

**Katarzyna Sidło**

## KONCEPCJA ĠARAR W MUZUŁMAŃSKIEJ MYŚLI PRAWNICZEJ, TEOLOGICZNEJ I EKONOMICZNEJ

Zakaz pożyczania pieniędzy na procent (ar. *ribā*) oraz konieczność dzielenia się ryzykiem pomiędzy stronami kontraktu (ang. *Profit and Loss Sharing* – PLS) należą do dwóch najbardziej znanych reguł bankowości muzulułmańskiej. W literaturze europejskiej niewiele natomiast napisano na temat zakazu podpisywania umów zawierających – *ġarar*. Termin ten tłumaczony jest zwykle w literaturze anglojęzycznej jako *risk* ‘ryzyko’, co skutkuje schizofreniczną sytuacją, w której przeprowadzanie transakcji zawierających ryzyko jest w bankowości islamskiej jednocześnie zakazane i nakazane.

Problem ten wynika po pierwsze z niezrozumienia istoty zakazu lichwy, po drugie zaś z niepoprawnego utożsamiania *ġarar* z ryzykiem. W islamie pieniądź nie posiada wartości jako takiej, a jedynym sposobem tworzenia wartości dodanej jest praca. Pobieranie odsetek od pożyczonych pieniędzy oznaczało złamanie tej zasady. Ponadto całe ryzyko związane z udzieleniem pożyczki spadało na pożyczkobiorcę, co z kolei dawało możliwość wykorzystania jego trudnej sytuacji finansowej przez osobę udzielającą pożyczki, co w efekcie rodziło niesprawiedliwość. Między innymi z tego względu, w działających zgodnie z zasadami islamu spółkach wszyscy udziałowcy zobowiązani są do ponoszenia ryzyka i odpowiedzialności (np. finansowej lub innej) za powodzenie, bądź klęskę danego przedsięwzięcia<sup>1</sup>.

W świetle powyższych zasad wydaje się, że islam nie zakazuje ryzyka jako takiego, ale raczej ponoszenia ryzyka tylko przez jedną ze stron transakcji. Nie wyjaśnia to jednak nadal, czym jest *ġarar* i, co oznacza. Jak przyznają Munawar Iqbal i Philip Molyneux: *ġarar jest jednym z najtrudniejszych do*

---

<sup>1</sup> Przykładem są kontrakty *muđāraba* czy *mušāraka*, zob. M. Ayub, *Understanding Islamic Finance*, John Wiley & Sons, Chichester 2007.

zrozumienia pojęć w prawie muzułmańskim<sup>2</sup>. Frank Vogel i Samuel L. Hayes zauważają, że: *tak jak w przypadku ribā, uczeni w prawie muzułmańskim nie byli jak dotąd w stanie sprecyzować terminu ḡarar*<sup>3</sup>. Zaki Badawi potwierdza natomiast, jak wiele trudności nastroczają badania z nim związane: *Dokładne znaczenie samego terminu ‘ḡarar’ jest niepewne. W literaturze nie znajdziemy jednoznacznego objaśnienia, a uczeni, zamiast podać precyzyjną definicję, wyliczają indywidualne przypadki, w których to ‘ḡarar’ występuje*<sup>4</sup>.

W niniejszym artykule dokładam wszelkich starań, żeby jak najprecyzyjniej zdefiniować *ḡarar* i uzasadnić fakt jego zakazania, jednak ze względu na podane powyżej, z całą pewnością nie jest to opracowanie kompletne. Nie zajmuję się między innymi omówieniem kontraktów zawierających *ḡarar* oraz stopniem, w jakim *ḡarar* wpływa na ich ważność. Skupiam się na przedstawieniu *raison d'être* zakazu *ḡarar* oraz próbie sformułowania jego jak najlepszej definicji. Stoję jednocześnie na stanowisku, że sam termin najlepiej pozostawić w jego oryginalnej postaci i nie tłumaczyć na język polski, gdyż żadne słowo zarówno w języku polskim, jak i prawdopodobnie w jakimkolwiek innym języku, nie odda w pełni jego arabskiego znaczenia.

Termin *ḡarar* pochodzi od rdzenia *ḡ-r-r*, związanego z negatywnymi znaczeniami, jak: ‘oszustwo’, ‘zwodzenie’, ‘otumanianie’, ‘zwodzenie’, ‘wprowadzanie w błąd’, ‘ryzykowanie’ czy ‘wystawianie na niebezpieczeństwo’<sup>5</sup>. Również w Koranie pojawiają się wyrazy utworzone od rdzenia *ḡ-r-r*, jednak nie występują one w kontekście ekonomicznym, a w ajatach przestrzegających ludzkość przed złudnymi dobrami i zwodniczymi przyjemnościami świata doczesnego<sup>6</sup>. W polskim tłumaczeniu Koranu, dokonanym przez Józefa Bielawskiego, zostały oddane jako pochodne słów: ‘zmylenie’, ‘złuda’, ‘oszustwo’, ‘zwodzenie’, ‘oszukanie’ i ‘zaślepienie’<sup>7</sup>. Koraniczne znaczenie *ḡarar* jest więc odmienne od tego, które znajdujemy w niniejszym artykule, i spotyka się w hadisach.

<sup>2</sup> M. Iqbal, P. Molyneux, *Thirty years of Islamic Banking*, Palgrave Macmillan, New York 2004, s. 13.

