

Гражданско-правовая форма *мушарака* как инструмент прямого участия исламского банка в капитале: ретроспективный анализ и современность*

А. Н. Кузнецова, И. Тенберга

Для цитирования: Кузнецова А. Н., Тенберга И. Гражданско-правовая форма *мушарака* как инструмент прямого участия исламского банка в капитале: ретроспективный анализ и современность // Правоведение. 2020. Т. 64, № 3. С. 326–351.
<https://doi.org/10.21638/spbu25.2020.302>

Конвенциональные банки, осуществляющие деятельность в условиях «процентного капитализма», больше не выступают монополистами в финансовой отрасли. В XXI в. их главным конкурентом стали исламские банки, предоставляющие услуги на беспроцентной основе с целью соблюдения запрета незаконного роста — *риба* (ribā). За последние годы исламский банкинг, существовавший еще 30–40 лет назад исключительно как региональное явление в странах с преобладающим мусульманским населением, перешел к стадии стремительного роста. На повестке дня «мира ислама» (*дар аль-ислам*, Dar al-Islam) стоит рассредоточение капитала посредством масштабирования обособленного беспроцентного банковского сегмента, стимулирующего растущий социальный запрос на справедливое распределение благ, а также устойчивое и одновременно эластичное экономическое развитие. Однако деятельность исламских банков остается малоизученным феноменом, недостаточно понятым российской юридической наукой. По своей сущности исламское банковское дело является инвестиционным. Авторы статьи предпринимают попытку разъяснить сущность применения в исламском банковском деле гражданско-правовой формы *мушарака* (musharakah), используемой исламскими банками в целях поддержки бизнеса и реализации инвестиционных проектов. Современное договорное объединение *мушарака* — производное от традиционного исламского объединения *ширкат аль-инан* (shirkat al-'inan) по модели *ширкат аль-амваль* (shirkat al-'amwal), предназначенного для осуществления участниками совместной хозяйственной деятельности на условиях распределения прибыли и убытков. По этой причине в статье значительное внимание уделяется характеристикам *ширкат аль-инан*, рассматриваемым преимущественно с позиции ханафитского мазхаба. Авторы определяют место *ширкат аль-инан* в системе хозяйствующих субъектов исламского права, а также анализируют порядок формирования объединенного капитала *ширкат аль-инан* и внесения имущественных вкладов, внутренние правоотношения, возникающие между участниками, вопросы представительства объединения при взаимодействии с третьими лицами, режим ответственности участников и условия выхода из объединения. По итогам анализа в статье производится сравнение традиционной формы *ширкат аль-инан* с современной сделкой *мушарака*.

Ключевые слова: *мушарака*, *аль-ширка*, *ширкат аль-инан*, сделка участия, инвестиции, исламский банкинг, исламский банк.

Кузнецова Анна Николаевна — магистр международного частного права, старший юрист, юридическая фирма «АЛРУД», Российская Федерация, 125040, Москва, ул. Скаковая, 17; akuznetsova@alrud.com

Тенберга Инесе — независимый советник по вопросам исламского банковского дела, адвокатское бюро MergulLaw, Великобритания, W1J 6BD, Лондон, Беркли-сквер, Дом на Беркли-сквер, офис 116; inese.tenberga@mergulaw.co.uk

* Авторы выражают глубокую благодарность профессору кафедры гражданского права юридического факультета СПбГУ А. Д. Рудоквасу за ценные критические замечания и советы при написании данной статьи.

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2021

Введение

После первой волны мирового финансового кризиса 2008–2009 гг. исламское банковское дело¹ вступило в активную фазу развития, продемонстрировав финансовую устойчивость исламских банков² — *аль-банк аль-ислами* (al-bank al-'islāmiyyu) или *аль-масриф аль-ислами* (al-maṣrif al-'islāmiyyu).

Одним из постулатов ислама является запрет незаконного роста — *риба* (ribā)³, не допускающий «производительности денег», что предопределяет отказ от взимания и выплаты банковского процента — *аннисба аль-миавиййа* (an-nisba al-miawīyya). Вышеуказанное означает, что отрицание исламской традицией концепции «деньги делают деньги» (букв. «деньги рожают деньги» — *ан-накд йалид ан-накд* (an-naqd yalid an-naqd)) оказывает прямое воздействие на экономическое поведение исламских финансовых организаций⁴.

Гражданско-правовая конструкция *мушарака*, основой которой является соглашение об объединении капитала, обеспечивает возможность прямого участия исламских финансовых организаций в хозяйственной деятельности с расчетом предполагаемой прибыли (profit rate).

Для понимания гражданско-правовой формы *мушарака*, применяемой исламскими финансовыми организациями в целях соинвестирования, авторы настоящей статьи считают необходимым раскрыть правовую природу исторически предшествующей ей в качестве прототипа сделки участия *ширкат аль-инан* (shirkat al-'inan), которая в исламской традиции признается одной из форм совместной хозяйственной деятельности на условиях распределения прибыли и убытков.

¹ Под «исламским банковским делом» в настоящей статье следует понимать банковскую деятельность, осуществляемую на беспроцентной основе и опирающуюся на предписания шариата. Термины «исламское банковское дело» и «исламский банкинг» используются авторами как синонимичные.

² Под «исламским банком» в настоящей статье следует понимать финансовую организацию, специализирующуюся на предоставлении банковских услуг с соблюдением предписаний шариата.

³ Слово *риба* (ribā) происходит от глагола *раба* (rabā), что буквально означает *расти, возрастать, увеличиваться, превышать*. Согласно традиции, *риба* — это незаконный рост, увеличение, избыток, повышение, подъем, дополнение без встречного предоставления. В праве *риба* — это излишек (*заида*, zāida) без встречного предоставления (*ивад*, 'iwad). См. об этом: *Даваба А. М.* Благословенный труд мусульманина. Полезное знание для деловых людей, исповедующих ислам: торговля, имущество, управление доходами, благотворительность на благо общины, государства и себя. М.: Эксмо, 2017. С. 89–98; *Новикова Р. Г.* Теоретические основы правового регулирования финансовых отношений в исламском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, 2016. С. 48–55; *Kabbara A. H. S.* Islamic banking: a case study of Kuwait. Loughborough: Loughborough University of Technology, 1988. P. 62–82; *Ghazanfar S. M., Islahi A. A.* Explorations in medieval Arab Islamic economic thought: some aspects of Ibn Qayyim's economics (AH691–751/1292–1350AD) // *Medieval Islamic economic thought: filling the "Great Gap" in European economics* / ed. by S. M. Ghazanfar. London; New York: Routledge / Curzon, 2003. P. 134–137; *The Encyclopedia of Islam. New edition: in 12 vols. Vol. VIII: NED–SAM* / eds C. E. Bosworth, E. van Donzel, W. P. Heinrichs, G. Lecomte. Leiden: E. J. BRILL, 1995. P. 491–493.

⁴ *Тенберга И.* Запрет незаконного роста (риба) как основа отказа от взимания и выплаты процента в исламском банковском деле // *Закон*. 2017. № 4. С. 78–89; *Журавлев А. Ю.* Концептуальные начала исламской экономики // *Исламские финансы в современном мире: экономические и правовые аспекты* / под ред. Р. И. Беккина. М.: Ummah, 2004. С. 23–33.

1. Объединение *ширкат аль-инан* в исламской традиции

1.1. Общие положения *ширкат аль-инан*

Ширкат аль-инан — это договорное объединение двух и более лиц на условиях диспаритета или паритета посредством прямого участия в капитале. В традиции исламского права форма участия *ширкат аль-инан* представляет собой комплексную систему правоотношений, основанных на договоре *ширкат аль-акд* (*shirkat al-aqd*)⁵ между несколькими субъектами хозяйственной деятельности по поводу владения, пользования и распоряжения общим имуществом в целях извлечения прибыли⁶.

Арабский термин *инан* (*inan*) буквально переводится как «поводья». Согласно одной из аллегорических интерпретаций объединения *ширкат аль-инан*, оно представляет собой образ наездника (участника объединения), держащего одной рукой поводья лошади (управление) и направляющего повозку (общее имущество) в нужную сторону, тогда как вторая рука наездника свободна (каждый вправе управлять и распоряжаться общим имуществом)⁷. Заключая договор, его участники путем деловой кооперации будто передают поводья друг другу. Это означает, что в *ширкат аль-инан* интересы сторон договора всегда однонаправленны.

Ширкат аль-инан является одной из форм совместного участия — *аль-ширка* (*al-shirkah, al-sharikah*). В прямом смысле *аль-ширка* — «то, что делится между двумя или более лицами таким образом, что никто из них индивидуально не владеет никакой частью». Участники *аль-ширка* сохраняют право общей собственности на имущественную массу, образовавшуюся из их вкладов в общее дело⁸.

В качестве вклада в капитал *аль-ширка* участники договора вносят либо имущество — *ширкат аль-амваль* (*shirkat-al-'amwal*), *ширкат аль-санах* (*shirkat al-san'ah*), *ширка биль-маль* (*shirkah bil-mal*), *ширка филь амль би айдима* (*shirkah*

⁵ *Ширкат аль-акд* противопоставляется объединению, именуемому в исламской традиции *ширкат аль-милк* (*shirkat al-milk*), которое возникает не на основании договора между участниками, а вследствие приобретения двумя или более лицами имущества в общую долевую собственность: The Encyclopedia of Islam. New edition: in 12 vols. Vol. IX: SAN–SZE / eds C. E. Bosworth, E. van Donzel, W. P. Heinrichs, G. Lecomte. Leiden: E. J. BRILL, 1997. P. 348–349.

⁶ Концепт *ширкат аль-инан*, по мнению авторов, в большей степени соответствует теории целевого имущества юридического лица, разработанной Алоизом фон Бринцем. Общее имущество объединения *ширкат аль-инан* как частного договорного союза не требует выделения физического субъекта. Смысл его обособления заключается исключительно в достижении цели, для которой оно предназначено. Подробнее о теории целевого имущества см.: Васюковский Е. В. Учебник гражданского права // Классика российского права. 2021. URL: http://civil.consultant.ru/elib/books/24/page_4.html (дата обращения: 05.10.2020); Мельникова Т. В. Юридическое лицо как субъект права (философско-методологический анализ): дис. ... д-ра филос. наук. Красноярск, Сибирский государственный аэрокосмический университет им. академика М. Ф. Решетнева, 2009. С. 206–210.

⁷ См. об этом: Nyazee I. A. K. Islamic law of business organization partnerships. Kuala Lumpur: The Other Press, 2002. P. 100–101, 223; Hassan A. A. H. Sales and contracts in early Islamic commercial law: A Doctoral Thesis in Philosophy. Edinburgh: University of Edinburgh, 1986. P. 289–290.

⁸ В исламском праве не принято характерное для стран общего права разделение хозяйствующих субъектов на компании (*company*) и товарищества (*partnership*), и термином *аль-ширка* обозначаются как компании, так и товарищества, т. е. любой хозяйствующий субъект. Применение данного термина к компаниям в некоторых современных юрисдикциях (например, в Малайзии) скорее связано с концепцией юридического лица через теорию идентификации, почерпнутую напрямую из английского права и в целом чуждую доктрине исламского права. Впрочем, сама по себе *аль-ширка* не является эквивалентом концепции юридического лица, представляя собой более широкое понятие, которое рассматривается как «олицетворенное имущество», приобретающее особую «квазисубъектность» благодаря обособленности от остального имущества участников договора и целевому предназначению. Подробнее о правовой природе *аль-ширка* см.: The Encyclopedia of Islam. New Edition. Vol. IX: SAN–SZE. P. 348–349; Hassan A. A. H. Sales and contracts in early Islamic commercial law. P. 275–281.

fil 'aml bi aidihima), либо «промысловую деятельность» (труд) — *ширкат аль-амаль* (shirkat al-a'mal), *ширкат аль-маль* (shirkat al-mal), *ширкат аль-абдан* (shirkat al-'abdan), либо репутацию — *ширкат аль-вуджу* (shirkat al-wujuh) (см. схему 1)⁹. Используя далее термин *ширкат аль-инан*, авторы статьи имеют в виду соглашение *ширкат аль-инан* по модели объединения вкладов в виде имущества — *ширкат аль-амваль*.



