



**القانون واجب التطبيق  
وشرط عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية  
أمام المحاكم الغربية  
- المحاكم الإنجليزية نموذجاً -**

**د. سليمان بن تركي التركي**  
أستاذ مساعد بالمعهد العالي للقضاء  
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

## مقدمة

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وعلى آله وصحبه، أما بعد:

فقد جاءت فكرة البنوك وشركات التمويل والاستثمار (الإسلامية) أول الأمر استجابة لتطلعات عملائها وملاكها من المسلمين الحريصين على أن تكون تعاملاتهم متوافقة مع مبادئهم الإسلامية، ثم انتشرت بعد ذلك حتى لدى بعض غير المسلمين الذين وجدوا في هذا النوع من التعاملات تحقيقاً لأهدافهم الأخلاقية أو الاستثمارية.

ويقدر خبراء البنك الدولي حجم صناعة التمويل المتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية بحوالي ٢ تريليون دولار أمريكي، بنمو يتراوح ما بين ١٠-١٢٪ سنوياً. شاملاً البنوك، ومؤسسات التمويل، والتأمين، وأسواق المال، وابتشار جغرافي يغطي كافة القارات<sup>(١)</sup>.

ولطبيعة بعض العقود الدولية من حيث حجمها، أو تعدد أطرافها، واختلاف جنسياتهم، ومرجعياتهم القضائية، فقد صار من المتعارف عليه أن يُفرد بندٌ خاص في هذه العقود لتحديد الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق، عند حدوث نزاع مستقبلي في تفسير العقد أو تنفيذه. ومن يطلع على عقود التمويل والتجارة الدولية يلحظ بشكل لافت كثرة الإحالة

(١) صفحة البنك الدولي على الشبكة العالمية:

“Islamic Finance.”

<http://www.worldbank.org/en/topic/financialsector/brief/islamic-finance>

إلى القانون الإنجليزي باعتباره القانون واجب التطبيق، وعلى محاكم إنجلترا باعتبارها المحكمة المختصة.

وليست عقود المؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية بمعزل عن هذه الممارسة المعتادة في صياغة العقود، إلا أن الذي ربما يثير الكثير من الاستفهامات هو النص على أن القانون الحاكم هو قانون كذا وكذا من الدول الغربية، وأن الاختصاص القضائي منعقد لتلك الدولة أو الأخرى من الدول الغربية، في عقود وتمويلات تمت هيكلتها وصياغتها لتكون متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية.

ويواجه المستثمرون المسلمون والشركات التي تحرص على الالتزام بالضوابط الشرعية حرجاً في أن بعض أطراف العقد يصرون على أن تكون المرجعية القضائية لمحاكم دولهم التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية، أو يُصار لقانون ومحاكم دولة ثالثة يعتقد الأطراف أن التحاكم إليها يحقق مصلحة معتبرة لهم. سبب هذا الحرج هو أن هذه المؤسسات المالية قامت في الأساس على مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية، وتمت صياغة هذه العقود على أساس أن تتوافق مع مقتضيات الشريعة، فكيف تحيل نزاعاتها إلى قانون وقضاء لا يلتزم بالشريعة الإسلامية، ولا يعتبرها مصدراً من مصادره، ولا مرجعاً ضمن مراجعه؟!!

وفي محاولة لرفع هذا الحرج فقد درجت الكثير من الممارسات على تقييد شرط القانون واجب التطبيق إذا كان من قوانين الدول الغربية بـ: (ألا

يخالف أحكام الشريعة الإسلامية) ويتم عكس ذلك بصياغة بند القانون واجب التطبيق بصيغ توحى بذلك، كأن يقال على سبيل المثال:  
Subject to the principles of the Glorious Shari'a, this Agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of England.  
تخضع هذه الاتفاقية وتفسر وفقاً للقانون الإنجليزي، بما لا يتعارض مع قواعد الشريعة الغراء.

أو نحوها من العبارات، فهل هذا التقييد لبند القانون الواجب التطبيق سينتج أثراً من الناحية العملية؟ وهل سيعمل القاضي الغربي مقتضى الشريعة الإسلامية على محل النزاع؟ وكيف سيصنع القاضي عندما يتعارض القانون المختار واجب التطبيق مع أحكام ومبادئ الشريعة؟ وأخيراً هل سيحقق هذا القيد الغرض الذي وضع من أجله؟ هذا ما يحاول البحث الإجابة عنه.

