ИСЛАМСКИЕ ФИНАНСОВЫЕ ИНСТРУМЕНТЫ И ПРАВО: ПРИМЕНЕНИЕ НОРМ ШАРИАТА СУДАМИ АНГЛИИ И ОАЭ

ФЕДЧУК Валерий Дмитриевич, юрист-фрилансер, преподаватель-договорник, кандидат юридических наук, доцент
119361, Россия, г. Москва, ул. Большая Очаковская, 24
E-mail: fedchuk_valerii@bk.ru

Общие объемы исламских финансовых активов в последнее время значительно возросли, и, что немаловажно, это произошло в условиях глобального финансового кризиса. В новых центрах исламских финансовых инструментов Лондона и Дубая, включая финансовую «свободную зону» последнего — Дубайский международный финансовый центр (DIFC) — были согласованы и приняты новые документы, причем во многие из них включены оговорки о юрисдикции и применимом праве Англии и DIFC. Ввиду того, что в качестве применимого может быть признано только право какой-либо страны или юрисдикции, ни суды Англии, ни суды DIFC не вправе применять нормы исламского права напрямую, однако они могут применять их косвенно в случаях, когда такое применение будет признано надлежащим. Они уже неоднократно демонстрировали свою готовность применять принципы шариата при определении того, является ли недействительным документ, совершенный с превышением полномочий одной из сторон, поскольку он является *ribawi* или не соответствует нормам шариата. Соответственно, настоящая статья посвящена в основном анализу проблемы косвенного применения норм шариата судами Англии и DIFC, которая особо актуальна в области внешнеторговых контрактов и деятельности групп компаний.

Ключевые слова: исламские финансовые инструменты, нормы шариата, прямое и не прямое применение норм шариата, инкорпорация норм шариата, подсудность, предварительные меры.

ISLAMIC FINANCIAL INSTRUMENTS AND LAW: APPLICATION OF THE SHARIA ISLAMIC LAWS BY THE COURTS OF ENGLAND AND THE UNITED ARAB EMIRATES

V. D. FEDCHUK, lawyer, candidate of legal sciences, associate professor
24, Bolshaya Ochakovskaya st., Moscow, Russia, 119361
E-mail: fedchuk_valerii@bk.ru

The total amounts of Islamic financial assets has grown exponentially lately and it is important that it has happened in conditions of the global financial crisis. An increasing number of Islamic finance instruments were adopted in the new IF centers of London and Dubai, including its financial “free zone”, the Dubai International Finance Centre (DIFC), while many of them contain choice-of-law clause (English and DIFC) and jurisdiction clause. Due to the fact that the proper law of a contract can be only the law of a country or a jurisdiction, neither the English nor the DIFC courts can apply Islamic Law norms directly but both can apply them indirectly when it is recognized as relevant. They have already on several occasions demonstrated their willingness to apply principles of Sharia Law especially in determining whether an instrument, concluded with excess of power by one of its parties because it is *ribawi* or it does not comply with Sharia Laws. Accordingly, the present article is mainly devoted to the analysis of the problem of indirect application of Sharia norms by English and DIFC courts which is particularly relevant in the areas of foreign trade contracts and groups of companies.

Keywords: Islamic financial instruments, Sharia norms, direct and indirect application of Sharia norms, incorporation of Sharia norms, justiciability, mitigatory steps.

DOI: 10.12737/article_58ec9f5852b3c4.95898071

Введение. Широкое признание исламских финансовых инструментов (далее — IFs) существенно повышает актуальность вопроса о применении норм исламского права и прежде всего в качестве применимого права во внешнеторговых контрактах и корпоративных отношениях; не последнюю роль в этом играет тот факт, что IFs, как отмечается в доктрине, «в большей мере, нежели конвенциональные финансовые продукты, учитывают особенности экономики мусульманских стран»¹. Как отме-

чают эксперты, масштабы и характер возникающих в связи с этим правовых проблем свидетельствуют о том, что пришло время навести порядок не только в аспекте оказания этих услуг (направления их предоставления, их релевантность и качество)², но также в уточнении роли государства в их регулировании, поскольку повышение контрольных функций государства способно «усилить правовое регулирование этих институтов, определить их институцио-

¹ *Mahmoud Mohieldin*. Islamic Finance Can Deliver Solutions // *Gulf News: Business*. 2016. 8 June. Comment & Analysis, B6.

² См.: *Ashar Nazim*. Sharia Financing Needs to Revisit Purpose of Existence // *Gulf News: Business*. 2016. 18 Apr. Banking & Finance, B7.

нальные рамки, а также установить надзор за их оказанием и, в конечном счете, обеспечить учет интересов всех участников»³.

Особой актуальностью данная проблематика отличается в материальном и процессуальном праве ОАЭ и Англии, поскольку многие IFs содержат оговорки об использовании их права в качестве применимого в юрисдикции их судов; при этом, что касается ОАЭ, речь идет прежде всего о праве специализированной финансовой «свободной зоны» — Dubai International Financial Centre (далее — DIFC), располагающей кодифицированным коммерческим и финансовым правом. Уместность применения сравнительно-правового подхода к рассмотрению обозначенной проблемы определяется тем обстоятельством, что право DIFC базируется на нормах общего права, и в первую очередь на нормах английского общего права⁴. Как представляется, именно такой подход позволяет наиболее полно проанализировать правовые проблемы, возникающие в связи с использованием IFs.

Прямое применение норм шариата и его последствия. По общему правилу ни суды Англии, ни суды DIFC не вправе применять нормы исламского права *напрямую*, однако и те, и другие могут применять их *косвенно*, что имеет место при наличии обстоятельств, которые признаются судами «надлежащими» (relevant). Соответственно, данная работа посвящена в основном анализу именно случаев косвенного применения ими норм исламского права.

