

Prawo szari'atu – podstawa biznesu?¹

Szari'at (arab. ścieżka, droga), czyli prawo muzułmańskie nie ma odpowiednika w zachodnich koncepcjach prawa i z tego powodu jest błędnie rozumiane. Nie można go bowiem przyrównywać ani do prawa stanowionego ani do prawa kanonicznego. Prawo stanowione zostało opracowane przez ludzi i podlega zmianom, tymczasem prawo muzułmańskie zostało objawione przez Boga, a zatem nie może być zmieniane przez człowieka. Prawo kanoniczne, z kolei, dotyczy spraw religijnych, natomiast *szari'at* reguluje wszystkie aspekty życia prywatnego i społecznego muzułmanina. Warto dodać, że w państwach arabskich istnieje rozróżnienie na prawo w zachodnim rozumieniu tego słowa (które nazywa się *kanun*) i na prawo muzułmańskie².

Wartościujące pojmowanie szari'atu znacznie utrudnia jego interpretację i rolę w życiu społecznym wspólnot muzułmańskich, czy – na potrzeby niniejszego opracowania – w bankowości. Z tego powodu warto wskazać na trzy sposoby rozumienia prawa muzułmańskiego³:

- konfrontacyjne – spotykane w zachodnim dyskursie, głównie publicystycznym i politycznym, ale zdarza się i w opracowaniach naukowych. W ujęciu konfrontacyjnym prawo muzułmańskie postrzegane jest jako zagrożenie dla demokracji i swobód obywatelskich, wobec czego wymaga zdecydowanej reakcji.
- promujące – występujące w państwach muzułmańskich, a zwłaszcza w środowiskach fundamentalistycznych i pietystycznych. W ujęciu tym prawo muzułmańskie jest systemem przynoszącym wiele dobrego, w skrajnej jego wersji – najlepszym systemem na świecie, który należy wdrażać wszędzie i za każdą cenę.
- pragmatyczne – niewartościujące, które przyjmuje istnienie prawa muzułmańskiego, dostrzega jego zróżnicowanie. W niektórych kwestiach rola szari'atu może być pozytywna, w innych negatywna, a w jeszcze innych obojętna.

Z przekonaniem konfrontacyjnym wiążą się pewne uproszczenia dotyczące funkcjonowania prawa muzułmańskiego. Zostaną one omówione w niniejszym rozdziale, najpierw ogólnie, a następnie w odniesieniu do zasad bankowości muzułmańskiej.

Nie tylko religia

Jednym z najczęściej pojawiających się założeń związanych z prawem muzułmańskim jest to, że jest ono dominującym, a nawet jedynym źródłem prawa w państwach

¹ Artykuł jest skróconą wersją rozdziału 1 monografii: K. Górak-Sosnowska, P. Masiukiewicz, *Bankowość muzułmańska*, SGH, Warszawa 2013.

² Na temat prawa muzułmańskiego por. m.in. J. Danecki, *Podstawowe wiadomości o islamie*, Dialog, Warszawa 1997; M. Dziekan, *Prawo muzułmańskie wczoraj i dziś*, [w:] *Oblicza współczesnego islamu*, E. Machut-Mendecka (red.), Academica, Warszawa 2003.

³ J.M. Otto, *Sharia and National Law in Muslim Countries. Tensions and Opportunities for Dutch and EU Foreign Policy*, Leiden University Press, Leiden 2008, s. 5.

muzułmańskich. W przypadku bankowości jest to o tyle istotne, że niekiedy bankowość muzułmańska utożsamiana jest z bankowością w państwach muzułmańskich. Tymczasem w zdecydowanej większości państw, w których muzulmanie stanowią większość populacji, dominuje bankowość konwencjonalna, a zatem oparta na oprocentowaniu. Warto zatem przyrzeć się miejscu szari'atu w społeczeństwach i systemach prawnych państw muzułmańskich.

Spółeczeństwa muzułmańskie uważane są za religijne, co wynika z wszechobejmującego charakteru islamu. W swoim klasycznym ujęciu wykracza on bowiem definicyjnie poza pojęcie religii, odnoszącej się przede wszystkim do sfery dogmatów i praktyk, czy stanów wewnętrznych.

Prawo muzułmańskie w praktyce

Podobnie jak świat islamu postrzegany jest często jako monolit, tak samo prawo muzułmańskie wydaje się jednolite i niezmiennie. Podstawowymi źródłami prawa muzułmańskiego są Koran i Sunna, czyli tradycja proroka Mahometa. Koran został przekazany muzulmanom w postaci nienaruszalnego objawienia, jednak nie oznacza to, że nie jest możliwa interpretacja jego treści. W islamie (z wyjątkiem szyizmu) nie występuje instytucjonalny odpowiednik znanego w chrześcijaństwie Urzędu Nauczycielskiego Kościoła, ustalający oficjalną wykładnię doktryny. A zatem interpretacja źródeł prawa muzułmańskiego jest możliwa i dopuszczalna. W tym sensie można mówić o wielości szari'atów, a nie o jednym zbiorze zasad. W języku arabskim tę wielość, a zatem praktykę stosowania prawa muzułmańskiego, określa się słowem *fikh*; *szari'at* – to prawo objawione. Jednak w językach europejskich przyjęło się stosowanie słowa *szari'at* jako synonimu dla „prawa muzułmańskiego” zarówno w jego teoretycznym, jak i praktycznym ujęciu i tak też będzie w niniejszym opracowaniu.

