

Купля-продажа и запрет неопределенности (*гарар*) в исламской традиции*

А. Н. Кузнецова, И. Тенберга

Для цитирования: Кузнецова А. Н., Тенберга И. Купля-продажа и запрет неопределенности (*гарар*) в исламской традиции // Правоведение. 2022. Т. 66, № 2. С. 162–192.
<https://doi.org/10.21638/spbu25.2022.203>

Приоритетной целью исламского права при регулировании торговых отношений является создание стабильного и предсказуемого оборота, который приобретает особую значимость в эпоху «Черных лебедей». Заключая договор купли-продажи *бай* (*bay'*) в соответствии с шариатом, стороны стремятся к эквивалентному обмену материальными ценностями. В статье рассматриваются требования исламского права к классическому договору купли-продажи, делается вывод, что предписания относительно заключения договора купли-продажи, объекта купли-продажи и формирования цены во многом объясняются тяготением ислама к справедливости в торговле. Анализируя объект купли-продажи, авторы обращаются к понятию имущества *аль-маль* (*al-mal*) и его разновидностям — вещам *аль-айн* (*al-'ayn*) и вещам *аль-дайн* (*al-da'yn*). Высказывается мнение, что вещь *аль-дайн* — это не аналог «обязательства», «долга» или «права требования» в понимании романо-германской или англосаксонской традиций, а уникальная концепция исламского права, буквально обозначающая «имущество в будущем». В связи с тем, что купля-продажа вещей *аль-дайн* существенно ограничена, в статье приводятся подходы мазхабов относительно допустимости и условий купли-продажи *бай аль-дайн* (*bay' al-da'yn*). На пути к устойчивому торговому обороту базовым инструментом исламского права является запрет на совершение сделок, сопряженных со значительной неопределенностью *гарар* (*gharar*). Авторы раскрывают смысл концепции *гарар*, являющейся предметом непрекращающихся дискуссий среди мусульманских ученых, и разграничивают понятие *гарар* от понятий риска и игры *майсир* (*maysir*). Запрет *гарар* имеет свои особенности применительно к договорам купли-продажи и становится ключевым при решении вопроса о допустимости продажи «несуществующей вещи», *бай аль-мадум* (*bai' al-ma'dum*), и продажи вещи, недоступной для физического осмотра в момент совершения сделки, *бай аль-хайб* (*bai' al-ghayb*). В этом контексте уделено внимание дистанционной продаже товаров по предварительному осмотру, по образцу и по описанию. Исламское право предлагает действенный механизм устранения неопределенности *гарар* из договора купли-продажи, наделяя покупателя правом на односторонний отказ от договора *хийар ар-руайа* (*khiyar al-ru'ayah*) при фактическом осмотре товара.

Ключевые слова: купля-продажа (*бай*), продажа «несуществующей вещи» (*бай аль-мадум*), «скрытая продажа» (*бай аль хайб*), имущество (*аль-маль*), договор (*акд*), неопределенность (*гарар*), исламское право.

Кузнецова Анна Николаевна — магистр международного частного права, старший юрист, юридическая фирма «АЛРУД», Российская Федерация, 125040, Москва, ул. Скаковая, 17, стр. 2; akuznetsova@alrud.com

Тенберга Инесе — независимый советник по вопросам исламского банковского дела, Российская Федерация, 199034, Санкт-Петербург, Биржевой пер., 6Б-2; jurfakspbgu@yandex.ru

* Авторы выражают глубокую благодарность профессору кафедры гражданского права юридического факультета СПбГУ А. Д. Рудоквасу за ценные критические замечания и советы, а также доценту кафедры процессуального права ВАВТ Минэкономразвития России Д. Я. Примакову за оказанную помощь при написании данной статьи.

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2022

Введение

Исламская правовая традиция¹ пронизана вопросами торговли (*тиджара*, *tidjara*). Это можно объяснить тем, что еще до становления ислама ведению торгового дела арабы придавали особое значение. По мере распространения ислама торговля стала рассматриваться не только с коммерческой, но и с этико-религиозной точки зрения².

Торговая деятельность в исламе осуществляется в рамках общественной саморегуляции и мониторинга правильного поведения. Важное значение в ней придаетс принцип «нейтральной допустимости» (*ибаха аслия*, *ibahah asliyah*), согласно которому разрешено все, что прямо не запрещено (*аль асль филь аль-муамалат аль-ибаха*, *al-asl fi-al-mua'malat al-ibahah*)³. Соответственно, число императивных запретов в торговом деле ограничено религиозными наставлениями и не должно увеличиваться⁴.

Одним из ключевых запретов, используемых для упорядочения торговой деятельности, является запрет на совершение сделок с элементом неопределенности (ненадежности⁵) — *гарар* (*gharar*). Такие сделки широко практиковались в доисламский период, однако были запрещены Пророком Мухаммадом. Запретные договоры купли-продажи с элементом *гарар* получили название *бай аль-гарар* (*bay' al-gharar*). К причинам воспрещения сделок *бай аль-гарар* относят получение необоснованного преимущества одной из сторон и вероятность возникновения споров между продавцом и покупателем относительно содержания совершенной сделки⁶.

В первом разделе представлен анализ особенностей заключения исламского договора купли-продажи (*бай*, *bay'*, мн. *буйу*, *buyu'*). Особое внимание уделяется разновидностям имущества *аль-маль* (*al-mal*, мн. *амваль*, *amwal*), которое может быть объектом купли-продажи, а именно вещам *аль-айн* (*al-'ayn*, *a'yan*, *al-'ain*) и вещам *аль-дайн* (*al-dayn* или *al-dain*). По нашему мнению, понимание основ классической сделки купли-продажи *бай* необходимо, так как на ее ос-

¹ Под исламской правовой традицией авторы понимают совокупность правовых знаний и правового опыта, сформированных предыдущими поколениями авторитетных мусульманских ученых в процессе интерпретации предписаний шариата в виде учения *аль-фикх* как целостной системы норм и воспринятых на нынешнем этапе развития исламского права.

² См.: *The Encyclopedia of Islam. New Edition: in 12 vols. Vol. X: T–U* / P. J. Bearman, Th. Bianquis, C. E. Bosworth, E. van Donzel, W. P. Heinrichs (eds). Leiden: E. J. Brill, 2000. P. 466–475.

³ Все действия в исламском праве классифицируются на дозволенные (*халал*, *halal*), обязательные и должные (*фард*, *fard*, *ваджиб*, *wajib*), рекомендуемые и одобряемые (*сунна*, *sunnah*, *мандуб*, *mandub*, *мустахабб*, *mustahabb*), нейтральные (*мубах*, *mubah*, *мутлак*, *mutlaq*), нежелательные, предосудительные (*макрух*, *makruh*) и запретные (*харам*, *haram*, *махзур*, *maḥzūr*). Обязательными являются действия, которые предписаны первоисточниками исламского права и выполнение которых вознаграждается, а невыполнение — карается; рекомендуемыми — неисполнение которых не наказывается, а совершение которых вознаграждается; нейтральными — которые не влекут ни наказания, ни награды; нежелательными — совершение которых не наказывается, но воздержание от которых вознаграждается; запретными — несовершение которых награждается, а совершение наказывается (см.: *ас-Садр М. Б. История 'Илм Аль-Усул*. М.: Садра, 2009; *Рахматуллин Р. Ю. Особенности мусульманского права* // Вестник ВЭГУ. 2016. № 5 (85). С. 108–109; *Халляк В. История исламских теорий права*. Введение в суннитскую теорию права / пер. с англ. И. А. Царегородцева; под науч. ред. И. Л. Алексеева. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2020. С. 76–79).

⁴ Подробно о торговле в исламе см.: *Hassan A. A. H. Sales and contracts in early Islamic commercial law: A Doctoral Thesis in Philosophy*. Edinburgh: University of Edinburgh, 1986. P. 36–88; *The Encyclopedia of Islam. New Edition. Vol. X: T–U*. P. 466–476.

⁵ *Ван ден Берг Л. В. С. Основные начала мусульманского права согласно учению имамов Абу Ханифы и Шафии*. М.: Наталис, 2005. С. 83.

⁶ *Hassan A. A. H. Sales and contracts in early Islamic commercial law*. P. 119; *The Encyclopedia of Islam. New Edition. Vol. X: T–U*. P. 468.

нове конструируются современные исламские банковские продукты, в частности купля-продажа с согласованной наценкой (*бай аль-мурабаха*, bay' al murabahah), купля-продажа в целях поддержания ликвидности (*таваррук*, tawarruq) и аренда (*иджара*, ijarah)⁷.

Во втором разделе статьи рассматривается содержание запрета неопределенности, в частности основные критерии запрещенной купли-продажи *бай аль-гарар*. Важность анализа *гарар* в сделках купли-продажи обусловлена тем, что в современном мире личное присутствие сторон в месте заключения договора или в момент передачи товара уступает место более сложным торговым отношениям. Например, на первый план в условиях сложной геополитической ситуации и разрыва привычной связанности мира выходит дистанционная торговля, которая неизменно порождает вопросы относительно места совершения сделки, качества и количества продаваемого товара и срока его передачи. Получается, большинство современных сделок купли-продажи сопряжено с той или иной степенью неопределенности. В то же время исследование содержания и пределов действия запрета *гарар* в сделках купли-продажи приводит к выводу, что, во-первых, далеко не любая неопределенность в сделке купли-продажи влечет нарушение запрета *гарар* и, как следствие, признание сделки недействительной и, во-вторых, исламскому праву известны механизмы устранения *гарар* из сделки купли-продажи.

1. Особенности договора купли-продажи в исламской традиции

Прежде чем приступить к детальному рассмотрению купли-продажи *бай*⁸, стоит заметить, что традиционно заключение мусульманами договора (*акд*, aqd)⁹ сопровождается звуковым схлестыванием ладоней (*ас-сафка*, aṣ-ṣafqa) и возведением глаз к небу в знак признания того, что обе стороны (*мута'акидан*, muta'āqidān) имеют честные помыслы, так как действуют под свидетельством Всевышнего, для Которого нет ничего тайного или неизвестного.

Акд — это общий термин, указывающий на совершение юридически обязывающего акта и обозначающий в прямом смысле то, что лицо намеревается сделать на основании своей собственной воли или в зависимости от воли по крайней мере двух сторон. В исламском праве слово *акд* обозначает сделку¹⁰.

⁷ Подробнее об исламских банковских продуктах см.: *Тенберга И.* Исламский банкинг и его основы // Известия Национальной академии наук Азербайджана (НАНА). Серия: Экономика. 2020. № 6. С. 191–200.

⁸ См.: The Encyclopedia of Islam. New Edition: in 12 vols. Vol. I: A–B / H. A. R. Gibb, J. H. Kramers, E. Lévi-Provençal, J. Schacht (eds). Leiden: E. J. Brill, 1986. P. 1111–1113; *Cattelan V.* Property (*Māl*) and Credit Relations in Islamic Law: An Explanation of *Dayn* and the Function of Legal Personality (*Dhimma*) // Arab Law Quarterly. 2013. Vol. 27. P. 199; Тезаурус по истории и культуре ислама. URL: <https://islamthesaurus.spbu.ru/%D0%91%D0%B0%CC%81%D0%B9%E2%80%98%D0%B0> (дата обращения: 13.06.2022).

⁹ Важное значение в исламской традиции имеет деление договоров на те, которые вступают в силу в момент их заключения (*нафиз*, nafiz), и те, которые вступают в силу после устранения правовых препятствий (*маукуф*, mauquf). На практике к договорам, вступающим в силу после устранения правовых препятствий, относятся заключенные в состоянии недееспособности, неправопособности или при временном отсутствии необходимых полномочий контрагента. После устранения всех препятствий договор считается вступившим в силу в момент его заключения (*Ayub M.* Understanding Islamic Finance. Chichester: John Wiley & Sons, 2007. P. 118–119; *Khan M. A.* Islamic Economics and Finance: A Glossary. London; New York: Routledge, 2003. P. 9; *Mahmor S. M.* The Conditions of the Countervalues of the Contract of Sale Under Islamic Law with Occasional Comparison with English Law: A Doctoral Thesis in Philosophy. Glasgow: Glasgow Caledonian University, 2000. P. 20).

¹⁰ Тезаурус по истории и культуре ислама. URL: <https://islamthesaurus.spbu.ru/%E2%80%98%D0%90%D0%BA%CC%A3%D0%B4> (дата обращения: 13.06.2022).

Примечательно, что среди мазхабов не существует единого определения договора. Так, представители ханбалитского мазхаба придерживаются мнения, что «договор является законом сторон»; шафииты с «законом сторон» отождествляют права, возникающие из юридически обязывающего акта¹¹. Наряду с вышеказанным, учение исламского права признает безукоризненное исполнение договорных обязательств священной обязанностью каждого члена мусульманской общины. Исходя из этого, по нашему мнению, в свете шариата не представляется возможным применение известной общему праву доктрины «эффективного нарушения» (Efficient Breach Theory)¹², допускающей законность выплаты компенсации вместо исполнения договора в натуре по усмотрению должника.

Двусторонняя сделка *акд* признается результатом полного совпадения волеизъявлений обеих сторон — оферты (*иджаб*, *ijāb*) и акцепта (*кабуль*, *qabūl*), где каждая сторона одновременно является и кредитором, и должником, а их обязанности носят встречный, взаимосвязанный и взаимно обуславливающий характер¹³. В традиции ханафитов акцепт — это встречное согласие любой из сторон на предложение оферента, тогда как другие мазхабы считают акцептом только действия покупателя. В связи с этим в остальных суннитских мазхабах действие продавца всегда рассматривается в качестве оферты (*иджаб*), а действие покупателя — в качестве акцепта (*кабуль*) вне зависимости от очередности волеизъявлений сторон¹⁴. В случае акцепта оферты она становится обязывающей (*вуджуб*, *wujub*) и закрепляет последствия двустороннего волеизъявления (*йелан аль-ирада*, *'ielan al-'irāda*)¹⁵, в результате чего договор становится связующим

¹¹ *Wisham I., Muneza A., Hassan R.* Special legal features of the Islamic wa'd or pledge. Comparison with the conventional law on promise within the sphere of Islamic finance // *International Journal of Law and Management*. 2011. Vol. 53, iss. 3. P. 225; *Новаль А. Ш. С. М.* Свобода договора по гражданскому законодательству Йеменской Республики: дис. ... канд. юрид. наук. М.: Российский университет дружбы народов, 2002. С. 38.

¹² Доктрина «эффективного нарушения» исходит из того, что договор означает лишь предположение исполнения, и в случаях, когда нарушение договора экономически выгодно, сторона может отказаться от исполнения своих обязательств при условии погашения убытков другой стороне. В основном данная доктрина нашла признание в договорном праве США. Подробнее о правилах «эффективного нарушения» см., напр.: *Smits M. H. J.* Efficient Breach and the enforcement of specific performance. *LLM Privaatrecht*. Amsterdam, 2014. URL: <http://dare.uva.nl/cgi/arno/show.cgi?fid=530114> (дата обращения: 14.06.2022); *Карпетов А. Г.* Модели защиты гражданских прав: экономический взгляд. Ч. 1 // *Вестник экономического правосудия*. 2014. № 11/2014. С. 24–80; *Карпетов А. Г.* Экономический анализ права. М.: Статут, 2016. С. 363–369.