Позиция коллизионного права Англии как в общем праве, так и в законодательстве⁵ состоит в том, что по общему правилу при определении применимого («надлежащего») права соглашения стороны могут договориться о применении в этом качестве только права конкретной страны или конкретной юрисдикции (ст. 1 Римской Конвенции). При этом под применимым понимается то право, которое охватывает регулирование вопросов толкова-

ния, исполнения возникающих обязательств и погашения долгов, а также предъявления исков и сроков исковой давности (ст. 10 Римской Конвенции). Следовательно, вопрос о действительности контракта подлежит разрешению посредством отсылки к нормам материального права соответствующей страны или юрисдикции.

В результате стороны не могут договориться о применении в указанном качестве какой-либо «ненациональной» (non-national) системы права, в том числе такой, как исламское или какое-либо иное религиозное право⁶. Конвенциональное объяснение этого принципа состоит в том, что законы не могут существовать «в вакууме» или, иными словами, без возможности их принудительного исполнения судами какой-либо юрисдикции.

Аналогичная ситуация имеет место в праве DIFC, согласно нормам которого суды DIFC должны разрешать гражданско-правовые споры в соответствии с нормами права юрисдикции, выбранной сторонами из «каскада» связанных юрисдикций, содержащегося в законодательстве DIFC⁷. Согласно ст. 8 Закона DIFC № 3 от 2004 г. таковой может быть юрисдикция «...первой определенной в соответствии с нижеизложенным:

(а) право DIFC или любое другое право, действующее в DIFC; или, в отсутствие такового,

(b) право любой юрисдикции, иной, чем DIFC, на которое прямо указывает Закон DIFC; или, в отсутствие такового,

(c) законы любой юрисдикции, согласованной между лицами, заинтересованными в этом деле; или, в отсутствие таковых,

(d) законы юрисдикции, которая, как считает судья или арбитр, является наиболее близко связанной с фактами дела и лицами, заинтересованными в этом деле; или, в отсутствие таковых,

(e) законы Англии и Уэльса».

Последствия нарушения сторонами указанного правила нельзя назвать однозначными, поскольку решения судов существенно различаются. Так, например, согласно решению суда первой инстанции по делу Halpern «выраженное соглашение о применении норм шариата в качестве применимого права может привести к невозможности исполнения контракта»⁸. С этим решением, однако, не согласился Апелляционный суд (CA), который указал, что «во-

³ Babu Das Augustine. Call for Strong Islamic Banking rules // Gulf News: Business. 2016. 23 May. Banking & Finance, B2.

⁴ Соотношение норм права DIFC, базирующихся преимущественно на нормах общего английского права, и норм права ОАЭ, базирующегося на нормах шариата, в полной мере соответствует соотношению специальной и общей нормы, соответственно, в отсутствие нормы права DIFC применению подлежит норма права ОАЭ. Разработка права, более понятного и приемлемого для международного бизнеса, явилась одним из главных элементов программы создания DIFC как особой экономической зоны, ориентированной на привлечение банковских, инвестиционных, страховых, управленческих, финансовых и иных крупных иностранных компаний.

⁵ Акт о контрактах (применимое право) 1990 г. (Contracts (Applicable Law) Act) имплементирует нормы Римской Конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам от 19 июня 1980 г. (the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations) (далее — Римская Конвенция).

⁶ Shamil Bank of Bahrain EC v. Beximco Pharmaceuticals Ltd. [2003] EWHC 2128 (Comm)[27], [35]; [2004] 1 WLR 1784 [48]; [62]-[63]; Halpern v. Halpern [2007] EWCA Civ 291; [2008] QB 195 [20]-[29]; Musavi v. RE International (UK) Ltd. [2007] EWHC 2981 (Ch) [17]-[23].

⁷ Закон DIFC № 3 от 2004 г. «О применении гражданских и коммерческих законов (DIFC Law No. 3 of 2004 — the Law on the Application of Civil and Commercial Laws (LACCL).

⁸ [2006] EWHC 1728 (Comm)[50].

прос о том, в какой мере такое соглашение, предположительно, инкорпорировало соответствующее религиозное право как часть контракта, подлежит разрешению в соответствии с нормами применимого права»⁹.

По общему правилу *арбитражи* также не вправе применять нормы шариата напрямую. Однако такое применение становится возможным, если арбитражу разрешено согласно ст. 46 (1)(b) Акта об арбитражах 1996 г.¹⁰ рассматривать какой-либо спор «в соответствии с такими иными соображениями, какие были согласованы сторонами или определены трибуналом». Как следует из ст. 1 (2)(d) Римской Конвенции, ее положения не распространяются на арбитражные споры. Однако в настоящее время любой трибунал может применять принципы шариата и любые ненациональные нормы права, если они становятся приемлемыми в результате применения норм о выборе права. Как было указано в решении Апелляционного суда по делу Halpern, если стороны желают, чтобы к их соглашению были применимы ненациональные системы права, они могут сделать это посредством включения в соглашение соответствующей оговорки о применимом праве¹¹. Согласно законодательству DIFC, «трибунал должен разрешать споры в соответствии с теми нормами, которые были определены сторонами как применимые к разрешению спора по существу» (Art. 35(1) of the Law No 1 of 2008).

Из вышеизложенного следует, что суды Англии и суды DIFC готовы признавать арбитражные соглашения, регламентируемые нормами шариата в обоих случаях, а именно: как при рассмотрении исков, предъявленных в нарушение этих соглашений, так и в случае принудительного исполнения решений, вынесенных с применением согласованных сторонами «соображений» (considerations) шариата¹².