Схема 1. Формы участия аль-ширка (составлено авторами)

Ширкат аль-инан традиционно сравнивают с иной формой совместного участия аль-ширка — *ширкат аль-муфавада* (shirkat al-mufawada) (см. схему 1). Основное отличие *ширкат аль-инан* от *ширкат аль-муфавада* состоит в том, что объединение *ширкат аль-инан* не требует равенства вкладов участников, долей участников в прибыли и полномочий по ведению общих дел¹⁰, в то время как для объединения *ширкат аль-муфавада* требование равенства является безусловным¹¹. Соглашение *ширкат аль-инан* допускает внесение вклада и распределение между участниками полученной прибыли как на паритетных, так и на диспаритетных началах: доли вкладов и доли в прибыли участников могут быть

⁹ См. об этом: Hassan A. A. H. Sales and contracts in early Islamic commercial law. P. 278.

¹⁰ См. подробнее: Khan M. A. Islamic Economics and Finance: A Glossary. London; New York: Routledge, 2003. P. 169.

¹¹ См. об этом: Hassan A. A. H. Sales and contracts in early Islamic commercial law. P. 286–287.

равными; либо доли вкладов могут быть равными, а равенство долей в прибыли не будет соблюдаться; либо доли в прибыли могут быть равными, а равенство долей вкладов не будет соблюдаться. В *ширкат аль-муфавада* устанавливается равный объем полномочий участников, а в *ширкат аль-инан* один из участников может быть более других вовлечен в деятельность в общем интересе и иметь больший объем полномочий. В то же время для *ширкат аль-инан* недопустимо полностью лишать какого-либо участника полномочий по ведению дел¹².

Наиболее детального изучения и развития институт *ширкат аль-инан* удостоился в ханафитском мазхабе¹³. По мнению Л. А. Удовича, право ханафитского мазхаба являлось *lex mercatoria* средневекового исламского мира и отражало реально существующую коммерческую практику. Документы из каирской генизы подтверждают, что положения об *аль-ширка* были глубоко адаптированы к средневековой торговой реальности и востребовались на практике¹⁴. Этим объясняется то, что исследования, посвященные *ширкат аль-инан*, а равно современной форме *мушарака*, во многом ориентируются на положения ханафитов¹⁵.

1.2. Порядок внесения имущественных вкладов и общее имущество

В исламской традиции существует несколько подходов к определению момента, когда договор *ширкат аль-инан* считается вступившим в силу. По мнению имама аш-Шафии, договор вступает в силу только после объединения капиталов путем абсолютного физического смешения (*халт*, *khalt*) имущества¹⁶. Иную точку зрения отстаивали ханафиты. Говоря о внесении денежных средств в качестве имущественных вкладов, ханафиты указывают на то, что договор считается вступившим в силу с момента совершения первой сделки в интересах объединения за счет внесенных имущественных вкладов, а их физическое смешение не требуется¹⁷. По мнению ханбалитов, договор вступает в силу с момента достижения соглашения участников, а смешение имущества заменяет его оценка при создании объединения¹⁸. Имам Малик, допуская необязательность физического смешения имущества после начала действия соглашения, полагал, что в момент его заключения переданный участниками для ведения общего дела капитал должен находиться в одном месте. По мнению имама Малика, имама Абу Ханифа и имама Ахмада, стороны имеют право физически смешать имущество после заключения договора или продолжить его использование в хозяйственной деятельности по

¹² См. подробнее: Nyazee I. A. K. Islamic law of business organization partnerships. P. 107.

¹³ Об основных правилах, устанавливающих ведение хозяйственной деятельности на условиях участия, с позиций ханафитского мазхаба, см.: Шариат и суд (вещное и обязательное право). Перевод применяемого в Османской империи Гражданского свода (Мэджеллэ): в 3 т. Т. 3. / пер. и коммент. П. Цветкова. Ташкент, 1912. С. 9–29.

¹⁴ Udovitch A. L. Theory and practice of Islamic law: Some evidence from the Geniza // *Studia Islamica*. 1970. No. 32. P. 290–291.

¹⁵ В отношении *ширкат аль-инан* в тексте настоящей статьи, если не указано иное, будет представлена позиция ханафитов.

¹⁶ Приводится по: Nyazee I. A. K. Islamic law of business organization partnerships. P. 205–207; *Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2013 edition*. Dubai: Ethica Institute of Islamic Finance, 2013. P. 117.

¹⁷ Nyazee I. A. K. Islamic law of business organization partnerships. P. 127–129.

¹⁸ Ibid. P. 217; Аль-Хинди Н. С. Торговое право и тенденции его развития в странах арабского востока (Ливан, Иордания, Кувейт): дис. ... канд. юрид. наук. М.: Университет дружбы народов им. Патриса Лумумбы, 1985. С. 86–88.

отдельности и даже в разных местах, смешивая лишь прибыль на момент ее распределения¹⁹.

Представители различных мазхабов также отстаивают разные точки зрения по вопросу смешения денег в разной валюте. Например, имам аш-Шафии, имам Малик, а также большинство представителей ханафитского мазхаба признавали законным внесение участниками денежных вкладов исключительно в одной валюте²⁰. Другая группа авторитетных мусульманских ученых, в частности имам Ахмад, Хасан аль-Басри, Мухаммад ибн Сирина, аль-Бухари, не считали данное требование обязательным²¹.

Вопрос о возможности физического смешения имущественных вкладов имеет ключевое значение при необходимости определения пострадавшего лица в случае гибели или хищения вещи, внесенной в объединенный капитал²². По мнению шафиитов, до физического смешения риск лежит на том участнике, который является собственником конкретной вещи, а после — на всех участниках объединения как сособственников²³. Согласно позиции ханбалитского²⁴ и маликитского мазхабов, риск гибели или хищения вещи, внесенной в качестве имущественного вклада, распределяется между всеми участниками пропорционально их долям вкладов в объединенный капитал с момента заключения договора участия. Ханафиты признают, что риск гибели или хищения вещи распределяется между всеми участниками с момента совершения первой сделки в интересах объединения²⁵.

Объектом права общей собственности *ширкат аль-инан* является весь комплекс имущества, приобретенный за счет объединенного капитала и используемый участниками договора в целях извлечения прибыли²⁶. В отличие от доли в прибыли и доли в убытках, доли участников в общем имуществе²⁷ физически не определены. Следуя логике единства владения, необходимо сделать вывод, что каждому из них принадлежит нераздельное имущество. Раздельным оно становится только при выходе из объединения и выделе доли, размер которой определяется исходя из пропорции имущественного вклада каждого участника в объединенный капитал. Соответственно, после заключения договора *ширкат аль-инан* каждый участник, хотя и не обладает в объединении ничем самостоя-

¹⁹ Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2013 edition. P. 117.

²⁰ Nyazee I. A. K. Islamic law of business organization partnerships. P. 205, 207, 208; Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2019 edition. Dubai: Ethica Institute of Islamic Finance, 2019. P. 117, 594–595.

²¹ Современные мусульманские ученые полагают, что внесение в объединенный капитал денег возможно при соблюдении условия о том, что оценка денежного взноса должна быть привязана к курсу одной валюты, указанной в договоре участия (Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2019 edition. P. 324).

²² Под «объединенным капиталом» авторы статьи понимают совокупность имущественных вкладов всех участников в момент заключения договора участия.

²³ Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2013 edition. P. 117.

²⁴ Nyazee I. A. K. Islamic law of business organization partnerships. P. 218.

²⁵ Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2013 edition. P. 117–118.

²⁶ Авторы осознанно избегают понятия «совместная собственность» применительно к *ширкат аль-инан*, поскольку в данной форме объединения до полного прекращения общности имущества наличие долей имущественных вкладов участников в объединенном капитале имеет значение при определении долей участников в прибыли и убытках, а также при установлении пределов ответственности, как будет рассмотрено далее в статье.

²⁷ Под «общим имуществом» в настоящей статье понимается имущество участников договора, переданное ими в качестве вкладов в объединенный капитал, а также его прирост, т. е. совокупность вещей, входящих в имущественную массу объединения и принадлежащих участникам на праве общей собственности, в частности произведенная продукция и полученные в силу осуществления совместной хозяйственной деятельности иные плоды и доходы.

тельно, одновременно имеет правомочия собственника и беспрепятственно распоряжается общим имуществом наравне с остальными.

1.3. Разделение прибыли и убытков

Соблюдение предписаний шариата о разделении прибыли и убытков является основным элементом ведения мусульманами совместной хозяйственной деятельности посредством сделок участия²⁸.

К прибыли *ширкат аль-инан* относятся не только прямые приобретения в виде чистого дохода участников за счет объединенного капитала, но и приращение общего имущества в натуральной форме (плоды). Само по себе заключение договора участия не гарантирует получение фиксированного дохода на капитал, а лишь создает необходимые для извлечения прибыли экономические предпосылки²⁹.

По общему правилу доля в прибыли участника договора *ширкат аль-инан*, который отходит от активного совместного ведения дел (негласного участника), не должна превышать пропорцию его имущественного вклада в объединенный капитал, но может быть меньше. В свою очередь, для участника, фактически осуществляющего деятельность, т. е. напрямую управляющего делами в общих интересах (гласного участника), допускается предусматривать договором право получения доли в прибыли в пропорции большей, чем пропорция его имущественного вклада³⁰. Условие об установлении доли в прибыли является существенным для данного вида договора³¹. Под угрозой ничтожности договора запрещено опреде-

²⁸ Формы участия на условиях разделения прибыли и убытков были известны на Древнем Востоке задолго до становления ислама. Так, в законах Хаммурапи (§ 99) сказано: «Если человек дал человеку серебро в порядке “товарищества”, то прибыль и убыток, которые будут, они должны поровну поделить перед богом» (цит. по: Законы Хаммурапи: тексты и пояснения к ним // Железный век. URL: <https://ageiron.ru/byit-proshlogo/prestupleniya-i-nakazaniya/zakonyi-hammurapi-teksty-i-rozasneniya-k-nim> (дата обращения: 05.10.2020)). Подробнее о генезисе хозяйственных объединений см.: Никитина А. Д. Типы торговых отношений на Древнем Востоке во II тыс. до н. э. (по материалам из Малой Азии, Вавилонии, Мари, Угарита): дис. ... канд. ист. наук. М.: МГУ им. М. В. Ломоносова, 2002; Хачикян Ш. Л. Армянское купечество Новой Джульфы и его роль в армяно-русских торговых отношениях (XVII–XVIII вв.): дис. ... канд. ист. наук. Ереван: Институт истории Академии наук Армянской ССР, 1984. С. 60–69.

²⁹ Показательно, что еще до становления ислама, к началу VII в., курайшиты создали систему участия в торговле на условиях разделения прибыли посредством заключения соглашений о союзах, известных как *илаф* (ilaf). Смысл таких соглашений заключался в том, что курайшиты направлялись с караванами из Мекки в Сирию через территории других племен, обеспечивавших их безопасность без взимания платы за проход. За использование транзитных путей курайшиты соглашались на реализацию товаров транзитных племен в Сирии и разделяли с ними долю в прибыли, которая выплачивалась приобретенными товарами на обратном пути в Мекку. См. подробнее: Матвеев А. С. Трансаравийская торговля и миссия Мухаммада: о причинах возникновения ислама и государства в Аравии // Арабские маршруты в азиатском контексте. СПб.: МАЭ РАН, 2016. С. 468–470, 504–506; Aladieh S. S. S. Meccan trade prior to the rise of Islam: A Doctoral Thesis in Law. Durham: Durham University, 1992. P. 49–55, 65–87; Koehler B. Early Islam and the birth of capitalism. Lanham; Boulder; New York; London: Lexington Books, 2014. P. 26; Ibrahim M. Merchant capital and Islam. Austin: University of Texas Press, 1990. P. 41–43.

³⁰ См. об этом: Шариат и суд (вещное и обязательное право). Перевод применяемого в Оттоманской империи Гражданского свода (Мэджеллэ). Т. 3. С. 22 (ст. 1371, 1372); Hassan A. A. H. Sales and contracts in early Islamic commercial law. P. 284, 290–291.