¹³ *The Encyclopedia of Islam*. New Edition. Vol. I: A–B. P. 318–319; *The Oxford Dictionary of Islam* // *Oxford Islamic Studies Online*. URL: <http://www.oxfordislamicstudies.com/article/opr/t125/e175> (дата обращения: 19.05.2021); *Ishola A. S., Azeez Y. A., Ali N. M.* Al-'aqd Al-sahih: The Legal Basis for Determining the Validity of Islamic Financial Transactions // *International Journal of Economics and Financial Issues*. 2016. Vol. 6, iss. S2. P. 140–143; *Аль-Мисри Р. Ю.* Фикх имущественных отношений / пер. с араб. Д. Аджи. М.: Исламская кн., 2014. С. 54–55; *Казем-Бек А. К.* Шераиуль-ислям, или Законы мусульман шиитского вероисповедания. Выпуск первый. Содержит в себе две книги: О торговле и залоге / Сочинение Шейха Абуль-Гкасыма, прозванного Аль-Мухагкыг. СПб.: Типография Императорской Академии наук, 1862. С. 7–8; *Новаль А. Ш. С. М.* Свобода договора по гражданскому законодательству Йеменской Республики. С. 27; *Маргинани Б.* Хидоя. Комментарии мусульманского права: в 2 ч., 4 т. Ч. 1, т. I–II / пер. с англ. Н. И. Гродекова; отв. ред., авт. предисл., вступ. ст. и науч. комм. проф. А. Х. Саидов. М.: Волтерс Клувер, 2010.

¹⁴ *Mahmor S. M.* The Conditions of the Countervalues of the Contract of Sale Under Islamic Law with Occasional Comparison with English Law. P. 28–42; *Amanullah M., Rahman H.* Sale subject to a condition in Islamic law: a juristic analysis // *Shariah Journal*. 2016. Vol. 24, no. 3. P. 423–444.

¹⁵ По предположению Йозефа Шахта, одна из наиболее характерных отличительных черт исламского права — юридическая конструкция двусторонне обязывающего договора, возможно, была заимствована арабами из древнего права Вавилонии (см.: *Schacht J. F.* An Introduction to Islamic Law. New York: Oxford University Press, 1982. P. 22).

(*ини'кад*, *ini'qad*)¹⁶. В учении шафиитов и ханбалитов любая из сторон вправе отказаться от совершения возмездной сделки до того, как покинет место заключения договора. Такое право одностороннего отказа называется *хийар аль-маджлис*, *khiyar al-majlis*¹⁷. Между тем представители маликитского и ханафитского мазхабов не признают такое право на отказ после достижения итоговых соглашений, независимо от того, находятся ли стороны все еще на месте заключения договора или уже покинули его (*иттихад аль-маджлис*, *ittihad al-majlis*)¹⁸.

Существенными условиями купли-продажи являются: объект (*маби'и*, *tabi'i*) и цена (*заман*, *thaman*). Предмет договора (*махалль аль-'ақд*, *mahall al-'aqd*, или иначе: *ма'куд 'алейхи*, *al-ma'quḍ alaihi*), т. е. то, на что направлены права (*аль хукм*, *al-ḥukm*) и обязанности (*вуджуж*, *wujud*) сторон, заключается в передаче объекта и цены. Соответственно, купля-продажа предполагает передачу (*и'tā*, *i'tā'*)¹⁹ в полную собственность (*аль-милк ат-тамм*, *al-milk al-tāmm*)²⁰ одного объекта взамен другого (*мубадала*, *mubadala*, или иначе: *мубадала аль-маль биль-маль*, *mubadilah al-mal bi al-mal*) в качестве встречного предоставления (*ивад*, *'iwad*)²¹. Типичным результатом *бай* является переход (*мувада*, *muawaddah*)²² прав и бремени собственника от продавца к покупателю в отношении объекта продажи в момент передачи владения (*кабд*, *qabd*)²³.

¹⁶ Слово *ини'кад* производно от слова *акада* (a-qa-da') — завязать узел, связывать вместе. В правовом смысле *ини'кад* — это любое завершённое и связывающие стороны событие (*Khan M. A. Islamic Economics and Finance: A Glossary*. P. 9).

¹⁷ По замечанию Ван ден Берга, возникновение права *хийар аль-маджлис* объясняется особенностями ведения арабами торговли, так как «всякий, кто наблюдал продолжительную и скучную процедуру, с которой на Востоке заключают в обыденной жизни торговые сделки, как иногда стороны долго торгуются, хваля свой товар, должен согласиться, что в высшей степени трудно определить в каждом случае границу между торгом и заключением его, так что большей частью расхождение сторон служит единственным верным признаком окончания сделки» (*Ван ден Берг Л. В. С. Основные начала мусульманского права согласно учению имамов Абу Ханифы и Шафии*. С. 89).

¹⁸ О праве *хийар аль-маджлис* подробнее см.: *Hassan A. A. H. Sales and contracts in early Islamic commercial law*. P. 90–94; *The Financial Encyclopedia Investment & Finance*. URL: <http://www.majdbakir.com/islamic-finance/k/khiyar-al-majlis.html> (дата обращения: 19.05.2021); *Noor M. The Rights of Khiyar (Option) in the Issue of Consumerism in Malaysia / M. M. M. Noor, I. Suliaman, K. Ahmad, F. Deraman, M. Abdullah, F. A. Shah, M. Y. Z. M. Yusoff, M. M. A. Razzak, J. T. Meftah, S. Ariffin, A. K. Kasar, M. R. M. Nor // Middle-East Journal of Scientific Research*. 2013. Vol. 13, iss. 2. P. 156; *Торнау Н. Е.* Изложения начал мусульманского законовещения. СПб.: Тип. II Отд. Собств. Е. И. В. Канцелярии, 1850. С. 201; *Нофаль И. Г.* Курс мусульманского права, читанный в 1884/85 г. в Учебном отделении восточных языков при Азиатском департаменте. Вып. I: О собственности / пер. с фр. СПб.: Типография Тренке и Фюсно, 1886. С. 58–59; *Торнау Н. Е.* Особенности мусульманского права. СПб.: Тип. Императ. Акад. наук, 1892. С. 66.

¹⁹ В прямом смысле *и'tā'* (*i'tā'*) — это предоставление (прямое или косвенное) чего-либо.

²⁰ *Khan M. A. Islamic Economics and Finance: A Glossary*. P. 125.

²¹ *The Encyclopedia of Islam*. New Edition: in 12 vols. Vol. IV: IRAN–KHA / eds E. van Donzel, B. Lewis, Ch. Pellat. Leiden: E. J. Brill, 1997. P. 286; *Ван ден Берг Л. В. С.* Основные начала мусульманского права согласно учению имамов Абу Ханифы и Шафии. С. 85.

²² *Khan M. A. Islamic Economics and Finance: A Glossary*. P. 157; *Mahmor S. M. The Conditions of the Countervalues of the Contract of Sale Under Islamic Law with Occasional Comparison with English Law*. P. 28.

²³ Об основных правилах купли-продажи в исламе см.: *The Encyclopedia of Islam*. New Edition. Vol. I: A–B. P. 1111–1113; *Hassan A. A. H. Sales and contracts in early Islamic commercial law*. P. 31–33; *Waheed K. A critical study of Murabahah as an Islamic mode of financing: A Doctoral Thesis in Philosophy*. Aligarh: Aligarh Muslim University, 2008. P. 62–63, 67–71; *Zahraa M., Mahmor S. M. Definition and Scope of the Islamic Concept of Sale of Goods // Arab Law Quarterly*. 2001. Vol. 16, no. 3. P. 216–218; *Ayub M. Understanding Islamic Finance*. P. 130–135; *Кремер А. фон.* Мусульманское право / пер. с нем. Р. Р. Эйхгорн. Ташкент: тип. Окр. штаб, 1888. С. 32–34; *Нофаль И. Г.* Курс мусульманского права, читанный в 1884/85 г. в Учебном отделении восточных языков при Азиатском департаменте. С. 56–72;

В этой связи отметим, что известный в области изучения исламского права правовед Ф. Фогель (Frank E. Vogel) тем не менее отрицает обязательственную природу договора купли-продажи *бай*, утверждая, что в исламе купля-продажа представляет собой не установление взаимных обязательств, но скорее фактическую передачу имущества по обоюдному согласию сторон. Такая купля-продажа не основана на концепции обещания или обязательства, а является согласованной передачей титула на имущество²⁴. Данную точку зрения не разделяет У. М. Ахмеджанов, прямо называя куплю-продажу консенсуальным договором и указывая на то, что «договор продажи сам по себе не дает покупателю права собственности на данную вещь, а создает для покупателя право требовать от продавца исполнения обязательства, т. е. передачи вещи»²⁵.

1. 1. Объект купли-продажи и концепция имущества *аль-маль*

Для целей анализа объекта купли-продажи в понимании исламской традиции необходимо обратиться к концепции имущества *аль-маль*. Буквально этот термин означает то, чем можно обладать. Изначально наименование *аль-маль* использовалось исключительно применительно к золоту и серебру. Впоследствии данный термин стал употребляться для обозначения и иного имущества, которое можно приобрести и которым можно обладать²⁶. Имущество *аль-маль* мусульманскими учеными рассматривается в качестве материального богатства (*ас-сарва*, *ath-tharwa*) с особыми правовыми свойствами: (а) то, чем можно владеть в качестве объекта; (б) то, из чего можно извлечь выгоду; (в) то, с чем можно производить юридически значимые действия. Наряду с вышеуказанными свойствами, мусульманские ученые в понятие *аль-маль* вкладывают следующие отличительные характеристики: стоимость (*мутамаввал*, *mutamaawal*), желаемость (*муваль*, *muwal*), способность сбережения (*идхар*, *Idikhar*)²⁷, необходимость (*ат-тайбат*, *at-tayibat*)²⁸ и оборотоспособность (*мутакаввим*, *mutaqawwim*, или *мутакаввам*, *mutaqawwam*)²⁹. Запрещенные шариатом (*харам*) для оборота вещи не существуют в качестве объекта права (*маль хаяр аль-мутакаввим*, *māl ghayr mutaqawwim*, или *маль хайр аль-мутакаввам*, *māl ghayr mutaqawwam*), хотя бы в физической реальности материальная субстанция (*ракаба*, *raqaba*) вещи имеет место³⁰.

Ахмедов А. Ш. Проблема влияния римского права на мусульманское право // Древнее право. *Ivs antiquum*. 2010. № 1 (25). С. 79–80; Ахмеджанов У. М. Институт собственности в мусульманском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1963. С. 143, 166–169; Торнау Н. Е. Изложения начал мусульманского законоведения. С. 175.

²⁴ Цит. по: Cattelan V. Property (*Māl*) and Credit Relations in Islamic Law: An Explanation of *Dayn* and the Function of Legal Personality (*Dhimma*). P. 199.

²⁵ Ахмеджанов У. М. Институт собственности в мусульманском праве... С. 143, 165.

²⁶ *Kabbara A. H. S.* Islamic banking: a case study of Kuwait: A Doctoral Thesis in Philosophy. Loughborough: Loughborough University, 1988. P. 44; *Mahmor S. M.* The Conditions of the Countervalues of the Contract of Sale Under Islamic Law with Occasional Comparison with English Law. P. 65; Ахмеджанов У. М. Институт собственности в мусульманском праве... С. 143.

²⁷ *Mahmor S. M.* The Conditions of the Countervalues of the Contract of Sale Under Islamic Law with Occasional Comparison with English Law. P. 70, 279.

²⁸ *Khan M. A.* Islamic Economics and Finance: A Glossary. P. 182–183.

²⁹ Например, вино имеет оборотоспособность (буквально — «покупательную силу») для немусульман, однако для мусульман не имеет, так как шариат относит любые алкогольные напитки к категории *харам*. Оборотоспособность как характеристика имущества *аль-маль* особенно выделяется представителями ханафитского мазхаба (*Ibid.* P. 120; *Mahmor S. M.* The Conditions of the Countervalues of the Contract of Sale Under Islamic Law with Occasional Comparison with English Law. P. 70–72, 280).

³⁰ *Khan M. A.* Islamic Economics and Finance: A Glossary. P. 20, 120; *Mahmor S. M.* The Conditions of the Countervalues of the Contract of Sale Under Islamic Law with Occasional Comparison with English Law. P. 71–72, 280.

К имуществу *аль-маль* большинство мусульманских ученых относят следующее (см. схему 1).

(а) Вещи, т. е. объекты материального мира, которые в зависимости от условий сделки могут пребывать в форме *аль-айн* или *аль-дайн*.

Вещь *аль-айн*³¹ — имеющаяся в наличии, доступная зрительному восприятию *hic-et-nunc* («здесь и сейчас») и готовая к немедленной передаче индивидуализированная (специфицированная³²) заменимая вещь (*аль-мисли*, *al-mithli*, мн. *мислиййат*, *mithliyyat*), включая деньги, или незаменимая вещь (*аль-кыми*, *al qimi*, мн. *кымиййат*, *qimiyyat*)³³.

Вещь *аль-дайн* — еще не индивидуализированная (не специфицированная³⁴) заменимая вещь, включая деньги; а также заменимая или незаменимая вещь, в отношении которой у должника имеется обязанность передать ее в будущем, а у кредитора — право требовать ее передачи в силу обязательства, возникшего из договора или деликта³⁵. По замечанию Л. В. С. Ван ден Берга, в терминологии римского права вещи *аль-дайн* — это *res quae in obligatione tantum sunt* (вещи, которые состоят только в обязательстве)³⁶.

(б) Польза в виде узурфрукта *аль-манфа'а* (*al-manfa'ah*, мн. *манафи*, *manafi*)³⁷. По мнению большинства ученых, к *аль-манфа'а* относится неовещественная польза от вещей, например польза в виде проживания в съемном доме или пользования машиной, ношения одежды, работы наемного работника. Овещественная польза, как то: молоко коровы, фрукты с дерева, деньги, полученные в качестве арендной платы за сдачу дома, и т. д., не признается *аль-манфа'а*, а рассматривается в виде самостоятельно существующих вещей³⁸.

(в) Субъективное право — *хакк* (*haqq*, мн. *хукук*, *huquq*)³⁹ — право, позволяющее лицу осуществлять определенные действия или требовать от других осуществления определенных действий в своем интересе или в отношении себя,

³¹ Буквальное значение термина *аль-айн* — глаз, орган зрения. Одновременно с этим данный термин обозначает также и то, что человек воспринимает, используя зрение (The Encyclopedia of Islam. New Edition. Vol. I: A–B. P. 784–785).

³² Ван ден Берг Л. В. С. Основные начала мусульманского права согласно учению имамов Абу Ханифы и Шафии. С. 109; Ахмеджанов У. М. Институт собственности в мусульманском праве... С. 145.

³³ Cattelan V. Property (*Māl*) and Credit Relations in Islamic Law: An Explanation of *Dayn* and the Function of Legal Personality (*Dhimma*). P. 191–192; Ахмеджанов У. М. Институт собственности в мусульманском праве... С. 143–144; Khan M. A. Islamic Economics and Finance: A Glossary. P. 126–127, 152; Mahmor S. M. The Conditions of the Countervalues of the Contract of Sale Under Islamic Law with Occasional Comparison with English Law. P. 82–83; The Financial Encyclopedia Investment & Finance. URL: <https://www.investment-and-finance.net/islamic-finance/q/qimiyyat.html> (дата обращения: 19.05.2021); The Financial Encyclopedia Investment & Finance. URL: <https://www.investment-and-finance.net/islamic-finance/m/mithliyyat.html> (дата обращения: 19.05.2021).

³⁴ Ван ден Берг Л. В. С. Основные начала мусульманского права согласно учению имамов Абу Ханифы и Шафии. С. 109; Ахмеджанов У. М. Институт собственности в мусульманском праве... С. 145.

³⁵ Mahmor S. M. The Conditions of the Countervalues of the Contract of Sale Under Islamic Law with Occasional Comparison with English Law. P. 90–91.

³⁶ Ван ден Берг Л. В. С. Основные начала мусульманского права согласно учению имамов Абу Ханифы и Шафии. С. 109.

³⁷ Khan M. A. Islamic Economics and Finance: A Glossary. P. 122; The Financial Encyclopedia Fincyclopedia. URL: <https://fincyclopedia.net/islamic-finance/m/manfaah> (дата обращения: 13.11.2021).

