



ЦЕНТР МЕЖДУНАРОДНЫХ
И СРАВНИТЕЛЬНО-
ПРАВОВЫХ
ИССЛЕДОВАНИЙ

**Аналитическая справка
«Договоры займа и кредитные договоры.
Исламское право»**

*Подготовлено в рамках исследовательского проекта
АНО «Центр международных и сравнительно-правовых исследований»*

МОСКВА

2018

Квалифицирующие признаки договора займа, характеризующие его предмет

Запрет приращения

1. Запрет приращения может быть обнаружен в восьми аятах четырёх сур Корана. Ключевой постулат — «Аллах разрешил торговлю и запретил ростовщичество» — императивен для всех коммерческих отношений и сделок. По общему правилу, обязательственные отношения подразумевают письменную форму договора при участии свидетелей (Кор. 2:282-283).

2. С точки зрения практического применения целесообразно отметить хадисы¹. Так, по Абу Саиду аль-Худри: «Пророк сказал, [...] тот, кто платит или взимает больше, чем ему, с него причитается, вовлечён в ростовщичество»

². Следовательно, приращение равным образом запрещено для должника и кредитора по сделке.

3. Среди конкретных требований к сделке: (1) форвардные контракты не допускаются, так как по сути подразумевают приращение для стороны договора, расчёты по сделке осуществляются безотлагательно за исключением случая отсрочки платежа; (2) равные количества товаров, передаваемых по сделке (для одной категории товаров – к примеру, серебра или золота).

4. При оценке условий финансирования необходимо принимать во внимание ситуации, когда приращение активов по сделке расценивается в качестве недопустимого:

¹ Muslim, Kitdb al-Musaqat, Bab al-sarf wa bay' al-dhahab bi-l-waraq naqdan; also in Tirmidhi.

² Muslim and Musnad Ahmad.

- приращение за счёт заёмных средств, в том числе по денежным займам, депозитным вкладам (*риба аль-куруд*)³;
- приращение по торговым сделкам (*риба аль-буйу*)⁴;
- приращение (процент) по форвардным контрактам (*риба ан-нард*). Для сделки с одинаковыми категориями товаров отсрочка платежа воспрещается;
- приращение по сделкам с неравными (дискриминационными) условиями — при передаче по сделке разных количеств одного и того же товара (*риба аль-фадль*). По сути, подразумевается ограничение свободы договора – в частности, при заключении сделки на условиях, заведомо невыгодных для контрагента (к примеру, не допускается приращение недобросовестного контрагента, основанное на росте рыночной цены на товар). Кабальные сделки не допускаются, а невозможность исполнения должником договора является в случае неустранимых затруднений должника основанием для отложения исполнения (Кор. 2:280).

5. В условиях современного торгового оборота *риба* запретом ростовщичества не ограничивается – подобное толкование является узким и не отвечало бы смысловому наполнению фундаментального коранического запрета.

6. Запрет ростовщичества следует распространять на взимание процента по любым сделкам, потенциально это взимание допускающим. Во-первых, речь идёт о начислении процентов в качестве вознаграждения за предоставление по обязательству финансовых (денежных) средств. Во-

³ Судьба последних оставалась туманной до конференции 1965 года в Каире.

⁴ Al- Bukhari ,also Muslim, in 'Jami' al-Usul'.

вторых, в европейской традиции начисление процента может представлять собой форму ответственности за неисполнение либо ненадлежащее исполнение обязательства. Перечень запрещённых транзакций не исчерпывается ростовщичеством (*refundable loan*), но предусматривает любую ситуацию приращения, обусловленного возмездным характером сделки (*interest*)⁵. Наличие подобного приращения является основанием для признания сделки противоречащей требованиям исламского фикха.

7. В данном случае вопрос для инвестора заключается в том, что именно следует понимать под приращением. Под запретом находится приращение как таковое, а не только чрезмерное приращение, подразумевающее нарушение принципа справедливости и интересов контрагента по сделке. Установление допустимой процентной ставки означало бы установление *предустановленных цен на активы*, что запрещается фикхом⁶. Запрет приращения имеет для исламского инвестора безусловный характер и распространяется даже на те ситуации, когда внешние признаки уплаты процента отсутствуют (к примеру, при использовании отложенных платежей в целях получения выгод от валютного курса, что приравнивается к уловке – *хийал*)⁷. Таким образом, под «ростовщичеством» следует понимать любую гарантированную доходность, возникающую при предоставлении ликвидности в долг⁸.