³¹ См. об этом: Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2019 edition. P. 115, 118, 324; El-Saadouni R. The liability of groups of companies in Islamic law (a comparative study with common law): PhD Thesis in Law. Stirling: University of Stirling, 2013. P. 146; Nyazee I. A. K. Islamic law of business organization partnerships. P. 136–137.

лять размер причитающейся участникам прибыли как периодически поступающий фиксированный доход, поскольку никто из участников не должен быть избавлен от сопряженного с хозяйственной деятельностью риска предприятия согласно принципу «нет прибыли без риска потерь», или «чья прибыль, того и риск» (*аль-гунм би ль-гурм*, al ghum bi-l-ghurm)³².

По мнению имама Малика и имама аш-Шафии, прибыль как гласного, так и негласного участника *ширкат аль-инан* должна быть пропорциональна доле его имущественного вклада. Иной точки зрения придерживался имам Ахмад, который полагал, что участники договора *ширкат аль-инан* вправе устанавливать любой порядок распределения прибыли³³. Имам Абу Ханифа также отмечал, что прибыль может зависеть от степени непосредственного участия каждого участника в реализации целей объединения. Таким образом, хотя шариат и не предусматривает фиксированной денежной оценки собственно неимущественного вклада в *ширкат аль-инан* по модели *ширкат аль-амваль*, нельзя сказать, что неимущественный вклад вовсе не имеет значения. По этой причине предусмотренную договором долю в прибыли, помимо доли, корреспондирующей имущественному вкладу в объединенный капитал, можно признать добровольным вознаграждением со стороны негласных участников за неимущественный вклад гласных участников в общее дело, который измеряется активностью в ведении дел. На основании вышеизложенного позиция имама Ахмада и имама Абу Ханифа, позволяющая сторонам отступить от правила о пропорциональности величины распределяемой прибыли по отношению к доле имущественного вклада, представляется более корректной в той мере, в какой она необходима для успешности общего дела.

Бремя убытков, в отличие от прибыли, участники несут строго пропорционально их долям имущественных вкладов в объединенном капитале³⁴. Это означает, что не покрытые от продажи общего имущества долговые обязательства в конечном счете перераспределяются между участниками *ширкат аль-инан* пропорционально доле имущественного вклада каждого.

1.4. Правила представительства

Соглашение *ширкат аль-инан* относится к категории сделок, основанных на доверии (*акд аманат*, 'aqd amanah)³⁵. С учетом лично-доверительного характера отношений, каждому участнику вверяется общее имущество³⁶. Как и любое доверенное лицо (*амин*, amin), участник несет ответственность за утрату доверия

³² *Гурм* (ghurm) — потеря, ущерб. В данном контексте *гурм* относится к риску потерь от осуществления коммерческой деятельности (предпринимательский риск) и, в отличие от риска в случае неопределенности *гарар* (gharar), является допустимым. См. об этом: *Khan M. A. Islamic economics and finance*. P. 68; *Журавлев А. Ю.* Концептуальные начала исламской экономики. С. 15–18. — Ср. о научном концепте предпринимательства и риска потерь: *Аюпов А. А. и др.* Предпринимательство и ислам: российский исторический опыт. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 2016. С. 21–32.

³³ Приводится по: *Nyazee I. A. K. Islamic law of business organization partnerships*. P. 196, 208; *Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2019 edition*. P. 115–116.

³⁴ *Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2019 edition*. P. 116; *El-Saadouni R. The liability of groups of companies in Islamic law*. P. 153, 159; *Hassan A. A. H. Sales and contracts in early Islamic commercial law*. P. 277, 284, 291.

³⁵ *Амана* (amana) — это состояние безопасности и безмятежности. В юридическом смысле *амана* означает, что переданное (вверенное) лицу имущество находится под надежной защитой. См. об этом: *The Encyclopedia of Islam. New Edition: in 12 vols. Vol. I: A–B / eds H. A. R. Gibb, J. H. Kramers, E. Lévi-Provençal, J. Schacht. Leiden: E. J. BRILL, 1986. P. 429–430; Шариат и суд (вещное и обязательное право). Перевод применяемого в Османской империи Гражданского свода (Мэджеллэ). Т. 3. С. 15 (ст. 1350).*

³⁶ См. подробнее: *Nyazee I. A. K. Islamic law of business organization partnerships*. P. 109.

и за убытки в силу злого умысла (*та'адди*, *ta'addi*), неосторожности (*таксир*, *taqsir*) или злоупотребления полномочиями, сопряженного с нарушением условий соглашения (*мухалаяфат аш-шурут*, *mukhalafah al-syurut*)³⁷.

Участие в объединении *ширкат аль-инан* порождает внутренние отношения представительства (*вакаля*, *wakalah*)³⁸, вследствие чего каждый участник по умолчанию становится представителем (*вакил*, *wakil*) остальных³⁹ и получает мандат на ведение общих дел. Ведение общих дел объединения может осуществляться одним или несколькими участниками (гласными участниками)⁴⁰. Несмотря на то что гласный участник представляет интересы всех участников, он распоряжается общим имуществом и вступает в отношения с третьими лицами, выражая собственную волю⁴¹.

По общему правилу отношения представительства *вакаля* предполагают, что представитель совершает все действия самостоятельно и без права передоверия. Однако в том случае, когда отношения представительства возникают из договора *ширкат аль-инан*, любой участник вправе совершить передоверие и для выполнения определенных функций назначить третье лицо⁴². Полномочия в таком случае предоставляются третьему лицу на основании отдельного договора. Выполнение определенных действий, в том числе заключение договоров при помощи субститутов, не запрещается, если этого требует характер экономических отношений и непосредственное участие или личное представительство участника в качестве стороны сделки прямо не установлены условиями договора *ширкат аль-инан*. При этом представитель не может полностью заменить участника объединения, т. е. третьему лицу не могут быть предоставлены генеральные полномочия участника по совершению полного спектра действий в интересах объединения, как если бы представителем сам был участником объединения⁴³.

Согласно позиции ханафитского мазхаба, гласные участники *ширкат аль-инан* по умолчанию несут личную ответственность перед третьими лицами по заключенным от своего имени сделкам. Таким образом, кредиторы, совершившие сделку с одним из участников объединения, не вправе предъявлять требования к другим участникам, даже если им известно о существовании объединения⁴⁴. Это правило основано на принципе, согласно которому *ширкат аль-инан* для всех

³⁷ См. об этом: *Jaffar Z. The Concept and Application of Daman in Islamic Commercial Law: A Doctoral Thesis in Philosophy*. Edinburgh: University of Edinburgh, 1994. P. 30, 32, 115, 116, 135; *Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2019 edition*. P. 601.

³⁸ *The Encyclopedia of Islam. New Edition: in 12 vols. Vol. XI: W–Z / eds P. J. Bearman, Th. Bianquis, C. E. Bosworth, E. van Donzel, W. P. Heinrichs*. Leiden: E. J. BRILL, 2002. P. 57–58.

³⁹ См. об этом: *Nyazee I. A. K. Islamic law of business organization partnerships*. P. 59, 209; *Hasanuzzaman S. M. Rights and powers of partners in an Islamic Shirkah // Islamic Studies*. 1996. Vol. 1, No. 35. P. 21.

⁴⁰ См. подробнее: *Nyazee I. A. K. Islamic law of business organization partnerships*. P. 139.

⁴¹ К договору *ширкат аль-инан mutatis mutandis* (с учетом соответствующих различий) применимо общее определение договора *societas negotiations* (договора товарищества для ведения какого-либо дела) в том смысле, что, как и в римском праве, «между собой товарищи имеют однородные обязанности и права, обязанности одного представляют права другого. Всякий товарищ обязан внести свой вклад; вести дела товарищества, поскольку он не освобожден от этого; давать отчеты по ведению общих дел; делиться с другими всем, что он приобрел по делам товарищества; принять на себя соразмерную часть потери» (*Барон Ю. Система римского гражданского права*. СПб.: Юридический центр Пресс, 2005. С. 753).

⁴² См. об этом: *Hasanuzzaman S. M. Rights and powers of partners in an Islamic Shirkah*. P. 6, 10–11.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ См. об этом: *Шариат и суд (вещное и обязательное право)*. Перевод применяемого в Оттоманской империи Гражданского свода (Мэджеллэ). Т. 3. С. 23 (ст. 1377).

третьих лиц де-юре не существует, в связи с чем солидарной ответственности участников объединения перед третьими лицами не возникает⁴⁵.

Данный подход объясняется тем, что ханафиты разграничивают правовой результат, на который была направлена воля сторон сделки (*хукм*, *hukm* — правило, принцип, норма), и права (*хукук*, *huquq*) по сделке. Согласно пониманию ханафитов, совершение гласным участником *ширкат аль-инан* сделки с третьим лицом влечет правовые последствия *хукм* для всех участников, а права *хукук*, вытекающие из сделки (например, право любой из сторон сделки предъявить требование к контрагенту в случае ненадлежащего исполнения им своих обязательств), связываются только с личностью гласного участника⁴⁶. Допустим, гласный участник, действуя в интересах объединения, заключает договор купли-продажи от своего имени, при этом правовые последствия сделки (а именно право собственности на приобретенный товар) возникают у всех участников объединения. Если же контрагент не исполняет договорные обязательства, например не поставяет товар, право требования его передачи принадлежит исключительно гласному участнику, заключившему договор. Аналогичным образом если гласный участник нарушает договорные обязательства, например не оплачивает поставленный товар, контрагент имеет право требования только к нему и не может предъявить требование к остальным участникам. Данный запрет действует даже в том случае, когда гласный участник отказывается исполнять договор. Соответственно, в отношении с третьими лицами все участники объединения, кроме совершившего сделку, «скрыты», а сама сделка не влечет возникновения множественности субъектов на стороне должника или кредитора (см. схему 2).

В то же время во внутренних отношениях между участниками действует правило, согласно которому обязательства, принятые на себя в процессе ведения совместной хозяйственной деятельности одним из них, являются общими. По этой причине участник объединения, исполнивший свои обязательства по сделке, заключенной им в общих интересах и в пределах своих полномочий, имеет право

⁴⁵ Зачастую в западной литературе в отношении объединения *ширкат аль-инан* используется термин *limited partnership*, а в отношении объединения *ширкат аль-муфавада* — *unlimited partnership*. Данная терминология может вводить в заблуждение, так как, с точки зрения юридической ответственности участников, в конечном счете оба объединения являются *unlimited*. Отличие между этими формами объединений заключается в том, что в случае недостаточности общего имущества участников договора *ширкат аль-инан* гласный участник самостоятельно несет неограниченную ответственность своим личным имуществом перед кредиторами по обязательствам, взятым им на себя в общих интересах, с правом регресса к остальным участникам, которые также неограниченно отвечают перед ним своим личным имуществом пропорционально размеру доли вклада в объединенный капитал. Между тем в случае недостаточности общего имущества *ширкат аль-муфавада* все участники напрямую несут неограниченную солидарную ответственность перед кредиторами объединения. Подробнее об этом см.: *Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2019 edition*. P. 120; *Bilal G. Business Organizations under Islamic Law // Proceedings of the Third Harvard University Forum on Islamic finance: Local challenges, global opportunities*. Cambridge, Massachusetts: Center for Middle Eastern Studies, Harvard University, 1999. P. 83–89; *El-Saadouni R. The liability of groups of companies in Islamic law*. P. 159; *Udovitch A. L. Partnership and profit in Medieval Islam*. Princeton: Princeton University Press, 2011. P. 41; *Nyazee I. A. K. Islamic law of business organization partnerships*. P. 81; *Hasanuzzaman S. M. Rights and powers of partners in an Islamic Shirkah*. P. 12; *Hassan A. A. H. Sales and contracts in early Islamic commercial law*. P. 277, 286–287.

⁴⁶ См. об этом: *El-Saadouni R. The liability of groups of companies in Islamic law*. P. 172, 289; Шарит и суд (вещное и обязательное право). Перевод применяемого в Османской империи Гражданского свода (Мэджеллэ). Т. 3. С. 23 (ст. 1378).