### مشكلة البحث:

يهدف هذا البحث إلى الجواب عن التساؤل الرئيس الآتي: إلى أي مدى سيكون تقييد بند القانون واجب التطبيق بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية منتجاً لآثاره عند تطبيقه في المحاكم الغربية؟

### حدود البحث:

سيقتصر البحث على تأثير تقييد القانون واجب التطبيق بكونه لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية أمام المحاكم الإنجليزية، دون غيرها من محاكم الدول الغربية، والسبب في ذلك يرجع إلى كون القانون الإنجليزي هو الأكثر إحالة إليه في بند القانون واجب التطبيق، ومحاكم إنجلترا هي الأكثر تلقياً لطلبات الفصل في الكثير من عقود التمويل والاستثمار الإسلامية، إن لم تكن العقود التجارية الدولية عموماً، هذا من جهة، ومن جهة أخرى

يعتبر القضاء الإنجليزي من أكثر الأنظمة العدلية مرونة وإعلاء لشأن العقد وإنفاذاً لما يتفق عليه أطرافه، وبالتالي فستكون نتائج الدراسة مناسبة لتوقع مسار مثل هذه القضايا في الدول الغربية الأخرى.

كما سيركز البحث على أثر هذا التقييد على أحكام القضاة في المحاكم الإنجليزية، ومدى أخذهم بأحكام الشريعة في النزاعات المرفوعة إليهم، ولن يتعرض البحث للحكم الشرعي للتحاكم إلى محكمة غير إسلامية<sup>(١)</sup>.

وقد انتظم البحث بعد هذه المقدمة في تمهيد وثلاثة مباحث وخاتمة:

أما التمهيد ففيه لمحة تاريخية عن شرط تحكيم الشريعة. وأما المطلب الأول فاستعراض لأهم الأحكام القضائية لدى المحاكم الإنجليزية، يليه تحليل لتلك الأحكام في المطلب الثاني، ثم تحليل لأثر (اتفاقية روما) على تقييد القانون الحاكم بالأحكام الشريعة الإسلامية في المطلب الثالث، مختتماً بالنتائج والتوصيات.

سائلاً الله عزَّجَلَّ أن ينفع به كاتبه وقارئه.

(١) لمزيد من المعلومات حول الحكم الشرعي لاشتراط إحالة النزاع إلى محاكم لا تحكم بالشريعة الإسلامية يمكن مراجعة:

الفرع، حمزة بن حسين، حكم اشتراط التحاكم إلى القوانين الوضعية في العقود التجارية، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته العشرين المنعقدة بمكة محرم ١٤٣٢هـ.

النشمي، عجيل جاسم، الحكم الشرعي في التحاكم إلى القوانين الدولية، بحث مقدم للمؤتمر الثامن للهيئات الشرعية، مملكة البحرين، ٢٠٠٩م.

للحيدان، صالح بن عبدالله، التحاكم للقوانين الوضعية في العقود والمعاملات المالية، بحث مقدم للندوة الفقهية بمصرف الراجحي، الرياض، بحث غير منشور، ٢٠٠٩م.

## التمهيد الشريعة الإسلامية أمام المحاكم الغربية لمحة تاريخية

يرجع النص على مرجعية الشريعة الإسلامية كقانون حاكم للنزاع أمام المحاكم الغربية لعدة عقود قبل ظهور وانتشار شركات التمويل والاستثمار الإسلامي المعاصرة.

فقد كانت من أوائل التجارب ذلك النزاع الذي وقع بين شركة تطوير البترول وبين حاكم أبوظبي، الذي أحيل بموجب العقد إلى التحكيم<sup>(1)</sup>.

Petroleum Development (Trucial Coasts) Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi

حيث نص العقد على أن القانون واجب التطبيق هو قانون أبوظبي المستمد من الشريعة الإسلامية، وبالرغم من إقرار المحكم اللورد آسكويث Lord Asquith بصحة هذا الشرط، وكون محل تنفيذ العقد هو إمارة أبوظبي، إلا أنه امتنع عن إعمال هذا الشرط وتطبيق قانون أبوظبي المنصوص عليه، محتجاً بحسب تعبيره بأنه: «سيكون من الخيال أن يُظن أن في هذه البقعة البدائية من العالم توجد قواعد قانونية يمكن تطبيقها على هياكل الأدوات المالية المعاصرة». وبعد دراسته لبند القانون واجب التطبيق توصل إلى أن القانون الإنجليزي أكثر ملاءمة من قانون أبوظبي<sup>(2)</sup>.