Prawo muzułmańskie reguluje dwie sfery: powinności wobec Boga (*ibadat*) i powinności społeczne (*mu'amalat*). Pierwsza sfera zależna jest od moralności człowieka, druga może być regulowana prawnie. Materialnymi źródłami prawa muzułmańskiego są Koran i Sunna.

Koran jest świętą księgą islamu, która została objawiona Mahometowi w trakcie jego działalności jako proroka islamu, tj. od 610 roku do jego śmierci w roku 632. Już sam ten fakt spowodował rozwinięcie działalności interpretacyjnej po śmierci Mahometa. Koran jest bowiem przede wszystkim księgą religijną, a nie kodeksem prawnym. Chociaż niektóre wersety zawierają jasne wskazówki, co do tego jak należy postępować, nie wyczerpują one wszystkich rodzajów sytuacji, a czasami nie dostarczają jednoznacznych odpowiedzi. Co więcej, objawienia następowały w fragmentach, które po śmierci Mahometa zdecydowano się spisać (w tamtych czasach dominowała na Półwyspie Arabskim ustna forma przekazu). W ten sposób w ciągu około 40 lat powstała ostateczna wersja tekstu.

Sunna jest drugim spisanim źródłem prawa muzułmańskiego. Zawiera ona przypowieści z życia proroka Mahometa – ostatniego proroka islamu, a tym samym wzoru do naśladowania dla innych muzulmanów. Każda taka przypowieść ma formę hadisu. O ile treść objawienia nie wymagała weryfikacji, to opowieści o jego życiu, które pochodziły od osób trzecich – różnych ludzi, którzy go spotkali na swojej drodze, albo mu towarzyszyli – wymagała

sprawdzenia. Z tego powodu każdy hadis zaczyna się od podpory (*isnad*), czyli imiennego łańcucha przekazywania relacji. Liczbę hadisów szacuje się w tysiącach. Część z nich uznana jest za autentyczne, jednak wiele innych zostało stworzonych nawet kilkaset lat po śmierci Mahometa. Powody tworzenia hadisów były pietystyczne (chęć umocnienia religii w społeczności wiernych), jak i polityczne (wykorzystywanie hadisów do forsowania określonych poglądów)⁴. Sam proces tworzenia był natomiast związany z autorytetem Mahometa, który stanowił w znacznie większym stopniu legitymizował nowe prawa, aniżeli jakikolwiek władca.

Do podstawowych metod tworzenia prawa muzułmańskiego zalicza się zgodę uczonych (*idźma*) i rozumowanie oparte na analogii (*kijas*). *Idźma* opierała się na założeniu, że autorytety z zakresu prawa muzułmańskiego i teologii nie mogą działać wbrew zasadom islamu. Jeżeli zatem zgodzą się w jakiejś kwestii to może się ona stać obowiązującym prawem. Z kolei *kijas* to metoda dochodzenia do idźmy – jeżeli dana sytuacja nie została uwzględniona w źródłach materialnych, wówczas szuka się w nich podobnej (analogicznej) sytuacji, która tworzy punkt wyjścia dla interpretacji⁵. Obie metody kształtowania prawa wynikały z potrzeby interpretacji źródeł materialnych. W tworzącym się imperium arabsko-muzułmańskim pojawiały się autorytety – uczeni w prawie muzułmańskim – którzy skupiali wokół siebie innych uczonych i kształcili kolejne pokolenia prawników. W ten sposób powstawały szkoły prawa muzułmańskiego (*mazhab*). Do czasów współczesnych przetrwały cztery mazhaby sunnickie (hanbalićki, hanafićki, malikićki i szafi'icki) i jedna szyicka⁶. Przynależność do danego mazhabu wiąże się z miejscem zamieszkiwania, jednak może być również indywidualnym wyborem jednostki.

Prawo muzułmańskie (*szari'at*) przewiduje pięć kategorii uczynków, z których trzy względnie nie sprawiają trudności interpretacyjnych. Są to uczynki jednoznacznie zakazane (*haram*) – np. spożywanie alkoholu, hazard, albo jednoznacznie wskazane: obowiązki (*wadźib*) – post w miesiącu ramadan, czy dawanie jałmużny, oraz zalecenia (*mandub*) – uczynki, które nie są obowiązkowe, a ich wypełnienie jest nagradzane (np. nadprogramowa modlitwa). Pozostałe dwie kategorie prawa dotyczą uczynków obojętnych (*mubah*) i niepożądanych, ale nie zakazanych (*makruh*). Wydaje się, że są one najbardziej pojemne pod względem liczby uczynków, jakie można do nich zaliczyć, a ponadto to w nich właśnie mieści się większość czynności życia codziennego – chodzenie do pracy, picie porannej kawy, czytanie czasopisma, spotkanie ze znajomymi, etc.