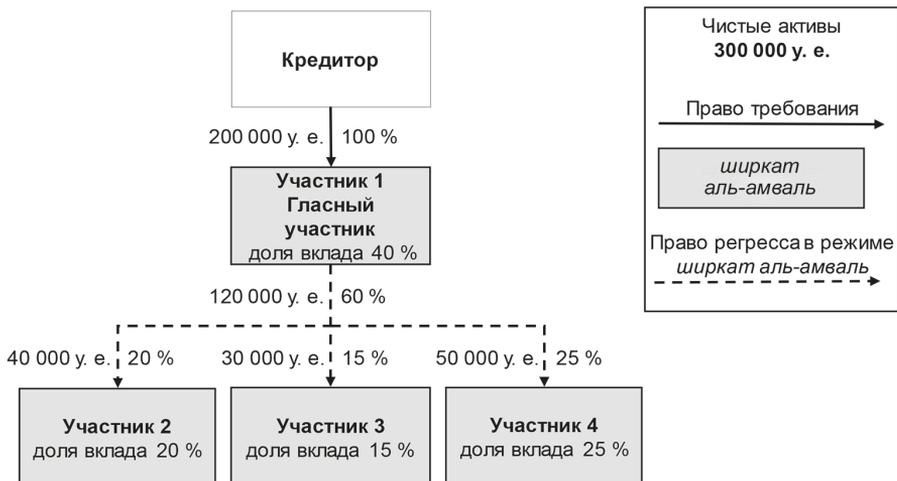


Схема 2. Режим ответственности участников объединения *ширкат аль-инан* по модели *ширкат аль-амваль* (в отношении сделок, совершаемых в пределах стоимости чистых активов* объединения) (составлено авторами)

регресса к остальным участникам пропорционально их долям в объединенном капитале (см. схему 2)⁴⁷.

Для третьих лиц представительские функции участников имеют значение с точки зрения возможности обратиться за взысканием для покрытия обязательств объединения прежде всего на общее имущество, а в случае недостаточности капитала — на личное имущество гласного участника. Иными словами, при недостаточности общего имущества для ответственности по обязательствам, согласно ханафитскому подходу, лишь гласный участник, совершивший сделку, напрямую будет отвечать перед кредиторами своим личным имуществом.

Гласный участник властен своей волей обременить долгами общее имущество в целом, а не только свою долю в нем, в то же время сознательно занимать при осуществлении своей представительской власти позицию, противоречащую интересам остальных участников договора *ширкат аль-инан* либо выходящую за пределы такой власти, для него недопустимо. Соответственно, объективные пределы общих интересов и представительской власти желательно определять условиями договора, в частности родом деятельности объединения.

Ханбалитский мазхаб придерживается отличной от ханафитского мазхаба позиции. По мнению ханбалитов, разграничение между *хукм* и *хукук* в сделке участия отсутствует. Исходя из этого, контрагент вправе предъявить требование не только к участнику, заключившему договор, но и к остальным участникам (между участниками по умолчанию возникают отношения пассивного солидаритета), и наоборот, остальные участники вправе предъявить к контрагенту требования, вытекающие из договора, заключенного одним из них (между участниками по умолчанию воз-

⁴⁷ См. подробнее: Nyazee I. A. K. Islamic law of business organization partnerships. P. 59–60, 220, 223; Udovitch A. L. Partnership and profit in Medieval Islam. P. 135–136; Hassan A. A. H. Sales and contracts in early Islamic commercial law. P. 290.

* Под чистыми активами авторы статьи понимают всю сумму активов *ширкат аль-инан*, включая общее имущество участников и права требования к третьим лицам, за вычетом суммы обязательств по сделкам, заключенным участниками в общих интересах в связи с деятельностью объединения.

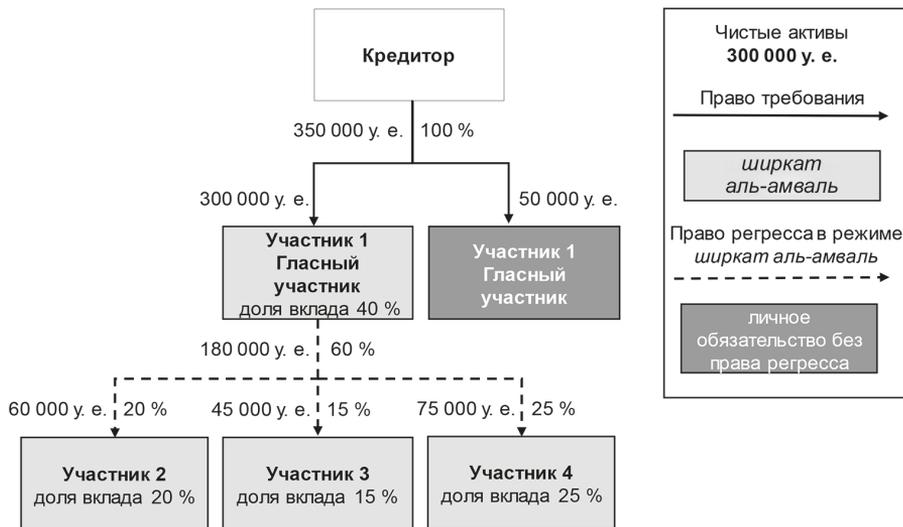


Схема 3. Режим ответственности участников объединения *шрикат аль-инан* по модели *шрикат аль-амваль* (в отношении сделок, совершаемых за пределами стоимости чистых активов объединения) (составлено авторами)

никают отношения активного солидаритета). Таким образом, в результате заключения одним из участников договора с третьим лицом все они приобретают права и обязанности по данному договору, а также несут солидарную ответственность в случае неисполнения обязательств по нему⁴⁸.

По общему правилу гласный участник *шрикат аль-инан* ограничен в том смысле, что он не вправе совершать в общих интересах возмездные сделки, превышающие размер чистых активов объединения. В случае выхода за пределы предоставленных полномочий в части, превышающей размер чистых активов объединения, сделка считается совершенной в собственном интересе и будет признаваться исключительно личным обязательством гласного участника (см. схему 3).

Между тем ханафиты признают, что участники *шрикат аль-инан* в виде исключения из общего правила могут наделить друг друга специальным полномочием *вилаят аль-истидана* (*wilayat al-istidanah*)⁴⁹. В этом случае, согласно ханафитскому подходу, между участниками наряду с правоотношениями из объединения по модели имущественных вкладов (*шрикат аль-амваль*) возникают правоотношения из объединения по модели деловой репутации (*шрикат аль-вуджу*), которые позволяют с целью торговли приобретать имущество с отсрочкой оплаты в отсутствие у объединения достаточных материальных активов для полного покрытия обязательств⁵⁰.

⁴⁸ См., напр.: *Hasanuzzaman S. M. Rights and powers of partners in an Islamic Shirkah*. P. 13, 14.

⁴⁹ *Вилаят аль-истидана* (*wilayat al-istidanah*) – это полномочие принимать на себя обязательства по договорам с третьими лицами на сумму, превышающую размер чистых активов объединения на момент совершения сделки, без получения отдельного согласия от остальных участников. См. об этом: *El-Saadouni R. The liability of groups of companies in Islamic law*. P. 173–174; *Nyazee I. A. K. Islamic law of business organization partnerships*. P. 83–86, 114, 142.

⁵⁰ Исторически соглашение *шрикат аль-вуджу* использовалось для того, чтобы арабские торговцы с безупречной репутацией, объединившись друг с другом, могли торговать в отсутствие первоначального капитала, покупая товар с отсрочкой оплаты и перепродавая его по более высокой

В результате возникновения объединения по модели *ширкат аль-амваль* совместно с *ширкат аль-вуджу* в отношении всех сделок, совершенных на сумму, превышающую размер чистых активов, действует особый режим распределения прибыли и убытков между участниками. В *ширкат аль-амваль* доли участников объединения в убытках соразмерны их имущественным вкладам, а доли в прибыли определяются участниками согласно условиям договора. В *ширкат аль-вуджу* доли участников в прибыли и убытках пропорциональны согласованной в договоре об объединении части ответственности за исполнение долговых обязательств, а в отсутствие соглашения — ответственность презюмируется в равных частях⁵¹, что соответствует принципу «нет выгоды без ответственности» (*аль-харадж би д-даман*, al-kharaj bi- - amān)⁵². Таким образом, по договорным обязательствам, превышающим стоимость чистых активов объединения *ширкат аль-инан* по модели *ширкат аль-амваль*, все участники в части соглашения *ширкат аль-инан* по модели *ширкат аль-вуджу* несут ответственность в порядке регресса перед гласным участником, совершившим сделку, в равных частях, если иное не предусмотрено условиями договора (см. схему 4).

Отметим, что ханафиты не только допускают установление правомочия *вилаят аль-истидана*, но и разрешают участникам объединения включать в соглашение *ширкат аль-инан* условие о совместном поручительстве (*кяфалья*, kafalah)⁵³, которое влечет указанные ниже правовые последствия.

Во-первых, между участниками объединения возникают отношения пассивного солидаритета, т. е. контрагент, заключивший договор с гласным участником, вправе предъявить требование, вытекающее из договора, не только к нему, но и к любому иному участнику объединения или ко всем участникам. Таким образом, все участники становятся солидарными должниками по обязательствам, вытека-

цене на условиях немедленной оплаты. Часть полученной от продажи цены шла на погашение обязательств, а прибыль торговцы делили между собой. Репутационное объединение *ширкат аль-вуджу* также называют *ширкат аль-мафалис* (shirkat al-mafalis), подразумевая под этим «объединение участия, не имеющее капитала» (partnership of penniless). В каирской генизе сохранились свидетельства, подтверждающие, что *ширкат аль-вуджу* являлось не просто теоретическим изысканием средневековых мусульманских ученых, а действительно использовалось купцами для ведения торговли. См. об этом: *Udovitch A. L. Theory and practice of Islamic law*. P. 292–294; *Ray N. D. The Medieval Islamic system of credit and banking: Legal and historical considerations // Arab Law Quarterly*. 1997. Vol. 12, No. 1. P. 59–60; *Hasanuzzaman S. M. Rights and powers of partners in an Islamic Shirkah*. P. 11; *Hassan A. A. H. Sales and contracts in early Islamic commercial law*. P. 283; *The Encyclopedia of Islam*. New Edition. Vol. IX: SAN–SZE. P. 348.

Благодаря личным качествам и безупречной репутации Пророка, который был торговцем из племени курайшитов, деловая кооперация в целом и образ предпринимателя (торговца, купца) в частности в глазах мусульман имеют позитивную окраску и вызывают уважение. Так, исследуя вопрос народной ментальности арабов и персов по мотивам сказок «Тысячи и одной ночи», И. А. Липатова и А. И. Назарова посредством математико-статистического анализа приходят к выводу, что наиболее популярным социальным типажом в них является купец (33,3%) с наименьшей долей антигеройства (12,9%). Купцы не только имеют высокую популярность, но и пользуются общественным уважением (23,6%) (*Липатова И. А., Назарова А. И. Сказки «Тысяча и одна ночь» как источник по истории ментальности Востока // Вестник Чувашского университета*. 2003. № 1. С. 94–106).

⁵¹ См. об этом: *Nyazee I. A. K. Islamic law of business organization partnerships*. P. 155–157; *Ray N. D. The Medieval Islamic system of credit and banking*. P. 59–60.

⁵² *Даман* (ḍamān) в исламском праве относится как к несению любой ответственности, так и к выдаче поручительства с материальным покрытием (гарантии). См. об этом: *The Encyclopedia of Islam*. New Edition: in 12 vols. Vol. II: C–G / eds B. Lewis, Ch. Pellat, J. Schacht. Leiden: E. J. BRILL, 1991. P. 105.

⁵³ Дополнительное условие *кяфалья* меняет режим ответственности участника объединения перед кредитором, но не является отдельным аксессуарным обязательством.