(1) Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi (1951) 18 I.L.R. 144.

(2) Gemmell, "Commercial Arbitration in the Islamic Middle East.", p 179.

قريب من هذه النتيجة توصل المحكم في قضية حاكم قطر ضد شركة النفط البحرية الدولية International Marine Oil Co. Ltd حيث أقر أولاً بأن القانون الإسلامي هو القانون واجب التطبيق بحسب العقد، إلا إنه بالرغم من ذلك بيّن بوضوح اعتقاده بعدم كفاية القانون الإسلامي، بحجة أنه لا يحتوي «على أي مبادئ تكفي لتفسير هذا العقد بعينه»<sup>(1)</sup>.

وهذه القضية وغيرها من القضايا -وبما يشبه التواصي بين المحكمين الغربيين- نلاحظ حيدةً عن تطبيق إرادة الطرفين في النص على القانون الواجب التطبيق، والهروب إلى المناطق الآمنة التي يحسنها المحكم وتجيدها هيئة التحكيم. ولت الأمر قد توقف على الإقرار بالجهل وعدم الإحاطة بنظام قانوني مختلف نهائياً عما عهده أعضاء هيئة التحكيم، بل وتجاوز ذلك لإصدار أحكام قاطعة بعدم وجود قواعد تحكم هذا النوع من النزاع، مثل الزعم: «بأن القانون الساري في المملكة العربية السعودية لا يحتوي على أية قاعدة محددة فيما يخص الاستثمارات البترولية»، وهذا بالتأكيد ينم عن جهل من هيئة التحكيم بحقيقة القانون السعودي الذي مصدره الشريعة الإسلامية، وما تحويه من قواعد وأصول تستوعب هذه المستجدات، وتستجيب للمتغيرات بصورة تفوق ما عبرت عنه هيئة التحكيم بـ«مفاهيم فلسفة القانون السليم» و«المبادئ القانونية العامة».

وكما في الحالتين السابقتين -ومع اختلاف المحكمين- لا نجد منهم أي جهد أو تبرير لقرارهم عدم صلاحية الشريعة الإسلامية للتطبيق، بخلاف

(1) Ruler of Qatar v. International Marine Oil Co. Ltd., 20 I.L.R. 534 (1953).

التصريحات العامة التي تبطن الكثير من الازدراء للشرعية، النابع بالتأكيد من جهلهم بها، وإلا لو بذلوا جهداً معقولاً في الاطلاع على المصادر المعتمدة والموثوقة في الفقه الإسلامي، أو استعانوا بخبراء في الشرعية، لوجدوا إجابات شافية لمحل النزاع<sup>(1)</sup>.

(1) Colón, "Choice of Law and Islamic Finance," p 414.



## المبحث الأول موقف القضاء الإنجليزي من شرط عدم مخالفة أحكام الشريعة

جرت العادة عند صياغة العقود على أفراد بند خاص بالقانون الواجب التطبيق، ومكان التحاكم والتقاضي عند وجود نزاع مستقبلي بين الأطراف، كما أنه صار من المألوف في عقود التجارة وفي عقود التمويل الدوليين أن يتم النص على كون القانون الإنجليزي هو القانون الواجب التطبيق، وأن تمنح محاكم إنجلترا الحق في تطبيق ذلك القانون والفصل في أي نزاع مستقبلي. وقد تسرب هذا التقليد إلى عقود التمويل الإسلامي وغيرها من العقود التي تبرمها شركات تفرض على نفسها الالتزام بالضوابط الشرعية في تعاملاتها المالية والتعاقدية، ولا شك أن إحالة النزاع إلى المحاكم الإنجليزية سيحمل في طياته تحدياً، بل وربما تعارضاً مع مقتضيات الالتزام بالضوابط الشرعية التي من أهمها أن يكون المرجعية في حل النزاعات إلى الشريعة الإسلامية نفسها، لا إلى قانون مختلف أو مخالف.

