Macro vs. Micro-Considerations in Islamic Financial Ijtihad

Mahmoud A. El-Gamal

Rice University

(and U.S. Dept. of Treasury)

Shari‘a Arbitrage Revisited

- *Riba*: cash now for cash later – forbidden
- *‘inah*: credit-sale followed by cash resale
  - Al-Shafi‘i test: is second contract stipulated in first?
- *Tawarruq*: cash purchase from A, credit-sale to C, cash resale to D (or A?) → C gets credit
  - Ibn ‘Uthaymín required legitimate third (fourth?) party
- *Murabaha*: In fact, the final cash-sale may be ignored, characterizing only the cash purchase from A followed by credit-sale to B as *Murabaha*-to-order or *Murabaha*-facility
  - Can always add more “layers” (SPVs, IBCs, etc.)
- **Theorem:** Any conventional financial product can be replicated with sufficient number of layers (laundering)

Prelude: Ibn Taymiyya on *Tawarruq*

• Ibn Qayyim Al-Jawziyyah (A'lam Al-Muwaqqi'in – changes and differences in fatwa – proof of prohibition of legal stratagems and their types):

… And our teacher (God bless his soul) forbade *Tawarruq*. He was challenged on that opinion repeatedly in my presence, but never licensed it [even under special circumstances]. He said: "The precise economic substance for which *riba* was forbidden is present in this contract, and transactions costs are increased through purchase and sale at a loss of some commodity. **Shari'a would not forbid a smaller harm and allow a greater one**".

• Ibn Taymiyyah (Al-fatawa Al-Kubra – Selected Scholarly opinions – Sales – Riba) And *Tawarruq* is forbidden, as per one narration on the authority of Ahmad

• دليل – اختلافها و الفتوى تغير) الموقعين أعلام – الجوزية قيم ابن (أنواعها و الحيل تحريم

بِاَعِهَا وَإِنْ ، الْعِينَةُ فَهِيَ بائعها إلَى السِّلْعَةَ أَعَادَ إنْ الْمُضْطَرُّ وَهَذَا مَحَلَّل فَهُوَ بَيْنَهُمَا يَدْخُلُ ثَالِثٌ إلَى رجعت وَإِنْ ، التَّوَرُّقُ فَهُوَ لِغَيْرِهِ وَقَدْ ، التَّوَرُّقِ وَأَخَفُّهَا ، الْمُرَابُونَ يَعْتَمِدُهَا الثَّلَاثَةُ وَالْأَقْسَامُ ، الرِّبَا فيه أَحْمَد وعن الربا أَخِيَّة هو : وَقَالَ ، الْعَزِيزِ عَبْدِ بْنِ عمر كَرِهَهُ مَنْ وَهَذَا ، مضطر أَنَّهُ إلَى الْكَرَاهَةِ رِوَايَةِ فِي وَأَشَارَ ، رِوَايَتَانِ ، مُضْطَرٍّ إلَّا فِيهِ يَدْخُلُ لَا هَذَا فَإِنَّ : قَالَ ، عَنْهُ اللَّهُ رَضِيَ فَقِهِهِ ، التَّوَرُّقِ مَسْأَلَةِ مِنْ يَمْنَعُ اللَّهُ رَحِمَهُ شَيْخُنَا وَكَانَ ، فِيهَا بِرُخْصِ قَلَمَ ، حَاضِرٍ وَأَنَا مِرَارًا فِيهَا وَرَوْجِعَ فِيهَا مَوْجُودٍ الرِّبَا حَرَمِ لِأَجْلِهِ الَّذِي الْمَعْنَى : وَقَالَ وَبَيْعِهَا السِّلْعَةِ بِشِرَاءِ الْكُلْفَةَ زِيَادَةُ مع بعينه الْأَدْنَى الضَّرَرَ تُحَرِّمْ لَا فَالشَّرِيعَةُ ؛ فِيهَا وَالْخَسَارَةُ الْعِينَةِ تَحْرِيمِ عَلَى الِاسْتِدْلَالِ تَقَدَّمَ قَدْ مِنْهُ أَعْلَى هُوَ مَا وَتُبِيحُ شَرْطَانِ وَلَا ، وَبَيْعٌ سَلَفٌ يَحِلُّ لَا } " : وَسَلَّمَ عَلَيْهِ اللَّهُ صَلَّى بِقَوْلِهِ الرِّبَا أَوْ أَوْكَسِهِمَا فَلَهُ بَيْعَةٍ فِي بَيْعَتَيْنِ بَاعَ مَنْ } : وَبِقَوْلِهِ { بَيْعٍ فِي الْعِينَةِ عَلَى إلَّا وُقُوعُهُ يُمْكِنُ لَا ذَلِكَ وَأَنَّ { .