³⁸ Islam M. W. Al-Mal: The Concept of Property in Islamic Legal Thought // Arab Law Quarterly. 1999. Vol. 14, no. 4. P. 366.

³⁹ Mahmor S. M. The Conditions of the Countervalues of the Contract of Sale Under Islamic Law with Occasional Comparison with English Law. P. 69; Ахмеджанов У. М. Институт собственности в мусульманском праве... С. 144.

которое может быть заявлено в установленном законом порядке и которое защищает закон. Выделяют как имущественные права — *хакк*, например право собственности (*хакк аль-мелякият*, *haqq al-melakiyat*) или сервитут (*хакк аль-иртифак*, *haqq al-irtifaq*), преимущественное право покупки, право отказа от некачественного товара, так и неимущественные, например право опеки в отношении несовершеннолетнего.

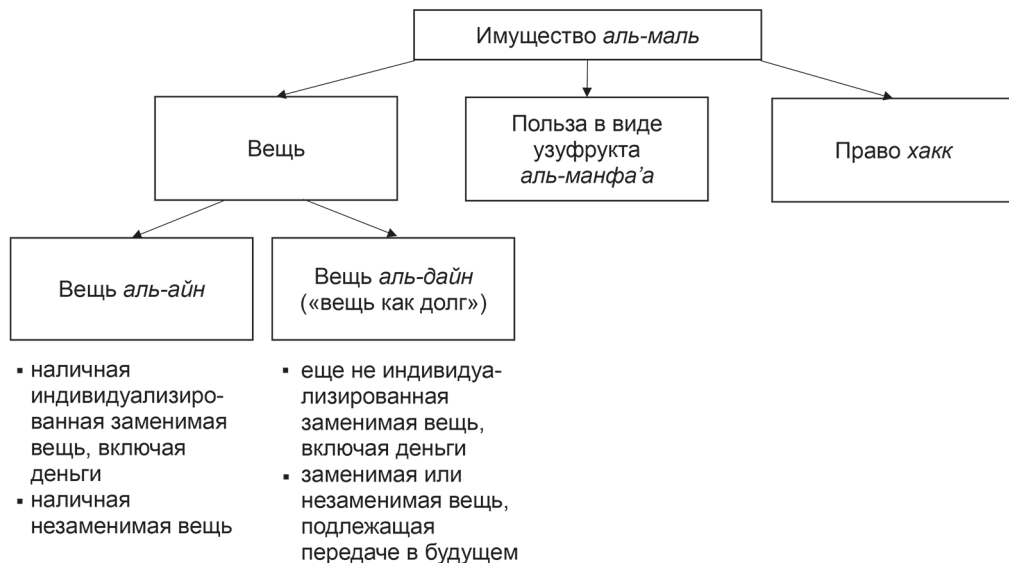


Схема 1. Виды имущества аль-маль

По мнению некоторых мусульманских ученых, *аль-манфа'а* является разновидностью прав *хакк*. Другие ученые разграничивают *аль-манфа'а* и *хакк*, так как польза *аль-манфа'а* всегда связана с вещью, тогда как *хакк* — с лицом, наделенным законом правом⁴⁰.

В отличие от большинства представителей других мазхабов, ханафиты к имуществу *аль-маль* относят только вещи, т.е. объекты материального мира⁴¹. Объекты, не обладающие осязаемой сущностью, которыми по этой причине невозможно физически завладеть, ханафитский мазхаб не признает имуществом *аль-маль* и относит к личным притязаниям⁴². Более того, в понимании ханафитов

⁴⁰ Islam M. W. Al-Mal: The Concept of Property in Islamic Legal Thought. P.366–368.

⁴¹ Almezeini A. A. The Negotiability of Debt in Islamic Finance: an Analytical and Critical Study: A Doctoral Thesis on Juridical Science. Georgetown: Georgetown University Law Center, 2014. P.96, 101, 134; Islam M. W. Al-Mal: The Concept of Property in Islamic Legal Thought. P. 363, 366–367; Mahmor S. M. The Conditions of the Countervalues of the Contract of Sale Under Islamic Law with Occasional Comparison with English Law. P.66, 69.

⁴² Подробно о понятиях «имущество» и «собственность» в исламской традиции см.: Schacht J. F. An Introduction to Islamic Law. P. 134–138; Ali E. R. A. E. Re-Defining Property and Property Rights in Islamic Law of Contract // Jurnal Syariah. 2003 Vol. 11, no. 2. P.47–60; Ali A. Islamic Law of Contract. Enforcement of Islamic Contracts: Issues in the Light of Contemporary Legal Frameworks — FQ 6133 // International Centre for Education in Islamic Finance (INCEIF). 2010. Term Paper: PhD Program. P. 12–14. URL: http://www.iefpedia.com/english/wp-content/uploads/2011/03/ILC_ASSIGNMENT_AA2.pdf (дата обращения: 25.08.2022); Mahmor S. M. The Conditions of the Countervalues of the Contract of Sale Under Islamic Law with Occasional Comparison with English Law. P.65–89; Al-Said F. A. M.

для отнесения вещи к категории *аль-маль* необходимо, чтобы вещь обладала гипотетической способностью стать собственностью (*аль-мульк*, al-mulk). Между тем неперемного установления субъекта (*сахиб*, sahib), в собственности которого эта вещь находится (*маль аль хас*, al-mal al-khaāṣṣah / al-mal al-khaāṣṣ)⁴³, для признания вещи имуществом ханафиты не требуют⁴⁴.

Несмотря на существующие между мазхабами разночтения относительно содержания понятия *аль-маль*, мусульманские ученые единодушны в том, что допустимым объектом купли-продажи являются вещи *аль-айн*. При этом вопрос, могут ли объектом купли-продажи выступать вещи *аль-дайн*, является дискуссионным⁴⁵.

1.2. Вещь *аль-дайн* как объект купли-продажи

Считается, что концепция вещи *аль-дайн* не имеет аналогов в романо-германской или англосаксонской системах, хотя в европейской цивилистической традиции можно найти примеры типологически близкой к этой идее концептуализации обязательственного права как права на имущество должника или на его часть, а не на действие последнего, которая, впрочем, так и не стала доминирующей доктриной⁴⁶. Наиболее близкими к *аль-дайн* по сути являются термины «право требования» (claim)⁴⁷, «долг» (debt) и «обязательство» (obligation)⁴⁸. В то же время ставить знак равенства между этими терминами нельзя. По словам Йозефа Шахта, в отличие от римского права в исламском праве не сформировалась

Territorial behaviour and the built environment: the case of Arab-Muslim towns, Saudi Arabia: A Doctoral Thesis in Philosophy. Glasgow: University of Glasgow, 1992. P. 102–107; *Islam M. W.* Al-Mal: The Concept of Property in Islamic Legal Thought. P. 361–368; *Zahraa M., Mahmor S. M.* Definition and Scope of the Islamic Concept of Sale of Goods. P. 217–222; *Bilal G.* Islamic Tradable Instruments Basic Building Blocks // Proceedings of the Second Harvard University Forum on Islamic Finance: Islamic Finance into the 21st Century. Cambridge, Massachusetts, Center for Middle Eastern Studies, Harvard University, 1999. P. 140–144; The Encyclopedia of Islam. New Edition: in 12 vols. Vol. VI: МАНК–MID / eds C. E. Bosworth, E. van Donzel, B. Lewis, Ch. Pellat. Leiden: E. J. Brill, 1991. P. 205; Ibid. Vol. VII: MIF–NAZ / eds C. E. Bosworth, E. van Donzel, W. P. Heinrichs, Ch. Pellat. Leiden: E. J. Brill, 1993. P. 60–61; *Аль-Мисри П. Ю.* Фикх имущественных отношений. С. 33–36, 47–48; *Ван ден Берг Л. В. С.* Основные начала мусульманского права согласно учению имамов Абу Ханифы и Шафии. С. 84, 108–109; *Торнау Н. Е.* О праве собственности по мусульманскому законодательству. СПб.: Тип. Императ. Акад. наук, 1882. С. 4–7; *Торнау Н. Е.* Особенности мусульманского права. С. 48–61; Ислам. Энциклопедический словарь / под ред. С. М. Прозорова. М.: Наука, 1991. С. 169–170.

⁴³ В отношении имущества, не являющегося собственностью конкретного лица, используется термин *аль-маль аль-амма* (al-mal al-'ammah) (*Khan M. A.* Islamic Economics and Finance: A Glossary. P. 119).

⁴⁴ *Islam M. W.* Al-Mal: The Concept of Property in Islamic Legal Thought. P. 363–364.

⁴⁵ *Mahmor S. M.* The Conditions of the Countervalues of the Contract of Sale Under Islamic Law with Occasional Comparison with English Law. P. 86–87, 90–91.

⁴⁶ Сравни: *Пакиони Д.* Понятие обязательства: от Ф. К. фон Савиньи до Германского гражданского уложения // *Ius Antiquum.* Древнее право. № 2 (34) 2016. С. 184–209.

⁴⁷ Несмотря на некоторые общие черты между вещью категории *аль-дайн* и правом требования как объектами продажи, исламской традиции незнакомо характерное для романо-германской системы выделение договора, создающего обязательство уступить, как обязательственной сделки, и непосредственно цессии (уступки права требования) как распорядительной сделки.

⁴⁸ См., напр.: *Cattelan V.* Property (*Māl*) and Credit Relations in Islamic Law: An Explanation of *Dayn* and the Function of Legal Personality (*Dhimma*). P. 194, 199; *Mahmor S. M.* The Conditions of the Countervalues of the Contract of Sale Under Islamic Law with Occasional Comparison with English Law. P. 90–92; The Encyclopedia of Islam. New Edition: in 12 vols. Vol. XII: Supplement / eds P. J. Bearman, Th. Bianquis, C. E. Bosworth, E. van Donzel, W. P. Heinrichs. Leiden: E. J. Brill, 2004. P. 207; *Vogel F. E., Hayes S. L.* Islamic Law and Finance. Religion, Risk and Return. The Hague: Kluwer Law International, 1998. P. 95; *Торнау Н. Е.* Особенности мусульманского права. С. 68–70.

концепция того, что считается *obligatio* в римском праве и соответственно «обязательством» — в юридической мысли Запада⁴⁹.

В англоязычной литературе также встречаются попытки провести аналогию между вещью *аль-дайн* и «вещью в требовании» (*chose in action*)⁵⁰, при этом к «вещам в требовании» англосаксы относят такие нематериальные объекты, как, например, права требования, доли участия в корпорациях (*share*), «интеллектуальную собственность»⁵¹. Такая аналогия представляется неуместной, так как для «вещи в требовании» нематериальный характер является неотъемлемой чертой, а в исламе для вещи *аль-дайн* нематериальный характер — лишь временное состояние, которое прекращается в момент физической передачи приобретателю.

К имуществу *аль-дайн* относятся, во-первых, заменимые вещи, требующие индивидуализации для передачи, и, во-вторых, заменимые вещи (*даян фи-зимма*, *dayn fi dh-dhimma*) или незаменимые вещи (*даян филь-айн*, *dayn fi l- ayn*), подлежащие передаче в будущем. А значит, вещь *аль-дайн* — это всегда своего рода «имущество в будущем» (*property-in-the future*), которое нужно трансформировать в «имущество здесь и сейчас» путем индивидуализации и/или последующей передачи⁵².

Проанализируем, как возникает вещь *аль-дайн*, на примере договора купли-продажи.

1. Если договор купли-продажи предусматривает условия о немедленной передаче товара и оплате, то как объектом продажи, так и ценой является индивидуализированная и доступная для восприятия вещь — *аль-айн* (см. схему 2).

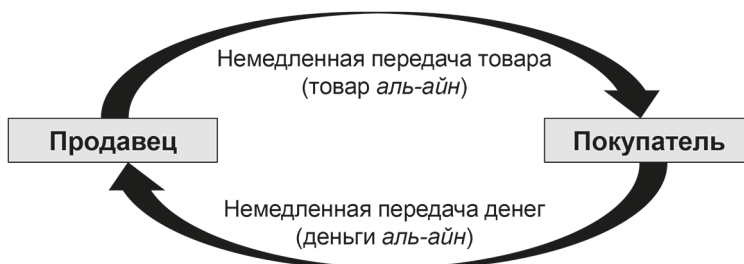


Схема 2. Договор купли-продажи на условиях немедленной передачи товара и немедленной оплаты (составлено авторами)

⁴⁹ Цит. по: *Cattelan V. Property (Māl) and Credit Relations in Islamic Law: An Explanation of Dayn and the Function of Legal Personality (Dhimma)*. P. 193–194.

⁵⁰ *Ibid.* P. 194, 196; *The Encyclopedia of Islam. New Edition. Vol. XII: Supplement.* P. 207.

⁵¹ В англо-американском правовом поле термин *personal property* «охватывает как «вещи во владении» (*chose in possession*, или *chattel*), т. е. физически осязаемые движимые вещи (*tangible property*), так и «вещи в требовании» (*chose in action*)» (*Суханов Е. А. Вещное право: научно-познавательный очерк.* М.: Статут, 2017. URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 12.06.2022)). — Подробнее об этом см.: *Cases, Materials and Text on Property Law* / eds S. van Erp, B. Akkermans. Bloomsbury Publishing, 2021. P. 161–206, 302–362, 382–384. URL: <https://www.perlego.com/book/391496/cases-materials-and-text-on-property-law-pdf> (дата обращения: 12.06.2022).

⁵² *Cattelan V. Property (Māl) and Credit Relations in Islamic Law: An Explanation of Dayn and the Function of Legal Personality (Dhimma)*. P. 194.

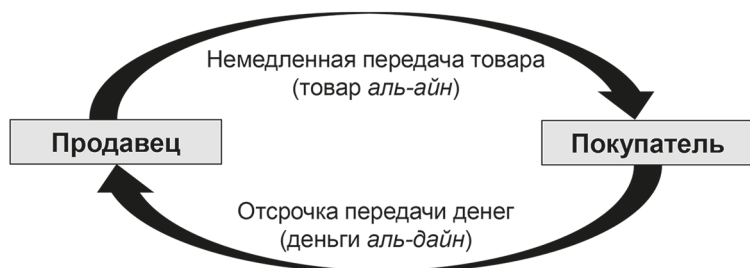


Схема 3. Договор купли-продажи на условиях немедленной передачи товара и отсрочки оплаты (составлено авторами)

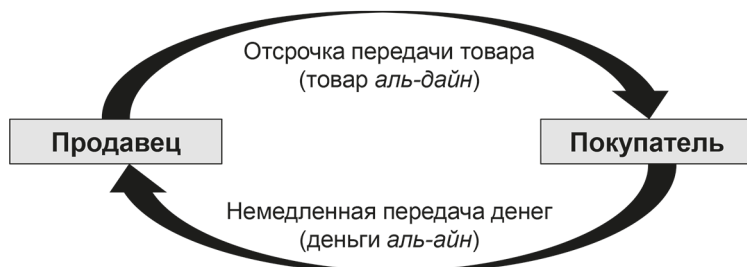


Схема 4. Договор купли-продажи на условиях немедленной оплаты и отсрочки передачи товара (составлено авторами)

2. Если же договор предусматривает отсрочку передачи товара⁵³ или оплаты, то объектом продажи (см. схему 3) или, соответственно, ценой (см. схему 4) будет «долг как вещь» — *аль-дайн*.

При заключении договора купли-продажи вещь *аль-дайн* незамедлительно становится собственностью приобретателя, чем и объясняется его право на дальнейшую продажу вещи *аль-дайн* до ее физического получения при соблюдении определенных условий. В момент физической передачи должником вещи кредитор (в порядке исполнения обязательства) происходит трансформация вещи *аль-дайн* в вещь *аль-айн*.