تجاه هذا التحدي بين متطلبات الواقع وبين مقتضيات الالتزام الشرعي لجأت تلك الشركات إلى صياغة بند التحاكم بطريقة تقيده بألا يتعارض مع الشريعة الإسلامية، وهو ما أوجد نوعاً من الإشكال في كون العقد الواحد محكوماً بنظامين قانونيين مختلفين، فإلى أي مدى صار النص على عدم مخالفة الشريعة الإسلامية منتجاً للنتائج المرغوبة لأطراف التعاقد، وكيف تعامل القضاء الإنجليزي مع هذا الشرط؟

وسنعرض هنا لعدة قضايا توضح اتجاه المحاكم الإنجليزية وقراراتها في المنازعات المتعلقة بشرط عدم مخالفة الشريعة في بند القانون الحاكم مع تحليل هذه الأحكام بشيء من التفصيل:

**القضية الأولى: قضية شركة الاستثمار الخليجية (الباهاماس) المحدودة ضد سيمفوني جيمس ن. ف. وآخرون:**

Islamic Investment Company of Gulf (Bahamas) v. Symphony Gems N. V and Others

يمكن اعتبار هذه القضية من أوائل القضايا المتعلقة بالتمويل الإسلامي التي تعرض على المحاكم الإنجليزية. وتتلخص وقائع القضية في أن كلا الطرفين وقعا اتفاقية مرابحة، وافق بموجبها المدعي على تمويل المدعى عليه من خلال عملية تسهيلات دوارة revolving facility لشراء مجوهرات وأحجار كريمة عن طريق بيع المرابحة. وبناء على الاتفاقية الإطارية بين الأطراف طلب المدعى عليه من المدعي شراء أحجار كريمة ومجوهرات وبيعها عليه بالمرابحة، وقد قام المدعي بدوره بفعل ذلك مرتين. وعندما عجز المدعى عليه عن سداد المبالغ الواجبة عليه بموجب عقد المرابحة، رفع المدعي دعوى أمام المحكمة الإنجليزية المختصة بنظر النزاع، بموجب نصوص العقد.

وقد كان من ضمن المسائل التي أثرت أمام نظر القاضي مدى صحة عقد المرابحة من الناحية الشرعية، حيث دفع المدعى عليه بأن اتفاق المرابحة كان باطلاً من الأساس، لأنه يتناقض مع مبادئ الشريعة، ولذا طلب المدعى

عليه عدم ترتيب أي آثار على ذلك العقد بما فيها الأرباح المستحقة بموجب العقد.

وفي سبيل التأكد من مدى صحة ما دفع به المدعى عليه من عدم صحة عقد المربحة، ندب القاضي خبيرين مختصين للشهادة حول هذا الموضوع، وانتهى أحد الخبراء إلى أنه يجب في عقد المربحة أن يمتلك المدعي موضوع المربحة ويقبضه ويتحمل مخاطر الملكية قبل بيعه إلى العملاء. وقال الخبير الآخر إنه بالنظر إلى بنود العقد وطريقة التمويل بالمربحة، يتبين أنه لا تتوفر في العقد المتطلبات الشرعية لعقد بيع المربحة. وبرغم اتفاق كلمة الخبيرين على عدم صحة عقد المربحة من الناحية الشرعية، إلا أن القاضي في النهاية لم يأخذ برأيهما، وذهب إلى أن العقد كان سارياً بشكل صحيح من وجهة نظر القانون الإنجليزي، وهو القانون واجب التطبيق بحسب بنود العقد<sup>(1)</sup>.

**القضية الثانية: قضية بنك الشامل البحريني ضد شركة بكسمكو للصيدلة وآخرون:**

Shamil Bank of Bahrain v Beximco Pharmaceuticals Ltd and Others

وتعتبر هذه القضية من أهم القضايا التي صدر فيها أحكام تفصيلية من القضاء الإنجليزي تم فيها استبعاد النظر في مخالفة العقد للشريعة بالرغم من النص على أن القانون الحاكم هو القانون الإنجليزي بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

(1) Islamic Investment Company of the Gulf (Bahamas) Ltd v. Symphony Gems NV & Other [2002] EWHC 1