• كتاب – العلمية الاختيارات كتاب) الكبرى الفتاوى – تيمية ابن (الربا باب – البيع

أَحْمَدَ عَنْ رِوَايَةٌ وَهُوَ التَّوَرُّقِ مَسْأَلَةُ وَيَحْرُمُ

أعلام الموقعين

عن رب العالمين

تأليف

شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر

المعروف بابن قيم الجوزية

المتوفى سنة ٧٥١هـ.

رتبه وضبطه وخرج آياته

محمد عبد السلام إبراهيم

الجزء الثالث

دار الكتب العلمية

بيروت ـ لبنان

إلى بائعها فهي العِينة، وإن باعها لغيره فهو التورق[1]، وإن رجعت إلى ثالث يدخل بينهما فهو مُحَلل الربا، والأقسام الثلاثة يعتمدها المرابون، وأخفها التورق[1]، وقد كرهه عمر بن عبد العزيز، وقال: هو أخِيَّةُ الربا[2]، وعن أحمد فيه روايتان، وأشار في رواية الكراهة إلى أنه مضطر، وهذا من فقهه رضي الله عنه، قال: فإن هذا لا يدخل فيه إلا مضطر، وكان شيخنا رحمه الله يمنع من مسألة التورق[1]، وروجع فيها مراراً وأنا حاضر، فلم يرخص فيها، وقال: المعنى الذي لأجله حُرِّم الربا موجود فيها بعينه مع زيادة الكلفة بشراء السلعة وبيعها والخسارة فيها؛ فالشريعة لا تحرم الضرر الأدنى وتبيح ما هو أعلى منه

وقد تقدم الإستدلال على تحريم العِينَةِ بقوله ﷺ: «لا يحل سَلَف وبيع، ولا شرطان في بيع» وبقوله: «مَنْ باع بيعتين في بيعة فله أوْكَسُهُمَا أوالربا» وأن ذلك لا يمكن وقوعه إلا على العينة.

[مما يدل على تحريم الحيل].

ومما يدل على تحريم الحيل قوله ﷺ: «صَيْدُ البر لكم حلال، ما لم تصيدوه أو يُصَدْ لكم» رواه أهل السنن، ومما يدل على تحريمها ما رواه ابن ماجة في سننه عن يحيى بن أبي إسحاق قال: سألت أنَسَ بن مالك: الرجل منا يُقْرِضُ أخاه المال فيهدى إليه، فقال: قال رسول الله ﷺ: «إذا أقرض أحدكم قَرْضاً فأهدي إليه أو حمله على الدابة فلا يركبها ولا يقبله إلا أن يكون جَرَى بينه وبينه قبل ذلك» رواه من حديث إسماعيل بن عياش عن عتبة بن حميد الضبي عن يحيى.

قال شيخنا رضي الله عنه: وهذا يحيى بن يزيد الهنائي من رجال مسلم، وعتبة بن حميد معروف بالرواية عن الهنائي، قال أبو حاتم مع تشدده: هو صالح الحديث، وقال أحمد: ليس بالقوي، وإسماعيل بن عياش ثقة في حديثه عن الشاميين، ورواه سعيد في سننه عن إسماعيل بن عياش، لكن قال: عن يزيد بن أبي إسحاق الهنائي عن أنس عن النبي ﷺ، وكذلك رواه البخاري في تاريخه عن يزيد بن أبي يحيى الهنائي عن أنس يرفعه: «إذا أقْرَضَ أحدكم فلا يأخذ هدية» قال شيخنا: وأظنه هو ذاك انْقَلَبَ اسمه. وفي صحيح البخاري عن أبي بردة بن أبي موسى قال: قدمْتُ المدينة، فلقيت عبد الله بن سلام، فقال لي: إنك بأرضٍ الربا فيها فاشٍ، فإذا كان لك على رجل حق فأهدى إليك

(١) التورق: هكذا وقع هذا اللفظ في عامة الأصول، ولم يظهر لي وجهه.