Obowiązki, zalecenia, czyny obojętne i niepożądane należą do kategorii *halal* – czyli czynów dozwolonych. Przeciwstawia się jej czyny *haram* – czyli zakazane. Zasadniczym problemem interpretacyjnym religijnego muzułmanina jest to, w którym miejscu biegnie granica między *haram* a niższymi kategoriami *halal*. Wierni, którzy mają wątpliwości, jak

⁴ J. Danecki, *Podstawowe wiadomości o islamie*, wyd. 4, Wydawnictwo Akademickie Dialog, Warszawa 2011, s. 100.

⁵ Na przykład w literaturze przedmiotu istnieją co najmniej cztery różne sposoby naliczania zakatu z tytułu prawa własności udziałów przedsiębiorstwa: a) 2,5% wartości przedsiębiorstwa, b) 2,5% wartości rynkowej sprzedawanych produktów, c) 10% zysku netto i d) 10% produkcji netto przedsiębiorstwa. Sposób naliczania podatku *zakat* zależy od podstawy przyjętej analogii (*kijas*) – por. V. Nienhaus, *Wirtschaftstheorie und Ordnungspolitik in islamischer Sicht*, [w:] *Weltmacht Islam*, Bayerische Landeszentrale für Politische Bildungsarbeit, München 1988, s. 304.

⁶ Na podstawie: J. Danecki, op. cit., s. 203–254.

postąpić w danej sytuacji, mogą się zwrócić o opinię prawną, czyli fatwę. Wydaje ją specjalnie do tego powołany *mufti*. Fatwy nie mają one charakteru wiążącego⁷, jednak zwracający się o taką opinię (*mustafti*) zazwyczaj uznaje autorytet muftiego – inaczej by go nie pytał o zdanie.

W bankowości muzułmańskiej funkcję interpretacji przepisów prawa muzułmańskiego pełnią rady ds. szari'atu, powoływane przy bankach⁸. Rady nadzorują zgodność produktów banków muzułmańskich z wymogami prawa muzułmańskiego, wydając im certyfikaty. Innymi słowy rada stoi na straży tego, aby bank muzułmański był faktycznie muzułmański. W praktyce może to oznaczać podporządkowanie interesu ekonomicznego kwestiom religijnym, zwłaszcza, że w niektórych bankach rada ma prawo wydać fatwę sprzeczną z ustaleniami zarządu banku, a często jeden z członków rady zostaje równolegle powołany do jego zarządu (i odwrotnie – jeden z członków zarządu może zostać powołany do rady ds. szari'atu)⁹.

Rada ds. szari'atu jest religijną wizytówką banku muzułmańskiego. Z tego powodu wiele banków podaje w swoich informacjach promocyjnych, w tym na stronach internetowych, informację o składzie osobowym rady ds. szari'atu. Religijna wiarygodność banku jest bowiem pochodną autorytetu członków rady ds. szari'atu. Niektórzy z nich zasiadają jednocześnie w kilkunastu radach. Wynika to z ich autorytetu, ale także z nadal niewielkiej podaży specjalistów. Idealny kandydat powinien bowiem posiadać wiedzę zarówno z zakresu bankowości, jak i prawa muzułmańskiego oraz posługiwać się angielskim – językiem bankowości i arabskim – językiem szari'atu.

Nie trudno zauważyć, że wielość rad, z których każda ma autonomię w zakresie interpretacji prawa muzułmańskiego znacznie utrudnia standaryzację produktów bankowości muzułmańskich. W tym zakresie istnieją dwa rozwiązania¹⁰:

- powołanie krajowej rady ds. szari'atu, która jest organem nadzorczym dla wszystkich działających lokalnie banków muzułmańskich. Takie rozwiązanie wprowadzono w Malezji, gdzie rada działająca przy banku centralnym – Bank Negara Malaysia – wydaje fatwy, które są wiążące dla wszystkich malezyjskich banków muzułmańskich. Równolegle banki powołują swoje rady ds. szari'atu, które działają opierając się na wytycznych rady BNM. Poza Malezją taka krajowa rada funkcjonuje także w Indonezji, Bahrajnie, Sudanie i Pakistanie¹¹ a planowana jest m.in. w Omanie.
- powołanie rad ds. szari'atu przy poszczególnych bankach, stosowane w większości państw. Pierwsze rozwiązanie wymaga rozwiniętej infrastruktury prawnej, a przede wszystkim zaangażowania państwa w utworzenie na szczeblu narodowym rady ds. szari'atu. Jest to możliwe, zważywszy na to, że w wielu państwach muzułmańskich w sądach najwyższych jednym ze źródeł prawa jest *szari'at*, a zatem możliwa była standaryzacja. Jednak problematyczne wydaje się znalezienie odpowiedniej kadry, aby taka rada zyskała odpowiedni

⁷ W szyizmie opinie prawne wydawane przez prawników mają charakter wiążący dla wszystkich wyznawców. Ustaje on po śmierci jej autora.

⁸ Ale nie wszędzie – w Pakistanie ta koncepcja jest w zasadzie nieznana – por. M. Iqbal, P. Molyneux, *Thirty Years of Islamic Banking. History, Performance and Prospects*, Palgrave Macmillan, New York 2005, s. 114.

⁹ Y. Abdul-Rahman, *The Art of Islamic Banking and Finance. Tools and Techniques for Community-Based Banking*, Wiley Finance 2010, s. 77.