تتلخص وقائع هذه القضية في أن بنك الشامل أبرم اتفاقية الوكالة مع شركة بنغلاديش للتصدير والاستيراد تقوم بموجبها هذه الأخيرة بشراء سلع وبيعها مرابحة على شركة بكسمكو للصيدلة نيابة عن بنك الشامل على أن تقوم الشركة بتقديم ضامين لسداد المديونية في حال تأخر شركة بكسمكو في السداد. وقد تم تنفيذ عدد من عقود المرابحة من خلال بيع السلع إلى شركة بكسمكو للمرة الأولى وقامت بسداد جميع أقساط هذه المعاملة ثم أبرم معها بنك الشامل مرابحة أخرى عن طريق شركة بنغلاديش للتصدير والاستيراد وسددت بعض الأقساط وتأخرت عن بعض الأقساط. فاتفق البنك مع شركة بكسمكو والشركة البنجلاديشية الضامنة على إعادة جدولة المديونية وفق عقود إجارة وبضمان آخرين، ولكن الشركة واصلت عجزها عن السداد مما أدى بالبنك إلى رفع دعوى قضائية إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع. وحيث إن الاختصاص القضائي بحسب الاتفاقية منعقد لمحاكم إنجلترا فقد تقدم بنك الشامل إلى المحكمة العليا مطالباً بحكم يلزم شركة بكسمكو والضامين بأداء المبالغ المستحقة عليهم.

ولعل القضية المركزية التي تهمنا في دراستنا هي ما دفع به المدعى عليهم، من أن عقود المرابحات ومن ثم إعادة جدولة المديونية تعتبر باطلة من الناحية الشرعية، وطالب القاضي بإبطال تلك العقود بموجب ما تم الاتفاق عليه بين الطرفين في بند القانون واجب التطبيق من تقييد القانون الإنجليزي بما لا يخالف الشريعة الإسلامية. حيث جاء النص في اتفاقيات

المرابحة على تقييد اختصاص القانون الانجليزي بما لا يخالف الشريعة.

حيث جاء النص التالي:

Subject to the principles of the  
Glorious Shari'a, this Agreement shall  
be governed by and construed in  
accordance with the laws of England.

تخضع هذه الاتفاقية وتفسر وفقاً  
لل قانون الإنجليزي، بما لا يتعارض مع  
قواعد الشريعة الغراء.

وبحسب المدعى عليهم فإن عقود المراهبات محل النزاع لم تكن في  
الحقيقة إلا ستاراً لقروض بفائدة محرمة من الناحية الشرعية، وبالتالي يجب  
إبطالها ورد المطالبة بالمبالغ محل النزاع.

إلا أن المحكمة العليا وأيدها محكمة الاستئناف لم تجد في هذا الدفع من  
المدعى عليهم ما يمنعهم من إصدار حكم لصالح المدعي وإلزام المدعى  
عليهم بسداد المبالغ المستحقة عليهم والبالغة ٧, ٤٩ مليون دولار أميركي<sup>(١)</sup>.  
وقد لخص القاضي أسباب حكمه، وعدم اعتماده دفع المدعى عليهم  
بمخالفة الشريعة بجملة من التعليقات، لعل من المناسب تلخيص بعض ما  
جاء في قرار محكمة الاستئناف<sup>(٢)</sup>:

«٤٦- أولاً: من الأمور المتفق عليها أنه لا يمكن أن يكون هناك نظامان  
قانونيان للحكم على اتفاقية واحدة، وحتى لو افترضنا جدلاً بأن الشريعة  
الإسلامية - وليس القانون الإنجليزي - هي القانون الواجب التطبيق فإن

(1) Shamil Bank of Bahrain E.C. v Beximco Pharmaceuticals Ltd and others  
[2004] 4 All ER 1072.

(٢) التقييم هنا بحسب ترقيم الفقرات في حكم محكمة الاستئناف.

المستأنفين كانوا يدفعون بأن القانون الواجب التطبيق في جميع الاتفاقيات المبرمة هو الشريعة الإسلامية والقانون الإنجليزي معاً.  
رفض القاضي تفسير صيغة بند القانون الواجب التطبيق باعتباره اختياراً للشريعة الإسلامية باعتبارها القانون واجب التطبيق للأسباب التالية: نصت معاهدة روما على أن أي عقد ينبغي أن يحكم بالقانون الذي يتم اختياره من قبل الأطراف، وأن الإشارة في اتفاقية روما إلى (القانون واجب التطبيق) هو إشارة إلى قانون دولة معينة، ولا يحتمل أن يكون المراد أنظمة قانونية غير وطنية مثل الشريعة الإسلامية.