(٢) الأخية ـ بوزن قضية ـ عروة تربط إلى وتد مدقوق تشد فيها الدابة.

الفتاوى الكبرى

ويليه

كتاب الاختيارات العلمية

في اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية

رتبه على الأبواب الفقهية

الشيخ الإمام العلامة أفضل القضاة مفتي المسلمين عماد الدين
أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي

تأليف

شيخ الإسلام أبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم
الشهير بابن تيمية
"٦٦١ - ٧٢٨هـ"

طبعة جديدة مصححة
ومزيدة بمعجم ألفاظ الأبواب الفقهية

الجزء الرابع

دار المعرفة
بيروت - لبنان

الفلوس النافقة بأحد النقدين، وهو رواية عن أحمد نقلها أبو منصور واختارها ابن عقيل، وما جاز التفاضل فيه كالثياب والحيوان يجوز النسأ فيه إن كان متساوياً وإلا فلا، وهو رواية عن أحمد، وإن اصطرفا ديناً في ذمتهما جاز.

وحكاه ابن عبد البر عن أبي حنيفة ومالك خلافاً لما نص عليه أحمد، ويحرم مسألة القورق[1] وهو رواية عن أحمد ومن باع ربوياً نسيئة حرم أخذه عن ثمن ما لا يباع نسيئة ما لم تكن حاجة. وهو توسط بين الإمام أحمد في تحريمه والشيخ أبي محمد المقدسي في حله، والتحقيق في عقود الربا إذا لم يحصل فيها القبض أن لا عقد، وإن كان بعض الفقهاء يقول بطل العقد فهو بطلان ما لم يتم بطلان ما تم، والكيماء باطلة محرمة وتحريمها أشد من تحريم الربا، ولا يجوز بيع الكتب التي تشتمل على معرفة صناعتها وأفتى بعض ولاة الأمور بإتلافها.

فصل: والصحيح أنه يجوز بيع المقائي جملة بعروقها سواء بدا صلاحها أولا، وهذا القول له مأخذان أحدهما أن العروق كأصول الشجر، فبيع الخضروات قبل بدو صلاحها كبيع الشجر بثمره قبل بدو صلاحه يجوز تبعاً، والمأخذ الثاني وهو الصحيح أن هذه لم تدخل في نهي النبي ﷺ، بل يصح العقد على اللقطة الموجودة واللقطان[2] المعدومة إلى أن تيبس المقثأة لأن الحاجة داعية إلى ذلك.

ويجوز بيع المقائي دون أصولها وقاله بعض أصحابنا، وإذا بدا صلاح بعض شجرة جاز بيعها وبيع ذلك الجنس وهو رواية عن أحمد، وقول الليث بن سعد. وبقية الأجناس التي ساء حمله فإن أصاب ذلك أو الزرع الذي بجائحة ولو من جراد أو جيش لا يمكن تضمينه.

فمن ضمان بائعه إن لم يفرط المشتري، وثبتت الجائحة في المزارع، كما إذا أكتريت الأرض بألف مثلاً وكانت تساوي بالجائحة سبعمائة، وبعض الناس يظن أن هذا خلاف ما في المغني من الإجماع وهو غلط فإن الذي في المغني أن نفسه إذا تلف يكون من ضمان المستأجر صاحب الزرع لا يكون كالثمرة المشتراة، فهذا ما فيه خلاف، وإنما الخلاف في نفس أجرة الأرض ونقص قيمتها فيكون كما لو انقطع الماء عن الرحا وثبتت الجائحة في المزارع.

---

(١) كذا بالأصل.

(٢) واللقطان هكذا بالأصل ولعلها واللقطة الخ.