Непрямое применение принципов шариата. В отсутствие реальных возможностей *прямого* применения норм шариата английские суды и суды DIFC используют в случаях, признаваемых судами в качестве «надлежащих» (relevant), один из нижеперечисленных способов их *непрямого* применения. В частности, английские суды все чаще демонстрируют готовность к применению принципов шариата в делах, связанных с признанием недействительности IFs по причине превышения полномочий одной из сторон (ultra vires); наиболее часто это встречается при использовании *gibawī* или в случаях выхода взаимоотношений сторон за рамки области регулирования шариата (далее — SNC). Анализ имеющейся практики

позволяет отнести к наиболее типичным следующие случаи *косвенного* применения указанными судами норм исламского права:

применение норм шариата, включенных в какое-либо соглашение;

применение норм какого-либо национального права, которое само содержит нормы шариата;

использование исламского права в качестве вспомогательного к IFs; и (или)

принятие решений по любому из подведомственных им вопросов, вытекающему из применения какого-либо из IFs, который наделяет своих участников «условными» (conditional) полномочиями.

Как отмечают юристы, наиболее распространенными примерами непрямого применения норм шариата являются случаи, когда одна из сторон пытается уклониться от исполнения своих обязательств из IFs, ссылаясь на доктрину *ultra vires*. Соответственно, утверждается, что этот инструмент не подпадает под регулирование нормами шариата, и, как следствие, возникающие отношения выходят за рамки полномочий (*ultra vires*) сторон согласно положениям права места инкорпорации; в результате он является недействительным и неисполнимым с точки зрения английского права. Вместе с тем английские суды, в частности Английский коммерческий суд (English Commercial Court), были, как указывается в доктрине, исторически незаинтересованными в признании соответствия IFs нормам шариата и проявляли значительно больший интерес к исполнению IFs, признавая их близкими конвенциональным финансам.

В деле Islamic Investment Company of the Gulf¹³ судья Tomlinson отклонил все основанные на IFs доводы ответчиков, а именно, их ссылки на *ultra vires*, незаконность, введение в заблуждение. Он сделал это несмотря на то, что в представленном в суде финансовом контракте *murabaha* имелись явные «признаки искусственности», причем банк не смог доказать факт приобретения товаров и принятия на себя бизнес-рисков, а покупатель, принявший на себя все риски, был обязан произвести платеж, хотя товар не был отгружен.

Коммерческий суд и Апелляционный суд применили весьма неубедительный подход к решению вопросов о применимости норм шариата в деле Shamil Bank¹⁴. Несмотря на то что в этом деле основным был вопрос о том, зависела ли исполнимость контракта, имеющего оговорку о применимом английском праве (с учетом норм шариата), от степени его соответствия нормам шариата, судьи обоих судов решили иначе. Они указали, что нормы шариата поднимают

⁹ Halpern v. Halpern [36].

¹⁰ Закон DIFC № 1 от 2008 г. «Об арбитраже» (DIFC Law No. 1 of 2008 — The Arbitration Law).

¹¹ Halpern v. Halpern [37]—[38].

¹² Halpern v. Halpern [2007] EWCA Civ 291; [2008] QB 195 [37].

¹³ Islamic Investment Company of the Gulf (Bahamas) Ltd. v. Symphony Gems NV & Ors. Unreported, 13 February 2002.

¹⁴ Shamil Bank [2003] EWHC 2118 (Comm); EWCA Civ 19; [2004] 1 WLR 1784.

комплексные философские вопросы из другого периода времени, на разрешение которых суды не уполномочены вообще или в лучшем случае обладают минимальными полномочиями.

Однако в деле *The Investment Dar*¹⁵ судья Канцлерского отделения применил совершенно иной подход. Ответчик пытался оспорить итоговое решение ссылкой на превышение полномочий (*ultra vires*), утверждая, что контракт *wikala* относился к SNC и, следовательно, будучи заключенным с превышением полномочий со стороны истца, согласно праву Кувейта, являлся недействительным с точки зрения английского права. Судья признал, что ссылка на *ultra vires* была «выцеплена» юристами ответчика слишком поздно и, как следствие, это позволило истцу изменить основание требования и предъявить иск о реституции, а впоследствии — получить итоговое решение по данному требованию. Кроме того, судья указал на необоснованность вытекающего из контракта требования принципала об уплате 10,7 млн долл. США как не имеющего судебной перспективы.

Судья в деле *Blom* не согласился с утверждением о неприменимости права шариата как средневековой религиозной философии, приняв к исследованию по существу доказательства экспертов сторон и представленные ими документы. Судья начал дело со стандартного изучения вопроса: может ли «прибыль», подлежащая выплате принципалу, пониматься как «интерес», выплачиваемый «косвенно» (*indirectly*)? Однако вместе с тем он идентифицировал ключевой элемент, который не был включен в фигурировавший в этом деле контракт *wikala*. Парадокс состоит в том, что судья принял к разрешению вопрос о соответствии контракта нормам шариата, несмотря на наличие документа, подтверждающего факт признания такого соответствия собственным комитетом исламского права ответчика.

Следует отметить, что некоторые из IFs, в частности *mudaraba* и *wikala*, нередко сравниваются с отношениями, возникающими в случаях назначения доверительных управляющих (*trustees*) и агентов (*agents*) согласно нормам английского права. Как следствие, не удивительно, что именно судья Канцлерского отделения Высокого Суда (*English High Court*), специализирующийся в области права справедливости, был первым, кто применил принципы шариата для признания спорности вывода, что, согласно им, соответствующее соглашение не являлось SNC.

Одной из наиболее распространенных форм косвенного применения норм шариата является их *инкорпорация*. Как следует из неоднократных указаний Апелляционного суда Англии, положения иностранного права могут быть не только «применены» к кон-

тракту, но также «инкорпорированы в контракт»¹⁶. Отсюда следует вывод, что иностранное право становится одним из источников (норм и принципов), подлежащих применению в соответствии с нормами применимого права.