٤٧- أن الإشارة للشريعة الواردة في فقرة القانون الحاكم «وفقاً للشريعة الإسلامية» لم تكن أكثر من إشارة إلى أن المصرف يرمي إلى أن إجراء جميع تعاملاته وفقاً للشريعة الإسلامية، ولكن فيما يتعلق بماهية تلك المبادئ وأثرها على العقد فإن القاضي خلص إلى ما يأتي:

- لا تتوقع المحكمة من الأطراف أن يطلبوا منها الاضطلاع بمهمة الخوض في المسائل الفقهية الشرعية، وتحديد ما هو شرعي أو غير شرعي، خاصة وأن للمصرف هيئة شرعية لمراقبة مدى موافقة عملياته مع رؤية الهيئة.

- لاحظت المحكمة أيضاً أنه لم يكن هنالك ما يوحي بأن المقترضين معنيين بمبادئ الشريعة الإسلامية بأي حال من الأحوال، لا في وقت إبرام الاتفاقية ولا في أي وقت قبل البدء في تحريك الإجراءات القضائية.

٤٩- ذهب القاضي إلى أنه يجب أن يكون هناك قانون واحد واجب التطبيق، وهو في هذه الحالة القانون الإنجليزي فقط، ولكن ذلك لا يحول دون إمكانية تضمين مبادئ الشريعة الإسلامية في الاتفاقية المبرمة بين الطرفين.

٦٣- اتفق مع القاضي في أن اختيار القانون الإنجليزي باعتباره القانون الواجب التطبيق حيث من غير المؤلف ولا المرجح أن يريد الأطراف من المحكمة الإنجليزية تطبيق الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بقانونية ونفاذ الالتزامات التي تم التعبير عنها بوضوح في العقد.

٦٤- أخيراً؛ على الرغم من إقرار الخبراء بوجود خلاف وصعوبة في تفسير المبادئ الشرعية المتعلقة بالعقد بسبب وجود مدارس فقهية مختلفة، إلا أنني أرى بأن اتخاذ قرار ما بشأن صحة العقد والتزامات المدعى عليهم تجاه البنك بموجب العقد ينبغي أن يتم البت فيها بواسطة القانون الإنجليزي؛ وبناء عليه فإن المدعى عليه الأول والثاني مسئولان عن الوفاء بالتزاماتها تجاه البنك»<sup>(1)</sup>.

**القضية الثالثة: قضية دار الاستثمار الكويتية ضد بنك لبنان والمهجر (بلوم):**

Investment Dar Co KSSC v Blom Developments Bank Sal

وملخص القضية يدور حول وكالة استثمار عقدتها دار الاستثمار الكويتية «الدار» مع بنك لبنان والمهجر «بلوم» تقوم الشركة بتلقي أموال

(1) Shamil Bank of Bahrain E.C. v Beximco Pharmaceuticals Ltd and others [2004] 4 All ER 1072.

من بنك بلوم لاستثمارها بطريقة متوافقة مع الشريعة. وبعد أن تخلفت الشركة الكويتية عن الدفع في يناير ٢٠٠٩م قام بنك «بلوم» برفع دعوى ضد «الدار» أمام المحكمة العليا في لندن، باعتبارها صاحبة الولاية القضائية بحسب عقد الوكالة، مطالباً بقيمة استثماره الأساسي بالإضافة إلى خمسة في المئة عوائد، كما هو متفق عليه في صفقة عقده مع «الدار» وقد دفع محامو «الدار» بأن هذه الأرباح المطالب بها باطلة من وجهة النظر الشرعية لأنها لم تكن سوى فوائد ربوية، وهو ما لا يجوز للشركة التعامل به ولا التعاقد عليه بحسب نظامها الأساسي الذي ينص على وجوب أن تكون جميع معاملاتها متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية<sup>(1)</sup>.

إلا أن المحكمة اتخذت قراراً في صالح البنك اللبناني، داعية «الدار» إلى دفع المبلغ الأصلي بالإضافة إلى الأرباح حتى ديسمبر ٢٠٠٨م. وجاء في الفقرة (١٦) من تسيب القاضي:

«إن إقرار الهيئة الشرعية (للدار) لتلك الصيغة من العقود يشير بقوة إلى أن ذلك العقد متوافق مع الشريعة الإسلامية... أما الدفع بمخالفة هذا العقد للنظام الأساسي للشركة فمحل نظره قانون دولة التأسيس، أما هذا العقد فيحكمه القانون الإنجليزي، وليس أي قانون آخر». في هذه الأثناء، وبعد تداول الموضوع في الصحف قامت الهيئة الشرعية لشركة دار الاستثمار بعقد اجتماع وتباحث الموضوع مع إدارة الشركة وتبين لها صحة العقد شرعاً فأصدرت بياناً نصه كالتالي:

(1) The Investment Dar Company KSCC v Blom Developments Bank SAL (Rev 1) [2009] EWHC 545 (Ch) (11 December 2009)



«اطلعت هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لشركة دار الاستثمار على تفاصيل القضية المرفوعة من (بنك بلوم) ضد الشركة وما قيل من أن شركة دار الاستثمار دفعت بعدم شرعية العقد فقد قامت الهيئة الشرعية للشركة بمراجعة العقد المبرم بين الطرفين والملاحق وتبين لها صحة العقد من الناحية الشرعية إذ إن طبيعة العقد عبارة عن عقد وكالة في الاستثمار يقوم الوكيل (شركة دار الاستثمار) بمقتضاه بشراء سلع لصالح الموكل (بنك بلوم) ثم تقوم الشركة بشراء هذه السلع لصالحها مما يرتب ديناً لصالح (بنك بلوم) على الشركة، وهذا موافق لما أقرته الهيئة سابقاً من عقود وعليه طلبت الهيئة الشرعية من الشركة ما يلي:

أولاً: عدم استخدام المسائل الشرعية في التقاضي إلا بعد الرجوع إلى هيئة الفتوى والرقابة الشرعية للشركة.

ثانياً: سحب جميع الدفوع المتعلقة بالمسائل الشرعية المتعلقة بقضية بنك بلوم».

وقد استجابت الشركة لمطالب الهيئة الشرعية، بالتسليم لقرار المحكمة في لندن وعدم موصلة التقاضي أو الطعن في ذلك الحكم<sup>(١)</sup>.

(١) صحيفة الرأي الكويتية في ٩ يونيو ٢٠١٠م.

## القضية الرابعة: شركة دانة غاز الإماراتية ضد حملة الصكوك:

Dana Gas PJSC v Dana Gas Sukuk Ltd and others

لعل هذه القضية تعد من أحدث القضايا المرفوعة لدى المحاكم البريطانية، والتي تظهر كيفية تعاطي تلك المحاكم مع الدفع بمخالفة الشريعة الإسلامية، وتتلخص أحداث هذه القضية في أن شركة دانة غاز (وهي شركة مدرجة في سوق أبو ظبي) قامت بإصدار صكوك مضاربة لتمويل أنشطتها بقيمة ٧٠٠ مليون دولار. وقد تمت هيكلة هذه الصكوك من خلال جملة من الاتفاقيات منها:

- اتفاقية المضاربة، وهي محكومة بقانون دولة الإمارات العربية المتحدة؛

- واتفاقية الشراء، وهي محكومة بالقانون الإنجليزي.

وقد نصت اتفاقية الشراء على أنه عند حصول حالة إخلال فإن (دانة غاز) تلتزم لحملة الصكوك بشراء أصول المضاربة، من خلال استرداد الصكوك بقيمتها الاسمية.

وقد استمرت الشركة بدفع التوزيعات ربع السنوية المستحقة بموجب اتفاقية المضاربة حتى ١٢ يونيو ٢٠١٧م، حين أعلنت الشركة: «أنه بسبب التطورات الحاصلة في أدوات التمويل الإسلامي، فقد تلقت الشركة حديثاً نصائح قانونية تفيد بأن الصكوك بصورتها التي قد أصدرتها تعتبر مخالفة للشريعة الإسلامية، وبالتالي ستكون غير شرعية في نظر القانون الإماراتي،

وسيكون من الضروري نتيجة لذلك إعادة هيكلة الصكوك الحالية للتوافق مع القوانين ذات العلاقة بما يحفظ حقوق جميع أصحاب العلاقة».

وفي ٣٠ يونيو أقامت شركة (دانة غاز) دعوى في إنجلترا، وأخرى في الإمارات العربية المتحدة، مدعية بأن اتفاقية الشراء قد تضمنت عوائد مضمونة لحملة الصكوك على استثماراتهم، من خلال ضمان رأس مال المضاربة، (الشراء بالقيمة الاسمية) وهو ما يعتبر من الربا المحرم. وسيكون باطلاً بموجب قانون الإمارات العربية. وقد طلبت من المحكمة الإنجليزية الحكم بأن ذلك الالتزام (بالشراء بالقيمة الاسمية) المنصوص عليه في اتفاقية الشراء يعتبر باطلاً في نظر القانون الإماراتي<sup>(1)</sup>.