Между тем в исламском праве включение условия об отсрочке передачи товара с одновременным установлением условия об отсрочке оплаты недопустимо⁵⁴ в силу действия запрета обмена «долга на долг» или «отсрочки на отсрочку» (*бай' ад-дайн би-д-дайн*, bay' al-dayn bil dayn, или *бай' аль-кяли би-ль-кяли*, bay al-kali' bi al-kali/bay' alkali bi alkali, или же *бай' ан-насиа би-н-насиа*, bay' al-nasi'ah bil nasi'ah)⁵⁵ (см. схему 5).

⁵³ Передача на условиях отсрочки запрещена в отношении вещей категории *рибави* (ribawi). См. об этом подробнее: *Тенберга И.* Запрет незаконного роста («риба») как основа отказа от взимания и выплаты процента в исламском банковском деле // Закон. 2017. № 4. С. 82; *Нофаль И. Г.* Курс мусульманского права, читанный в 1884/85 г. в Учебном отделении восточных языков при Азиатском департаменте. С. 76–81; *Торнау Н. Е.* Особенности мусульманского права. С. 66–67.

⁵⁴ *Ван ден Берг Л. В. С.* Основные начала мусульманского права согласно учению имамов Абу Ханифы и Шафии. С. 91.

⁵⁵ Данный запрет является одной из причин недопустимости, по мнению большинства ученых, фьючерсов. См. подробную дискуссию по вопросу законности фьючерсов с точки зрения ислама: *Ehsan M. A.* Futures Contracts in Islamic Finance: A Jurisprudential Analysis // Journal of Islamic Economics, Banking. 2014. Vol. 10, no. 1. P. 156–181.

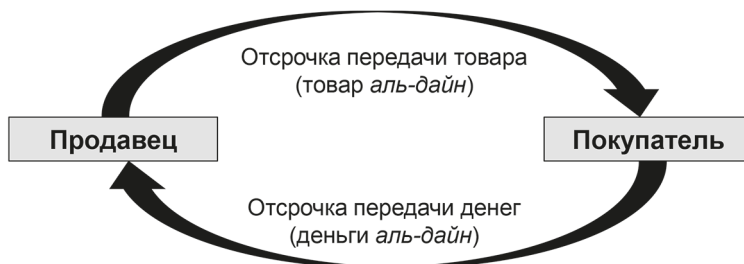


Схема 5. Запрещенная продажа на условиях одновременной отсрочки оплаты и передачи товара (составлено авторами)

Безусловно, договор купли-продажи с условием об отсрочке не является единственным основанием для возникновения вещи *аль-дайн*. К примеру, вещь *аль-дайн* также будут признаваться: сумма денег, выплачиваемая займодавцу по договору денежного займа; заменимые вещи, подлежащие возврату займодавцу по договору неденежного займа взамен предоставленных им вещей (*бадаль аль-кард*, *badal al-qard*); сумма, соразмерная возмещению вреда (*хармат аль-мутлаф*, *gharamat al-mutlaf*), в случае деликта⁵⁶.

Однако среди мусульманских ученых ведется дискуссия относительно того, может ли вещь *аль-дайн*, возникшая в результате договора или деликта и еще физически не переданная приобретателю в порядке исполнения договора или возмещения вреда, быть объектом договора купли-продажи — *бай аль-дайн* (*bay' al-dayn*)⁵⁷ (см. схему 6).

Подходы мазхабов в отношении вопроса действительности договора *бай аль-дайн* отличаются. Наиболее категоричны в этом вопросе ханафиты, которые признают недействительным договор *бай аль-дайн*, руководствуясь тем, что вещь *аль-дайн* не является объектом материального мира и потому не может относиться к имуществу *аль-маль*. Между тем представители других мазхабов, анализируя вопрос о допустимости продажи *бай аль-дайн*, учитывают условия заключаемого договора, а именно: (а) кто является покупателем — первоначальный должник (*бай аль-даян ли аль-мадин*, *bay' al-dayn li al-madin*) или третье лицо (*бай аль-даян ли-хаир аль-мадин*, *bay' al-dayn li ghayr al-madin*); (б) срок оплаты: немедленная оплата (*бай аль-даян би-ан-накд*, *bay al-dayn bi al-naqd*) или отсрочка оплаты (*бай аль-даян насиа*, *bay al-dayn nasi'ah*); (в) цена продажи: по цене, равной цене/номинальной стоимости вещи *аль-дайн*, или по более низкой цене (см. табл. 1)⁵⁸.

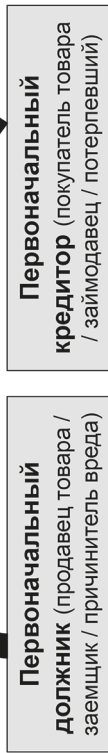
⁵⁶ *Mahmor S. M.* The Conditions of the Countervalues of the Contract of Sale Under Islamic Law with Occasional Comparison with English Law. P. 91.

⁵⁷ Договор *бай аль-дайн* следует отличать от договора *хавала* (*hawala*), который является аналогом перевода долга. Подробнее см.: *Khan M. A.* Islamic Economics and Finance: A Glossary. P. 73; *Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2019 edition.* Dubai: Ethica Institute of Islamic Finance, 2019. P. 678; *Shari'ah Standard no. (7): Hawalah // AAOIFI [Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions] Shari'ah Standards.* Manama, 2015. P. 176, 187–193. URL: <http://aaoifi.com/ss-7-hawalah/?lang=en> (дата обращения: 12.06.2022); *The Encyclopedia of Islam. New Edition: in 12 vols. Vol. III: H-IRAM / eds B. Lewis, V. L. Menage, Ch. Pellat, J. Schacht.* Leiden: E. J. Brill, 1986. P. 283.

⁵⁸ *Almezeini A. A.* The Negotiability of Debt in Islamic Finance: an Analytical and Critical Study. P. 55–57, 59–60, 96–97, 118; *Cattelan V.* Property (*Māl*) and Credit Relations in Islamic Law: An Explanation of *Dayn* and the Function of Legal Personality (*Dhimma*). P. 200; *Mahmor S. M.* The Conditions of the Countervalues of the Contract of Sale Under Islamic Law with Occasional Comparison with English Law. P. 225–229.

1. Первоначальная(-ый) сделка / деликт как основание для возникновения вещи аль-дайн

Обязанность по передаче вещи в будущем (товар / сумма займа / сумма возмещения вреда — аль-дайн)

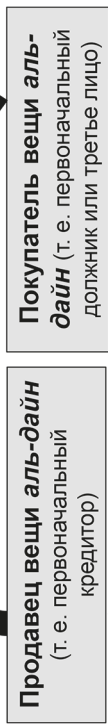


Момент возникновения права собственности на вещь аль-дайн :

- покупатель товара — в момент заключения договора купли-продажи;
- займодавец — в момент выдачи займа;

2. Договор бай аль-дайн

Передача вещи аль-дайн, возникшей на основании первоначальной(-ого) сделки / деликта



Передача денег

Схема 6. Первоначальное возникновение вещи аль-дайн и договор бай аль-дайн (составлено авторами)

Таблица 1. Подходы мазхабов в отношении договора *бай аль-дайн*

	Ханафиты	Шафииты	Ханбалиты	Маликиты
<i>Бай аль-дайн</i> на условиях немедленной оплаты				
Продажа вещи <i>аль-дайн</i> первоначальному должнику	Разрешено	Разрешено	Разрешено	Разрешено
Продажа вещи <i>аль-дайн</i> третьему лицу	Запрещено	Запрещено большинством	Запрещено большинством	Разрешено при соблюдении определенных условий (см. ниже)
<i>Бай аль-дайн</i> на условиях отсрочки оплаты				
Продажа вещи <i>аль-дайн</i> первоначальному должнику	Запрещено	Запрещено	Запрещено. Иное мнение: Ибн Таймия и Ибн Каййим	Запрещено
Продажа вещи <i>аль-дайн</i> третьему лицу	Запрещено	Запрещено	Запрещено. Иное мнение: Ибн Таймия и Ибн Каййим	Запрещено

Большинство представителей шафиитского, ханбалитского и маликитского мазхабов признают договор *бай аль-дайн*, если покупателем вещи *аль-дайн* выступает первоначальный должник и оплата осуществляется немедленно. По сути, договор *бай аль-дайн* в таком случае представляется собой обратную передачу «долга как вещи» первоначальному должнику. Даже ханафиты, не считая вещь *аль-дайн* допустимым объектом продажи, делают исключение применительно к данному случаю и признают такую сделку действительной.

В свою очередь, продажа вещи *аль-дайн* третьему лицу на условиях немедленной оплаты вызывает спор среди мусульманских ученых. Большинство шафиитов и ханбалитов воспрещают подобную сделку. По их мнению, данная сделка сопряжена со значительной неопределенностью *гарар* в отношении объекта продажи в связи с негарантированным получением третьим лицом — покупателем вещи *аль-дайн* исполнения от первоначального должника по обязательству, на основе которого возникла вещь *аль-дайн* (например, обязательства по передаче товара, выплате суммы займа или суммы возмещения вреда). В то же время некоторые шафииты, в том числе аш-Ширази (*al-Shirazi*), ан-Навави (*al-Nawawi*), ас-Субки (*al-Subki*), и ханбалиты, в их числе Ибн Каййим (*Ibn Qayyim*), утверждают, что при покупке вещи *аль-дайн* покупатель несет обычный коммерческий риск, а значительной (*фахиш*, *fahish*) неопределенности нет. Поэтому без прямого запрета на такого рода продажу в исламском праве нет причин для признания сделки недействительной. Маликиты разрешают продажу вещи *аль-дайн*, кроме продовольственных товаров *аль-дайн*, третьему лицу при соблюдении определенных условий, направленных на устранение значительной неопределенности, как то: предоставление покупателю полной информации о платежеспособности первоначального должника; подтверждение первоначальным должником обязательства по передаче вещи; отсутствие конфликтных отношений между покупателем вещи *аль-дайн* и первоначальным должником.

Отметим, что объектом продажи *бай аль-дайн* могут быть деньги. Например, в случае заключения договора купли-продажи на условиях немедленной передачи товара и отсрочки оплаты (*бай аль-му'аджаль*, *bay' al-mu'ajjal*) передаваемый товар будет вещью *аль-айн*, а денежный долг — вещью *аль-дайн*. В случае продажи такого денежного долга в пользу третьего лица, по мнению большинства

ученых, не допускается установление цены ниже, чем номинальная стоимость долга, т. е. продажа денежного долга с дисконтом (*за'ва та'джаль*, *dha'wa ta'ajjal*), категорически запрещается⁵⁹. Во избежание нарушения запрета незаконного роста (*риба*, *riba*)⁶⁰ цена по договору купли-продажи денежного долга также не должна превышать номинальной стоимости долга как в случае продажи первоначальному должнику, так и третьему лицу.

Что же касается продажи вещи *аль-дайн* на условиях отсрочки оплаты, то подавляющее большинство мусульманских ученых придерживаются мнения о недопустимости такого рода сделки независимо от того, осуществляется ли продажа в пользу самого первоначального должника или третьего лица. Данный подход обосновывается расширительным толкованием запрета обмена «долга на долг». Особой позиции по данному вопросу придерживаются представители ханбалитского мазхаба Ибн Таймия (*Ibn Taumiyyah*) и Ибн Каййим, не разделяя мнение большинства о применении данного запрета в отношении договора *бай аль-дайн*⁶¹.

1.3. Ценообразование в купле-продаже

Согласно традиционной трактовке, цена в купле-продаже всегда зависит от рынка. При этом, по общему правилу, не допускается совершение купли-продажи без ясно зафиксированной договорной цены⁶², как например, установление цены согласно формулировке «по текущей цене» или «по рыночной цене» (*бай би сир-ас-суқ*, *bai bi sir al suq*).

Известно, что в начале становления ислама Пророк Мухаммад пресекал любые неясности с ценами на товары. Так, например, одной из мер, направленных на защиту торговли, являлся запрет на «перехват» караванов за пределами города, т. е. покупку горожанами товаров у бедуинов в условиях недостаточной информированности об истинном положении дел на рынке (*талакки аль-рубкан*, *talaqqi al-rukban*). Также строго воспрещалась манипуляция с рыночной ценой путем создания искусственного спроса на товар (*наджаш/наджш*, *najash/najsh/al-tanajsh*)⁶³.

⁵⁹ Resolution no. 66/2/7 on Installment Sale, Seventh Session of the Islamic Fiqh Academy, 1412H (1992); *Ethica's Handbook of Islamic Finance / 2019 edition*. P. 196; *Khan M. A. Islamic Economics and Finance: A Glossary*. P. 20; *Jailani M. Z. Hiwalah in Shariah and its Rules and Applications in Islamic Finance*. P. 1–11. URL: https://www.academia.edu/26533600/Hiwalah_in_Shariah_and_its_rules_and_applications_in_Islamic_Finance (дата обращения: 12.06.2022); *The Financial Encyclopedia Investment & Finance*. URL: <https://www.investment-and-finance.net/islamic-finance/d/dha-wa-taajjal.html> (дата обращения: 21.09.2021).

⁶⁰ Тезаурус по истории и культуре ислама. URL: <https://islamthesaurus.spbu.ru/%D0%A0%D0%B8%D0%B1%D0%B0%CC%84%CC%81> (дата обращения: 13.06.2022).

⁶¹ *Almezeini A. A. The Negotiability of Debt in Islamic Finance: an Analytical and Critical Study*. P. 55–56, 59–60; *al-Amine M. B. M. Risk Management in Islamic Finance: An Analysis of Derivatives Instruments in Commodity Markets // Brill's Arab and Islamic laws series*. Vol. 1. Leiden, Boston: Brill, 2008. P. 171–176; *Mahmor S. M. The Conditions of the Countervalues of the Contract of Sale Under Islamic Law with Occasional Comparison with English Law*. P. 227–229; *Hassan A. A. H. Sales and contracts in early Islamic commercial law*. P. 170–171; *Glossary of Financial Terms // Institute of Islamic Banking and Insurance (IIBI)*. URL: <https://www.islamic-banking.com/explore/glossary/glossary-financial-terms-b> (дата обращения: 23.09.2021).

⁶² *Нофаль И. Г. Курс мусульманского права, читанный в 1884/85 г. в Учебном отделении восточных языков при Азиатском департаменте*. С. 63.

⁶³ В прямом смысле *наджаш* (*najash*) — это доисламская игра арабов, когда охотник заманивал зверя с целью поймать его в ловушку. К манипуляции можно отнести любой сговор *тавату* (*tawatu'*) с целью извлечения материальных выгод или иных преимуществ в интересах только одной из сто-

Следуя справедливому (*адл*, 'adl) началу во всех делах, продавцу за отчуждаемый объект вменяется устанавливать справедливую цену (*аль-сар-аль-адл*, al-sar-al-adl, или же *заман аль-адил*, thaman al-adil)⁶⁴. Примечательно, что Ибн Таймия был одним из первых мусульманских ученых, уделивших особое внимание вопросам установления цены. Согласно его мнению, для соблюдения справедливости в процессе ценообразования необходимо уделять внимание не только экономическому, но и этическому аспекту. В первом случае речь идет об эквивалентной цене, во втором — об эквивалентной компенсации. Последняя представляется более прочной и предсказуемой, так как зависит от торгового обычая, тогда как первая есть величина меняющаяся и подверженная законам рынка⁶⁵.