¹⁰ Ibidem, s. 63.

¹¹ K.H. Khan, *A Critical review of Shari'ah supervision on current financial transactions*, Islamica Buisness, 12.06.2012, <http://businessislamica.com/2012/07/12/a-critical-review-of-shariah-supervision-on-current-financial-transactions/>.

autorytet. Bankowość muzułmańska jest nadal dziedziną stosunkowo nową, w której tworzone są nowe produkty. Z tego powodu najpewniej w większości państw długo jeszcze będzie dominowało rozwiązanie drugie. Jest ono ponadto bardziej swoiste dla świata islamu, w którym interpretacja przepisów religijnych jest dosyć mocno sfragmentaryzowana, a na jedno pytanie można uzyskać wiele różnych odpowiedzi. Istnieje jeszcze rozwiązanie trzecie – ustanowienie międzynarodowych standardów w zakresie bankowości muzułmańskiej przez międzynarodowe organizacje, takie jak AAOIFI¹², czy działająca przy Organizacji Współpacy Muzułmańskiej¹³. Zważywszy jednak na różnice w interpretacji zasad dotyczących poszczególnych produktów bankowości muzułmańskiej można się spodziewać najwyżej rekomendacji, a nie wiążących standardów.

Kwestie sporne w bankowości muzułmańskiej

Wielość szkół prawnych i autonomicznych rad ds. szari'atu oraz rozwój rynku sprawia, że nie ma powszechnej zgody co do wielu produktów bankowości muzułmańskiej. Różnice zdań dotyczą zarówno stopnia dopuszczalności niektórych produktów, jak również ich specyfikacji.

Z punktu widzenia prawa muzułmańskiego produktami bezproblemowymi są wyłącznie *mudaraba* i *muszaraka*. Uważa się, że w największym stopniu oddają charakter transakcji z czasów wczesnego islamu, a ponadto umożliwiają udział w zyskach i stratach. Jako projekty zakładające długoterminową współpracę realizują założenia ekonomii muzułmańskiej. Dotyczy to zwłaszcza *mudaraby* – spółki komandytowej. Na tej samej bowiem zasadzie bogaci kupcy z Półwyspu Arabskiego finansowali handel obwoźny. *Mudaraba* umożliwia wsparcie osób przedsiębiorczych, ale nie posiadających środków finansowych na realizację swoich planów i w ten sposób wypełnia założenia myśli społecznej islamu. Podobnie *idżara* nie stanowi przedmiotu dyskusji wśród prawników muzułmańskich. W przypadku wielu pozostałych produktów muzułmańskich można wskazać na kwestie sporne. W niniejszym podrozdziale zostaną one omówione na przykładzie *murabaha* i instrumentów pochodnych. *Murabaha* jest najbardziej powszechnym instrumentem bankowości muzułmańskiej, jednak jej konstrukcja nie zawiera elementu podziału zysków i strat. Ustępuje więc *mudarabie* i *muszarace*. Z kolei instrumenty pochodne w swoich założeniach zdają się sprzeczne z zasadami prawa muzułmańskiego, więc tym bardziej warto przedstawić sposoby ich konstruowania w ramach bankowości muzułmańskiej.

Na *murabahę* (sprzedaż z marżą) przypada zdecydowana większość transakcji w bankowości muzułmańskiej – 80–90%. Jest ona nowym mechanizmem, gdyż w klasycznym islamie znana była tylko nieoprocentowana pożyczka *kard hasan* i *wadi'a*. Pierwsza miała

¹² Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions – z siedzibą w Bahrajnie, międzynarodowa organizacja przygotowująca standardy prawa muzułmańskiego z zakresu księgowości i audytu, założona w 1990 roku w Algierze. W jej skład wchodzi 200 członków instytucjonalnych z 45 państw. Standardy opracowane przez AAOIFI zostały wdrożone w Bahrajnie, Dubaju, Jordanii, Libanie, Katarze, Syrii i Sudanie, a w Australii, Malezji, Indonezji, Pakistanie i Arabii Saudyjskiej opracowano na ich podstawie regulacje krajowe – por. AAOIFI > Overview, <http://www.aaofii.com/aaofii/TheOrganization/Overview/tabid/62/language/en-US/Default.aspx>.

¹³ Z siedzibą w Dżuddzie. Jej celem jest standaryzacja teorii i praktyki prawa muzułmańskiego, upowszechnianie islamu wśród muzułmanów oraz analiza współczesnych problemów i wyzwań przez pryzmat i w duchu prawa muzułmańskiego.

charakter dobroczynny, druga zaś służyła przechowaniu zdeponowanych środków. *Murabaha* jako metoda finansowania kredytowego pojawiła się w bankowości muzułmańskiej w pod koniec lat 70¹⁴. Pomimo ponad 30-letniej obecności na rynku nadal jest przedmiotem debaty – choć może nie tak gorącej jak w przypadku derywatów – w środowisku osób zajmujących się bankowością muzułmańską. Poglądy zwolenników i przeciwników murabahy ilustruje poniższa tabela.