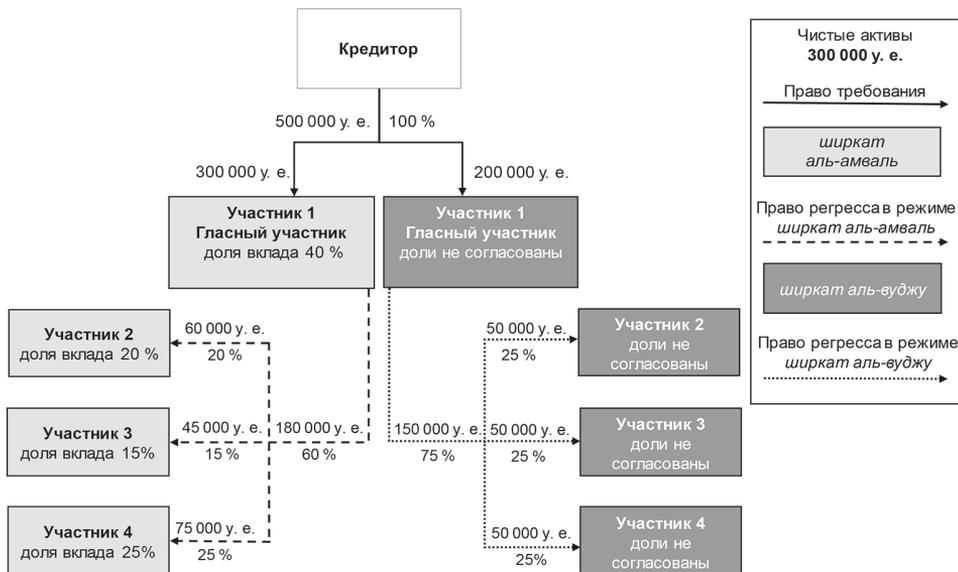


Схема 4. Режим ответственности участников объединения *ширкат аль-инан* по модели *ширкат аль-амваль* совместно с *ширкат аль-вуджу* (в отношении сделок, совершаемых за пределами стоимости чистых активов объединения) (составлено авторами)

ющим из возмездного договора⁵⁴. Это указывает на то, что с точки зрения защиты кредиторов в случае включения в договор условия о совместном поручительстве ханафиты достигают того же результата, которого ханбалиты достигают при создании *ширкат аль-инан* по умолчанию без особого на то условия. По мнению ханафитов, включение условия о совместном поручительстве не влечет возникновения активного солидаритета участников объединения *ширкат аль-инан*, т. е. сами участники не приобретают право требовать исполнения от контрагента по сделке, заключенной в общих интересах гласным участником, и не становятся солидарными кредиторами⁵⁵. Этим позиция ханафитов разнится с позицией ханбалитов, для которых отношения активного солидаритета участников всегда возникают по умолчанию.

Во-вторых, совместное поручительство сопряжено с автоматическим каждого из участников полномочием *вилаят аль-истидана* (см. табл.).

1.5. Выход из объединения

По общему правилу участие в *ширкат аль-инан* является бессрочным, — это опосредовано тем, что *ширкат аль-акд* относится к виду расторгаемых в одностороннем порядке сделок, известных исламскому праву как *джаиз* (ja'iz) или же *акд хаир лязим* (aqd ghair lazim)⁵⁶. Каждый участник объединения *ширкат аль-инан*

⁵⁴ Для сравнения отметим, что основой договора *ширкат аль-муфавада* императивно признаются как отношения представительства (*вакаля*), так и поручительства (*кяфалья*). Подробнее см.: Udovitch A. L. Partnership and profit in Medieval Islam. P. 119.

⁵⁵ См. об этом: Nyazee I. A. K. Islamic law of business organization partnerships. P. 62.

⁵⁶ Все сделки в исламском праве подразделяются на три категории: 1) не расторгаемые в одностороннем порядке (*лузум*, luzum), к которым относятся все виды продажи, аренда (*иджара*, ijara), перевод долга (*хавала*, hawala), мировое соглашение (*сульх*, sulh), зачет (*макасса*, maqassa); 2) расторгаемые в одностороннем порядке (*джаиз*, ja'iz), в частности договорные объединения в форме

Таблица. Режим ответственности участников по обязательствам объединения *ширкат аль-инан* в отношениях с третьими лицами

Ханафиты	Ханбалиты	Маликиты	Шафииты
Форма 1 <i>Ширкат аль-инан</i> по модели <i>ширкат аль-амваль</i> на условиях простого представительства (<i>вакаля</i>)			
Личная ответственность участника, заключившего договор, с правом регресса к остальным участникам	Солидарная ответственность всех участников	Личная ответственность участника, заключившего договор, с правом регресса к остальным участникам*	Форма не применима**
Форма 2 <i>Ширкат аль-инан</i> по модели <i>ширкат аль-амваль</i> совместно с моделью <i>ширкат аль-вуджу</i> (в силу предоставленного полномочия <i>вилаят аль-истидана</i>)			
Личная ответственность участника, заключившего договор, с правом регресса к остальным участникам	Форма не применима	Форма не применима	Форма не применима
Форма 3 <i>Ширкат аль-инан</i> по модели <i>ширкат аль-амваль</i> совместно с моделью <i>ширкат аль-вуджу</i> (в силу предоставленного полномочия <i>вилаят аль-истидана</i>) и поручительством (<i>кяфалья</i>)			
Солидарная ответственность всех участников	Форма не применима	Форма не применима	Форма не применима

Источник: составлено авторами.

* Объединение *ширкат аль-амваль* на условиях простого представительства *вакаля*, а также *ширкат аль-амваль* с полномочием *вилаят аль-истидана* маликиты называют объединением *ширкат аль-муфавада*, которое не имеет ничего общего с объединением *ширкат аль-муфавада* в понимании ханафитского мазхаба, что создает некоторую терминологическую путаницу.

** В шафиитском мазхабе нет детально проработанного учения о *ширкат аль-инан*. Объединение, которое шафииты называют *ширкат аль-инан* по модели *ширкат аль-амваль*, является наиболее близким аналогом объединения *ширкат аль-мильк* в понимании ханафитского мазхаба.

вправе выйти из него в любой момент по собственному усмотрению. Остальные участники в таком случае могут определить его долю в праве общей собственности и выкупить ее. Отказ от участия в договоре одного участника объединения сам по себе не является основанием прекращения договорных отношений для

участия *ширка*, хранение (*вадия*, *wadia*), представительство (*вакаля*, *wakalah*), поручительство (*кяфалья*, *kafala*), гарантия (*даман*, *daman*), выплата премии (*джи'алья*, *ju'alah*) за выполнение определенной просьбы или задания, например за научные исследования, предоставление брокерских услуг, привлечение финансирования, взыскание долгов, разработку месторождений полезных ископаемых и др., подряд (*истисна*, *istisna*) до начала исполнения обязанностей со стороны подрядчика; 3) не считающиеся обязывающими до момента передачи имущества, в частности, к ним относятся заем (*кард*, *qard*), залог (*рахн*, *rahn*), дарение (*хиба*, *hiba*) (*Vogel F. E., Hayes S. L. Islamic Law and Finance: Religion, Risk, and Return. The Hague: Kluwer Law International, 1998. P. 111–112; The Financial Encyclopedia Investment & Finance. Aqd Ghair Lazim. URL: <https://www.investment-and-finance.net/islamic-finance/a/aqd-ghair-lazim.html> (дата обращения: 06.10.2021); The Financial Encyclopedia Investment & Finance. Aqd Lazim. URL: <https://www.investment-and-finance.net/islamic-finance/a/aqd-lazim.html> (дата обращения: 06.10.2021).*

остальных⁵⁷. В качестве исключения из общего правила ханафиты и ханбалиты допускают установление срока соглашения *ширкат аль-инан*, по истечении которого объединение прекращается. В то же время, по мнению шафиитов и маликитов, включение в договор условия о сроке *ширкат аль-инан* недопустимо⁵⁸.

Цена доли в общем имуществе участника, который решил выйти из объединения, должна быть определена по соглашению всех участников. В случае спора относительно рыночной стоимости, причитающейся за долю в праве собственности, или отказа от ее уплаты выбывающий участник может потребовать от остальных продажи его доли третьему лицу или физического выдела соответствующей его доле части активов объединения и передачи ему в натуре, если в договоре не было оговорено иное. Кроме того, одностороннее заявление о выходе из объединения, сопряженное с причинением вреда общим интересам участников и без уважительной на то причины, удовлетворению не подлежит⁵⁹. Помимо выхода конкретного участника, участники в любой момент могут единогласно принять решение о прекращении деятельности объединения, например в случае достижения изначально поставленной цели⁶⁰.

Поскольку вклад, внесенный в объединение *ширкат аль-инан*, во время действия договора находится в общей собственности участников, каждый из них может извлечь выгоду от прироста общего имущества, даже если хозяйственная деятельность не увенчалась получением прибыли. В случае полного прекращения договора объединения сумма, вырученная от реализации всех активов общего имущества (ликвидационного остатка), распределяется между участниками объединения пропорционально их долям в капитале.

2. Современная сделка участия *мушарака* и ее применение в банковском деле

Мушарака (*musharakah*) является производной формой объединения *ширкат аль-инан* по модели *ширкат аль-амваль*, но в то же время обладает собственной спецификой. В условиях отказа от процентной системы гражданско-правовая форма *мушарака* используется как исламскими банками в целях поддержки бизнеса, реализации инвестиционных проектов, структурирования экспортных и импортных сделок, так и регуляторами мусульманских стран в качестве альтернативного инструмента монетарной политики⁶¹.

⁵⁷ См. об этом: Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2019 edition. P. 118–119.

⁵⁸ Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2013 edition. P. 118–119.

⁵⁹ Такая позиция коррелирует с максимальной римского права «*socium a se non se a socio liberat*» («выходящий товарищ освобождает другого товарища от себя, но не себя от товарища»).

⁶⁰ Udovitch A. L. Partnership and profit in Medieval Islam. P. 140–141.

⁶¹ О применении гражданско-правовой формы *мушарака* в качестве инструмента монетарной политики см., напр.: Adela H. The impact of Musharakah financing on the monetary policy in the Islamic economy // Review of Economics and Political Science. 2018. Vol. 3, No. 3/4. P. 139–152; Muhiyatun M. The effect of Sharia monetary policy and financing quality on financial performance in Sharia banking // Shirkah: Journal of Economics and Business. 2016. Vol. 1, No. 3. P. 257–284.

Показательно, что американские ученые в сложившихся экономических условиях рекомендуют регуляторам при выборе программ поддержки экономических субъектов руководствоваться принципами венчурного соинвестирования, ориентированного на поиск наиболее перспективных и устойчивых бизнес-проектов вместо снижения ключевых ставок, раздувания объемов кредитования и раздачи «вертолетных денег». Фактически предлагаемый подход является калькой монетарной политики стран, в которых имеется исламский банковский сектор. Согласно рекомендациям, регулятору вменяется роль венчурного капиталиста последней инстанции (*venture capitalist of last resort*, VCOLR), а не кредитора последней инстанции (*lender of last resort*, LOLR).

Несмотря на то что сделка *мушарака* позволяет разделять коммерческие риски и получать доступ к дополнительным ресурсам и компетенциям, в исламском банкинге этот вид финансирования встречается достаточно редко⁶², но это не препятствует широкому использованию сделки дочерними предприятиями исламских банков в качестве инструмента прямых и венчурных инвестиций⁶³.

С учетом риска утраты капитала прямое участие исламского банка в инвестиционных проектах на условиях разделения прибыли и убытков весьма персонафицировано⁶⁴ и требует постоянного контроля в части возврата инвестиций и соответствия деятельности предписаниям шариата. Например, инвестирование посредством сделки *мушарака* не может производиться в отношении активов категории *харам*. Совершение сделки *мушарака* исламским банком предоставляет возможность производить инвестиции и приобретать доли в уже созданном юридическом лице или совместно создавать новое юридическое лицо. Также допустимо заключать договор участия в целях реализации конкретного инвестиционного проекта без образования юридического лица.

Участники *мушарака* обладают полномочиями по представлению интересов объединения и иных участников⁶⁵. Право каждого участника на осуществление деятельности от имени остальных участников выгодно для прямого инвестирования, поскольку каждый может привнести, помимо имущественного вклада⁶⁶, неимущественный вклад (управленческие навыки, деловые связи для получения доступа в определенные сегменты рынка и др.). Неимущественный вклад особенно актуален в ситуации финансирования инновационного проекта на первоначальном этапе, когда существует бизнес-идея, но отсутствуют необходимые *soft skills* (гибкие навыки) для ее реализации⁶⁷.