<sup>3</sup> F. Vogel, S. Hayes, *Islamic Law and Finance: Religion, Risk, and Return*, Brill Leiden, Boston 2006, s. 64.

<sup>4</sup> Z. Badawi, *The Question of Risk*, „Islamic Banker”, nr 32, 1998, s. 16, za: A. Al-Saati, *The Permissible Gharar (Risk) in Classical Islamic Jurisprudence*, „Journal of King Abdulaziz University: Islamic Economics”, t. 16, nr 2, s. 3.

<sup>5</sup> H. Wehr, *A Dictionary of Modern Written Arabic*, Librairie du Liban, Beirut 1974, s. 667.

<sup>6</sup> Pochodne od rdzenia *ḡ-r-r* pojawiają się 27 razy w 21 ajatach: 3:24, 3:185, 3:196, 4:120, 6:70, 6:112, 6:130, 7:22, 7:51, 8:49, 17:64, 31:33, 33:12, 35:5, 35:40, 40:4, 45:35, 57:14, 57:20, 67:20, 82:6. <http://tanzil.net/#search/root/غرر> [dostęp 10.II.2013].

<sup>7</sup> *Koran*, J. Bielawski (tłum.), PIW, Warszawa 1986.

Pomimo że w Koranie *g̃arar* nie jest *explicite* zabronione, w dyskusjach na temat jego natury przytaczane są inne zakazy, jak: zakaz zjadania nadaremnie majątków<sup>8</sup>, uprawiania hazardu (*maysir*)<sup>9</sup> oraz oszukiwania w transakcjach handlowych (nakaz podawania dokładnej miary i wagi)<sup>10</sup>. Przepisy te istotne są nie tylko dlatego, że pozwalają na pełniejsze zrozumienie systemu ekonomicznego w islamie w ogóle. Jak wspomniano we wstępie, wśród uczonych brak jest zgody nie tylko co do natury *g̃arar*, ale nawet samego sposobu przetłumaczenia tego pojęcia<sup>11</sup>. Jednakże powiązanie go z zakazem hazardu usprawiedliwiłoby przekładanie go jako ‘ryzyka’ czy ‘spekulacji’. Podkreślana wielokrotnie konieczność podawania dokładnej miary i wagi uzasadniałaby natomiast tłumaczenie zakazu *g̃arar* jako próby uniknięcia niejasności w kontraktach handlowych, a samego terminu jako ‘niewiedzy’<sup>12</sup>. Zakaz zjadania nadaremnie majątków legitymizuje używanie tłumaczenia ‘marnotrawstwo’ czy ponownie ‘hazard’, ponieważ w trakcie gier hazardowych z zasady „marnowana” jest znaczna część zainwestowanych środków.

Jak więc widać, w Koranie nie znajdują się ani silne argumenty przemawiające za słusznością zakazu *g̃arar*, ani wyjaśnienia, co termin ten dokładnie znaczy. Rozwiązanie pierwszego z problemów znajduje się w sunnie Proroka, drugiego zaś – do pewnego stopnia – w traktatach uczonych muzułmańskich i współczesnych badaczy.

Najważniejszy hadis sankcjonujący zakaz *g̃arar* pojawia się we wszystkich istotnych zbiorach, z wyjątkiem *Ṣaḥīḥ Al-Buḥārī*, gdzie występuje jednak cały rozdział zatytułowany *Bāb bay‘ al-ḡarar wa-bay‘ ḥabl al-ḥabla*<sup>13</sup>. Istnie-

<sup>8</sup> *Koran*, 4:129, 2:188, 9:34, 4:161.

<sup>9</sup> *Koran*, 5:90–91, 2:219.

<sup>10</sup> *Koran*, 6:152 11:85 17:35, 83:1–3.

<sup>11</sup> Jedyne tłumaczenie na język polski to ‘oszustwo’: M. Bonca, *Islamskie instrumenty finansowe*, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, Warszawa 2010, s. 76.

<sup>12</sup> Należy pamiętać, że *g̃arar* nie jest, zdaniem wielu uczonych, tożsamy z ignorancją (*jahala*). Por. W. Al-Zuḥaylī, *Al-Fiqh Al-Islāmī wa Adillatuh*, w tłumaczeniu M. El-Gamal, *Financial Transactions in Islamic Jurisprudence*, t. 1, Dar al-Fikr, Damaszek 2003, s. 109; S. Madi, *The concept of unlawful gain and legitimate profit in Islamic law*, niepublikowana praca doktorska, School of Oriental and African Studies, University of London, London 1989, s. 173.

<sup>13</sup> Al-Buḥārī, *Ṣaḥīḥ Al-Buḥārī*, Dār Ibn Kaṭīr, Damaszek 2002, s. 515 (hadis 2143). Hadis ten został pominięty, gdyż nie spełniał wymogów autentyczności Al-Buḥārīego. Jak wyjaśnia ‘Asqalānī, nie stanowi to większego problemu, gdyż wspomniany w rozdziale zakaz transakcji *ḥabl al-ḥabla* (sprzedaż nienarodzonego zwierzęcia w łonie matki, choć niektórzy uczeni twierdzą, że chodzi o potomstwo nienarodzonego zwierzęcia), która jest według niego rodzajem sprzedaży *g̃arar*, rozciąga się na wszystkie rodzaje transakcji zawierające *g̃arar*. Por. A.H. Bin Buang, *The prohibition of gharar in the*

jące wersje hadisu podają, że został on przekazany przez Abū Hurayra, Ibn 'Umara, Ibn 'Abbāsa, Annasa Ibn Malika, 'Umara Aš-Ša'abięgo lub Sa'ida Ibn Al-Musayyiba<sup>14</sup>. Ponieważ nie różnią się one od siebie treścią, a jedynie szykiem wyrazów w zadaniu, przedstawimy jedynie najczęściej cytowany z nich, przytoczony w *Ṣaḥīḥ Muslim* w wersji Abu Hurayr(y): *nahà an-nabī ṣalla llahu 'alayh wa-sallam 'an bay' al-ḥaṣāt wa-bay' al-ǧarar*<sup>15</sup>. Prorok zabronił sprzedaży *ḥaṣāt*<sup>16</sup> oraz sprzedaży *ǧarar*.