Tabela 1. Zestawienie argumentów za i przeciw murabasze

Za	Przeciw
O ile nie wykazano riby, wszelkie transakcje są dozwolone	Nie wolno sprzedawać tego, czego się nie posiada
Dozwolona jest kara za nieterminową spłatę, podobnie jak w <i>baj mu'adżdża</i> ¹⁵	W momencie zawarcia kontraktu dotyczy on sprzedaży długu za dług (arab. <i>baj al-kali bil-kali</i>)
Dozwolone jest łączenie transakcji (arab. <i>wad</i>)	Nie wolno sprzedawać warunkowo, ani łączyć transakcji

Źródło: Opracowanie własne na podstawie I.A.K. Nyazee, *Murābahah and the Credit Sale*, Advanced Legal Studies Institute, Islamabad 2009, s. 48–49.

Nie sposób nie zauważyć, że niektóre argumenty za i przeciw wzajemnie się wykluczają (np. dopuszczalność łączenia transakcji). W związku z tym, że *murabaha* jest instrumentem ogólnie stosowanym w bankach muzułmańskich, warto w tym miejscu przedstawić zarzuty wobec niej.

Jednym z nich jest to, że cechuje ją niskie ryzyko i realizowana jest w krótkim czasie. Nie pozwala tym samym na osiągnięcie celów bankowości muzułmańskiej, czyli na podział ryzyka między obie strony, zwłaszcza że marżę z odsprzedaży określa się zazwyczaj najpóźniej w momencie zawarcia kontaktu, a jego zabezpieczeniem jest samo dobro¹⁶. Niektórzy prawnicy muzułmańscy posuwają się jeszcze dalej, kwestionując zasadność murabahy jako takiej, twierdząc że jest to jedynie sposób ominięcia oprocentowania i powinna być traktowana jako instrument przejściowy. *Murabaha* może być zatem stosowana jedynie w przypadku, a gdy nie ma możliwości zrealizowania zasady podziału zysków i strat, czyli *mudaraby* lub *muszaraki*¹⁷. Zarzut ten dotyczy zatem samej konstrukcji murabahy. Jeżeli jednak przyjąć zasadność istnienia tego instrumentu, pojawiają się kolejne wątpliwości dotyczące szczegółów jego działania – ustalania marży i możliwych kar za nieterminową spłatę zobowiązania.

W kontrakcie *murabaha* wpisane jest umiarkowane zaufanie do klienta. Bank muzułmański nie dysponuje bowiem zazwyczaj żadnymi sankcjami, których mógłby użyć w przypadku nieterminowego spłacania. Z tego powodu marża banku jest zazwyczaj wyższa niż odsetki w kredycie, albo im równa. Jest to najczęściej stosowana praktyka, co wywołuje niezadowolenie niektórych klientów, gdyż *murabaha* za bardzo zaczyna przypominać kredyt,

¹⁴ I. Izdebska, *Funkcjonowanie murabahy we współczesnej bankowości muzułmańskiej*, praca magisterska napisana pod kierunkiem naukowym dr K. Górak-Sosnowskiej, SGH, Warszawa 2011, s. 32.

¹⁵ Sprzedaż na kredyt. Sprzedawca towaru zgadza się na odroczenie płatności, albo płatność w odsetkach. Cena odroczonej może być tożsama cenie płatnej na miejscu, ale może być również wyższa lub niższa – por. M.A. Khan, *Islamic Economics and Finance: A Glossary*, Routledge 1990, s. 25.

¹⁶ I. Warde, *Islamic Finance in the Global Economy*, University of Edinburgh Press, Edinburgh 2000, s. 133.

¹⁷ I.A.K. Nyazee, *Murābahah and the Credit Sale*, Advanced Legal Studies Institute, Islamabad 2009, s. 2–3.

a różnica między odsetkami a marżą staje się kwestią nazewnictwa¹⁸. Inne możliwe, aczkolwiek rzadko stosowane sposoby ustalania marży to¹⁹:

- udział banku w zyskach z tytułu eksploatacji dobra będącego przedmiotem transakcji,
- ustalona odgórnie kwota,
- kwota w wysokości porównywalnej do średniej stopy zwrotu z inwestycji o tej samej wartości w danej branży.

Problem nieterminowej spłaty zadłużenia również nie został jednoznacznie rozwiązany. Nie można bowiem zwiększyć marży, gdyż byłaby równoznaczna z *riba an-nasi'a*. Nie można także sprzedać dłużnikowi jego własnego długu po wyższej cenie, która miałaby równoważyć stratę związaną z przesunięciem płatności w czasie (arab. *baj al-kali bi-l-kali*)²⁰. Wyjściem miała być *fatwa*, umożliwiająca naliczenie kary nieterminowym dłużnikom. Można to było zrobić jedynie w przypadku celowego unikania spłacania długu; jeżeli o niemożności przesądzała siła wyższa – bank powinien wykazać się litościwością (arab. *tarahum*). Ta opcja daje jednak możliwość wytaczania procesów prawnych dłużnikom, którym naliczono kary, a którzy starają się powoływać na koncepcję *tarahum*. Warto dodać, że kara nie może być księgowana jako zysk banku, ale lokowana jest na osobnym subkoncie, z którego dochód przekazywany jest na cele charytatywne²¹. Niektórzy uważają jednak, że bank może wymagać dodatkowego odszkodowania od nieuczciwego klienta, gdyż to on pierwszy narusza zasady islamu²².