См. об этом: *Stein J.* Webinar: An evaluation of the fed-treasury credit programs // Princeton University: Bendheim Center for Finance. 2020. URL: <https://bcf.princeton.edu/events/jeremy-stein-on-an-evaluation-of-the-fed-treasury-credit-programs> (дата обращения: 05.10.2020).

⁶² Подробнее о причинах незначительного присутствия сделки *мушарака* в перечне продуктов исламских коммерческих банков см., напр.: *Nyazee I. A. K.* An open letter to Islamic bankers and economists // *Some Law Review*. 2015. Vol. 1, iss. 1. P. 1–4; *Jonsson D. J.* Islamic economics and the final Jihad: The Muslim brotherhood to the Leftist/Marxist — *Islamist Alliance*. Camarillo: Xulon Press, 2006. P. 170; *Billah M. M.* Modern Islamic investment management: principles and practices. Palgrave Macmillan, 2019. P. 88. URL: <http://www.iefpedia.com/english/wp-content/uploads/2019/11/Modern-Islamic-Investment-Management-Book-PDF.pdf> (дата обращения: 18.10.2021).

⁶³ См. об этом: *Elsiefy E.* Fundamental requirements for building an Islamic venture capital model // *Accounting and Finance Research*. 2014. Vol. 3, No. 1. P. 55–66.

⁶⁴ См., напр.: *Bilal M.* International trade under Islamic banking // *Journal of Philosophy, Culture and Religion*. 2016. Vol. 21. P. 20–21; *Salehuddin S., Saiti B.* Musharakah Tijarah cross-border financing: Concept, structure and salient features // *International Journal of Islamic Economics and Finance Studies*. 2016. Vol. 2, iss. 3. P. 1–26.

⁶⁵ Shari'ah Standard No. (12): Sharikah (Musharakah) and Modern Corporations (Revised Standard) // AAOIFI [Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions] Shari'ah Standards. Manama, 2015. § 3.1.3.1. URL: https://www.academia.edu/43214161/AAOIFI_Sharia_Standards_ENG (дата обращения: 17.09.2021); *Billah M. M.* Modern Islamic investment management. P. 86; *Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2019 edition*. P. 118, 324; *Musyarakah // Bank Negara Malaysia. Islamic Banking and Takaful Department. Product Standards (20 April 2015)*. P. 5 (S 11.1(b), G14.1(a)).

⁶⁶ Внесение в качестве имущественного вклада долговых требований, банковских гарантий, дебиторской задолженности не допускается. Исключением является случай, когда дебиторская задолженность неотделима от иных активов имущественного вклада. На практике сумма долговых требований в составе других активов не должна превышать 1/3 от общего объема вклада. См. подробнее: *Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2019 edition*. P. 324, 597, 603; *Shari'ah Standard No. (12)*. § 3.1.2.4. P. 354–355.

⁶⁷ См. об этом: *Jalil A.* Islamic venture capital: A new source of Islamic equity financing // *Conference Paper. Universiti Utara Malaysia*. 2005. P. 4, 8.

Сделка *мушарака* зачастую включает согласованные сторонами условия представительства и разграничения полномочий гласных и негласных участников⁶⁸. Негласным участником может стать как клиент, предоставивший денежные средства исламскому банку, однако не имеющий полномочий на представление интересов объединения в отношениях с третьими лицами, так и сам исламский банк, предоставивший клиенту денежные средства и устранившийся от ведения дел. Кроме того, допустимо привлечение лица для осуществления управления объединением *мушарака*⁶⁹ за фиксированное вознаграждение⁷⁰. Участники могут предусмотреть условие о выплате привлеченному лицу доли в прибыли в качестве премии за эффективное управление, но если управляющий получает долю в прибыли на постоянной основе, то он лишается права на получение фиксированного вознаграждения⁷¹.

В случае выполнения участником *мушарака* управленческих функций вместо выплаты вознаграждения, как и в ранее описанной ситуации с традиционной *ширкат аль-инан*, происходит увеличение его доли в прибыли⁷². Современная практика допускает, чтобы одно и то же лицо являлось одновременно как участником объединения *мушарака*, имеющим право на получение доли в прибыли, так и наемным управленцем, получающим фиксированное вознаграждение⁷³. Однако должно быть соблюдено правило о том, что договор участия и договор об управлении активами имеют собственную правовую основу, при этом последний может быть расторгнут по соглашению сторон и не влечет автоматического прекращения первого⁷⁴.

Прибыль объединения делится между участниками в соответствии с согласованным ими порядком⁷⁵. Доля в прибыли гласного участника в объединении *мушарака* может превышать его долю в капитале даже в отсутствие фактического активного участия в управлении⁷⁶. Участники *мушарака* могут предусмотреть разные конфигурации распределения прибыли, например они вправе согласовать изменение порядка разделения долей в прибыли⁷⁷. Помимо этого, любой из участников вправе отказаться от своей доли в прибыли частично или в полном объеме в пользу другого участника⁷⁸. По общему правилу отказ от прав (*искат аль-хакк*, *isqat al-haq*) не может быть зафиксирован до приобретения самих прав. Такое требование не исключает возможности заранее объявить в одностороннем порядке о намерении одного или нескольких участников отказаться в будущем от части причитающейся им доли в прибыли в пользу одного или нескольких других участников, например в случае достижения определенного уровня прибыли. Кроме того, участники могут установить поэтапный план распределения прибыли.

⁶⁸ Shari'ah Standard No. (12). § 3.1.3.2; *Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2019 edition*. P. 118, 324; Musyarakah. P. 7 (G14.1(a)).

⁶⁹ *Jalil A. Islamic venture capital*. P. 4, 8.

⁷⁰ Shari'ah Standard No. (12). § 3.1.3.3; *Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2019 edition*. P. 324; Musyarakah. P. 7 (G14.1, S14.2, G14.3), 14 (G20.1(b)).

⁷¹ Shari'ah Standard No. (12). § 3.1.3.3.

⁷² *Ibid.* § 3.1.3.4; *Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2019 edition*. P. 324.

⁷³ Shari'ah Standard No. (12). § 3.1.3.5; *Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2019 edition*. P. 324; Musyarakah. P. 7 (G14.4), 14 (20.1(b)).

⁷⁴ Shari'ah Standard No. (12). § 3.1.3.5.

⁷⁵ При расчете прибыли дебиторская задолженность объединения *мушарака* оценивается в денежном эквиваленте после вычета резерва по сомнительным долгам (*Ibid.* § 3.1.5.9).

⁷⁶ *Ibid.* § 3.1.5.1, 3.1.5.3; *Billah M. M. Modern Islamic investment management*. P. 84, 86; *Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2019 edition*. P. 116, 118, 325; Musyarakah. P. 11 (S16.2, S16.5).

⁷⁷ Shari'ah Standard No. (12). § 3.1.5.2; Musyarakah. P. 7 (G14.6, S14.7), P. 11 (G16.3).

⁷⁸ Shari'ah Standard No. (12). § 3.1.5.2; *Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2019 edition*. P. 325.

В таком случае размер доли в прибыли может быть поставлен в зависимость, во-первых, от периода выплат (например, за первое полугодие участник 1 получает 40 %, участник 2 — 60 %, через год доля между ними разделяется поровну); во-вторых, от объема прибыли (например, если годовая прибыль достигает 800 000 у. е., то участник 1 в первый год получает 40 %, участник 2 — 60 %, а если 2 000 000 у. е., то участник 1 получает 25 %, а участник 2 — 75 %). Также участники могут не распределять всю прибыль по итогам финансового года и оставлять часть суммы в качестве резервного фонда. Зачастую резервирование производится в целях увеличения объема оборотных средств, покрытия непредвиденных расходов, выравнивания нормы прибыли, перераспределения части прибыли на благотворительные и социальные проекты, покрытия предпринимательского риска в случае возникновения убытков и т. д.⁷⁹

Заметим, что, по сравнению с *ширкат аль-инан*, объединение *мушарака* предоставляет участникам больше свободы в урегулировании вопроса ответственности⁸⁰. Например, в п. G17.2 стандарта *Мушарака* Центрального банка Малайзии указано, что «участники вправе согласовать, что ответственность объединения ограничивается стоимостью объединенного капитала»⁸¹. Таким образом, участники по соглашению сторон могут устанавливать режим ограниченной ответственности, зависящей от размера внесенного капитала⁸². Гласный участник *мушарака* вправе подписать отдельное соглашение о поручительстве или залоге, регламентирующее его личную ответственность в связи с небрежностью или превышением полномочий⁸³. Однако участникам объединения ни при каких условиях не может быть выдана гарантия возврата внесенного капитала⁸⁴. На практике такая гарантия может выдаваться поручителем — третьим лицом. В этом случае поручителем не вправе выступать лицо, косвенно или напрямую владеющее более 50 % долей в капитале *мушарака*, и наоборот, объединение, в пользу которого выдается гарантия, не вправе владеть более 50 % в имуществе гаранта⁸⁵. Оплата за выдачу гарантий не предусмотрена⁸⁶.

По аналогии с *ширкат аль-инан* участники *мушарака* возмещают убытки пропорционально их долям имущественных вкладов. Согласно современному подходу, в *мушарака* убытки, превышающие долю вклада, могут компенсироваться в добровольном порядке за счет участника, постфактум взявшего на себя обязательства по их погашению⁸⁷.

⁷⁹ Shari'ah Standard No. (12). § 3.1.5.13, 3.1.5.14; Кайргалиев М. Институт «мушарака» в мусульманском праве // Ученые записки Академии экономики и права. 2009. № 1. С. 92.

⁸⁰ Islamic Banking Resource Centre. Discussions on Islamic Banking. Financing: Musharakah. URL: <https://islamicbankers.me/islamic-banking-islamic-contracts/financing-musharaka> (дата обращения: 05.10.2020); First Paramount Modaraba. Certificate of Musharakah Scheme: Terms and Conditions. Clause 6.2. URL: <http://www.fpm.com.pk/assets/documents/Online%20Application%20Form.pdf> (дата обращения: 05.10.2020); Arshad N. C., Ismail A. G. Shariah parameters for Musharakah Contract: A comment // International Journal of Business and Social Science. 2010. Vol. 1, No. 1. P. 152.

⁸¹ Musyarakah. P. 12 (G17.2).

⁸² Соответственно, в отличие от традиционной сделки *ширкат аль-инан*, применительно к *мушарака* использование англоязычного термина *limited partnership* при определенных условиях допустимо.

⁸³ Shari'ah Standard No. (12). § P.3.1.4.2; Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2019 edition. P. 601; Musyarakah. P. 13 (G 18.2(a)).

⁸⁴ Shari'ah Standard No. (12). § 3.1.4.1; Musyarakah. P. 13 (S18.1).

⁸⁵ Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2019 edition. P. 601; Shari'ah Standard No. (12). § 3.1.4.3.

⁸⁶ Shari'ah Standard No. (12). § 3.1.4.3; Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2019 edition. P. 601; Musyarakah. P. 13 (G 18.2(b); G 18.3).

⁸⁷ Shari'ah Standard No. (12). § 3.1.5.4.

По общему правилу участник *мушарака*, как и участник *ширкат аль-инан*, вправе беспрепятственно выйти из объединения в любой момент, при этом его выход не будет означать автоматического прекращения деятельности объединения для других участников⁸⁸. В то же время финансирование *мушарака* обычно предполагает, что в течение согласованного периода участники договора не вправе продавать свою долю. В таком случае в качестве ограничительной меры банковская практика допускает как возможность предоставления одностороннего обещания *вад* (wa'd) в виде отказа от выхода из объединения в течение определенного срока, так и установление запрета выхода без согласия всех участников⁸⁹. Также не исключается создание объединения *мушарака* на определенный срок⁹⁰.

На активы, приобретенные за счет средств объединенного капитала, распространяется режим общей собственности участников. Практика исламских банков допускает регистрацию активов объединения на имя одного или нескольких участников⁹¹, при этом каждый участник объединения сохраняет за собой право собственности соразмерно его доле вклада.