Наряду с вышесказанным, вступая в торговые отношения, мусульмане обязаны вести себя благочестиво (*бирр*, biir)⁶⁶ и относиться друг к другу с деликатностью (*аль-хильм*, al-hilm). Так, к примеру, состоятельному (*истаджна*, al-'istighna') человеку вменяется не обогащаться за счет ограниченного в средствах (*аль-*

рон сделки, в том числе для искусственного изменения рыночной цены, т. е. покупки или продажи по цене ниже или выше той, которая установилась бы в результате честного и открытого взаимодействия сторон или в среднем на рынке. Согласно воззрениям имама Малика (Malik) и аль-Бухари (al-Bukhari), манипуляция с целью создания искусственного спроса влечет автоматическое признание недействительности сделки. Между тем традиция ханафитов, ханбалитов и шафиитов признает право выбора между расторжением такой сделки и требованием уплаты разницы в цене обманутой стороне. Более подробно об этом см.: *al-Amine M. B. M. Risk Management in Islamic Finance: An Analysis of Derivatives Instruments in Commodity Markets*. P. 189; *The Financial Encyclopedia Investment & Finance*. URL: <http://www.investment-and-finance.net/islamic-finance/n/najash-sale.html> (дата обращения: 19.05.2021).

⁶⁴ Для сравнения укажем, что концепция «справедливой цены», будучи намечена Аристотелем, затем нашла отражение в римском праве, в особенности постклассического периода (об этом см., напр.: *Сич М. Praviđana cena (pretium iustum) i wena primena tokom istorije* // *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*. 2006. no. 120. P. 199–227). В Средние века романисты опять сводили определение цены к опыту торговцев и к соглашению договаривающихся сторон без привязки к каким-либо внешним факторам. Однако канонисты начали развивать тезис о наличии справедливой цены, т. е. стоимости вещи, которая существует на рынке сама по себе, независимо от колебаний предложения и спроса, при ее установлении требуя следовать императиву умеренности и милосердия (см.: *Ле Гофф Ж. Средневековые и деньги: очерк исторической антропологии*. СПб: Евразия, 2010. С. 106–107, 194). О вопросах ценообразования и установлении справедливой цены в континентальной традиции также см.: *Скоробогатов А. С. Социальный порядок как контракт между сильными и слабыми* // *Terra Economicus*. 2015. Т. 13, № 1. С. 48–49; *Пятюв М. Л. Справедливая стоимость: что это такое?* // *БУХ. 1С*. 2013. № 8. С. 41–44; *Полдников Д. Ю. Морально-философская основа концепции справедливой цены в ius commune* // *Вестник НГУ. Серия: Право*. 2010. Т. 6, вып. 1. С. 31–36.

⁶⁵ Об общих правилах ценообразования в исламе см.: *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* / S. M. Ghazanfar (ed.). London; New York: Routledge / Curzon, 2003. P. 58–66, 103–105, 199–200; *Алиева Н. А. Справедливая цена в исламской экономической мысли* // *Проблемы современной экономики*. 2013. № 4 (48). С. 433–435; *Торнау Н. Е. Изложения начал мусульманского законоведения*. С. 184–188; *Беккин Р. И. Теоретические истоки исламской экономической доктрины в Средние века* // *Pax Islamica*. 2008. № 1. С. 111–112, 115.

⁶⁶ В широком смысле слово *бирр* (biir) используется для характеристики богоугодных дел и нравственных (достойных) качеств верующего человека. В 27-м хадисе имама ан-Навави из слов Ан-Навваса бин Сам'ана (Al-Nawwas bin Sam'an) передается, что Пророк, сказал: «Благочестие есть благонравие, а греховное — это то, что [шевелится] в твоей душе, но ты не желаешь, чтобы об этом узнали люди». В свою очередь, Вабиса бин Ма'бад сказал: «[Однажды] я пришел к Посланнику Аллаха, и он спросил: "Ты пришел, чтобы спросить о благочестии?" Я сказал: "Да". Он сказал: "Спроси [об этом] свое сердце. Благочестие есть то, в чем ощущают уверенность сердце и душа, а греховным является то, что [шевелится] в душе и не дает покоя сердцу, даже если люди [не раз] скажут тебе, что это дозволено» (цит. по: *Й. Ш. ан-Навави. 40 хадисов / пер. с араб., комм. Н. М. Абдулла. М.: Эксмо, 2015. С. 66–69*).

мустакбирин, al-mustakbirin) контрагента. Соответственно, состоятельный покупатель не должен выторговывать себе снижение цены за счет небогатого продавца, и наоборот, состоятельный продавец призван снизить цену до символического уровня. В случае бедственного положения продавца состоятельный покупатель призван дать больше названной цены, а состоятельный продавец, в случае сложившейся для покупателя неблагоприятной жизненной ситуации, проявив щедрость (*аль-мурва*, al-murw'ah), опустит цену до символического уровня. В описанных ситуациях уступка даже в убыток личной выгоде во имя помощи контрагенту расценивается как милосердный (*мувасави*, muwasah) и великодушный (*аль-самаха*, al-samahah) поступок, выравнивающий положение сторон. Это значит, что в случае неравного материального положения сторон справедливость будет основана на оценке потребностей (need-based justice) контрагента.

Небогатый человек по собственной воле тоже может снизить цену продаваемого объекта, проявив таким образом уважение в отношении более состоятельного контрагента, например в знак признания его заслуг перед общиной. При этом мусульманами не предполагается ожидание ответной благодарности от другого как реакции на собственный поступок, характеризующееся в западной традиции как принцип *quid pro quo* («услуга за услугу»). Состоятельный контрагент, который без всяких на то объективных причин не выполняет свои обязательства по оплате товара или завышает его стоимость, а также выговаривает в свою пользу дополнительные преференции о сроках оплаты, вызывает со стороны членов уммы особое порицание. При равном материальном и социальном уровне сторон торг между мусульманами неуместен и сторонам вменяется приветливо (*аль-мустарсил*, al-mustarsil) принимать условия сделки.

Тем самым, вступая в договорные отношения, мусульмане призваны соблюдать сбалансированную взаимность, и при обмене благами сторонам не следует пытаться увеличить собственную выгоду, вызывая чувство ущербности у другой стороны. Конечная договорная цена купли-продажи во всех случаях должна действительно и осознанно восприниматься сторонами сделки как эквивалентное встречное предоставление.

2. Запрет *гарар* в купле-продаже

2.1. Общие положения

В исламской традиции одним из основополагающих императивов является запрет совершения сделок с элементом *гарар* (букв. «неопределенность», «риск» или «опасность»)⁶⁷. Суть *гарар* заключается в недостатке, искажении или запаздывании информации, влияющей на принятие контрагентами самостоятельного решения.

Запрет *гарар* — это одна из самых всеобъемлющих и самых неоднозначных концепций исламского права. Так, согласно ханафитской традиции, под запрет *гарар* подпадает все, что приводит к «скрытым» последствиям; в ханбалитской — к неизвестным последствиям; а в шафиитской — к альтернативным последствиям⁶⁸. Мусульманские ученые не дают исчерпывающего унифицированного

⁶⁷ Kamali M. H. Uncertainty and Risk-Taking (Gharar) in Islamic Law // IIUM Law Journal. 1999. Vol. 7, no. 2. P. 200; Al-Saati A-R. The Permissible Gharar (Risk) in Classical Islamic Jurisprudence // J. KAU: Islamic Economics. 2003. Vol. 16, no. 2. P. 6.

⁶⁸ Visser H. Islamic Finance: Principles and Practice. Second Edition. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013. P. 52; Glossary of Financial Terms // Institute of Islamic Banking and Insurance (IIBI). URL: http://www.islamic-banking.com/glossary_G.aspx (дата обращения: 19.05.2021);

определения понятия *гарар*, а стремятся выявить содержательные критерии для установления пределов действия запрета.

Классическим примером сделки купли-продажи с элементом *гарар* является разновидность рискованной продажи путем «бросания камешка» (например, из этих вещей я продаю тебе ту, на которую упадет этот брошенный камешек; или я продаю тебе эту вещь, но у тебя есть право отказаться от нее до тех пор, пока я не брошу камешек), известной в доисламской Аравии как *бай аль-хасат* (*bay' al-hasat*) или *бай би илка аль-хаджар* (*bay' bi 'ilqa'al-hajar*). Наряду с «бросанием камешка» в исламе была запрещена продажа путем прикосновения — *бай аль-муламаса* (*bay' al-mulamasa*), когда сделка считалась заключенной в результате того, что покупатель дотрагивался до товара продавца, например ткани, при этом формальные оферта и акцепт не требовались, как и явно выраженное в иной форме взаимное согласие сторон. К запрещенной разновидности *бай аль-гарар* также относилась мена, заключаемая путем перебрасывания, — *бай аль-мунабадха* (*bay' al-munabadha*) — сделка совершалась путем одновременного бросания каждой стороной другой стороне своего товара с произнесением фразы «я продаю тебе свой товар, а взамен покупаю твой товар»⁶⁹.

В большинстве работ по исламскому праву производится анализ *гарар* с точки зрения категорий «риск» и/или «неопределенность», при этом зачастую допускается их смешение⁷⁰. Между тем разграничение данных категорий поможет внести терминологическую ясность при восприятии концепции *гарар*.

Согласно методологии, предложенной американским экономистом Ф. Найтом (*Frank Hyneman Knight*), под «риском»⁷¹ следует понимать «измеримую неопределенность» (*measurable uncertainty*), когда вероятность наступления различных вариантов развития событий может быть определена статистически или теоретически (экспертно). Подлинной «неопределенностью» следует признавать только «неизмеримую неопределенность» (*unmeasurable uncertainty*), когда вероятность наступления тех или иных событий определить невозможно ввиду уникальности

Kamali M. H. Uncertainty and Risk-Taking (Gharar) in Islamic Law. P. 200; Al-Saati A-R. The Permissible Gharar (Risk) in Classical Islamic Jurisprudence. P. 6; The Financial Encyclopedia Islamic & Finance. Режим доступа: http://www.islamic-finance.com/item160_f.htm (дата обращения: 19.05.2021); The Financial Encyclopedia Investment & Finance. URL: https://www.islamic-banking.com/explore/glossary/glossary-financial-terms-gitem_438 (дата обращения: 19.05.2021).

⁶⁹ *Hassan A. A. H. Sales and contracts in early Islamic commercial law. P. 127–132; Khan M. A. Islamic Economics and Finance: A Glossary. P. 26.*

⁷⁰ *Elfakhani S., Sidani Y. M. Uncertainty or 'gharar' in contracts under the Islamic ethical code // The Handbook of Research on Islamic Business Ethics / A. J. Ali (ed.). Cheltenham: Edward Elgar Publishin, 2015. P. 134–135; El-Gamal M. A. An economic explication of the prohibition of *gharar* in classical Islamic jurisprudence // Islamic Economic Studies. 2001. Vol. 8, no. 2. P. 30–33; Al-Saati A-R. The Permissible Gharar (Risk) in Classical Islamic Jurisprudence. P. 3–15.*

⁷¹ В российской правовой доктрине выделяют три основных подхода к риску: объективный, субъективный и смешанный (объективно-субъективный). По замечанию Р. А. Крючкова, согласно объективному подходу, риск — это элемент объективной реальности, который имеет под собой реальные угрозы и опасности (возможность наступления неблагоприятных последствий материального или нематериального характера). Объективный риск возникает в имущественной сфере вне зависимости от действий субъекта, например случайная гибель вещи. Субъективный подход исходит из понимания риска как субъективного восприятия угрозы. Риск представлен внутренним психологическим отношением индивида к степени опасности, а также осознанным действием по управлению риском. Смешанный подход определяет риск как категорию, основанную как на объективных, так и на субъективных предпосылках (см.: *Крючков Р. А. Риск в праве: генезис, понятие и управление: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород: Нижегород. гос. ун-т им. Н. И. Лобачевского, 2011. С. 14.*

ситуации или отсутствия статистических данных за предыдущий период⁷². Согласно современному подходу основное различие между категориями «риска» и «неопределенности» заключается в том, известна ли принимающему решения субъекту вероятность наступления определенных событий⁷³. Исходя из вышесказанного, представляется, что применительно к *гарар* более корректно употребление именно категории «неопределенность», поскольку каждая заключаемая сделка купли-продажи является для сторон уникальной, а при принятии решения у них нет возможности опираться на статистические данные.

Существует два основных подхода относительно применения запрета *гарар* в зависимости от того, какая из сторон сделки не обладает необходимыми знаниями. Согласно первому подходу *гарар* возникает только в ситуации *объективного незнания*, когда достаточными знаниями относительно сделки не обладают обе стороны. В частности, таких взглядов придерживается Р. Риттенберг (*Ryan M. Rittenberg*)⁷⁴. Соответственно второму подходу *гарар* возникает не только в ситуации *объективного незнания*, но и в ситуации *субъективного незнания*, когда достаточным знаниями не обладает только одна из сторон сделки в результате действий или бездействия другой стороны⁷⁵. К таким действиям или бездействию, рождающим субъективное незнание, относят намеренное введение в заблуждение (*хилаба*, *khilabah*)⁷⁶, мошенничество (*тадлис*, *tadlis*)⁷⁷, обман (*габан*, *ghabn*)⁷⁸, сокрытие сведений (*гишш*, *ghishh*)⁷⁹, фальсификацию или искажение информации (*тагрир*, *taghrir*)⁸⁰. Концепцию *гарар* в рамках второго подхода раскрывает и углубляет Нассим Николас Талеб (*Nassim Nicholas Taleb*): «Этот исключительно сложный термин из теории принятия решений не существует на английском; *гарар* — это и неопределенность, и жульничество. Лично я думаю, что это нечто за пределами информационной асимметрии между агентами: *неравенство в неопределенности*. Говоря проще, цель сторон сделки — быть в одинаково неопределенном положении, чтобы итог был одинаково случаен, а значит асимметрия

⁷² Подробнее см.: *Найт Ф. Х.* Риск, неопределенность и прибыль. М.: Дело, 2003; *Сосненко Л. С., Матвеев Б. А.* Содержание понятий «риск» и «рискованность» // Вестн. Челябинск. гос. ун-та. 2008. № 29. С. 32–33; *Капралин С. Г.* Дифференциация взглядов на дефиниции «риск» и «неопределенность» // Вестн. Томск. гос. ун-та. 2013. № 2 (22). С. 33–39; *Колесников Е. Ю.* Тематика неопределенности в публикациях журнала «Проблемы анализа риска» // Проблемы анализа риска. 2019. Т. 16, № 3. С. 78–93; *Кузьмин Е. А.* Проблема неопределенности как научной категории // Эффективное антикризисное управление. 2014. № 3 (84). С. 90–100. — Критику разделения риска и неопределенности согласно теории Ф. Х. Найта см.: *Талеб Н. Н.* Черный лебедь. Под знаком непредсказуемости. М.: Колибри, Азбука-Аттикус, 2018. С. 220.

⁷³ *Беспалова О. В.* Отличительные особенности понятий «неопределенность», «риск» // Психологическая безопасность: проблемы и перспективы. 2016. Т. 2, № 1. С. 84–85.

⁷⁴ *Rittenberg R. M.* Gharar in Post-Formative Islamic Commercial Law: A Study of the Representation of Uncertainty in Islamic Legal Thought: A Doctoral Thesis in Philosophy. Philadelphia: University of Pennsylvania, 2014. P. 83–86.

⁷⁵ *El-Gamal M. A.* An economic explication of the prohibition of *gharar* in classical Islamic jurisprudence. P. 32–33.

⁷⁶ Слово *хилаба* (*khilabah*) — это общее определение, под которым исламская традиция понимает все виды обмана (*Hassan A. A. H.* Sales and contracts in early Islamic commercial law. P. 45–47; *Khan M. A.* Islamic Economics and Finance: A Glossary. P. 119; The Financial Encyclopedia Investment & Finance. URL: <http://www.investment-and-finance.net/islamic-finance/k/khilabah.html> (дата обращения 20.05.2021)).

⁷⁷ The Encyclopedia of Islam. New Edition. Vol. X: T–U. P. 77–78.