Rynek instrumentów pochodnych dotyczy transakcji, które często mają charakter spekulacyjny, co natychmiast przywołuje na myśl zakazany w islamie *gharar*. Jednak już w islamie klasycznym istniały dwa wyjątki od tej zasady – *salam* na Półwyspie Arabskim, na terenie Hidżazu (zwany także *salaf* na terenie Iraku), czyli przedpłata, oraz *istisna* – zlecenie produkcji²³. Pierwszy dotyczył zazwyczaj produkcji rolnej, a drugi wszelkiej innej produkcji. W obu przypadkach przedmiotem transakcji były dobra, które dopiero zlecano do wyprodukowania, a zatem nie istniały w momencie jej zawarcia.

Kontrakt *salam* jest praktyką przedmuzułmańską, którą Mahomet inkorporował do islamu. Choć Mahomet zakazał sprzedaży towaru, którego się nie posiada (*baj al-madum*), takiego jak ryby w jeziorze, zezwolił na kontrakty *salam*. Wynikało to z praktyki handlowej medycyków, którzy stosowali te kontrakty, określając termin zapadalności nawet na 3 lata do przodu²⁴. Zlecali produkcję rolną, która w określonej ilości zostanie dostarczona w danym czasie, za przedpłatą. Jako wyjątkowa transakcja *salam* wprowadza kilka elementów specyficznych²⁵:

- możliwa jest sprzedaż dobra, którego nie ma a dopiero ma zostać wyprodukowane,

¹⁸ M. Iqbal, P. Molyneux, op. cit., s. 106–107.

¹⁹ H.A. Dar, J.R. Presley, *Islamic Banking*, [w:] *Handbook of International Banking*, A.W. Mullineux, V. Murinde (red.), Edward Elgar Publishing Limited, Northampton, MA 2003, s. 202.

²⁰ M.A. Khan, op. cit., s. 23.

²¹ Y. Abdul-Rahman, op. cit., s. 206.

²² M. Iqbal, P. Molyneux, op. cit., s. 106–107.

²³ W przeciwieństwie do *salam*, płatność w przypadku *istisna* może być ratalna. *Istisna* dotyczyła bowiem zlecenia produkcji, a więc wiązała się z większymi kosztami, które można było ponosić i rozliczać w fazach. Obecnie *istisna* stosowana jest do finansowania projektów infrastrukturalnych.

²⁴ A. Shabana, *Custom in Islamic Law and Legal Theory. The Development of the Concepts of 'Urf and 'Adah in the Islamic Legal Tradition*, Palgrave MacMillan, New York 2010, s. 54–55.

²⁵ M.A. el-Gamal, op. cit., s. 82.

- dozwolona jest spekulacja związana z tym, że cena płatna jest od razu i może się zmienić na rynku w momencie dostarczenia zamówienia,
- przedpłata wiąże się ze zmniejszeniem ceny, za to, że jest ona uiszczona przed dostarczeniem dobra, co stanowi swego rodzaju dyskonto.

Salam jest wykorzystywane w transakcji zwanej „*salam równoległe*” (ang. *parallel salam*), w której instytucja zlecająca produkcję rolną zawiera umowę ze stroną trzecią na dostawę tej produkcji. Cena nabycia produkcji przez stronę trzecią może być inna niż przez instytucję zlecającą, co stanowi źródło zysku dla jednej z nich²⁶. Równoległe *salam* może w praktyce służyć także jako narzędzie oprocentowanej pożyczki. Mahmud A. el-Gamal podaje następujący przykład:

Rysunek 1. Salam równoległe



Źródło: Opracowanie własne.

Osoba A chce pożyczyć 1000 zł na 3 miesiące od osoby B. W związku z tym zobowiązuje się dostarczyć osobie B 100 kg żyta po 6 miesiącach, za które B płaci w momencie zawarcia umowy 1000 zł. Jest to pierwsza transakcja *salam*. Po trzech miesiącach B zobowiązuje się dostarczyć A 100 kg żyta w terminie 3 miesiące, za co A płaci 1100 zł w momencie zawarcia umowy. Jest to druga transakcja *salam*. W związku z tym, że A i B mają wobec siebie równoważne zobowiązania (dostawa 100 kg żyta w tym samym czasie), zostają one zniesione (arab. *makassa*). W równoległym *salam* powinien wziąć udział pośrednik (analogicznie do instrumentu *tawarruk*)²⁷.

Salam są obecnie wykorzystywane w państwowych obligacjach (państwo zobowiązuje się do dostarczenia w przyszłości dóbr albo usług na zasadzie *baj as-salam* po cenach niższych niż rynkowe) i certyfikatach (państwo sprzedaje dobro na zasadzie *baj as-salam* uzyskując gotówkę. Posiadacze certyfikatów *salam* mogą je sprzedawać po cenach rynkowych dobra,

²⁶ M.A. Khan, op. cit., s. 144–145.

²⁷ M.A. el-Gamal, op. cit., s. 83–84.

będącego przedmiotem certyfikatu)²⁸. W Malezji na zasadzie *salam* możliwe są także transakcje typu *forward* i *futures*, uznane za niemuzułmańskie w większości pozostałych państw²⁹.