В качестве примера может быть приведено дело *Shamil Bank*, в котором конкретные нормы из ГК Франции стали вследствие инкорпорации условиями английского контракта. Это значит, что стороны могут избирать право какой-либо страны в качестве применимого права к своему соглашению и инкорпорировать в него отдельные нормы из права другой страны. Главным требованием, предъявляемым к такой инкорпорации, является требование об определенности или, иными словами, суд должен иметь реальные возможности для определения соответствующих норм, подлежащих инкорпорации. В тех случаях, когда у судей все же остаются сомнения, в качестве дополнительного средства к толкованию инкорпорированных принципов и норм английским судом могут использоваться заключения соответствующих экспертов.

В деле *Shamil Bank* вышеуказанное привело к предположению, что соответствующие «положения иностранного права или какого-либо международного кодекса или блока правил» должны выступать в качестве особых положений *black letter provisions*, которые понимаются скорее как правила, нежели принципы и могут не обеспечивать достаточную определенность¹⁷. Апелляционный суд признал, что в этом деле отсутствовали какие-либо положения, идентифицированные как “*corpus*” условий, подлежащих имплементации в качестве условий финансового контракта¹⁸, указав, что при таких обстоятельствах суды Англии или суд DIFC могли бы отдать предпочтение применению в качестве инкорпорированных положений каких-либо существующих кодификаций исламского права. Среди таковых были указаны в первую очередь Стандарты шариата (*the Sharia Standards*), опубликованные Организацией отчетности и аудита для исламских финансовых институтов (*the Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions*) и *Majala* — Османский гражданский кодекс (*Ottoman civil code*), базирующийся на шариатском праве Ханафийской школы фикха (*Hanafi school of fiqh*).

Как отмечается в доктрине, чем конкретнее ссылка на какие-либо правила, например на конкретную школу юриспруденции, тем больше вероятность того, что суды будут склонны к их применению. Однако, как показало решение суда по делу *Halpern*, возможны варианты: суд признал, что ссылка на «Еврейское

¹⁶ *Shamil Bank* [49]—[51]; *Halpern v. Halpern* [30]—[33].

¹⁷ См.: *Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd.* [2003] EWHC 2128 (Comm)[27], [35].

¹⁸ *Ibid.* [2004] 1 WLR 1784 [48]; [62]—[63].

¹⁵ *The Investment Dar Company KSCC v. Blom Development Bank SAL* [2009] EWHC 3545 (Ch).

право» (Jewish law) является достаточно определенной для того, чтобы полагаться на него как на часть договорных рамок¹⁹. Соответственно, следуя логике этого, последнего, решения, правильным было бы признать, что имевшаяся в деле *Shamil Bank* ссылка на *Hanafi school of fiqh* была столь же, если не более, определенной, поскольку включала указание на конкретную школу шариата.

Не менее активно используется на практике такая форма, как *применение иностранного права, инкорпорировавшего нормы шариата*. В деле *Al Midani*²⁰ судья *Rix* признал, что, по его мнению, применимым правом в этом деле являлось «либо право шариата, либо право шариата, модифицированное саудистским правом», отметив при этом, что он понимает право шариата как «одну из ветвей иностранного права» (a branch of foreign law)²¹. В деле *Halpern*²² Апелляционный суд признал данное утверждение соответствующим принципам конвенционального коллизионного права, поскольку соглашение, ставшее предметом детального исследования в этом деле, являлось арбитражным соглашением. Как отмечалось в правовой доктрине, это мнение судьи напомнило всем, что нормы шариата являются одним из важных источников права в ряде юрисдикций, где они применяются и исполняются судами гражданской юрисдикции, опровергая тем самым утверждение о наличии некоего правового «вакуума».

Соответственно, если стороны готовы избрать нормы шариата в качестве применимого права в соглашении между ними, они могут отдать предпочтение одному из двух возможных вариантов, а именно: определить таковым право какой-либо страны, которое является правом шариата, или же правом, инкорпорировавшим в себя нормы шариата. В качестве наиболее показательного примера может быть приведено Королевство Саудовской Аравии (KSA): согласно его Базовому правилу управления (Basic Rule of Governance (A/90)) Конституцией KSA являются «Qur'an and Sunna» (Art. 1), признаваемые в качестве «первостепенных источников права» (Art. 7), а суды обязаны применять нормы шариата согласно Qur'an and Sunna (Art. 48) как «источника судебных решений» (Art. 45), который «не подчиняется никакой иной власти» (Art. 46). Фактически нормы шариата превалируют даже над современными статутами KSA, призванными в случае необходимости «дополнять» нормы шариата. В целом, как отмечается в доктрине, суды KSA готовы применять *Hanbali school of fiqh*, что понимается как некий базис для создания правовой определенности. Аналогично, конституции ОАЭ и Омана определяют шариат в качестве «основ-

ного источника законодательства» и «источника законодательства» соответственно, а в конституциях остальных стран Персидского залива (Бахрейн, Катар, Кувейт) он определен как «один из основных источников законодательства».

Указанное особое положение норм шариата, а также недавние призывы к «усилению контрольных функций государства в регулировании IFs»²³ могут свидетельствовать о наличии тенденции к усилению ислама в государственном управлении стран Ближнего Востока, которая, как отмечал Е. М. Примаков, вряд ли может получить поддержку в ряде арабских стран, где имеются сторонники позиции, согласно которой «невозможно управлять современным государством на основе Корана»²⁴.