Допустимость отлагательных условий по исламскому фикху

8. С учётом запрета неопределённости по исламскому фикху возникает вопрос относительно дозволенности отлагательных условий с учётом запрета

⁵ Wilson R. *Islam and Business* // *Thunderbird International Business Review*. Vol. 48. №1. P. 109.

⁶ Под фикхом здесь и далее понимается (1) наука о правилах поведения, регулирующих отношения мусульман в мирской жизни; (2) сами правила поведения (фикх аль-муаммалат).

⁷ В то же самое время отложенный платёж является косвенной формой финансирования за счёт поставщика при отсутствии доступа к конвенциональным кредитным организациям.

⁸ Чокаев Б. *Указ. соч.* С. 108.

неопределённости в исламском коммерческом праве. Для ответа на него уместно оценить договорные модели заёмного финансирования в фикхе имущественных отношений на соответствие нормам гражданского права Российской Федерации. Подобного рода оценка необходима при попытке имплементации данных договоров в российский правопорядок: как для учёта императивных норм, так и для правильного применения норм диспозитивных.

9. В соответствии со ст. 157 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – «ГК РФ»), сделка считается совершённой под отлагательным условием, если стороны поставили возникновение прав и обязанностей в зависимость от обстоятельства, относительно которого неизвестно, наступит оно или нет. Основной вопрос в этой связи – насколько неопределённость является дозволенной при закреплении её в договоре.

10. Как следует из аналитического отчёта международной юридической фирмы *Latham & Watkins*, изучившей механизм финансирования посредством *иджара* (лизинг), отлагательные условия применяются в исламском коммерческом праве. Единообразная практика отсутствует⁹.

11. Тем не менее в ряде договоров, подразумевающих немедленное отчуждение активов на условии спот, отлагательное условие запрещено, что логически вытекает из природы таких договоров¹⁰.

Риск при заключении заёмных сделок и запрет неопределённости (гарар)

⁹ Cross C.G., Nethercott C.R., Rai H., Al-Sheikh M.A. *Islamic Project Finance* // Practical Law Company. Latham & Watkins.

¹⁰ International Islamic Financial Market, IIFM Master Collateralized Murabahah Agreement, 2014 (revised on September 2015), URL: http://www.iifm.net/sites/default/files/IIFM%20Master%20Collateralized%20Murabahah%20Agreement_0.pdf

12. Положения о запрете приращения¹¹ не распространяются на дозволенные способы распределения прибыли и убытков – в том числе на вознаграждение контрагента в рамках партнёрства, а также при постановке вознаграждения инвестора под отлагательное условие – к примеру, о прибыльности финансируемого проекта.

13. Исламская экономическая модель не подразумевает заключение сделок в ущерб своим интересам. Отличие в том, что конвенциональный инвестор оценивает коэффициент вариации, в том числе правовой риск, опираясь на статистику и предшествующее сделке положение дел (в т.ч. рыночные показатели). Исламский инвестор оценивает ожидаемые выгоды с меньшей склонностью к спекулятивному риску. Соответственно, при диверсификации портфеля активов такой инвестор менее скован расчётами, результатами оценки рисков по сделке¹². Избранный сторонами способ структурирования сделки определяет уровень риска, т.е. делает риск предсказуемым, исключая ситуацию неопределённости, которая запрещена по исламскому фикху. Распределение рисков зависит от выбранного сторонами типа контракта и организационно-правовой формы проектного финансирования¹³.

¹¹ Аналитическая справка «Договоры займа и кредитные договоры. Исламское право» // <http://iclr.ru/files/events/34/%D0%98%D1%81%D0%BB%D0%B0%D0%BC%D1%81%D0%BA%D0%BE%D0%B5-%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE.pdf>

¹² Hardie A.R., Rabooy M. *supra note*, p. 54.

¹³ Akkizidis I. et al. *Financial Risk Management for Islamic Banking and Finance*. P. 28.

14. Ключевым условием, определяющим действительность сделки по финансированию, выступает определённая существенных условий договора. К ним относятся:

- цена;
- предмет;
- срок исполнения.

15. Неопределённость запрещена (*garap*). Существенные условия договора должны быть согласованы до момента закрытия сделки. При инвестировании в основные средства либо приобретении доли в партнёрстве цена на актив определяется собственником при том условии, что тот не занимает монопольного положения на рынке. Вмешательство государства в ценообразование недопустимо, за исключением регулирования цен в рамках мер, предусмотренных антимонопольным законодательством.