Jak więc widać, sunna bezspornie zakazuje sprzedaży *ǧarar*, choć, jak zauważają M. Zahraa i Sh. Mahmor, należy pamiętać, że w hadisie cytowany jest nie sam Prorok, a jedynie jeden z towarzyszy, który miał zasłyszeć Proroka mówiącego o zakazie<sup>17</sup>. Nie do końca wiadomo również, co Mahomet miał dokładnie na myśli mówiąc *ǧarar*<sup>18</sup>. Precyzyjne wyjaśnienie nie znajduje się w żadnym z hadisów, dlatego też uczeni, przy opracowywaniu definicji, opierają się w dużej mierze na opowieściach, w których Prorok, nie używając wprost nazwy *ǧarar*, zakazuje różnego typu transakcji i zachowań. Najczęściej przytaczane w tym kontekście są następujące fragmenty:

*Prorok powiedział: Kto zakupił jedzenie, nie powinien go sprzedać, dopóki nie weźmie go w posiadanie. Ibn 'Abbās powiedział: Wszystko traktuję (w tym wypadku) tak, jak jedzenie*<sup>19</sup>.

---

*Islamic law of contracts: a conceptual analysis with special reference to the practice of Islamic commercial contracts in Malaysia*, niepublikowana praca doktorska, School of Oriental and African Studies, University of London, Londyn 1996, s. 142–143.

<sup>14</sup> Ṣ.M. Aḍ-Ḍarīr, *Al-Ǧharar wa Ataruḥu fī al-'uqūd fī al-fiqh al-islāmī*, niepublikowana rozprawa doktorska, <http://archive.org/details/Gharar-Darir-Phd>, s. 78–79. Więcej na ten temat zob. M. Zahraa, Sh.M. Mahmor, *The Validity of Contracts When the Goods Are Not Yet in Existence in the Islamic Law of Sale of Goods*, „Arab Law Quarterly”, 2002, t. 17, nr 4, s. 379–397, 381–383; A.H. Bin Buang, *The prohibition...*, op. cit., s. 141–145.

<sup>15</sup> Muslim, *Ṣaḥīḥ Muslim*, Dār ḥadīṭ, b.m.w. 1991, s. 1153.

<sup>16</sup> Przedmuzułmańska praktyka, polegająca na zakupie towaru poprzez rzucenie kamieniem na wybraną sztukę, zwykle odzieży.

<sup>17</sup> M. Zahraa, Sh.M. Mahmor, *The Validity of Contracts...*, op. cit., s. 383.

<sup>18</sup> Osobną kwestią jest wiarygodność sunny Proroka jako źródła prawa. Przy założeniu, że sunna jest wiarygodnym źródłem prawa, należy zastanowić się, czy poszczególne hadisy mogą zostać uznane za autorytatywne. Zob.: E. Dickinson, *The Development of Early Sunnite Hadith Criticism: The Taqdim of Ibn Abi Hatim al-Razi (240/854-327/938)*, Leiden, Brill 2001; J.A.C. Brown, *How We Know Early Ḥadīth Critics Did Matn Criticism and Why It's So Hard to Find*, „Islamic Law and Society”, 2008, nr 15, s. 143–184.

<sup>19</sup> Muslim, *Ṣaḥīḥ Muslim*, op. cit., s. 1159.

Prorok zabronił kupna nienarodzonego zwierzęcia w łonie matki, kupna mleka znajdującego się jeszcze w wymionach, kupna łupów wojennych przed ich rozdzieleniem, kupna datków z jałmużny przed ich otrzymaniem oraz kupna tego, co złowi nurek (zanim to złowi)<sup>20</sup>.

Prorok powiedział: Kto zakupił pożywienie, nie powinien go sprzedawać, dopóki go nie zważy<sup>21</sup>.

Prorok powiedział: ...nie sprzedawaj tego, czego nie posiadasz<sup>22</sup>.

Opierając się na powyższych hadisach oraz wielu innych opowieściach z życia Proroka, które z braku miejsca nie zostaną tu przytoczone, uczeni muzułmańscy od najwcześniejszych lat istnienia *ummy* próbowali sformułować definicję *ġarar*. Zrozumienie jego istoty było ważne z punktu widzenia rozrastającego się państwa muzułmańskiego, gdyż zakaz przeprowadzania transakcji z jego udziałem stanowi jedną z podstaw systemu ekonomicznego w islamie<sup>23</sup>. W najwcześniejszym okresie skupiano się, co prawda, raczej na wyjaśnianiu zawartych w hadisach przykładów zabronionych transakcji, jednak około III wieku hidżry uwaga uczonych skupiła się na próbach wyjaśnienia znaczenia terminu *ġarar* oraz przyczyn jego zakazu.