В большинстве арабских стран сейчас имеется достаточное число юристов из стран общего права, специализирующихся в области коммерции, и местных юристов так называемой «двойной квалификации». Вследствие этого в КСА и других странах при необходимости несложно найти экспертов, которые могли бы помочь в предоставлении необходимых доказательств или оказать иную помощь в процессах, ведущихся в судах Англии и DIFC, в отношении соглашений, которые выражено или подразумеваемо регулируются нормами права этих стран и, соответственно, нормами шариата.

Риск, свойственный для заключения контрактов в соответствии с правом КСА, состоит в том, что ряд вопросов, и прежде всего вопросов действительности и исполнимости контрактов подлежат рассмотрению в соответствии с нормами этого права, даже если споры разрешаются в судах Англии или DIFC. Согласно нормам КСА любой контракт, относящийся к SNC, будет без каких-либо вопросов признан недействительным и не подлежащим исполнению. Такая недействительность следует автоматически, т. е. без анализа вопросов, связанных с компетенцией компании или полномочиями ее предполагаемых агентов.

Нередко *нормы шариата используются на практике в качестве дополнения к конструкциям IFs*. Вне сомнений, суды Англии или DIFC готовы рассматривать принципы шариата в качестве вспомогательных норм для конструкций IFs; при этом английские суды не рассматривают такое использование как противоречащее Римской Конвенции. В деле *Halpern* Апелляционный суд признал, что, хотя еврейское право как ненациональная система права не могло выступать в качестве надлежащего права для какого-либо компромиссного соглашения, на него все же можно было бы опираться «как на часть договорного контекста для целей толкования воз-

¹⁹ *Halpern v. Halpern* [2007] EWCA Civ 291; [2008] QB 195 [33].

²⁰ *Al Midani v. Al Midani* [1999] 1 Lloyd's Rep 923.

²¹ *Ibid.*

²² *Halpern v. Halpern* [2007] EWCA Civ 291; [2008] QB 195 [33].

²³ *Babu Das Augustine*. Op. cit.

²⁴ *Примаков Е.* Конфиденциально: Ближний Восток на сцене и за кулисами. М., 2016. С. 18.

никающих отношений»²⁵. Именно в такой степени суд признал применимость религиозного права в этом деле.

В английском праве процесс толкования слов, использованных сторонами, состоит в оценке «значения, которое документ представлял бы всякому благоразумному лицу, обладающему всеми базовыми знаниями, благоразумно доступными для сторон в ситуации, сложившейся во время контракта»²⁶. В деле Halpern оспариваемое соглашение, как предполагалось, представляло собой некий компромисс относительно рассмотрения арбитражного спора религиозными судьями с применением норм еврейского права, и, как можно было благоразумно предполагать, стороны не имели намерения отступать от норм еврейского права при разрешении этого арбитражного спора. Аналогично, в споре относительно какого-либо из IFs, подчиняющихся нормам шариата, контекст включал бы в себя ключевые принципы соответствующего исламского финансового инструмента.

Более того, в случае наличия двух возможных конструкций какого-либо соответствующего документа суд мог бы отдать предпочтение той из них, которая в большей мере соответствовала бы «здравому смыслу бизнеса» (*business common sense*)²⁷. В одном из дел²⁸ судья Briggs пояснил, что чем большая неопределенность имеется в деле, тем большее значение может приобретать (при уточнении природы соответствующего IFs) опора на «здравый смысл бизнеса». Сам же «здравый смысл бизнеса» может пониматься в контексте исламских финансовых инструментов как включающий в себя соответствие принципам шариата. Это практически важно, принимая во внимание еще один из канонов конструкции, согласно которому суд должен отдавать предпочтение скорее тому значению, которое обосновывает действительность финансового инструмента, нежели тому, которое ведет к признанию его недействительности.

Аналогично суды склонны отступать от принятого значения слов в тех случаях, когда ситуация не вызывает разнотолков, однако таковое продиктовано необходимостью более точного отражения имеющегося фактического контекста; время от времени такие отступления чреваты лингвистическими ошибками, что имело место, например, в деле Chartbook Ltd.²⁹ — при таких обстоятельствах приходится слы-

шать ссылки на некую «корректирующую конструкцию» (*corrective construction*). Иногда встречаются также обстоятельства, при которых конкретная формулировка, включенная в проект документа, делает IFs потенциально SNC, однако судьи вносят в нее некоторые коррективы, чтобы обеспечить соответствие документа нормам шариата, это явно соответствовало бы намерению сторон. Применяя такую логику решения по делу Excalibur, приходим к выводу: чем более очевидной является ошибка в проекте документа, тем более убедительным является аргумент, что ее необходимо исправить, снижая тем самым степень неопределенности формулировки.

Соответственно, доказательства из шариата могут служить всем тем целям, для достижения которых в английские суды представляются различные элементы IFs, а именно, не только целям доказывания действительности IFs, но также целям доказывания его соответствия презюмируемым намерениям сторон и их благоразумному пониманию. Кроме того, это важно для целей исправления ошибок, наличие которых может привести к выходу документа за рамки поля регулирования нормами шариата.

В дополнение к вышеизложенному следует отметить также особую категорию дел, в которых обязательным предусловием решения спора относительно самой природы IFs является *решение вопроса об условных (conditional) правах, которыми наделена какая-либо из сторон IFs*. В праве Англии и Шотландии нечто похожее исторически всегда имело место в делах о религиозной ереси (схизме), где постоянно возникал вопрос: кто является лицом, надлежаще уполномоченным на траст имущества; получение ответа на данный вопрос давало судьям возможность приступить к разрешению вопроса о том, насколько это лицо соответствовало требованиям, предъявляемым к нему религиозными нормами. Применимым в данном случае базовым правилом являлась религиозная норма, согласно которой в случае раздела религиозной организации имущество, находящееся в трасте для целей ее деятельности, подлежало передаче той из сторон, которая придерживалась ее фундаментальных религиозных принципов; в судебной практике это правило иногда именуется правилом Craigdallie³⁰.