⁷⁸ *Rittenberg R. M.* Gharar in Post-Formative Islamic Commercial Law... P. 84.

⁷⁹ *Khan M. A.* Islamic Economics and Finance: A Glossary. P. 67.

⁸⁰ The Encyclopedia of Islam. New Edition. Vol. X: T–U. P. 77, 93.

эквивалентна краже. Более ясное определение: *Одна сторона сделки не должна быть уверена в результате, если другая сторона в нем не уверена*.⁸¹

Более того, некоторые мусульманские ученые считают, что запрещенная сделка с элементом неопределенности является аналогом запрещенной сделки с элементом игры (*майсир*, *maysir*)⁸². Однако *гарар* существенно отличается от *майсир*. Так, при совершении сделок с элементами игры *майсир* стороны полагаются на благоприятный исход, осознанно идя на риск (предполагается, что нет абсолютной уверенности в результате)⁸³. Иными словами, если в случае игры стороны вовлекают себя в риск добровольно (игра как риск), то в случае *гарар* стороны вынужденно попадают в ситуацию неопределенности ввиду невозможности оценить вероятность наступления благоприятного исхода, поэтому риск в случае игры — это осознанная и желаемая деятельность, а неопределенность в случае *гарар* — это потенциально неверный выбор действий или бездействие в силу недостаточного знания. В первом случае, идя на риск, лицо осведомлено, что его действия могут привести к нежелательным последствиям, во втором — нежелательные последствия наступают вследствие ошибочного суждения.

Запрет *гарар* действует только применительно к значительной (*фахиш*) неопределенности. Незначительная (*ясыр*, *yaseer/yasir*) неопределенность не подпадает под запрет. Более того, запрет *гарар* не преследует цели защиты участников оборота от предпринимательского риска *аль-гунм* (*al-ghunm*)⁸⁴.

Применительно к договору купли-продажи мусульманские ученые, принимая во внимание оценочный и ситуативный характер запрета *гарар*, очертили границы его действия. Значительная неопределенность в купле-продаже фиксируется относительно следующего: характеристик товара — *гарар фи с-сыфа* (*gharar-fil-sifah*); срока передачи товара — *гарар фи ль-аджаль* (*gharar-fi-al-ajal*); количества продаваемого товара — *гарар фи ль-микдар* (*gharar-fi-al-miqdar*); возможности передачи товара — *гарар фи т-таслим* (*gharar-fi-al-taslim*); цены товара⁸⁵. Например, сделкой с элементом *гарар* в отношении цены признается купля-продажа с установлением альтернативной цены на один и тот же товар в зависимости от того, будет ли он оплачен сразу при заключении купли-продажи или в рассрочку («две сделки в одной сделке», *байтани фи-байтин*, *bay'atayni fi bay'atin*). Традиционно к возмездной сделке, на которую также распространяется запрет *гарар*, от-

⁸¹ Талеб Н. Н. Риска собственной шкурой: Скрытая асимметрия повседневной жизни. М.: Ко-Либри, Азбука-Аттикус, 2018. С. 92

⁸² Al-Saati A-R. The Permissible Gharar (Risk) in Classical Islamic Jurisprudence. P.8–9; El-Gamal M. A. An economic explication of the prohibition of *gharar* in classical Islamic jurisprudence. P. 33.

⁸³ *Майсир* — это получение чего-либо легким путем вследствие принятия участия в аванюре, афере или игре, т. е. в результате наступления случайного события, без учета возможного возникновения убытков в силу заблуждения стороны об исходе игры. До прихода ислама словом *майсир* называлась «игра со стрелами». Смысл игры состоял в том, что группа мужчин делала ставки и покупала животное на убой. После раздела туши животного на определенное количество частей мужчины помещали в колчан стрелы, на древках некоторых из них было написано «победитель», а на древках других — «проигравший». Затем каждый из участников по очереди тянул жребий, вытаскивая из колчана по одной стреле. Те, кому достались стрелы с надписью «победитель», делили тушу между собой, а проигравшим вменялось оплатить стоимость убойного животного, взамен не получая ничего (The Encyclopedia of Islam. New Edition. Vol. VI: MANK–MID. P.923–924; Khan M. A. Islamic Economics and Finance: A Glossary. P. 118; Rosenthal F. Gambling in Islam. Leiden: E. J. Brill, 1975. P.67–112).

⁸⁴ *Аль-гунм* относится к оправданному риску потерь от осуществления коммерческой деятельности (предпринимательский риск) и, в отличие от неоправданного риска в случае *гарар*, является допустимым. The Financial Encyclopedia Fincyclopedia. URL: <https://fincyclopedia.net/islamic-finance/a/al-ghunm> (дата обращения: 21.05.2021).

⁸⁵ Glossary of Financial Terms // Institute of Islamic Banking and Insurance (IIBI). URL: <https://www.islamic-banking.com/explore/glossary/glossary-financial-terms-g> (дата обращения: 19.05.2021).

носится продажа, которая совершается при наступлении отлагательного условия (*муалак*, *muallaq*)⁸⁶. Однако наиболее острая дискуссия в исламской традиции относительно действия запрета *гарар* разворачивается в отношении продажи «несуществующей вещи» и продажи вещи, «скрытой от взгляда».

Для дальнейшего анализа мы будем исходить из того, что запрет *гарар* относится только к значительной неопределенности, возникшей по причине *объективного незнания*, т. е. в связи с недостаточной информированностью обеих сторон сделки, не связанной с их действием или бездействием.

2.2. Запрет продажи «несуществующей вещи» и продажи вещи, скрытой от взгляда

Большинство мусульманских ученых признают, что продажа «несуществующей вещи» (*бай аль-мадум*, *bai' al-ma'dum*) является запрещенной. Под такого рода сделкой понимается прежде всего не продажа какой-то экзотической вещи (вроде единорога), а вещи, существование которой практически возможно⁸⁷. В исламской традиции классическими примерами продажи «несуществующей вещи» является продажа «птицы в воздухе», «шерсти на животном» — *бай ас-суф ала аль-захр* (*bay' al-sūf ala' al-zahr*), «плода в утробе» — *бай аль-хамль* (*bay' al-ḥaml*), также известной как *бай аль-малаки* (*bay' al-malāqih*) или иначе — *бай хабаль аль-хабала* (*bay' habal al-habala*), «молока в вымени» — *бай аль-лабан фи-дуру аль-анам* (*bay' al-laban fi duru' al-'an'am*), «рыбы в море» до ее улова — *ас-самак фи-аль-альма* (*bay' as-samak fi al-mā'*)⁸⁸, «жемчуга в раковинах» (дары на дне моря) — *бай дарбан аль-хаис* (*bay' darbāh al-gha'is*)⁸⁹. Основной причиной запрета продажи «несуществующей вещи» является факт отсутствия товара у продавца в момент совершения сделки. Исключением из общего правила является купля-продажа с предварительной оплатой *салям* (*salam*) и купля-продажа под заказ *истисна* (*istisna*).

В случае продажи «несуществующей вещи» фиксируется как невозможность незамедлительной ее передачи (*маджуз аль-таслим*, *ma'juz at-taslīm*) и определения ценности (*хайр мутакавим*, *ghair mutaqaawwam*), так и невозможность установления ее собственника. Указывается, что «несуществующая вещь» не является собственностью продавца в момент совершения сделки и не обладает необходимым свойством имущества *аль-маль*.

⁸⁶ Подробнее об этом см.: *Al-Dhareer S. M. A. Al-Gharar in contracts and its effect on contemporary transactions. Eminent Scholar's Lecture Series no. 16. Jeddah, Research and Training Institute, Islamic Development Bank, 1997. P. 16–18; Hassan A. A. H. Sales and contracts in early Islamic commercial law. P. 133; Rittenberg R. M. Gharar in Post-Formative Islamic Commercial Law... P. 92; Al-Saati A-R. The Permissible Gharar (Risk) in Classical Islamic Jurisprudence. P. 11–12.*

⁸⁷ *Rittenberg R. M. Gharar in Post-Formative Islamic Commercial Law... P. 92.*

⁸⁸ Показательно, что, например, судебная практика в США при рассмотрении арбитражного дела в случае коллизионного выбора сторонами шариата в качестве применимого права не признала право на взыскание упущенной выгоды, проводя аналогию с продажей улова рыбы, которого еще нет во владении продавца (см.: Решение по делу *National Group for Communications & Computers v. Lucent Technologies International*. URL: http://www.meislik.com/cases/national_group_communications_v_lucent_technologies/ (дата обращения: 19.05.2021)).

⁸⁹ *Hassan A. A. H. Sales and contracts in early Islamic commercial law. P. 118–127; Glossary of Financial Terms // Institute of Islamic Banking and Insurance (IIBI). URL: <https://www.islamic-banking.com/explore/glossary/glossary-financial-terms-g> (дата обращения: 19.05.2021); Нофаль И. Г. Курс мусульманского права, читанный в 1884/85 г. в Учебном отделении восточных языков при Азиатском департаменте. С. 64.*

Одним из аргументов большинства мусульманских ученых в пользу запрета любой продажи «несуществующей вещи» является то, что такая продажа автоматически порождает значительную неопределенность. Например, Ибн Кудама (Ibn Qudamah), Ширази, Баджи (al-Baji) и Ибн Рушд (Ibn Rushd) полагают, что продажа «несуществующей вещи» влечет неопределенность в отношении качества и количества товара. Баджи, Ибн Рушд и ас-Сарахси (al-Sarakhsi) применительно к продаже «несуществующей вещи» усматривали неопределенность относительно самой возможности передачи товара. Ибн Кудама и Баджи также признавали риск существования неопределенности в отношении даты передачи «несуществующей вещи», так как в момент заключения договора невозможно установить точную дату исполнения обязательства. По мнению Ибн Кудамы, чтобы избежать *gharar*, необходимо определять дату передачи вещи коротким периодом. Баджи утверждал, что увеличение периода передачи вещи пропорционально увеличивает риск возникновения значительной неопределенности⁹⁰.

Другие мусульманские ученые, давая определение *gharar*, прямо признавали неразрывную связь между *gharar* и «несуществующей вещью». В частности, Ибн Абидин (Ibn Abidin) полагал, что *gharar* — это неопределенность относительно того, существует ли объект продажи. Аналогичное определение *gharar* встречается у представителей ханафитского и шафиитского мазхабов. Между тем Ибн Таймия и Ибн Каййим отрицают существование неразрывной связи между *gharar* и «несуществующей вещью». По их мнению, некоторые сделки продажи «несуществующей вещи» не порождают значительной неопределенности и не попадают под действие запрета *gharar*, а значит, разрешены в силу вышеупомянутого принципа «нейтральной допустимости»⁹¹ (см. схему 7).



Схема 7. Позиция Ибн Таймии и Ибн Каййима относительно продажи «несуществующей вещи» (составлено авторами)

⁹⁰ Rittenberg R. M. Gharar in Post-Formative Islamic Commercial Law... P.93–96.

⁹¹ Подробнее см.: Abdullah A. H. The Elements of Qimar (wagering) and Gharar (uncertainty) in the Contract of Insurance Revisited // Journal of Islamic Economics, Banking and Finance. 2013. Vol. 9, no. 2. P.91–92; Ayub M. Understanding Islamic Finance. P.57–61, 75, 110–111, 143–144; Al-Dhareer S. M. A. Al-Gharar in contracts and its effect on contemporary transactions. P.31–33; Mahmor S. M. The Conditions of the Countervalues of the Contract of Sale Under Islamic Law with Occasional Comparison with English Law. P. 122–149; Al-Saati A. -R. The Permissible Gharar (Risk) in Classical Islamic Jurisprudence. P.6, 13; Iqbal M. Islamic finance: An attractive new way of financial intermediation // International Journal of Banking and Finance. 2013. Vol. 10, no. 2. P.5–7; Resolutions of the Securities Commission Shariah

Помимо купли-продажи «несуществующей вещи», к подвидам сделок с элементом неопределенности относят «скрытую продажу» (*бай аль-хайб*, *bai' al-gha'ib/al-ghayb*), т. е. продажу вещи, которая находится в собственности продавца, но в момент совершения сделки «скрыта» от взгляда покупателя и, соответственно, недоступна для физического осмотра (*in absentia*) в момент совершения сделки. «Скрытая продажа» является противоположностью продажи *бай аль-хадир* (*bai' al-hādir*), при которой товар осматривается в момент совершения сделки. Как и продажа «несуществующей вещи», «скрытая продажа» признается сделкой с элементом *гарар* абсолютным большинством мусульманских ученых в силу значительной неопределенности относительно количества и качества товара, способа и срока передачи товара⁹².

Цель осмотра товара при заключении сделки заключается в том, чтобы покупатель смог получить объективное представление о состоянии предмета и тем самым устранить *гарар*. Некоторые мусульманские ученые признают, что, наряду с физическим осмотром товара, допустимо детальное описание продаваемого товара, отсутствующего в месте совершения сделки, или предоставление его образца. В данном случае в исламской традиции уделяется особое внимание вопросу легитимности «скрытой продажи» по описанию (*бай аль-мувасаха*, *bai' al-muwasafah*, или же *бай аль-муравада*, *bai' al-murawadah*) и «скрытой продажи» по образцу (*бай аль-намузаж*, *bai' bi al-namuzaj*) (см. табл. 2).

Шафииты традиционно запрещают продавать как незаменимые вещи (*аль-кыми*), так и заменимые вещи (*аль-мисли*) при невозможности зрительного или тактильного восприятия покупателем в момент совершения сделки. Исключение из данного правила шафииты делают для случаев продажи по образцу, когда образец является частью партии продаваемого товара, а также для случаев предварительного осмотра товара покупателем до совершения сделки⁹³.

Представители маликитского мазхаба признают правомерной продажу незаменимой вещи при наличии детального ее описания. Данный подход в основном используется применительно к продаже недвижимости (*маль акар*, *mal aqar*, или *маль хайр манкуль*, *mal ghair manqul*, или *маль хайр накли*, *mal ghair nakli*). Продажа заменимых вещей допускается маликитами по образцу.

Между тем представители ханбалитского мазхаба в целом не признают «скрытую продажу» по образцу, а также по описанию незаменимых и заменимых вещей, продажа которых производится поштучно. При этом ханбалиты допускают продажу заменимых вещей по весу (*мавазунат/мавзин/вазни*, *mawzunat/mawzin/wazni*) или по объему (*макилат/макли/кайли*, *makilat/makil/kayli*) при условии

Advisory Council. Second Edition. Kuala Lumpur: Securities Commission Malaysia, 2007. P.23–25. URL: http://www.iefpedia.com/english/wp-content/uploads/2010/02/Resolutions_SAC_2ndedition.pdf (дата обращения: 11.06.2022); *ас-Саади А. П. Н.* Радость сердец благочестивых: объяснение кратких, но полных смысла слов Пророка, да благословит его Аллах и приветствует / пер. с араб. В. А. Нирша. М.: Благотворит. фонд «Ибрагим Бин Абдулазиз Аль Ибрагим», 2002. С. 166–167.

⁹² *Mahmor S. M.* The Conditions of the Countervalues of the Contract of Sale Under Islamic Law with Occasional Comparison with English Law. P. 164; *Rittenberg R. M.* Gharar in Post-Formative Islamic Commercial Law... P. 97–98; *Нофаль И. Г.* Курс мусульманского права, читанный в 1884/85 г. в Учебном отделении восточных языков при Азиатском департаменте. С. 64.

⁹³ Отметим, что имам аш-Шафии (*al-Shāfi'i*), находясь в Ираке, изначально признавал законность «скрытой продажи». Однако после того, как переехал в Египет, он изменил свое мнение и признал продажу без физического осмотра отчуждаемого объекта не соответствующей шариату (см.: *Mahmor S. M.* The Conditions of the Countervalues of the Contract of Sale Under Islamic Law with Occasional Comparison with English Law. P. 164–165, 176–177; *Al-Dhareer S. M. A.* *Al-Gharar* in contracts and its effect on contemporary transactions. P. 33).