Jak wspomniano we wstępie, do tej pory nie udało się opracować jednej, powszechnie akceptowanej definicji *ġarar*. Istniejące definicje można jednak podzielić na trzy kategorie traktujące *ġarar* jako:

- nieistnienie (przedmiotu transakcji);
- niepewność (co do możliwości sfinalizowania transakcji);
- niewiedzę (na ten szczegółów transakcji).

Do uczonych, których definicje przynależą do pierwszej grupy, zaliczyć można na przykład Al-Kāsānīego, który w swoim dziele *Badā' i ' aṣ-Ṣanā' i ' i* pisze: *Istnieje kilka warunków, które muszą być spełnione, by kontrakt był ważny. Pierwszym z nich jest istnienie przedmiotu transakcji*<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Aš-Šawkānī, *Nayl al-Awtār*, t. 5, s. 149, za: W. Al-Zuhaylī, *Al-Fiqh...*, op. cit., s. 78.

<sup>21</sup> Muslim, *Ṣaḥīḥ Muslim*, op. cit., s. 1161.

<sup>22</sup> Abū Dāwud, *Sunan Abi Dāwud*, International Ideas Home for publishing and distribution, Rijad b.r.w., s. 389.

<sup>23</sup> Ibn 'Arabī uważał, że cztery najważniejsze zasady dotyczące zobowiązań i kontraktów to: zakaz *bāṭil* (Koran 4:29), zakaz *ribā* (Koran 2:275 i inne), zakaz *ġarar* (na podstawie hadisów) oraz zasady *maqāṣid* (prawomocności) i *maṣāliḥ* (dobra wspólnego), za: A.H. Bin Buang, *The prohibition...*, op. cit., s. 141.

<sup>24</sup> Al-Kāsānī, *Badā' i ' aṣ-Ṣanā' i ' i*, s. 138, za: M. Zahraa, Sh.M. Mahmor, *The Validity of Contracts...*, op. cit., s. 380.

Ibn 'Abidīn uważał, że: ...*gharar to niepewność, czy przedmiot transakcji istnieje*<sup>25</sup>, podobnego zdania był też Al-Afḡānī<sup>26</sup>. Ze współczesnych badaczy warto wspomnieć Wahbę Al-Zuḥaylī<sup>27</sup> oraz Naylę Comair-Obeid'a<sup>28</sup>. Ten ostatni takie rozumienie *gharar* tłumaczy wspomnianym wcześniej hadisem: *Prorok powiedział: ...nie sprzedawaj tego, czego nie posiadasz*<sup>29</sup>. Jak słusznie zauważają jednak M. Zahraa i M. Mahmor, hadis ten nie odnosi się do sprzedaży przedmiotów, które nie istnieją, ale takich, które w momencie zawierania transakcji nie znajdują się w posiadaniu sprzedającego.

Rozróżnienie to dość wcześnie wprowadził Ibn al-Qayyim al-Ġawziyya<sup>30</sup>. *Ani w księdze Allaha, ani w sunnie Proroka, ani w tradycjach jego towarzyszy nie jest zabroniona sprzedaż tego, co nie istnieje (...). Powodem zakazu nie jest istnieje bądź nie-istnienie (...), lecz sprzedaż skażona gharar i to, czego sprzedawca nie jest w stanie dostarczyć, niezależnie od tego, czy istnieje, czy też nie*<sup>31</sup>.

Powyższy tok rozumowania potwierdzałaby analiza wszystkich cytowanych uprzednio hadisów. Zakaz sprzedaży ryby w wodzie czy nienarodzonego zwierzęcia w łonie matki nie wynika z faktu, że stworzenia te nie istnieją, ale raczej ze względu na niepewność co do tego, czy transakcja będzie mogła zostać sfinalizowana. Zwierzę może się nie tylko urodzić martwe, a ryba wymknąć się rybakowi. Nawet w wypadku pomyślnego porodu strony transakcji nie są w stanie ustalić z wyprzedzeniem, jakiej płci, maści czy wielkości

<sup>25</sup> Ş.M. Aq-Darīr, *Al-Ġharar...*, op. cit., s. 48.

<sup>26</sup> A.H. Bin Buang, *The prohibition...*, op. cit., s. 187.

<sup>27</sup> W. Al-Zuḥaylī, *Al-Fiqh...*, op. cit., s. 84. Należy jednak zauważyć, że nie jest w takim definiowaniu *gharar* konsekwentny.

<sup>28</sup> N. Comair-Obeid, *Particularity of the Contract's Subject-Matter in the Laws of the Arab Middle East*, „Arab Law Quarterly”, t. 11, 1996, nr 4, s. 336.

<sup>29</sup> Abū Dāwud, *Sunan...*, op. cit., s. 389.

<sup>30</sup> Współcześnie problem zakazu sprzedaży nieistniejących dóbr próbował rozwiązać m.in. As-Sanhūrī, który wprowadził podział na trzy kategorie: przedmioty, które permanentnie nie istnieją (np. dom, który został już zburzony), przedmioty, które nie istnieją w momencie zawierania transakcji, ale na pewno powstaną (np. samochód, który jest w produkcji) oraz przedmioty, które nie istnieją w momencie zawierania transakcji, ale z dużym prawdopodobieństwem powstaną w przyszłości (np. plony z obsianego pola). Jego zdaniem, zabroniona jest sprzedaż dóbr jedynie z pierwszej kategorii. As-Sanhūrī, *Maṣādir al-ḥaqq*, t. 3, za: M. Zahraa, Sh.M. Mahmor, *The Validity of Contracts...*, op. cit., s. 389. Por. np. M. Cizakca, *Domestic borrowing without the rate of interest: gharar and the origins of sukuk*, MPRA Paper No. 23205 submitted at the „Symposium on Sukuk Financial Instruments”, s. 4, <http://mpra.ub.uni-muenchen.de/23205/> [dostęp 3.V.2010].