Решение вопроса о соответствии нормам шариата как одно из предусловий разрешения спора о полномочиях чаще всего возникает в случаях, когда конечный покупатель или агент по какому-либо из IFs отказывается произвести платеж банку или принципалу на том основании, что этот инструмент не подпадает под регулирование нормами шариата и, соответственно, является недействительным в связи с превышением полномочий (*ultra vires*) одной из сторон или обеими сторонами, или же их директорами или агентами.

²⁵ Halpern v. Halpern [2007] EWCA Civ. 291; [2008] QB 195 [34]- [35].

²⁶ Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society [1998] 1 WLR 896, 912.

²⁷ Rainy Sky SA v. Kookmin Bank [2011] UKSC 50; [2011] 1 WLR 2900.

²⁸ LB Re Financing No. 3 Ltd v. Excalibur Funding No. 2 plc [2011] EWHC 2111 (Ch).

²⁹ Chartbook Ltd v. Persimmon Homes [2009] UKHL 38; [2009] 1 AC 1101.

³⁰ Craigdallie v. Aikman (1813) 1 Dow 1.

«Подведомственность» судам (justiciability) споров, связанных с применением норм шариата. До недавнего времени оставался без ответа вопрос: могут ли в принципе суды Англии и DIFC рассматривать споры, вытекающие из норм шариата? В решении по делу Shergill³¹ Апелляционный суд при разрешении спора об опеке в отношениях между сикхскими храмами впервые прямо признал, что таковой не подлежит разрешению судами и, более того, суды вообще должны воздерживаться от решения вопросов, связанных с особенностями природы религиозных верований. Что же касается конкретного вопроса, разрешение которого привело суд к принятию такого решения, то он состоял в том, являлся ли кто-либо из истцов в действительности истинным духовным наследником святого, почитаемого в одной из сикхских сект.

Несколько иную позицию по данному вопросу занял Верховный суд, указав, что Апелляционный суд допустил ошибку при определении приоритетности вопросов, подлежащих разрешению в этом деле; он указал, что первыми подлежали рассмотрению вопросы, касающиеся особенностей регулирования нормами английского права конструкций траста и соответствующего договора за печатью. Вместе с тем Судом было отмечено, что он, вне сомнений, принял бы к рассмотрению вопросы религиозных верований, если бы их разрешение понадобилось для целей принудительного исполнения частноправовых прав и обязанностей.

Анализируя заявления истцов, Суд пришел к выводу, что руководящие органы неинкорпорированных религиозных общин действовали с превышением полномочий (*ultra vires*), в частности, указанное имело место в их действиях, направленных на вступление в союз с другой религиозной общиной, а также в их отношениях с членами общины и работниками по найму. Суд указал, что когда такие действия вытекают из гражданского договора о создании общины или из статута, судам для принятия обоснованных решений по вопросам религиозных верований и практик могут понадобиться заключения экспертов или иные доказательства, которые могут быть представлены экспертами.

Несмотря на то что суд не ссылался на какие-либо другие дела, в которых, как предполагалось, какая-то корпорация действовала с превышением своих полномочий (*ultra vires*), заключая сделки способом, несовместимым с нормами какой-то конкретной религии и, следовательно, в нарушение договора между членами и компанией, заложенного в ее Уставе (Articles), какие-либо явные основания для проведения различия между подобными ситуациями отсутствуют. В обоих делах действительность акта, совершенного от имени ассоциации или компа-

нии, зависела от его соответствия нормам и практике соответствующей религии. В этом деле отсутствовало какое-либо предположение о том, что нормы Nirmal Kutia Sikhism позволили бы дать наиболее объективную оценку имеющимся отношениям или же оценку более корректную, чем та, которая могла бы быть дана при использовании норм какой-либо из школ шариата.

До сих пор суд DIFC не вправе принимать к рассмотрению споры из исламского права. Можно, однако, предположить, что вопрос об их подсудности мог бы быть разрешен положительно, как то было указано в решении по делу Shergill, на основании применения известного английскому праву правила о действии «по умолчанию» (*final default application*) в соответствии с нормой о «каскаде юрисдикций» (Art. 8 LACCL). Такое применение английского права было предписано судьей Colman в рамках использования права Англии или права любой другой страны общего права с тем, чтобы «добавить плоть к костям (кодифицированных) положений» права DIFC³².

Имеется, однако, ряд признаков, указывающих на то, что суды DIFC, вероятнее всего, будут склонны признать, что разрешение споров, связанных с применимостью норм исламского и шариатского права, относится к их компетенции.

Во-первых, суды DIFC располагают достаточным числом квалифицированных судей, специализирующихся в области права ОАЭ и готовых к непосредственному применению этих знаний при разрешении споров³³.

Во-вторых, вопросы права ОАЭ вообще и вопросы Гражданского кодекса ОАЭ в частности нередко встречаются в судах DIFC и эти суды неоднократно демонстрировали, что чувствуют себя достаточно комфортно, рассматривая эти вопросы как суды первой инстанции по имеющимся документам и без заключений эксперта³⁴.

В-третьих, в последнее время суды DIFC проявляют все большее внимание к IFs. Например, в относительно свежем деле Beydoun³⁵ суд, тщательно проанализировав элементы исламского инструмента *ijaga*, признал, что передача права на покупку апартаментов была бы более эффективной для целей лишения cedenta основания для предъявления иска, если бы ее исполнение производилось после совершения соответствующей купли-продажи; в этом случае cedent лишился бы права на предъявление иска, а не только права на некий обеспечительный интерес.

³² CFI 8/2007 Ithmar Capital v. 8 Investments Inc (24.11.08).

³³ CFI 012/2012 Allianz Risk Transfer v. Al Ain Abliia Inc (24.4.13).