В ситуации, когда чистые активы объединения состоят из ликвидных активов (денежные средства, кредиторская задолженность), цена продажи доли участника должна быть равна стоимости чистых активов объединения пропорционально доле участника в объединенном капитале и в прибыли. Во избежание незаконного роста установление цены в большем или меньшем размере не допускается⁹².

Представим, что участник 1 владеет бизнесом, который оценивается в 360 000 у. е., а участник 2 инвестирует в бизнес участника 1 на условиях *мушарака* дополнительно 240 000 у. е., намереваясь по истечении согласованного срока выйти из объединения. Вклад участника 1 в размере 360 000 у. е. составляет 60 % объединенного капитала, а вклад участника 2 в размере 240 000 у. е. — 40 %, что в совокупности образует объединенный капитал в размере 600 000 у. е. Предположим, что по соглашению сторон участник 1 будет получать 80 % прибыли, а участник 2 — 20 % прибыли. Если участник 2 примет решение продать долю и на момент продажи доли стоимость чистых активов составит 1 000 000 у. е., то часть чистых активов в размере объединенного капитала будет распределяться между участниками пропорционально их долям (участнику 1 будет причитаться 360 000 у. е., а участнику 2 — 240 000 у. е.), а часть чистых активов, превышающая размер объединенного капитала, будет распределяться пропорционально долям участников в прибыли (участник 1 получит 320 000 у. е., а участник 2 — 80 000 у. е.). Таким образом, цена доли участника 1 составит 680 000 у. е., а участника 2 — 320 000 у. е. (см. схему 5).

Применительно к ситуации, когда в состав чистых активов включены как ликвидные активы, так и неликвидные активы, мусульманские ученые придерживаются различных точек зрения относительно законности продажи доли. Так, шафииты традиционно полагают, что во избежание нарушения запрета незаконного роста *риба* такая продажа до продажи всех неликвидных активов запрещена. Однако большинство современных мусульманских ученых, в том числе предшественники шафиитского мазхаба, допускают продажу доли при смешении разного рода активов, если стоимость неликвидных активов составляет более 50 % от

⁸⁸ Ibid. § 3.1.6.1; *Elsiefy E.* Fundamental requirements for building an Islamic venture capital model. P.60.

⁸⁹ Musyarakah. P.20 (S24.1(b)).

⁹⁰ Ibid. P.20 (S24.1(b)).

⁹¹ *Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2019 edition.* P. 598.

⁹² Ibid. P. 128, 192.

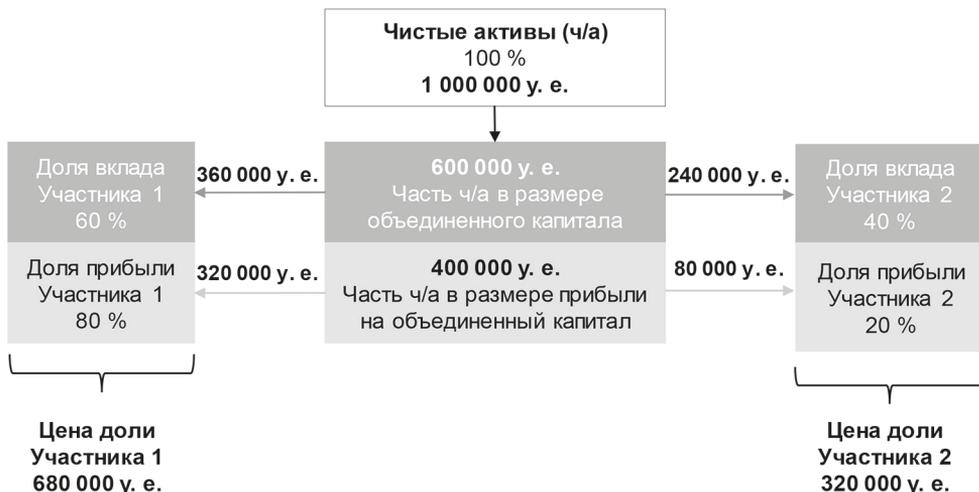


Схема 5. Пример определения цены долей участников в случае, когда общее имущество объединения состоит из денежных (ликвидных) активов (составлено авторами)

чистых активов объединения. Представители ханафитского мазхаба допускают продажу доли независимо от процентного соотношения ликвидных и неликвидных активов в чистых активах объединения при условии, что доля имущества в неликвидной форме является существенной⁹³. В случае продажи доли при смешении ликвидных и неликвидных активов действует правило, согласно которому цена доли должна превышать стоимость части чистых активов участника в ликвидной форме⁹⁴. Например, 40 % чистых активов объединения *мушарака* составляет имущество в неликвидной форме, а 60 % — в ликвидной, при этом участнику 1 по соглашению сторон полагается часть чистых активов в размере 680 000 у. е. Если цена доли участника 1 составляет 680 000 у. е., то она будет считаться эквивалентной части чистых активов в ликвидной форме в размере 408 000 у. е., а в неликвидной форме — в размере 272 000 у. е. Если цена доли участника 1 устанавливается в размере 800 000 у. е., то 408 000 у. е. будет считаться эквивалентной части чистых активов в ликвидной форме, а 392 000 у. е. — компенсацией за часть чистых активов в неликвидной форме. Продажа доли по цене меньше 408 000 у. е. недопустима (см. схему 6). Согласно подходу ханафитов, цена должна быть не только не меньше, но обязательно больше 408 000 у. е. Это объясняется тем, что цена не только является эквивалентом части чистых активов в ликвидной форме, но и включает справедливую компенсацию за часть чистых активов в неликвидной форме. В случае продажи доли участника 1 за 408 000 у. е. это требование не соблюдается, так как цена учитывается в качестве встречного предоставления пропорционально части ликвидного актива, а встречное предоставление за неликвидный актив не предоставляется.

⁹³ См., напр.: *Ayub M. Understanding Islamic finance*. Chichester: John Wiley & Sons, 2007. P. 329, 334; *Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2019 edition*. P. 125–127, 192–194; *Usmani M. T. The Concept of Musharakah and its application as an Islamic method of financing // Arab Law Quarterly*. 1999. Vol. 14, iss. 3. P. 203–220; *Moghul U. F. No pain, no gain: The state of the industry in light of an American Islamic private equity transaction // Chicago Journal of International Law*. 2007. Vol. 7, No. 2. P. 485.

⁹⁴ *Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2019 edition*. P. 125–126, 193.

	Часть ч/а, причитающаяся Участнику 1 680 000 у. е.	Часть ч/а в неликвидной форме 272 000 у. е. (40 %)	Часть ч/а в ликвидной форме 408 000 у. е. (60 %)
Пример 1	Цена доли Участника 1 680 000 у. е.	272 000 у. е.	408 000 у. е.
Пример 2	Цена доли Участника 1 800 000 у. е.	392 000 у. е.	408 000 у. е.
Пример 3	Цена доли Участника 1 408 000 у. е.	0 у. е.	408 000 у. е.

Схема б. Примеры установления цены доли в случае смешения ликвидных и неликвидных активов (ч/а — чистые активы) (составлено авторами)

Примечательно, что на практике участники договора *мушарака* нередко предоставляют друг другу обещание *вад* приобрести в будущем долю другого участника в объединенном капитале или, напротив, продать свою долю⁹⁵. В связи с этим сделка *мушарака* предусматривает более детальное и сложное регулирование вопросов, связанных с рыночной оценкой общего имущества и распределением доли в прибыли, в частности на основании показателей оперативного баланса.

В завершение отметим, что исламские банки осуществляют свою деятельность в соответствии с религиозными постулатами, следуя нравственно-ценностным ориентирам ислама, что позволяет обеспечивать справедливое распределение благ и высокую степень доверия мусульман к исламскому банковскому делу⁹⁶.

Поскольку игнорирование предписаний шариата и нравственно-ценностных ориентиров ислама недопустимо, можно утверждать, что, в отличие от конвенциональной банковской модели, функционирующей в духе социал-дарвинизма, отстаивающего выживание лишь наиболее приспособленных (*survival of the fittest*), исламские банки функционируют на основе взаимопомощи и сотрудничества. Единое мировоззрение мусульман способствует экономической интеграции, поскольку каждый член мусульманской общины (*уммы*) является субъектом коллективного экономического развития⁹⁷.

⁹⁵ Shari'ah Standard No. (12). § 3.1.6.2; Musyarakah. P. 14 (G19.1).

⁹⁶ См. об этом: *Тенберга И.* Нравственно-ценностные ориентиры в деятельности исламских банков // Закон. 2017. № 1. С. 156–167.

⁹⁷ В отличие от западного общественно-политического (гражданского) единства в границах государственно-территориальных образований и их альянсов под патронажем доминирующего государства имперского типа (*Pax Romana, Pax Britannica, Pax Americana*), объединение членов мусульманской общины основано на религиозных постулатах и существует обособленно от политикотерриториального устройства. Соответственно, «мир ислама» (*дар аль-ислам, dar al-Islam*) представляет собой наднациональное трансграничное явление, экономический потенциал которого безграничен. Подробнее о концепте «мир ислама» см. в: Ислам в мировой политике в начале XXI в.: учеб, пособие / под ред. Л. М. Ефимовой, М. А. Сапроновой. М.: МГИМО-Университет, 2016. С. 7–10.

Очевидно, что индивидуалистический подход конвенциональных банков, осуществляющих свою деятельность на процентной основе, уходит в прошлое, его вытесняет интегральный подход исламских банков, в рамках которого клиенты становятся соинвесторами исламских финансовых организаций, а последние — соинвесторами компаний, имеющих знак качества *халяль*. Следовательно, акцент смещается в сторону взаимовыгодного сотрудничества и экономического солидаритета⁹⁸, где соинвестиции в общее дело, в отличие от кредитования, призваны прежде всего усилить общий экономический эффект, а не только возвращать благосостояние отдельных лиц.

Заключение

На основании изложенного можно сделать следующие выводы:

- в исламском банкинге наблюдается эволюционный переход от *ширкат аль-инан* как классической формы прямого участия в капитале посредством объединения участников к современной *мушарака*, которая представляет собой сделку прямого участия посредством консолидации имущества;
- *мушарака* предопределяет принципы взаимодействия участников объединения, но не регламентирует вид такого объединения, в частности, таковым может быть юридическое лицо или договорное объединение;
- в отличие от *ширкат аль-инан*, в *мушарарка* допускается установление условий об ограничении ответственности участников размером их доли, а также о наделении полномочиями представительства объединения только отдельных участников;
- при заключении договора *мушарака* целесообразно установить правила, регламентирующие границы ответственности гласных участников, в частности предусмотреть положения о действиях, которые они не вправе совершать без прямого согласия негласных участников;
- одно из основных конкурентных преимуществ сделки *мушарака* заключается в возможности создания торгово-финансовых стратегических альянсов⁹⁹ между торговыми компаниями и финансовыми организациями; при этом необходимо учитывать, что в случае создания таких альянсов ключевая роль должна отводиться правовым ориентирам ислама.

Статья поступила в редакцию 1 февраля 2020 г.
Рекомендована в печать 20 февраля 2021 г.

⁹⁸ Показательно, что во Франции продвижение экономического солидаритета практикуется в форме «групп экономических интересов» с общей целью (Groupement d'intérêt économique (EIG)).

⁹⁹ О характеристике «стратегического альянса» см., напр.: *Зенкевич Н. А., Королева А. Ф., Мамедова Ж. А.* Концепция устойчивости совместного предприятия // Вестник Санкт-Петербургского университета. Сер. Менеджмент. 2014. Вып. 1. С. 31–34.