Baj as-salam jest jednym z możliwych derywatów, jednak ich stosowanie jest ograniczone ze względu na potencjał spekulacyjny. Jednym z argumentów, jakich używają zwolennicy dopuszczalności kontraktów *forward* jest to, że przynoszą one na tyle znaczące korzyści i są niezbędne w nowoczesnej gospodarce, że można zastosować zasadę konieczności (*ad-darura*). Argumentują, że przeciwnicy transakcji *forward* z czasów klasycznego islamu nie widzieli korzyści płynących z tych kontraktów, ponieważ za ich czasów po prostu one nie istniały³⁰. Co więcej, zajęcie pozycji w kontrakcie nie musi oznaczać transakcji sprzedaży-kupna, ale jest rodzajem porozumienia³¹.

Do derywatów można zaliczyć także *urbun*, który dopuszcza przede wszystkim szkoła hanbalicka. *Urbun* – to rodzaj zadatku. W przypadku sfinalizowania transakcji będzie ona wliczona na poczet kupna, a jeżeli do niej nie dojdzie, nie ma możliwości jego zwrotu. *Urbun* przypomina opcję kupna, choć większość prawników muzułmańskich uważa, że wykorzystanie *urbun* do opcji jest niewłaściwe. Warto dodać, że sam kontrakt budzi zastrzeżenia, ponieważ istnieją sprzeczne hadisy zezwalające i zakazujące *urbun*³². Na podstawie *urbun* opracowano strukturyzowane produkty pochodne – *principal protected funds*, w połączeniu z murabahą³³.

Derywaty stoją w sprzeczności z wieloma zasadami prawa muzułmańskiego. Wynika to z ich spekulacyjnego charakteru, często łączenia transakcji, a także braku zabezpieczenia w aktywach. Nie są to jednak jedyne kontrowersyjne produkty. Obok nich należy także wspomnieć o *baj ina*, *baj ad-dajn* i *tawarruk*.

Baj ina polega na sprzedaży dobra na kredyt przez bank i natychmiastowej jego odsprzedaży przez klienta za gotówkę. Jest to faktycznie kredyt, jednak teoretycznie dwie transakcje handlowe. *Baj ina* występuje m.in. w Malezji, jednak często jest przedmiotem krytyki ze strony teoretyków z państw arabskich czy Pakistanu, którzy uważają, że taka podwójna transakcja należy do kategorii zakazanych (*haram*). Muhammad Ayub uważa, że zakazane są transakcje łączone, gdy jedno dobro sprzedawane jest po dwóch cenach, a także:

- sprzedaż wiązana towarów, czyli sytuacja, gdy nabywca chce kupić jeden towar, a musi kupić jeszcze drugi po danej cenie,
- sprzedaż przypadkowych towarów (np. takich, których nabywca wcześniej nie widział),
- sprzedaż i pożyczka w jednym kontrakcie³⁴.

²⁸ M.A. Khan, op. cit., s.164.

²⁹ Wynika to z faktu, że za podstawę *salam* uważa się płatność w momencie zawarcia kontraktu. Inaczej byłaby to wymiana odroczonej zobowiązania (*baj al-kali'i bi-l-kali*), co jest sprzeczne z prawem muzułmańskim. Tym niemniej malezyjscy prawnicy uważają, że przekaz mówiący o tej zasadzie nie jest autentyczny. Podważają zatem zasadę poprzez jej źródła – por. M.A. el-Gamal, *Islamic Finance. Law, Economics, and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, s. 86–87.

³⁰ M.B.M. Al-Amine, *Risk Management in Islamic Finance. An Analysis of Derivatives Instruments in Commodity Markets*, Brill, Leiden 2008, s. 45-46.

³¹ D. Piotrowski, *Instrumenty pochodne na islamskim rynku finansowym*, „Bank i kredyt” nr 3, 2007, s. 42.

³² M.H. Balala, *Islamic Finance and Law. Theory and Practice in a Globalized World*, I.B. Tauris, London 2011, s. 42.

³³ D. Piotrowski, op. cit., s. 47.

³⁴ Możliwe są jednak pewne połączenia np. *baj + idżara* (sprzedaż z leasingiem), *szirka + idżara* (dzierżawa udziałów w aktywie), *mudaraba + muszaraka* (zainwestowanie w spółkę celową funduszy zdeponowanych przez klienta banku jako *mudaraba*), *wakala/kafala + baj/idżara* (czyli dodatkowe gwarancje lub pośrednictwo w

Hanbalici, malikici, a także część hanafitów uznaje *baj ina* za transakcję zabronioną kierując się zasadą prawa muzułmańskiego *sadd ad-dara'i* – zapobiegania próbom uprawomocnienia nielegalnych działań³⁵.

W państwach Zatoki Perskiej dopuszczalna jest transakcja *tawarruk*³⁶. Klient kupuje od banku dobra na kredyt i odsprzedaje je natychmiast trzeciej stronie. Bank uzyskuje marżę z tytułu sprzedaży dobra na zlecenie klienta. W hanbalickiej szkole prawa *tawarruk* uznaje się za czynność typu *makruh* – dopuszczalną, ale niepochowalaną; dopuszczają go również szafi'ici, a także malikici³⁷. Różnica między *baj al-ina* a *tawarruk* polega na tym, że w tym ostatnim przypadku dobra odsprzedawane są trzeciej stronie, co sprawia, że transakcja jest mniej potępiana.