<sup>31</sup> Za: M.-H. Balala, *Islamic Finance and Law: Theory and Practice In Globalized World*, I.B. Tauris, Londyn 2011, s. 41.

będzie stworzenie. Złapane ryby mogą być różnego gatunku i masy. Dlatego też znaczna część uczonych definiuje *gharar* raczej jako ‘niepewność (co do możliwości sfinalizowania transakcji)’, a nie ‘nieistnienie (przedmiotu transakcji)’. As-Sarāḥsī uważał na przykład, że: ...*gharar jest tym, czego konsekwencje są ukryte*<sup>32</sup>. Podobne definicje przedstawiali Al-Bābartī, Aš-Šarqāwī oraz Al-Qarāfī<sup>33</sup>. Ten ostatni szczególnie podkreślał różnicę pomiędzy niewiedzą na temat tego, czy dany przedmiot będzie dostępny, a nieznanością jego cech i właściwości. W pierwszym przypadku mamy, jego zdaniem, do czynienia z *gharar*, a w drugim z *jahala*. Sprzedaż kamienia, który trzyma na dłoni sprzedawca, i który wygląda jak rubin, nie jest więc skażona *gharar*, gdyż kamień na pewno jest dostępny. Występuje jednak element niewiedzy – *jahala*, gdyż nie ma pewności, czy kamień w rzeczywistości jest rubinem czy też nie. Sprzedaż wielbłąda, który uciekł, jest z kolei skażona *gharar*, gdyż nie wiadomo, czy zostanie on złapany. Nie występuje jednak w tym wypadku *jahala*, ponieważ właściciel wielbłąda zna jego dokładną charakterystykę. Gdyby jednak kontrakt dotyczył zbiegłego zwierzęcia, którego żadna ze stron uprzednio nie widziała, byłby on skażony zarówno *gharar*, jak i *jahala*<sup>34</sup>.

Z taką interpretacją *gharar* nie zgadzają się jednak uczeni, którzy definiują go właśnie jako ‘niewiedzę’. Według nich kontrakt, aby nie być skażonym *gharar*, powinien zawierać dokładny opis przedmiotu transakcji, np.: ilość, waga, cechy charakterystyczne, oraz/lub<sup>35</sup> jego ceny, czasu i miejsca sfinalizowania transakcji. Należą do nich na przykład uczeni ‘Aynī czy Šāwī<sup>36</sup>. Część prawników hanafickich uznaje, co prawda, za ważne kontrakty takie, które nie zawierają charakterystyki dóbr będących przedmiotem wymiany (choć cena winna być, ich zdaniem, precyzyjnie określona), przyznają jednak kupującemu prawo do inspekcji towaru już po jego zakupie oraz ewentualnego odstąpienia od umowy (*ḥiyār ar-ru’uyya*)<sup>37</sup>. Al-Kāsānī uważa natomiast, że nieznanomość dokładnego opisu przedmiotu transakcji oznacza *gharar* tylko wtedy, gdy prowadziłyby ona do sporów pomiędzy stronami<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> Š.M. Aḍ-Ḍarīr, *Al-Ġharar...*, op. cit., s. 48.

<sup>33</sup> Ibidem, s. 48–54.

<sup>34</sup> M.H. Kamali, *Uncertainty and risk-taking (gharar) in Islamic law*, International Islamic University Malaysia, Paper presented at the International Conference of Takaful Insurance, Kuala Lumpur Hilton, 2.07.1999, s. 206.

<sup>35</sup> W zależności od definicji poszczególnych uczonych.

<sup>36</sup> A.H. Bin Buang, *The prohibition...*, op. cit., s. 186–197.

<sup>37</sup> Š.M. Aḍ-Ḍarīr, *Al-Ġharar...*, op. cit., s. 20–23.

<sup>38</sup> M.H. Kamali, *Islamic...*, op. cit., s. 205.

Definicje niektórych uczonych są szersze i łączą w sobie różne aspekty *ḡarar*. Aš-Širāzī na przykład definiuje go jako to: *czego właściwości i konsekwencje są ukryte*<sup>39</sup>. W swoim dziele *Muhadhab* wylicza przykłady okoliczności, w których występuje *ḡarar*. Zalicza do nich zarówno nieistnienie przedmiotu transakcji, niepewność co do możliwości sfinalizowania umowy ze względu na to, że jej przedmiot nie jest w chwili jej zawarcia posiadaniu sprzedającego, jak i niewiedzę dotyczącą szczegółów towaru lub warunków kontraktu.