The civil law form of *musharakah* as an instrument for direct participation of the Islamic bank in capital: A retrospective analysis and modernity

A. N. Kuznetsova, I. Tenberga

For citation: Kuznetsova, Anna N., Tenberga, Inese. 2020. The civil law form of *musharakah* as an instrument for direct participation of the Islamic bank in capital: A retrospective analysis and modernity. *Pravovedenie* 64 (3): 326–351. <https://doi.org/10.21638/spbu25.2020.302> (In Russian)

Conventional banks, which operate under the conditions of interest capitalism, no longer dominate the financial sector. In the 21st century, Islamic banks, which provide services on an interest-free basis, have become their main competitors. In recent years, Islamic banking has grown rapidly even though 30–40 years ago it was only a regional phenomenon that could be found in countries with a predominantly Muslim population. The dispersal of capital by scaling a separate interest-free banking segment is now on the agenda of the Islamic world. It is stimulating the growing social demand for a fair distribution of resources within the community, as well as sustaining, at the same time, resilient economic development. However, the activity of Islamic banks remains a poorly studied and understood phenomenon within the circles of Russian legal science. In this article, the authors reveal the legal nature of the participation transaction involving *shirkat al'-inan*, while attempting to clarify the notion of using *musharakah* as a form of civil law, derived from *shirkat al'-inan*, within the Islamic banking system.

Keywords: *musharakah*, *al-shirkah*, *shirkat al'-inan*, participation transaction, investments, Islamic banking, Islamic bank.

References

- Adela, Hatem. 2018. The impact of Musharakah financing on the monetary policy in the Islamic economy. *Review of Economics and Political Science* 3 (3/4): 139–152.
- Aladieh, Salamah S. S. 1992. *Meccan trade prior to the rise of Islam*: Dr. Sci. Thesis in Law. Durham, Durham University.
- Al-Hindi, Nadim S. 1985. *Commercial law and trends in its development in the countries of the Arab East (Lebanon, Jordan, Kuwait)*: PhD Thesis in Law. Moscow, Patrice Lumumba University. (In Russian)
- Arshad, Noraziah C., Ismail, Abdul G. 2010. Shariah parameters for Musharakah contract: A comment. *International Journal of Business and Social Science* 1 (1): 145–162.
- Ayub, Muhammad. 2007. *Understanding Islamic finance*. Chichester, John Wiley & Sons.
- Ayupov, Aydar A., Gibadullin, Marat Z., Nurieva, Aysel R., Shagimardanov, Aydar R. 2016. Entrepreneurship and Islam: Russian historical experience. Kazan', Izdatel'stvo Kazanskogo universiteta Publ. (In Russian)
- Baron, Yuliy. 2005. Roman civil law system. St. Petersburg, "Iuridicheskii tsentr Press" Publ. (In Russian)
- Bearman, Peri J., Bianquis, Thierry, Bosworth, Clifford E., Donzel, Emeri J. van, Heinrichs, Wolfhart P. (eds) 2002. (eds) 1997. *The Encyclopedia of Islam. New Edition*. In 12 vols. Vol. XI: W–Z. Leiden, E. J. BRILL.
- Bilal, Gohar. 1999. Business organizations under Islamic law. *Proceedings of the Third Harvard University Forum on Islamic finance: Local challenges, global opportunities*: 83–89. Cambridge, Massachusetts, Center for Middle Eastern Studies, Harvard University.
- Bilal, Muhammad. 2016. International trade under Islamic banking. *Journal of Philosophy, Culture and Religion* 21: 18–26.
- Billah, Mohd M. 2019. *Modern Islamic investment management: principles and practices*. Palgrave Macmillan. Available at: <http://www.iefpedia.com/english/wp-content/uploads/2019/11/Modern-Islamic-Investment-Management-Book-PDF.pdf> (accessed: 18.10.2021)
- Bosworth, Clifford E., Donzel, Emeri J. van, Heinrichs, Wolfhart P., Lecomte, Gérard (eds) 1995. *The Encyclopedia of Islam. New Edition*. In 12 vols. Vol. VIII: NED–SAM. Leiden, E. J. BRILL.
- Bosworth, Clifford E., Donzel, Emeri J. van, Heinrichs, Wolfhart P., Lecomte, Gérard (eds) 1997. *The Encyclopedia of Islam. New Edition*. In 12 vols. Vol. IX: SAN–SZE. Leiden, E. J. BRILL.

- Davaba, Ashraf M. 2017. *Blessed work of a Muslim. Useful knowledge for business people professing Islam: Trade, property, income management, charity for the benefit of the community, the state and oneself*. Moscow, Eksmo Publ. (In Russian)
- Efimova, Larisa M., Sapronova, Marina A. (eds) 2016. *Islam in world politics at the beginning of the 21st century*. Moscow, MGIMO-Universitet Publ. (In Russian)
- El-Saadouni, Raed. 2013. The liability of groups of companies in Islamic law (a comparative study with common law): PhD Thesis in Law. Stirling, University of Stirling.
- Elsiefy, Elsayed. 2014. Fundamental requirements for building an Islamic venture capital model. *Accounting and Finance Research* 3 (1): 55–66.
- Ghazanfar, Shaikh M., Islahi, Abdul A. 2003. Explorations in medieval Arab Islamic economic thought: some aspects of Ibn Qayyim's economics (AH691–751/1292–1350AD). *Medieval Islamic economic thought: filling the "Great Gap" in European economics*: Collection of essays, ed. by Shaikh M. Ghazanfar. London, New York, Routledge / Curzon.
- Gibb, Hamilton A. R., Kramers, Johannes H., Lévi-Provençal, Évariste, Schacht, Joseph (eds) 1986. *The Encyclopedia of Islam. New Edition*. In 12 vols. Vol. I: A–B. Leiden, E. J. BRILL.
- Hasanuzzaman, Syed M. 1996. Rights and powers of partners in an Islamic Shirkah. *Islamic Studies* 35 (1): 5–23.
- Hassan, Abdullah A. H. 1986. *Sales and contracts in early Islamic commercial law*: Dr. Sci. Thesis in Philosophy. Edinburgh, University of Edinburgh.
- Ibrahim, Mahmud. 1990. *Merchant capital and Islam*. Austin, University of Texas Press.
- Jaffar, Zainuddin. 1994. The concept and application of daman in Islamic commercial law: Dr. Sci. Thesis in Philosophy. Edinburgh, University of Edinburgh.
- Jalil, Abdullah. 2005. Islamic venture capital: A new source of Islamic equity financing. *Conference Paper. Universiti Utara Malaysia*: 1–16.
- Jonsson, David J. 2006. *Islamic economics and the final Jihad: The Muslim brotherhood to the Leftist/Marxist – Islamist alliance*. Camarillo, Xulon Press.
- Kabbara, Abdulrahman H. S. 1988. *Islamic banking: a case study of Kuwait*. Loughborough, Loughborough University of Technology.
- Kayrgaliev, M. 2009. The Musharakah institute in Muslim law. *Uchenye zapiski Akademii ekonomiki i prava* 1: 95–99. (In Russian)
- Khachikyan, Shushanik L. 1984. *Armenian Merchants of New Julfa and their Role in Armenian-Russian Trade Relations (17th–18th centuries)*: PhD Thesis in History. Erevan, Institute of History of Academy of Sciences of Armenian Soviet Socialist Republic. (In Russian)
- Khan, Muhammad A. 2003. *Islamic economics and finance: A Glossary*. London, New York, Routledge.
- Koehler, Benedikt. 2014. *Early Islam and the birth of capitalism*. Lanham, Boulder, New York, London, Lexington Books.
- Lewis, Bernard, Pellat, Charles, Schacht, Joseph (eds) 1991. *The Encyclopedia of Islam. New Edition*. In 12 vols. Vol. II: C–G. Leiden, E. J. BRILL.
- Lipatova, Irina A., Nazarova, Anna I. 2003. Tales "One thousand and one nights" as a source on the history of the mentality of the East. *Vestnik Chuvashskogo universiteta* 1: 94–106. (In Russian)
- Matveev, Alexander S. 2016. Transarabian trade and the mission of Muhammad: On the reasons of the establishment of the Islamic religion and state in Arabia. *Arabian Routes in the Asian Context*: 445–516. St. Petersburg, MAE RAN Publ. (In Russian)
- Mel'nikova, Tat'yana V. 2009. *Legal entity as a subject of law (philosophical and methodological analysis)*: Dr. Sci. Thesis in Philosophy. Krasnoyarsk, Siberian State Aerospace University. (In Russian)
- Moghul, Umar F. 2007. No pain, no gain: The state of the industry in light of an American Islamic private equity transaction. *Chicago Journal of International Law* 7 (2): 469–494.
- Muhfiatun, Muhfiatun. 2016. The effect of Sharia monetary policy and financing quality on financial performance in Sharia banking. *Shirkah: Journal of Economics and Business* 1 (3): 257–284.
- Nikitina, Anna D. 2003. *Types of trade relations in the Ancient East in the 2nd millennium BC (based on materials from Asia Minor, Babylonia, Mari, Ugarit)*: PhD Thesis in History. Moscow, Lomonosov Moscow State University. (In Russian)
- Novikova, Ramilya G. 2016. *Theoretical foundations of legal regulation of financial relations in Islamic law*: PhD Thesis in Law. Moscow, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation. (In Russian)

- Nyazee, Imran A. K. 2002. *Islamic law of business organization partnerships*. Kuala Lumpur, The Other Press.
- Nyazee, Imran A. K. 2015. An open letter to Islamic bankers and economists. *Some Law Review* 1 (1): 1–4.
- Ray, Nicholas D. 1997. The Medieval Islamic system of credit and banking: Legal and historical considerations. *Arab Law Quarterly* 12 (1): 43–90.
- Salehuddin, Sharullizuannizam, Saiti, Buerhan. 2016. Musharakah Tijarah cross-border financing: Concept, structure and salient features. *International Journal of Islamic Economics and Finance Studies* 2 (3): 1–26.
- Stein, Jeremy. 2020. Webinar: An evaluation of the fed-treasury credit programs. *Princeton University: Bendheim Center for Finance*. Available at: <https://bcf.princeton.edu/events/jeremy-stein-on-an-evaluation-of-the-fed-treasury-credit-programs> (accessed: 26.02.2021).
- Tenberga, Inese. 2017. Ethic compass of Islamic banking. *Zakon* 1: 156–167. (In Russian)
- Tenberga, Inese. 2017. Prohibition of unlawful interest (ribā) as a ground for the refusal from collection and payment of interest in Islamic banking. *Zakon* 4: 78–89. (In Russian)
- Tsvetkov, P. (transl., comment.) 1912. *Sharia and court (law of property and law of obligation)*. Translation of the Civil Code used in the Ottoman Empire (Mecelle). In 2 vols. Tashkent, Izdaniye A. L. Kirsnera Publ. (In Russian)
- Udovitch, Abraham L. 1970. Theory and practice of Islamic law: Some evidence from the Geniza. *Studia Islamica* 32: 289–303.
- Udovitch, Abraham L. 2011. Partnership and profit in Medieval Islam. Princeton, Princeton University Press.
- Usmani, Muhammad T. 1999. The concept of Musharakah and its application as an Islamic method of financing. *Arab Law Quarterly* 14 (3): 203–220.
- Vas'kovskiy, Evgeniy V. 2021. Civil law textbook. *Klassika rossiiskogo prava*. Available at: <http://civil.consultant.ru/elib/books/24> (accessed: 26.02.2021). (In Russian)
- Vogel, Frank E., Hayes, Samuel L. 1998. *Islamic Law and Finance: Religion, Risk, and Return*. The Hague, Kluwer Law International.
- Zenkevich, Nikolay A., Koroleva, Anastasiya F., Mamedova, Zhalya A. 2014. Joint venture sustainability concept. *Vestnik Sankt-Peterburgskogo universiteta*. Ser. 8: Menedzhment 1: 28–56. (In Russian)
- Zhuravlev, Andrey Yu. 2004. Conceptual principles of Islamic economy. *Islamskie finansy v sovremennoy mire: ekonomicheskie i pravovye aspekty*, ed. by Renat I. Bekkin: 23–33. Moscow, Ummah. (In Russian)

Received: February 1, 2020
Accepted: February 20, 2021

Anna N. Kuznetsova — Master of Private International Law, senior attorney, ALRUD Law Firm, 17, Skakovaya ul., Moscow, 125040, Russian Federation; akuznetsova@alrud.com

Inese Tenberga — Independent Adviser in Islamic Banking, MergulLaw, Suite 116, Berkeley Square House, Berkeley Square, London, W1J 6BD, Great Britain; inese.tenberga@mergullaw.co.uk