точной идентификации их качества и основных характеристик в момент совершения сделки.

Таблица 2. Подходы мазхабов в отношении продажи вещи, скрытой от взгляда (составлено авторами)⁹⁴

Условия	Ханафиты	Маликиты	Ханбалиты	Шафииты
Продажа без описания и предварительного осмотра до совершения сделки	Запрещено. Иное мнение: аль-Касани	Запрещено. Иное мнение: Халил и аль-Дардир	Запрещено	Запрещено
Продажа по образцу <i>бай аль-намузаж</i> (bay' bi al-namuzaj)	Разрешено	Разрешено, если объектом продажи является заменяемая вещь	Запрещено	Разрешено, если образец является частью партии продаваемого товара
Продажа по описанию <i>бай аль-мувасаха</i> (bay' al-muwasafah)	Разрешено	Разрешено, если объектом продажи является незаменяемая вещь	Разрешено, если объектом продажи являются заменяемые вещи	Запрещено
Продажа на основе предварительного осмотра до совершения сделки	Разрешено, если: (а) товар не претерпел изменений с момента осмотра, а если существует вероятность изменения товара с момента осмотра — только при условии предоставления покупателю в договоре купли-продажи права отказа <i>хийар ар-руайа</i> ; (б) товар находится на небольшом расстоянии от места совершения сделки; (в) покупатель не совершает оплаты до физического осмотра товара			

По мнению ханафитов, продажа товара, отсутствующего в момент совершения сделки, независимо от вида и рода товара, разрешается при условии его детального описания продавцом или по образцу.

Среди мусульманских ученых, признающих правомерной продажу товара по описанию, существует спор относительно того, кто именно может давать описание товара. Согласно первому подходу, для целей независимой оценки товара описание товара может давать только третье лицо, не являющееся продавцом, поскольку в противном случае описание товара не будет достаточным для того, чтобы исключить *гарар* и признать сделку действительной. Согласно второму подходу, разделяемому ибн Рушдом, аль-Луками (al-Lukhami) и аль-Дусуки (al-Dusuki), продавец сам может дать описание продаваемому им товару, при условии, что оплата будет производиться не в момент заключения договора, а после осмотра товара. Между тем Ибн Хазм не признавал ограничений относительно того, кто именно может давать описание товара.

Необходимо отметить, что такие мусульманские ученые, как Абдалла ибн Умар ('Abd Allah b. 'Umar), Джабир ибн Абдала Саид ибн Мусаид (Jabir b. 'Abd Allah, Sa'id b. al-Musayyib), Ибрахим Нахнаи (Ibrahim al Nakha'i), аль-Хасан аль-Басри (al-Hasan al-Basri), Таус (Tuwus), Катада (Qatada), имам Ахмад (Ahmad), аль-Хакям (al-

⁹⁴ Al-Dhareer S. M. A. Al-Gharar in contracts and its effect on contemporary transactions. P.33–34; Badawi Z. Contract for Selling Unseen (Bai Al Ma'dum — The sale of unseen goods); Mahmor S. M. The Conditions of the Countervalues of the Contract of Sale Under Islamic Law with Occasional Comparison with English Law. P. 165, 170, 173–177; Казем-Бек А. К. Шераиуль-ислям, или Законы мусульман шиитского вероисповедания... С. 18.

Накам) и Хамад (Hamad), запрещали совершение сделки купли-продажи без описания и предварительного осмотра. Однако аль-Касани (al-Kasani), Халиль (Khalil) и аль-Дардир (al-Dardir) придерживались иного мнения и признавали допустимым совершение договора купли-продажи без описания и предварительного осмотра объекта. Так, Халиль отмечал, что в этом случае обязанность покупателя оплатить товар возникает только после его принятия (*истифа*, *istifa*), а само по себе описание не заменяет физического осмотра при его передаче, при этом покупателю в договоре купли-продажи обязательно предоставляется право одностороннего отказа от договора, *хийар ар-руайа* (*khiyar al-ru'yah*), о котором пойдет речь далее.

Халиль и аль-Дусуки считали, что в случае «скрытой продажи» по описанию расстояние между местом передачи товара и местом совершения сделки должно было быть не слишком дальним и не слишком близким. По одной из версий данное условие связано с практической возможностью обеспечить сохранность вещи во время доставки с учетом того, что после заключения договора товар при перевозке не может быть подвергнут качественным изменениям до момента его непосредственной доставки покупателю. По другой версии требования к расстоянию обусловлены необходимостью пресечения практики совершения сделок без физической передачи вещи от продавца покупателю.

Вышесказанное свидетельствует о том, что, по общему правилу, во избежание нарушения запрета *гарар* осмотр товара происходит при совершении сделки, а не в момент передачи товара, особенно если товар находится в зоне досягаемости⁹⁵. При этом отсрочка физического осмотра товара при условии его детального описания в момент совершения сделки допускается в виде исключения из общего правила лишь при наличии объективных препятствий.

Одним из наиболее эффективных способов устранения элемента *гарар* в возмездной сделке является возможность реализации одностороннего отказа от договора *хийар ар-руайа*⁹⁶. Некоторые мусульманские ученые придерживаются мнения о том, что договор купли-продажи вступает в силу только в момент осмотра и принятия товара⁹⁷. По общему правилу, покупатель имеет право на односторонний отказ *хийар ар-руайа* в случае невозможности осмотра товара в месте заключения договора, если фактически переданная вещь существенно отличается от описания или образца⁹⁸. Согласно маликитскому мазхабу, *хийар ар-руайа* автоматически распространяется на все возмездные меновые договоры (*укуд ал-муавадат*, *uqud al-mu'awadat*), за исключением купли-продажи с предварительной оплатой *салям*. Данный подход разделяли ханафиты, в частности имам Абу Ханифа (Abu Hanifa) и Суфьян ас-Саури (Sufyan al-Thawri), а также Утман ибн Аффан ('Uthman b. 'Affan) и Талха ибн Убайд Алла (Аль Шаби) (Talha b. 'Ubayd Allah, al-Sha'bi), аль-Хасан аль-Басри (al-Hasan al-Basri), Ибрахим Накнаи (Ibrahim al-Nakha'i) и Мухамед ибн Сири (Muhammad b. Sirin). Абу Юсуф (Abu Yusuf) отрицал правомерность применения данного правила не только в сделках купли-продажи

⁹⁵ Общее требование предполагает, что осмотр товара должен совершаться при одновременном присутствии продавца и покупателя в месте заключения договора.

⁹⁶ *Хийар* буквально переводится как право на уничтожение договора (Торнау Н. Е. Изложения начал мусульманского законовещения. С. 200–204; Торнау Н. Е. Особенности мусульманского права. С. 65).

⁹⁷ Mahmor S. M. The Conditions of the Countervalues of the Contract of Sale Under Islamic Law with Occasional Comparison with English Law. P. 54–55, 175; Marghīnānī A. A. B., Hamilton C., Grady S. G. The Hedaya, Or Guide: A Commentary on the Mussulman Laws. Lahore: New Book Co, 1957. P. 255.

⁹⁸ Дискуссионным остается вопрос относительно наличия права *хийар ар-руайа* не только у покупателя, но и у продавца. Об этом см.: Mahmor S. M. The Conditions of the Countervalues of the Contract of Sale Under Islamic Law with Occasional Comparison with English Law. P. 177–179.

с предоплатой (*салам*), но и купли-продажи под заказ (*истисна*). В шафиитском мазхабе право *хийар ар-руайа* не применяется в силу запрета продажи без осмотра. Наряду с шафиитами законность *хийар ар-руайа* не признается большинством представителей ханбалитского мазхаба⁹⁹.

Заключение

Во-первых, большинством мусульманских ученых выделяются четыре значимые характеристики допустимого объекта продажи: 1) его оборотоспособность (буквально — «покупательная сила») и обладание гипотетической способностью стать собственностью; 2) объект не должен быть «несуществующей вещью»; 3) обладание гипотетической способностью быть переданным; 4) четкое определение. Первая характеристика определяет допустимый круг объектов продажи и является религиозным императивом, который не может быть преодолен волей сторон договора. При этом остальные три характеристики направлены на защиту договора купли-продажи от элемента неопределенности *гарар*.

Во-вторых, запрет совершения сделок с элементом неопределенности в исламской традиции нацелен на устранение несоответствия между волей сторон и содержанием самой сделки.

В-третьих, для целей регулирования сделок, в которых неопределенность возникает в результате *субъективного незнания* (например, в результате мошенничества), не требуется использование концепции *гарар*, поскольку запрет на совершение таких сделок базируется на иных императивах исламского права.

В-четвертых, базовым критерием «скрытой продажи» является невозможность физического осмотра покупателем товара в месте заключения договора. Однако согласно воззрениям большинства мусульманских ученых, продажа некоторых категорий вещей является допустимой при условии, что покупателю предоставлено достаточное описание качества и характеристик товара или предоставлен его образец. Данное требование связано, в частности, с тем, что продажа по описанию и по образцу при условии осмотра вещи в момент передачи в значительной степени заменяет физический осмотр вещи в момент совершения сделки и тем самым лишает «скрытую продажу» значительной неопределенности.

В-пятых, наиболее эффективным механизмом устранения *гарар* в случае «скрытой продажи» является признание за покупателем права одностороннего отказа от договора *хийар ар-руайа*.

В-шестых, в условиях текущей экономической турбулентности и сложностей в перемещении, т. е. всего, что воспрепятствует физическому осмотру товара при

⁹⁹ Подробнее об этом см.: *Mahmor S. M.* The Conditions of the Countervalues of the Contract of Sale Under Islamic Law with Occasional Comparison with English Law. P. 166–176, 237–239, 243–250; *Badawi Z.* Contract for Selling Unseen (Bai Al Ma'dum — The sale of unseen goods) // AlHuda Centre of Islamic Banking & Economics (CIBE). 2007. Issue 001. URL: http://www.alhudacibe.com/newsletter/1-15dec/article_15.html (дата обращения: 19.05.2021); *Hassan A. A. H.* Sales and contracts in early Islamic commercial law. P. 100–101; 132–133, 143–145, 148–154; *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. 100–103; *аль-Джузайри А. Р. М. А.* Законы торговли в четырех мазхабах. СПб.: Диля, 2017. С. 115–128, 151–152, 160–163; *Казем-Бек М.* Шераиуль-ислям, или Законы мусульман шиитского вероисповедания... С. 20; *Ван ден Берг Л. В. С.* Основные начала мусульманского права согласно учению имамов Абу Ханифы и Шафии. С. 88–90; *Торнау Н. Е.* Изложения начал мусульманского законоведения. С. 202; *Нофаль И. Г.* Курс мусульманского права, читанный в 1884/85 г. в Учебном отделении восточных языков при Азиатском департаменте. С. 64; *Маргинани Б.* Хидоя. Комментарии мусульманского права; *Ахмеджанов У. М.* Институт собственности в мусульманском праве... С. 169.

заключении договора, вопрос пределов действия запрета *gharar* в сделках купли-продажи приобретает особую актуальность. В качестве временного решения авторы предполагают возможное смягчение действия запрета *gharar*, руководствуясь концепциями общественного интереса *maslahah 'amma* (*maslahah 'ammah*) и крайней необходимости *darura* (*darura*). В то же время для целей соблюдения запрета *gharar*, безусловно, приветствуются новые технологические решения, которые дают возможность дистанционного осмотра конкретного товара (особенно незаменимых вещей) в момент заключения сделки в качестве альтернативы физическому осмотру.

Статья поступила в редакцию 1 июня 2022 г.
Рекомендована к печати 19 июля 2022 г.

Purchase and sale and prohibition of uncertainty (*gharar*) in the Islamic tradition

Anna N. Kuznetsova, Inese Tenberga

For citation: Kuznetsova, Anna N., Tenberga, Inese. 2022. Purchase and sale and prohibition of uncertainty (*gharar*) in the Islamic tradition. *Pravovedenie* 66 (2): 162–192. <https://doi.org/10.21638/spbu25.2022.203> (In Russian)

The article deals with the requirements of Islamic law to the classical contract of sale. The authors conclude that the prescriptions regarding the conclusion of a contract of sale, the object of sale and price formation are largely explained by the attraction of Islam to fairness in trade. Analyzing the object of sale, the authors refer to the concept of property *al-mal* and its forms — *al-'ayn* property and *al-dayn* property. They insist that *al-dayn* is not an analogue of “obligation”, “debt” or “right of claim” in the civilian or common law’s traditions, but a unique concept of Islamic law, literally meaning “property-in-the-future”. Considering limitations to sale of *al-dayn* property, this article presents the approaches of madhhabs regarding the admissibility of and conditions for the sale and purchase of *bay' al-dayn*. The basic tool of Islamic law on its way to a sustainable trade turnover is the prohibition of transactions involving excessive uncertainty *gharar*. The authors reveal the meaning of this concept, which has been widely discussed among Muslim scholars, and distinguish the notion of *gharar* from the notions of risk and gambling *maysir*. Application of *gharar* prohibition to the contract of sale has its own characteristics and *gharar* becomes key point in deciding whether it is admissible to sell a non-existent thing — *bai' al-ma'dum* and sell a thing that is not available for physical inspection at the time of the transaction — *bai' al-ghayb*. In this context, the authors pay attention to the distance sale of goods by preliminary inspection, by sample and by description. Islamic law offers an effective mechanism for removing the uncertainty *gharar* from the contract of sale, giving the buyer the right of *khiyar al-ru'yah*, which is the right to unilaterally withdraw from the contract at the moment of physical inspection of the goods.

Keywords: sale (*bay'*), sale of non-existent (*bai' al-ma'dum*), sale of goods in absentia (*bai' al-ghayb*), property (*al-mal*), contract (*aqd*), uncertainty (*gharar*), Islamic law.

References

- Abdullah, Atikullah H. 2013. The Elements of Qimar (wagering) and Gharar (uncertainty) in the Contract of Insurance Revisited. *Journal of Islamic Economics, Banking and Finance* 9 (2): 91–92.
- Ahmedov, Aibek. 2010. The problem of the influence of Roman law on Muslim law. *Drevnee pravo. Ivs antiqvm* 1 (25): 76–86. (In Russian)
- Akhmedzhanov, Utkura M. 1963. *The institution of property in Islamic law*: PhD dissertation. Moscow, Lomonosov Moscow State University. (In Russian)
- Al-Amine, Muhammad B. M. 2008. Risk Management in Islamic Finance: An Analysis of Derivatives Instruments in Commodity Markets. *Brill's Arab and Islamic laws series*. Vol. 1. Leiden, Boston: Brill.