Podobnie jak Aš-Širāzī *ḡarar* definiuje Ibn Taymiyya: *ḡarar jest tym, czego konsekwencje są nieznane*<sup>40</sup>. Zgadza się także co do klasyfikacji skażonych *ḡarar* transakcji<sup>41</sup>. W poglądach Ibn Taymiyyi najciekawsze jest jednak to, co uważa za *raison d'être* zakazu *ḡarar*: *...szkodliwe w ḡarar jest to, że prowadzi on do kłótni, nienawiści i roztrwania cudzego majątku. Jednakowoż wiadomym jest, że szkodliwość ta może być unieważniona przez wynikające z danej transakcji korzyści (al-mašlahā ar-rāyihā)*<sup>42</sup>.

W mojej opinii nie powinno się rozpatrywać zakazu *ḡarar* poza kontekstem historycznym, w którym został wydany. Z tego względu nietrafione są próby jego wytłumaczenia za pomocą *stricte* ekonomicznego języka, jak np. zastosowanie teorii gier przez Samiego Al-Suwailema<sup>43</sup> lub zasad efektywności ekonomicznej Mahmouda El-Gamala, który, co więcej, tłumaczy *ḡarar* jako 'ryzyko'<sup>44</sup>. W świetle dostępnych materiałów źródłowych, czyli Koranu i hadisów, zamysłem Proroka przy tworzeniu ekonomicznych zasad funkcjonowania nowo powstałej społeczności muzułmańskiej wydaje się być zagwarantowanie sprawiedliwego przeprowadzania transakcji oraz uniemożliwienie

<sup>39</sup> A.H. Bin Buang, *The prohibition...*, op. cit., s. 196–197.

<sup>40</sup> Ş.M. Ađ-Darīr, *Al-Ġharar...*, op. cit., s. 52.

<sup>41</sup> Ibn Taymiyya, *Mağmū' al-fatāwā*, t. XXIX, s. 25, za: A. H. Bin Buang, *The prohibition...*, op. cit., s. 201–202.

<sup>42</sup> Ibn Taymiyya, *Al-Fatāwā al-kubrā*, za: M.A. El-Gamal, *An Economic Explication of the Prohibition of Gharar in Classical Islamic Jurisprudence*, paper prepared for the 4th International Conference on Islamic Economics held in Leicester, United Kingdom, 13–15.08.2000, s. 4, <http://instituteofhalalinvesting.org/content/el-gamal/gharar.pdf> [dostęp 6.X.2012].

<sup>43</sup> S. Al-Suwailem, *Towards an objective measure of gharar in Exchange*, „Islamic Economic Studies”, 1999–2000, t. 7, nr 1–2, [http://www.irti.org/irj/go/km/docs/documents/IDBDevelopments/Internet/English/IRTI/CM/downloads/IES\\_Articles/Vol%207-1%20and%20%20..%20Sami%20Al-Suwailem..Measure%20of%20Gharar..dp.pdf](http://www.irti.org/irj/go/km/docs/documents/IDBDevelopments/Internet/English/IRTI/CM/downloads/IES_Articles/Vol%207-1%20and%20%20..%20Sami%20Al-Suwailem..Measure%20of%20Gharar..dp.pdf) [dostęp 1.X.2012].

<sup>44</sup> M.A. El-Gamal, *An Economic Explication...*, op. cit., s. 1.



marnowania, i tak ograniczonych ze względu na życie na pustyni, zasobów<sup>45</sup>. Wskazywałyby na to zarówno wersety koraniczne, dotyczące uczciwości przy podawaniu miar i wag sprzedawanych towarów oraz zakazu nadaremne go zjadania majątków, jak i fragmenty sunny Proroka. Warto zwrócić uwagę zwłaszcza na hadisy, w których Prorok zabrania transakcji nazywanej w literaturze *talaqqi ar-rukbān*<sup>46</sup>. Polegała ona na wykorzystywaniu przez miejskich kupców niewiedzy Beduinów i skupowaniu od nich towarów po cenie niższej niż rynkowa. Jak zauważa Maha-Hanaan Balala: *w odróżnieniu do zasady caveat emtor obowiązującej w prawie zwyczajowym, wydaje się, że Mahomet zobowiązaniem, by postępować sprawiedliwie, obciąża sprzedającego (być może w związku z jego silniejszą siłą przetargową i sprawowaniem kontroli nad przebiegiem transakcji w kontekście warunków panujących w VI i VII w.)*<sup>47</sup>. Podobnego zdania jest Nabil Saleh, który za *raison d'être* zakazu *ḡarar* uważa przeciwdziałanie wystąpieniu szkody u którejkolwiek ze stron transakcji<sup>48</sup>.

Również hazard, przez niektórych badaczy utożsamiany z *ḡarar*, zabroniony jest ze względu na dobro zarówno jednostek, jak i *ummy* jako całości. Należy pamiętać, że do opuszczenia Mekki i emigracji do Medyny zmusiło Mahometa między innymi embargo nałożone przez Abū Ġahla na wierne Prorokowi kłany Hāšim oraz Abū Muṭallib. Oznaczało to egzystencję jeszcze trudniejszą niż i tak niełatwe życie na pustynnym Półwyspie Arabskim. Również po przeniesieniu się do Medyny sytuacja muzułmanów nie uległa poprawie na tyle znacznej, by można było pozwolić sobie na marnowanie pieniędzy czy pożywienia.

Z tej perspektywy *ḡarar* możemy zdefiniować jako niejasność, która potencjalnie stanie się źródłem konfliktu pomiędzy stronami kontraktu. Definicja ta obejmuje zarówno sytuację, w której występuje niepewność co do możliwości sfinalizowania transakcji w przyszłości, jak i niedoprecyzowania teoretyczno-prawnych aspektów umowy. Oznacza to jednocześnie odrzucenie tłumaczenia *ḡarar* jako 'ryzyka' oraz 'oszustwa'.