³⁴ CFI 014/2010 Taaleem PJSC v. National Bonds Corporation PJSC (14.1.13).

³⁵ CFI 032.2012 Beydoun v. Daman (10.7.14).

³¹ Shergill v. Khaira [2012] EWCA Civ 983; [2012] PTSR 1697.

Споры, связанные с полномочиями сторон — участников компаний и групп компаний. Суд в деле *Blom* прямо указал на возможность признания недействительности какого-либо из IFs на том основании, что одна из его сторон, как следовало из норм права места ее инкорпорации, превысила свои полномочия (*ultra vires*). В этом деле ситуация усложнилась ввиду того, что ответчик получил решение в соответствии с положениями Акта Кувейта о финансовой стабильности ранее, чем судом было принято решение по встречному требованию на иск из контракта. Суд признал наличие особого интереса, поскольку наблюдательный совет самого ответчика публично поставил под сомнение аргументы ответчика, базировавшиеся на IFs, заявленные им без проведения предварительных консультаций. По его мнению, если бы дело было передано в суд Канцлерского отделения, оно обязательно вызвало бы острую полемику в части процессуальной значимости экспертного заключения по вопросам шариата. Все дело в том, что спорный контракт содержал гибридные элементы, а именно, имея в базисе условия *wikala*, он включал также продажу и перепродажу товара в отношениях между принципалом и агентом. Соответственно, основным для целей принятия решения по спору мог бы стать вопрос: насколько решающим является факт наличия гибридных элементов в спорном контракте для целей непризнания этого контракта SNC?

Когда решение по делу *Blom* было оглашено впервые, оно тут же породило вопросы о том, не наносит ли ущерба самому IFs фактор создания значительного риска признания его SNC, и если наносит, то подлежит ли этот риск учету в формуле контрактной цены. Вместе с тем, как отмечалось в доктрине, в современных условиях вовлечение светских судов в решение вопросов, связанных с IFs, могло бы иметь положительный эффект, фактически сдерживая распространение «несколько искусственных» инструментов и способствуя созданию неких гарантий того, что банки будут применять IFs в рамках своих полномочий. В целом следует отметить, что в настоящее время все чаще в судах встречаются заявления сторон, базирующиеся на том, что контракт, заключенный на условиях какого-либо из IFs, является недействительным ввиду превышения полномочий (*ultra vires*) одной из сторон или обеими сторонами, советом директоров или каким-либо из работников, задействованных в его исполнении.

Все чаще в праве целого ряда стран отмечаются случаи, когда в разрешение отмеченных проблем включается государство, что дает основания говорить о некой законодательной интервенции; в полной мере указанное касается права Англии и DIFC.

Согласно принципам английского коллизионного права, вопросы, касающиеся полномочий компаний

(как самостоятельных, так и участников групп компаний), разрешаются в соответствии с нормами права стран их инкорпорации. Если подобный вопрос возникает в Англии, тогда применению подлежат нормы ее законодательства, в частности:

интересы третьих лиц защищаются положениями ст. 39 Акта о компаниях 2006 г.;

полномочия директоров считаются свободными от ограничений в пользу любого лица, имеющего или, предположительно, имевшего добросовестные (*in good faith*) взаимоотношения с компанией (ст. 40 Акта).

Как следствие, использование доктрины *ultra vires* для целей признания недействительности какого-либо IF фактически отменяется и единственной возможностью признания его недействительности в случае превышения полномочий является факт осуществления недобросовестных действий (*in bad faith*) третьей стороной.

Данная ситуация в рамках права DIFC выглядит несколько более сложной, поскольку действие доктрины *ultra vires* было отменено³⁶. Соответственно, этим исключается риск применения компанией защиты, основанной на доктрине *ultra vires*, если эта компания инкорпорирована в DIFC, и создается весьма мощный аргумент в пользу ведения бизнеса с такими компаниями или через них. Вместе с тем, что важно, отсутствует какая-то особая статутная защита для третьих лиц в случаях, когда директора действуют с превышением полномочий, хотя, в принципе, таковая может быть создана посредством ссылки на их явные или «случайные» полномочия (*apparent or incidental authority*), предусмотренные положениями Закона DIFC № 6 от 2004 г.³⁷; действие норм этого Закона распространяется как на самостоятельные компании, так и на компании, входящие в состав групп компаний.

Поскольку право Англии и DIFC требует, чтобы все вопросы, связанные с полномочиями компаний, разрешались в соответствии с нормами права места инкорпорации соответствующей компании, законы о компаниях большинства арабских стран содержат выраженное требование о том, чтобы меморандум каждой компании содержал наряду с прочими положениями, определяющие направления деятельности или цели компании. Нередко встречается требование о том, что они должны быть легитимными и соответствовать тем лицензиям, которые компания должна иметь в соответствии с «принципами политики, на-

³⁶ Закон DIFC № 2 от 2009 г. «Право компаний» (DIFS Law No. 2 of 2009 — the Companies Law). «Полномочия компании не могут быть ограничены чем-либо, содержащимся в ее учредительных документах или в каком-либо акте ее акционеров или членов» (ст. 24 (2)).

³⁷ Закон DIFS № 6 от 2004 г. «О контрактах» (DIFS Law No. 6 of 2004 — the Contract Law).

правленными на поддержание единообразия и специализации» (ст. 13 Акта ОАЭ «О компаниях»)³⁸. Отсюда следует, что всякая деятельность, не подпадающая под регулирование нормами шариата, выходит за рамки этих целей или лицензий, является нелегитимной и, соответственно, будет признана нелегальной и не имеющей законной силы.

Предварительные меры по снижению рисков.