- Al-Dhareer, Siddiq M. A. 1997. Al-Gharar in contracts and its effect on contemporary transactions. *Eminent Scholar's Lecture Series 16*. Jeddah, Research and Training Institute, Islamic Development Bank.
- Ali, Ariffhidayat. 2010. *Islamic Law of Contract. Enforcement of Islamic Contracts: Issues in the Light of Contemporary Legal Frameworks — FQ 6133*. International Centre for Education in Islamic Finance (INCEIF). Term Paper: PhD Program: 12–14. Available at: http://www.iefpedia.com/english/wp-content/uploads/2011/03/ILC_ASSIGNMENT_AA2.pdf (accessed: 25.08.2022).
- Ali, Engku R. A. E. 2003. *Re-Defining Property and Property Rights in Islamic Law of Contract*. *Jurnal Syariah 11 (2)*: 47–60.
- Alieva, Naida A. 2013. Just price in the islamic economic thought. *Problemy sovremennoi ekonomiki 4 (48)*: 433–435. (In Russian)
- Al-Juzairi, Abd R. ibn M. A. 2017. *The Laws of Trade in the Four Madhhabs*. St Petersburg, Dilya Publ. (In Russian)
- Almezeini, Abduaziz A. 2014. *The Negotiability of Debt in Islamic Finance: an Analytical and Critical Study: A Doctoral Thesis on Juridical Science*. Georgetown, Georgetown University Law Center.
- Al-Misri, Rafik Yu. 2014. *Fiqh of property relations, transl. from Arabic D. Adgi*. Moscow, Islamskaia kniga Publ. (In Russian)
- al-Saadi, Abd R. N. 2002. *The Joy of the Hearts of the Pious: An Explanation of the Brief but Meaningful Words of the Prophet (peace and blessings of Allaah be upon him), transl. from Arabic V. A. Nirsh*. Moscow, Ibragim Bin Abdulaziz Al' Ibragim Publ. (In Russian)
- Al-Saati, Abdul-Rahim. 2003. The Permissible Gharar (Risk) in Classical Islamic Jurisprudence. *J.KAU: Islamic Economics 16 (2)*.
- al-Sadr, Muhammad B. 2009. *History of 'Ilm Al-Usul*. Moscow, Sadra Publ. (In Russian)
- Al-Said, Fahad A. M. 1992. *Territorial behaviour and the built environment: the case of Arab-Muslim towns, Saudi Arabia: A Doctoral Thesis in Philosophy*. Glasgow, University of Glasgow.
- an-Nawawi, Jahja. Sh. 2015. *40 hadith*, transl. from Arabic, comm. N. M. Abdul. Moscow, Eksmo. (In Russian)
- Ayub, Muhammad. 2007. *Understanding Islamic Finance*. Chichester, John Wiley & Sons.
- Badawi, Zaki. 2007. Contract for Selling Unseen (Bai Al Ma'dum — The sale of unseen goods). *Al-Huda Centre of Islamic Banking & Economics (CIBE)*. Issue 001. Available at: http://www.alhuda-cibe.com/newsletter/1-15dec/article_15.html (accessed: 19.05.2021).
- Bearman, Peri J., Bianquis, Thierry, Bosworth, Clifford E., Donzel, Emeri van, Heinrichs, Wolfhart P. (eds) 2000. *The Encyclopedia of Islam. New Edition*. In 12 vols. Vol. X: T–U. Leiden, E. J. Brill.
- Bearman, Peri J., Bianquis, Thierry, Bosworth, Clifford E., Donzel, Emeri van, Heinrichs, Wolfhart P. (eds) 2004. *The Encyclopedia of Islam. New Edition*. In 12 vols. Vol. XII: Supplement. Leiden, E. J. Brill.
- Bekkin, Renat. 2008. Theoretical Origins of Islamic Economic Doctrine in the Middle Ages. *Pax Islamica 1*: 99–123. (In Russian)
- Bespalova, Olga V. 2016. Distinctive features of the concepts of “uncertainty”, “risk”. *Pozharnaia besopasnost': problemy i perspektivy 2 (1)*: 84–86. (In Russian)
- Bilal, Gohar. 1999. Islamic Tradable Instruments Basic Building Blocks. *Proceedings of the Second Harvard University Forum on Islamic Finance: Islamic Finance into the 21st Century*. Cambridge, Massachusetts, Center for Middle Eastern Studies, Harvard University: 140–144.
- Bosworth, Clifford E., Donzel, Emeri van, Heinrichs, Wolfhart P., Pellat, Charles (eds). 1993. *The Encyclopedia of Islam. New Edition*. In 12 vols. Vol. VII: MIF–NAZ. Leiden, E. J. Brill.
- Bosworth, Clifford E., Donzel, Emeri van, Lewis, Bernard, Pellat, Charles (eds). 1991. *The Encyclopedia of Islam. New Edition*. In 12 vols. Vol. VI: MAHK–MID. Leiden, E. J. Brill.
- Cattelan, Valentino. 2013. Property (Māl) and Credit Relations in Islamic Law: An Explanation of Dayn and the Function of Legal Personality (Dhimma). *Arab Law Quarterly 27*.
- Davaba, Ashraf M. 2017. *The blessed work of a Muslim. Useful knowledge for Muslim business people: trade, property, income management, charity for the benefit of the community, the state and oneself*. Moscow, Eksmo Publ. (In Russian)
- Donzel, Emeri van, Lewis, Bernard, Pellat, Charles (eds). 1997. *The Encyclopedia of Islam. New Edition*. In 12 vols. Vol. IV: IRAN–KHA. Leiden, E. J. Brill.
- Ehsan, Muhammad A. 2014. Futures Contracts in Islamic Finance: A Jurisprudential Analysis. *Journal of Islamic Economics, Banking 10 (1)*: 156–181.

- Elfakhani, Said, Sidani, Yusuf, M. 2015. Uncertainty or 'gharar' in contracts under the Islamic ethical code. *The Handbook of Research on Islamic Business Ethics*, ed. A. J. Ali. Cheltenham, Edward Elgar Publishing: 134–135.
- El-Gamal, Mahmoud. A. 2001. An economic explication of the prohibition of gharar in classical Islamic jurisprudence. *Islamic Economic Studies* 8 (2): 30–33.
- 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*, 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.
- Hallaq, Wael. 2020. *History of Islamic theories of law. Introduction to Sunni Legal Theory*, transl. from English I. A. Tsaregorodtsev, scien. ed. I. L. Alekseev. Moscow, HSE Publishing House. (In Russian)
- Hassan, Abdullah A. H. 1986. *Sales and contracts in early Islamic commercial law: A Doctoral Thesis in Philosophy*. Edinburgh, University of Edinburgh.
- Iqbal, Munawar. 2013. Islamic finance: An attractive new way of financial intermediation. *International Journal of Banking and Finance* 10 (2): 5–7.
- Ishola, Abdullahi S., Azeez, Yusuf. A., Ali, Norfadhliah M. 2016. Al-'aqd Al-sahih: The Legal Basis for Determining the Validity of Islamic Financial Transactions. *International Journal of Economics and Financial Issues* 6 (iss. S2): 140–143.
- Islam, Muhammad W. 1999. Al-Mal: The Concept of Property in Islamic Legal Thought. *Arab Law Quarterly* 14 (4).
- Jailani, Moham ad Z. *Hiwalah in Shariah and its Rules and Applications in Islamic Finance*: 1–11. Available at: https://www.academia.edu/26533600/Hiwalah_in_Shariah_and_its_rules_and_applications_in_Islamic_Finance (accessed: 12.06.2022).
- Kabbara, Abdulrahman H. S. 1988. *Islamic banking: a case study of Kuwait: A Doctoral Thesis in Philosophy*. Loughborough, Loughborough University.
- Kamali, Mohammad H. 1999. Uncertainty and Risk-Taking (Gharar) in Islamic Law. *IJUM Law Journal* 7 (2).
- Kapralin, Stanislav G. 2013. Differentiation of views on the definition of "risk" and "uncertainty". *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Ekonomika* 2 (22): 33–39. (In Russian)
- Karapetov, Artem G. 2014. Civil Rights Protection Models: An Economic Perspective. Part 1. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiia* 11: 24–80. (In Russian)
- Karapetov, Artem G. 2016. *Economic analysis of law*. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Kazem-Bek, Aleksandr K. 1862. *Sheraiul-Islam, or the Laws of Shiite Muslims. Release the first. Contains two books: On Trade and Pledge / The Work of Sheikh Abul-Gkasim, nicknamed Al-Muhagkygk*. St Petersburg, Tip. Imperatorskoi Akademii Nauk Publ. (In Russian)
- Khan, Muhammad A. 2003. *Islamic Economics and Finance: A Glossary*. London; New York: Routledge.
- Knight, Frank H. 2003. *Risk, uncertainty and profit*. Moscow, Delo Publ. (In Russian)
- Kolesnikov, Evgeny Yu. 2019. A topic of uncertainty in the publications of the journal "Issues of risk analysis". *Issues of risk analysis* 16 (3): 78–93. (In Russian)
- Kremer, Alfred fon. 1888. *Islamic law*, transl. from German R. R. Eikhgorn. Tashkent, Tip. Okr. Shtab Publ. (In Russian)
- Kryuchkov, Roman A. 2011. *Risk in law: genesis, concept and management*: PhD Abstract. Nizhnii Novgorod, Nizhegorodskii gosudarstvennii universitet imeni N. I. Lobachevskogo. (In Russian)
- Kuzmin, Evgenii A. 2014. The problem of uncertainty as a scientific category. *Effektivnoe antikrizisnoe upravlenie* 3 (84): 90–100. (In Russian)
- Le Goff, Jacques. 2010. *The Middle Ages and Money: An Essay on Historical Anthropology*. St Petersburg, Evrasia Publ. (In Russian)
- Lewis, Bernard, Menage, Victor L., Pellat, Charles, Schacht, Joseph (eds). 1986. *The Encyclopedia of Islam. New Edition*. In 12 vols. Vol. III: H–IRAM. Leiden, E. J. Brill.
- Mahmor, Shafaai M. 2000. *The Conditions of the Countervalues of the Contract of Sale Under Islamic Law with Occasional Comparison with English Law: A Doctoral Thesis in Philosophy*. Glasgow, Glasgow Caledonian University.

- Marghinānī, Ali ibn A. B., Hamilton, Charles, Grady, Standish G. 1957. *The Hedaya, Or Guide: A Commentary on the Mussulman Laws*. Lahore, New Book Co.
- Marginani, Burkhanuddin. 2010. *Khidoya. Muslim Law Commentaries*: in 2 pts, 4 vols. Part 1. Vol. I–II, transl. from English N. I. Grodekov, scient. ed. A. Kh. Saidov. Moscow, Wolters Kluwer Publ. (In Russian)
- Muhammad, Amanullah, Rahman, Habibur. 2016. Sale subject to a condition in Islamic law: a juristic analysis. *Shariah Journal* 24 (3): 423–444.
- Nofal, Irinei G. 1886. *The course of Islamic law, read in 1884/85 in the Educational Department of Oriental Languages at the Asiatic Department. Issue I: About property*, transl. from French. St Petersburg, Tip. Fenke i Fyusno Publ. (In Russian)
- Noor, Mohd M. M., Suliaman, Ishak, Ahmad, Khadher, Deraman, Fauzi, Abdullah, Mustaffa, Shah, Faisal A., Yusoff, Mohd Y. Z. M., Razzak, Monika M. A., Meftah, Jilani T., Ariffin, Sedek, Kasar, Ahmad K., Nor, Mohd R. M. 2013. The Rights of Khiyar (Option) in the Issue of Consumerism in Malaysia. *Middle-East Journal of Scientific Research* 13 (2).
- Noval, Al' Shabuti S. M. 2002. *Freedom of contract under the civil law of the Republic of Yemen*: PhD Diss. Moscow, Rossiiskii universitet druzhbi narodov. (In Russian)
- Pacchioni, Giovanni. 2016. The concept of obligation: from F. K. von Savigny to the German Civil Code. *Ius Antiquum. Drevnee pravo* 2 (34): 184–209. (In Russian)
- Poldnikov, Dmitrii Yu. 2010. Ethical and philosophical background of the concept “just price” in european ius commune. *Vestnik Novosibirskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya Pravo* 6 (1): 31–36. (In Russian)
- Prozorov, Stanislav M. (ed.) *Islam. Encyclopedic Dictionary*. 1991. Moscow, Nauka Publ. (In Russian)
- Pyatov, Mikhail L. 2013. Fair value: what is it? *Bukh. IS* 8: 41–44. (In Russian)
- Rahmatullin, Rafael Yu. 2016. Special features of Islamic law. *Vestnik VEGU* 5 (85): 108–109. (In Russian)
- Rittenberg, Ryan M. 2014. *Gharar in Post-Formative Islamic Commercial Law: A Study of the Representation of Uncertainty in Islamic Legal Thought: A Doctoral Thesis in Philosophy*. Philadelphia, University of Pennsylvania.
- Rosenthal, Franz. 1975. *Gambling in Islam*. Leiden, E. J. Brill.
- Schacht, Joseph F. 1982. *An Introduction to Islamic Law*. New York: Oxford University Press.
- Siã, Magdolna. 2006. Praviãna cena (pretium iustum) i wena primena tokom istorije. *Zbornik Matice srpske za drustvene nauke* 120: 199–227.
- Skorobogatov, Aleksandr S. 2015. Social order as a contract between the powerful and the weak. *Terra Economicus* 13 (1): 43–60. (In Russian)
- Smits, Maarten H. J. 2014. *Efficient Breach and the enforcement of specific performance*. LLM Privaatrecht. Amsterdam. Available at: <http://dare.uva.nl/cgi/arno/show.cgi?fid=530114> (accessed: 24.08.2022).
- Sosnenko, Liudmila S., Matveev, Boris A. 2008. The content of the concepts of “risk” and “riskiness”. *Vestnik Cheliabinskogo gosudarstvennogo universiteta* 29: 32–38. (In Russian)
- Sukhanov, Evgenii A. 2017. *Property law: scientific and educational essay*. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Taleb, Nassim N. 2018. *Black Swan. Under the sign of unpredictability*. Moscow, Kolibri, Azbuka-Attikus Publ. (In Russian)
- Taleb, Nassim N. 2018. *Risking Your Own Skin: The Hidden Asymmetries of Everyday Life*. Moscow, Kolibri, Azbuka-Attikus Publ. (In Russian)
- Tenberga, Inese. 2017. Prohibition of unlawful interest (riba) as grounds for the refusal from collection and payment of interest in Islamic banking. *Zakon* 4: 78–89. (In Russian)
- Tenberga, Inese. 2020. Islamic banking and its foundations. *Izvestia Natsional'noi akademii nauk Azerbaidzhana (NANA). Seriya: Ekonomika* 6: 191–200. (In Russian)
- Tornau, Nikolai E. 1850. *Expositions of the beginnings of Muslim jurisprudence*. St Petersburg, tip. II otd. Sobstv. E. I. V. Kantseliarii Publ. (In Russian)
- Tornau, Nikolai E. 1892. *Features of Muslim law*. St Petersburg, Tip. Imperat. Akad. nauk Publ. (In Russian)
- Tornau, Nikolai E. 1882. *On the right of property under Islamic law*. St Petersburg, Tip. Imperat. Akad. nauk Publ. (In Russian)

- Van den Berg, Ludvig. 2005. *Basic Principles of Islamic Law According to the Teachings of Imams Abu Hanifa and Shafi'i*. Moscow, Natalis Publ. (In Russian)
- Van Erp, Sjeff, Akkermans, Bram (eds). 2021. *Cases, Materials and Text on Property Law*. Bloomsbury Publishing. Available at: <https://www.perlego.com/book/391496/cases-materials-and-text-on-property-law-pdf> (accessed: 12.06.2022).
- Visser, Hans. 2013. *Islamic Finance: Principles and Practice. Second Edition*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing.
- Vogel, Frank E., Hayes, Samuel L. 1998. *Islamic Law and Finance. Religion, Risk and Return*. The Hague, Kluwer Law International.
- Waheed, Khalid. 2008. *A critical study of Murabahah as an Islamic mode of financing: A Doctoral Thesis in Philosophy*. Aligarh, Aligarh Muslim University.
- Wisham, Ismail, Muneeza, Aishath, Hassan, Rusni. 2011. Special legal features of the Islamic wa'd or pledge. Comparison with the conventional law on promise within the sphere of Islamic finance. *International Journal of Law and Management* 53 (3).
- Zahraa, Mahdi, Mahmor, Shafaai M. 2001. Definition and Scope of the Islamic Concept of Sale of Goods. *Arab Law Quarterly* 16 (3): 216–218.

Received: June 1, 2022

Accepted: July 19, 2022

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, 6B-2, Birzhevoi per., St Petersburg, 199034, Russian Federation; jurfakspbgu@yandex.ru