<sup>45</sup> Nie wszyscy uczeni zgadzają się z taką interpretacją. Valentino Cattelan stwierdza, że: *powody zakazu ḡarar i maysir nie są natury moralnej, są obiektywne: w rzeczywistości powiązane są z wymaganiami dotyczącymi przedmiotu umowy..., a nie są instrumentem do promowania ochrony biednych w transakcjach*. V. Cattelan, *From the concept of ḡarar to the prohibition of ribā, ḡharar and maysir in Islamic finance*, „International Journal of Monetary Economics and Finance”, 2009, t. 2, nr 3–4, s. 395.

<sup>46</sup> Al-Buḡārī, *Ṣaḡīḡ Al-Buḡārī*, op. cit., s. 498–519.

<sup>47</sup> M.-H. Balala, *Islamic...*, op. cit., s. 36.

<sup>48</sup> Ibidem, s. 41.

Jak wspomniano we wstępie, ryzyko jest nieodłącznym elementem przedsięwzięć biznesowych i islam bezsprzecznie zabrania oczekiwania stałej stopy zwrotu z inwestycji, wymagając od wszystkich stron umowy podjęcia ryzyka związanego z daną transakcją. Niefortunne wydaje się być również nazywanie ǧarar ‘oszustwem’, ponieważ nie zawsze oznacza chęć wykorzystania asymetrii informacji przez jedną ze stron. Niekiedy występuje ona z przyczyn od nikogo niezależnych, np. przy sprzedaży nienarodzonego zwierzęcia.

Warto także podkreślić, że ǧarar nie jest rodzajem transakcji, ale raczej czynnikiem mogącym, choć nie zawsze, wpływać na jej ważność<sup>49</sup>. Jego zakaz nie wynika bowiem z jego właściwości *per se*, ale ze względu na jego skutki, wspomniane już antagonizmy pomiędzy stronami kontraktu nim skażonego.

## BIBLIOGRAFIA

- Abū Dāwud, *Sunan Abī Dāwud*, International Ideas Home for publishing and distribution, Rijad, b.r.w.
- Ad-Darīr Ṣ.M., *Al-Ǧharar wa Atharuhu fī al-‘uqūd fī al-fiqh al-islāmī*, niepublikowana praca doktorska, <http://archive.org/details/Gharar-Darir-Phd> [dostęp 8.I.2013].
- Al-Buḥārī, *Ṣaḥīḥ Al-Buḥārī*, Dār Ibn Kaṭīr, Damaszek 2002.
- Al-Saati A., *The Permissible Gharar (Risk) in Classical Islamic Jurisprudence*, „Journal of King Abdulaziz University: Islamic Economics”, t. 16, nr 2.
- Al-Suwailem S., *Towards an objective measure of gharar in Exchange*, „Islamic Economic Studies”, 1999–2000, t. 7, nr 1–2, [http://www.irti.org/irj/go/km/docs/documents/IDBDevelopments/Internet/English/IRTI/CM/downloads/IES\\_Articles/Vol%207-1%20and%202%20..%20Sami%20Al-Suwailem..Measure%20of%20Gharar..dp.pdf](http://www.irti.org/irj/go/km/docs/documents/IDBDevelopments/Internet/English/IRTI/CM/downloads/IES_Articles/Vol%207-1%20and%202%20..%20Sami%20Al-Suwailem..Measure%20of%20Gharar..dp.pdf) [dostęp 1.X.2012].
- Al-Zuḥaylī W., *Al-Fiqh Al-Islāmī wa Adillatuh. Financial Transactions in Islamic Jurisprudence*, t. 1, M. El-Gamal (tłum.), Dar al Fikr, Damaszek 2003.
- Ayub M., *Understanding Islamic Finance*, John Wiley & Sons, Chichester 2007.

<sup>49</sup> Ṣ.M. Ad-Darīr podaje cztery warunki, które muszą zostać spełnione, by występowanie ǧarar unieważniało transakcję: 1) Musi być znaczący. 2) Kontrakt, którego dotyczy, musi być kontraktem handlowym (a więc ǧarar nie wpływa np. na podarunki). 3) Musi dotyczyć głównego elementu transakcji (tzn. sprzedaż nienarodzonego zwierzęcia jest zakazana, ale sprzedaż samicy w ciąży już nie). 4) Nie istnieje konieczność zrealizowania kontraktu (tzn. można zaspokoić potrzebę przez niego realizowaną w inny sposób). Ṣ.M. Ad-Darīr, *Al-Ǧharar...*, op. cit., s. 39.