Как свидетельствует практика, имеется ряд способов, с помощью которых риск признания указанных контрактов заключенными с превышением полномочий (*ultra vires*) может быть заранее смягчен или устранен вообще. В первую очередь, к таковым относятся:

получение гарантии того, что соглашение совместимо с нормами шариата и (или) заключено в рамках компетенции контрагента;

получение доказательств того, что другой стороной были приняты на себя выраженные обязательства, согласно которым она не будет пытаться оспорить соглашение на том основании, что оно не регулируется нормами шариата или заключено с превышением своих полномочий.

Несмотря на то, что такие гарантии и обязательства в целом признаются английским правом, их практическое применение может быть затруднено, самое меньшее, одним из двух существующих препятствий. Во-первых, согласно нормам права Англии ни одна из сторон соглашения не может освободить себя от разрешения вопроса о действительности контракта, который является недействительным, поскольку вопрос о полномочиях возникает независимо от того, принимали его стороны во внимание или нет³⁹. Во-вторых, возможно утверждение, что согласно принципам шариата, которые могут быть признаны применимыми согласно нормам права места нахождения офиса компании, такие гарантии или такие обязательства могут быть признаны SNC и на этом основании являться недействительными или не подлежащими принудительному исполнению.

К другим методам смягчения риска SNC могут быть также отнесены:

наличие требования о признании контракта соответствующим нормам шариата шариатским наблюдательным советом каждой из сторон, или

включение в контракт арбитражной оговорки с условием назначения арбитра от какой-то конкретной религиозной или расовой группы.

Такая арбитражная оговорка не может быть признана дискриминационной, поскольку такая «дискриминация» не запрещается положениями Акта о труде 2010 г., а назначение в качестве арбитра не формирует отношения «трудоустройства» (*employment*), и, кроме того, она соответствует требованиям, предъявляемым к кандидатам на определенные должности (Sch. 9 к Акту о труде 2010)⁴⁰.

Заключение. Исследование феномена IFs позволяет прийти к заключению, что наблюдаемый ныне в арабском мире столь существенный рост масштабов их использования не может быть объяснен лишь высокой степенью их соответствия «особенностям экономики мусульманских стран»⁴¹. На наш взгляд, их оценка была бы более корректной, если бы этот специальный фактор анализировался через призму особо отмеченного Е. М. Примаковым общеполитического фактора: «Конец XX и особенно начало XXI века отмечены резкой активизацией сил, связанных с исламской идеологией»⁴². Как результат — предположение, что столь широкое распространение IFs в регионе является не в последнюю очередь отражением этой общеполитической тенденции в сфере международных финансов и коммерции.

В качестве еще одной особенности региона сегодня следует отметить рост количества споров, связанных с полномочиями участников отношений, создаваемых в связи с применением IFs, — компаний и, особенно, групп компаний⁴³. На наш взгляд, указанный факт является прямым отражением растущего интереса, проявляемого к IFs со стороны крупного капитала; организационной формой последнего чаще всего выступают группы компаний, для управляющих компаний которых в DIFC созданы весьма благоприятные налоговые и иные условия.

Что же касается выводов по непосредственной теме настоящей статьи, то они сводятся к следующему:

1) ни суды Англии, ни суды DIFC *не вправе* применять *напрямую* нормы шариата, поскольку шариат не является правом какой-либо конкретной страны или юрисдикции;

2) арбитражные суды Англии и DIFC *могут напрямую* применять нормы шариата как нормы некой ненациональной системы права лишь в тех случаях, когда таковое прямо предусмотрено положениями соответствующих статутот;

3) английские суды *могут косвенно* применять нормы религиозного права в тех случаях, когда:

соответствующие положения включены в соглашение;

стороны избирают какое-либо национальное право, основанное на религиозном праве;

³⁸ На практике в DIFC компания вправе получить лицензию на осуществление какого-либо определенного вида деятельности лишь в том случае, если (1) это вид деятельности прямо указан в предмете ее деятельности, определенном в ее Уставе, и (2) если данный вид деятельности внесен в список видов деятельности, разрешенных к осуществлению в DIFC.

³⁹ Freeman & Lockyer v. Buckhurst Park Properties [1964] 2 QB 480.

⁴⁰ Hashwani v. Jivraj [2011] UKSC 40.

⁴¹ Mahmoud Mohieldin. Op. cit.

⁴² Примаков Е. Указ. соч. С. 69.

⁴³ См.: Ashar Nazim. Op. cit.

религиозное право используется как вспомогательный источник права для IFs; или

имеется какой-либо подведомственный суду специальный предварительный вопрос, без решения которого суд не может принять решение по основному вопросу, касающемуся наличия (отсутствия) какого-либо полномочия, имеющего частноправовую природу;

4) на практике нормы шариата применяются *косвенно* для целей принятия решения по вопросу о том, поднимаются ли до уровня *ultra vires* действия какой-

либо из сторон контракта согласно нормам права ее местонахождения.

Как свидетельствует практика, «острые углы» анализируемой проблематики могут быть в известной степени смягчены сторонами на преддоговорной стадии⁴⁴.

⁴⁴ Просматривается некая аналогия со свойственным для советской внешнеторговой деятельности порядком предконтрактной проработки предложений, хотя, конечно, исходные точки разнятся.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

- Ashar Nazim. Sharia Financing Needs to Revisit Purpose of Existence // Gulf News: Business. 2016. 18 Apr. Banking & Finance, B7.
Babu Das Augustine. Call for Strong Islamic Banking rules // Gulf News: Business. 2016. 23 May. Banking & Finance, B2.
Mahmoud Mohieldin. Islamic Finance Can Deliver Solutions // Gulf News: Business. 2016. 8 June. Comment & Analysis, B6.
Примаков Е. Конфиденциально: Ближний Восток на сцене и за кулисами. М., 2016.