Transactions costs – secular considerations

- **Static view:**
  - Standardized (nominate) contracts reduce contract formation and negotiation costs
  - Adoption of variants of classical nominate contracts minimizes contemporary divergence of opinions and increases standardization
  - ***Conclusion:*** encourage harmonization of Shari'a standards, etc. (current trend in Islamic finance)
  - Then, would we have to tolerate inefficiencies in the name of Islam? Or, shall we introduce more nominate contracts resembling conventional ones?
- **Dynamic view:**
  - Islamic finance started with mutual-fund (*mudaraba*-based) model of financial intermediation, highly inefficient due to information asymmetries
  - Sequential innovations have led to ever increasing convergence with conventional financial structures
  - ***Conclusion:*** discourage harmonization (premature codification and precedent-setting of Islamic standards) of Shari'a standards, allow more efficiency considerations to influence the evolution of Islamic jurisprudence
  - Then, would there be Islamic finance in the long-run?

Macro vs. Micro Considerations I

- Micro-consideration: Jurists are in agreement that *fatwa* varies by time, place and circumstances
- Macro-consideration: Ibn Taymiyyah and ibn al-Qayyim saw *Tawarruq* as a ready means of legalizing the worst types of *riba* (coerced usurious "sale" in place of usurious loan)
  - Mustafa al-Zarqa's "*Nazariyyat al-Ta'assuf*" parallels Anglo-American legal principles in evaluating coerced sales
  - Rafiq al-Misri: It is better to label mark-up as interest, which is subject to usury-law ceilings, rather than as profits, for which there are no ceilings

Macro vs. Micro-Considerations II

- Micro-consdieration: If bank loan at market interest rates does not exhibit the substance of *riba*, but only its form → devise *murabaha* or *tawarruq* alternative to give it the form of sales
- Macro-consideration:
  - With lower transactions costs than *ijara* and *murabaha*, banks would choose to use *tawarruq*, squandering the benefits of secured financing
  - With *fatwa* available, those lacking access to banking may be exploited with this hidden form of *riba*

Strategic Macro-considerations

- Consider dynamic effects:
  - How will bankers and lawyers react to this *fatwa*? (Why was it solicited in this particular form?)
  - How will this *fatwa* affect other future *fatawa*? Does it support or hinder convergence?
  - How will this *fatwa* affect future secular legislation?
  - Overall consideration: Does this fatwa hinder or foster overall development of Islamic finance?
- Consider welfare effects:
  - Who are the primary beneficiaries from this *fatwa*?
  - How does the *fatwa* affect others inadvertently?
  - Overall consideration: Is the average Muslim better off? Is the average market participant better-off?

Myopia of Micro-*fatwa* approach

- Consider the debt-ratio screening rule:
  - Originally, one-third debts/assets produced an acceptable universe of equities, and thus codified
  - Then, in response to changes in asset prices, it was changed to one-third debts to market capitalization, later to moving averages thereof
  - Note the rigidity of "one-third" and debts/something rules → *fatwa* adjustments become more difficult with time
  - Of course, if the one-third rule is fixed, and the denominator is fixed, then investors would be forced to "buy-high (as market cap increases, and assets are included) and sell-low (as market cap decreases and assets are excluded)"
  - The arbitrary one-third rule, albeit used elsewhere, becomes a hindrance to developing flexible debt screens (establishing license in proportion to need in invoking the rule of necessity)
- Other harmful precedents:
  - Economic harm: Canonization of "profit sharing" ideas has become an obstacle to deposit insurance ambitions in US and UK, source of animosity to recent Azhar opinion thereof, obstacle to efficient bond issuances, etc.
  - Possible religious harm: Canonization of "asset-backed" ideas have led to inefficient bond structures for "sukuk al-salam" issuances, which often include forbidden *'inah* (same item sold, re-leased to same party, and in most cases re-sold to same party)

Advantages of Micro-*fatwa* approach

- Faster response to needs of those without access to conventional financial sector, for various reasons
- Jurists, lawyers and bankers have managed to produce instruments that are not significantly inefficient relative to conventional ones
  - e.g. M. El-Gamal and H. Inanoglu, *Journal of Applied Econometrics*, (forthcoming, 2004), find Turkish Special Finance Houses to be cost- and labor-efficient
- The fatwa approach is by its very nature micro-oriented – there is no obvious substitute
- We should hope that some macro-considerations will also be discussed and considered by jurists before issuing opinions
- We should also hope that jurists will be open to re-examining previous opinions based on their observed macro-effects, rather than lament their abuse (which has become quite common)