- Balala M.-H., *Islamic Finance and Law: Theory and Practice In Globalized World*, I.B. Tauris, Londyn 2011.
- Bin Buang A.H., *The prohibition of gharar in the Islamic law of contracts: a conceptual analysis with special reference to the practice of Islamic commercial contracts in Malaysia*, niepublikowana praca doktorska, School of Oriental and African Studies, University of London, Londyn 1996, <http://ethos.bl.uk/OrderDetails.do?uin=uk.bl.ethos.362359> [dostęp 8.I.2013].
- Bonca M., *Islamskie instrumenty finansowe*, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, Warszawa 2010.
- Brown J.A.C., *How We Know Early Hadīth Critics Did Matn Criticism and Why It's So Hard to Find*, „Islamic Law and Society”, 2008, nr 15.
- Cattelan V., *From the concept of ḥaqq to the prohibition of ribā, gharar and maysir in Islamic finance*, „International Journal of Monetary Economics and Finance”, 2009, t. 2, nr 3–4.
- Cizakca M., *Domestic borrowing without the rate of interest: gharar and the origins of sukuk*, MPRA Paper No. 23205 submitted at the „Symposium on Sukuk Financial Instruments”, s. 4, <http://mpa.ub.uni-muenchen.de/23205/> [dostęp 3.V.2010].
- Comair-Obeid N., *Particularity of the Contract's Subject-Matter in the Laws of the Arab Middle East*, „Arab Law Quarterly”, 1996, t. 11, nr 4.
- Dickinson E., *The Development of Early Sunnite Hadith Criticism: The Taqdim of Ibn Abi Hatim al-Razi (240/854-327/938)*, Leiden, Brill 2001.
- El-Gamal M.A., *An Economic Explication of the Prohibition of Gharar in Classical Islamic Jurisprudence*, paper prepared for the 4th International Conference on Islamic Economics, Leicester, United Kingdom, 13–15.08.2000, <http://instituteofhalalinvesting.org/content/el-gamal/gharar.pdf> [dostęp 6.X.2012].
- Iqbal M., Molyneux P., *Thirty years of Islamic Banking*, Palgrave Macmillan, New York 2004.
- Kamali M.H., *Uncertainty and risk-taking (gharar) in Islamic law*, International Islamic University Malaysia, Paper presented at the International Conference of Takaful Insurance, Kuala Lumpur Hilton, 2.VII.1999.
- Koran*, J. Bielawski (tłum.), PIW, Warszawa 1986.
- Madi S.M., *The concept of unlawful gain and legitimate profit in Islamic law*, niepublikowana praca doktorska, School of Oriental and African Studies, University of London, Londyn 1989, <http://ethos.bl.uk/OrderDetails.do?uin=uk.bl.ethos.282703> [dostęp 8.I.2013].
- Muslim, *Ṣaḥīḥ Muslim*, Dār ḥadīṭ, b.m.w. 1991.

- Vogel F.E., Hayes S.L., *Islamic Law and Finance: Religion, Risk, and Return*, Brill Leiden, Boston 2006.
- Wehr H., *A Dictionary of Modern Written Arabic*, Librairie du Liban, Beirut 1974.
- Zahraa M., Mahmor Sh. M., *The Validity of Contracts When the Goods Are Not Yet in Existence in the Islamic Law of Sale of Goods*, „Arab Law Quarterly”, t. 17, nr 4, 2002.
- <http://tanzil.net/#search/root/غرر> [dostęp 10.II.2013].

## STRESZCZENIE

*Ḡarar* jest jednym z najmniej znanych i najtrudniejszych do zrozumienia terminów bankowości muzułmańskiej. Próby stworzenia jego powszechnie uznawanej definicji podejmowali zarówno uczeni muzułmańscy okresu klasycznego, jak i współcześni badacze tematu. Do tej pory nikomu nie udało się jednak zdefiniować *ḡarar* w zadowalający dla wszystkich sposób. Najczęściej spotykanym tłumaczeniem terminu jest „ryzyko”. W niniejszej pracy dowodzę jednak, że jest to tłumaczenie nieprawidłowe i mylące. Opierając się na dwóch najważniejszych źródłach prawa w Islamie Koranie i Sunnie Proroka, oraz klasycznych i współczesnych pismach uczonych muzułmańskich i świeckich, omawiam najbardziej znane definicje tego terminu oraz społeczno-historyczny kontekst, w jakim zakaz *ḡarar* się pojawił. Podejmuję także próbę stworzenia definicji szerszej, pozwalającej na lepsze zrozumienie istoty *ḡarar* i przyczyn jego zakazu.

## SUMMARY

*Ḡarar* is one of the least known and most misunderstood concepts in Islamic Banking and Finance. Both Islamic scholars of the classical period and contemporary researchers attempted to coin its commonly accepted definition. By far no one has managed to succeed, though. The most prevalent translation of *ḡarar* is ‘risk’. However, I am proving in the article that the translation is inadequate and misleading. Relying on two major sources of law in Islam: Koran and Sunnah of Muhammad as well as classical and contemporary works by Muslim and secular scholars, I discuss the most common

definitions of the term and the social and historical context in which the *ḡarar* ban came into existence. I also attempt to create a broader definition that could help understand the essence of *ḡarar* and the reasons why it is banned.

## РЕЗЮМЕ

*Ḥarar* является одним из наименее известных и труднейших для понимания мусульманских терминов банковского дела. Попытки создать его общепринятое определение предпринимали как мусульманские учёные классического периода, так и современные исследователи темы. До сих пор, однако, никому не удалось дать определение понятию *ḡarar* так, чтобы это могло удовлетворить каждого. Наиболее часто встречающимся переводом термина является «риск». Настоящее исследование доказывает, что это ошибочный перевод. Основываясь на двух важнейших источниках права в Исламе, Коране и Сунне Пророка, а также классических и современных писаниях мусульманских и светских учёных, оговорены наиболее известные определения этого термина, а также социально-экономический контекст, в котором появился запрет на *ḡarar*. В статье также предпринята попытка создания более широкого определения, позволяющего лучше понять суть *ḡarar* и причины его запрета.