Podobnie sprzedaż długu po wartości innej niż nominalna jest niedozwolona, gdyż wiąże się z *riba*, a dług jako taki – z *gharar*, bowiem nabywca może nie znać faktycznej sytuacji dłużnika. Jednak w Malezji możliwa jest sprzedaż długu (*baj ad-dajn*), po cenie ustalonej przez strony, pod warunkiem że wiąże się z nią transakcja zabezpieczona aktywami.

Większość innowacyjnych instrumentów w zakresie bankowości muzułmańskiej pochodzi z Malezji. Z tego powodu państwo to jest częstym obiektem krytyki ze strony ekonomistów i prawników muzułmańskich spoza tego kraju. Jeden z nich, Masudul Alam Choudhury pisze wręcz o fiasku muzułmańskiej ekonomii w Malezji³⁸, zważywszy na podobną strukturę inwestycji przez banki muzułmańskie i konwencjonalne, co wskazuje na to, że te pierwsze zdecydowanie odeszły od zasad islamu. Muzułmańskie banki malezyjskie angażują się w transakcje na rynku pochodnym, co nie znajduje uzasadnienia z punktu widzenia prawa muzułmańskiego. W efekcie ani banki komercyjne, ani muzułmańskie nie wsparły odpowiednio malezyjskiej gospodarki, prowadząc m.in. do kryzysu finansowego 1997 roku³⁹.

Malezja dąży do podtrzymania swojej niekwestionowanej pozycji w zakresie bankowości muzułmańskiej, więc tworzenie nowych instrumentów i produktów bankowych wydaje się konieczne. Jednak warto zwrócić uwagę na jeszcze jeden aspekt – obowiązującą szkołę prawną. Stosunek do innowacyjnych produktów bankowości muzułmańskiej, które są kontrowersyjne z punktu widzenia szari'atu wynika w dużej mierze z odmiennego stosunku do kruczków prawnych – *hijal*. Szafi'ici i hanafici akceptują je w większym stopniu niż hanbalici czy malikici. Wynika to z przekonania, że człowiek nigdy nie będzie w stanie zrozumieć prawa boskiego, ani też nie jest w stanie określić faktycznych motywów działalności ludzkiej, gdyż może to zrobić wyłącznie Bóg. Z kolei hanbalici i malikici odrzucają *hijal* na podstawie

kontraktach sprzedaży lub dzierżawy) – por. M. Ayub, *Understanding Islamic Finance*, John Wiley & Sons, Ltd 2007, s. 112-113.

³⁵ M.A. el-Gamal, op. cit., s. 71.

³⁶ Transakcję tę dopuszcza część hanbalitów, chociaż niektórzy uważają ją za bezprawną, jeżeli w efekcie transakcji sprzedawane dobro trafia do swojego pierwotnego właściciela, bowiem wówczas *tawarruk* byłby równoznaczny z *ina* – por. Ibidem, s. 72–73.

³⁷ M. Ayub, op. cit., s. 350.

³⁸ Podobne utyskiwania na gospodarkę narodową państw muzułmańskich można spotkać u innych autorów. Z gospodarką Pakistanu w podobny sposób rozprawia się M. Umer Chapra wskazując na wysokie zadłużenie i korupcję, które związane są z nieodpowiednią islamizacją gospodarki – por. M.U. Chapra, *Why has Islam prohibited interest? Rationale behind the prohibition of interest*, [w:] *Interest in Islamic Economics. Understanding riba*, A. Thomas (red.), Routledge, London 2006, s. 95–110.

³⁹ M.A. Choudhury, *Islamic Economics and Finance. An Epistemological Inquiry*, Emerald Group Publishing Limited, Bingley 2011, s. 294.

motywów działania zaangażowanych stron⁴⁰. Malezja należy do mazhabu szafi'ickiego. Większa akceptacja dla *hijal* jest zatem podyktowana nie tylko walką o utrzymanie wiodącej pozycji na rynku, ale wynika także ze specyfiki samej szkoły prawa.

* * *

Prawo muzułmańskie przesądza o religijnym charakterze bankowości muzułmańskiej. Z tego powodu konieczne wydaje się poznanie jego specyfiki. Inaczej niezrozumiałe będzie, dlaczego na przykład istnieje tak duże rozdrobnienie produktów bankowości muzułmańskiej, z czego wynika – można by powiedzieć – uznaniowość poszczególnych rad ds. szari'atu. Istotną kwestią są także źródła prawa muzułmańskiego, w których Koran – choć niewątpliwie najważniejszy jako święta księga islamu – nie zawiera zbyt wielu przepisów z zakresu bankowości, gdyż nie jest kodeksem prawnym, ani nie został w tym celu objawiony. Wreszcie, warto pamiętać o tym, że nie każdy muzułmanin jest tak samo religijny, a państw, w których system prawny opiera się na szari'acie jest dosłownie kilka.

⁴⁰ E.H. Khalil, op. cit., s. 58.