وقد كان القاضي في المحكمة الإنجليزية واضحاً، حين قرر أنه سينظر في مدى صحة اتفاقية الشراء ونفاذها وفقاً للقانون الإنجليزي فقط، ولهذا الغرض فهو لن يكون معنياً بمدى توافق هذا العقد مع القانون الإماراتي من عدمه.

جاء في نص الحكم:

«٤٤ - وفقاً للقانون الإنجليزي فإن لأطراف العقد كامل الحرية في اختيار القانون الذي يرغبون أن يحكم تعاقدهم، وبالتالي ستحكم المحكمة الإنجليزية في مدى صحة ونفاذ العقد من خلال ذلك القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم تعاقدهم. هذه هي القاعدة العامة في القانون الإنجليزي،

(1) "A Bond Dispute Threatens the Future of Islamic Finance."

وهو كذلك ما نصت عليه لائحة روما الأولى، (the Rome I Regulation)، (2008).

٤٥ - ... وبالتالي فإن كانت اتفاقية المراجعة المحكومة بالقانون الإماراتي غير صحيحة بموجب القانون الإماراتي، فإن المحكمة الإنجليزية ستعتبرها كذلك، ولن تقوم بإنفاذها، وكذلك الشأن لو كانت اتفاقية البيع محكومة بالقانون الإماراتي فلن تقوم المحكمة الإنجليزية بإنفاذ تلك الاتفاقية.

٤٦ - وبنفس المبدأ، فإن كان العقد محكوماً بالقانون الإنجليزي، فإن القانون الإنجليزي هو الذي سيقدر ما إذا كان العقد صحيحاً وناظداً أو لا؟

٤٧ - وكما سبقت الإشارة، فإن اتفاقية (تعهد الشراء) محكومة بالقانون الإنجليزي، وبالتالي فإن القانون الإنجليزي هو الذي سيقدر ما إذا كان (التعهد بالشراء) صحيحاً وناظداً أو لا. إنه من المقبول والقانوني تماماً وفقاً للقانون الإنجليزي ضمان عائد على الاستثمار، والحصول على تعويض عن استخدام الأموال. وبالتالي فإن اتفاقية (التعهد بالشراء) صحيحة وناظدة، بغض النظر عن كونها صحيحة أو غير صحيحة، ناظدة أو غير ناظدة من وجهة نظر قانون دولة الإمارات<sup>(1)</sup>.

(1) Dana Gas PJSC v Dana Gas Sukuk Ltd and others [2017] EWHC 2928 (Comm) (17 November 2017)

## المبحث الثاني

### تحليل الأحكام الصادرة عن المحاكم الإنجليزية

من خلال التأمل في مجموع الأحكام التي انتهت إليها محاكم إنجلترا في القضايا المنظورة أمامها، وفي كيفية تعاطيها مع شرط عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، تظهر جملة من المعطيات:

أولاً: يظهر بوضوح من خلال النظر إلى طبيعة الدعاوى محل الدراسة، أن الاحتجاج أو الدفع بمخالفة أحكام الشريعة، والمطالبة بإنفاذ شرط تقييد القانون الإنجليزي بعدم مخالفة الشريعة الإسلامية، إنما جاء لتبرير التنصل والتهرب من الالتزامات التعاقدية. فبالنظر إلى طبيعة هذه العقود وصيغها المركبة والمعقدة نوعاً ما -مقارنة بالصيغ التقليدية- يلحظ المتأمل أنها صيغ جاءت لتلبية احتياجات المتعاقدين، وتقدم ما يمكن اعتباره حداً أدنى من التوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية. فهذه الهيكلة للعقود جاءت في الأصل لتقدم بديلاً شرعياً عن الصيغ التقليدية -على الأقل في وجهة نظر المجيزين لها- وبالتالي سيكون مفهوماً ذلك الاستغراب الذي أبداه القاضي الإنجليزي في قضية بنك شامل البحريني حين قال: «لا تتوقع المحكمة من الأطراف أن يطلبوا منها الاضطلاع بمهمة الخوض في المسائل الفقهية الشرعية، وتحديد ما هو شرعي أو غير شرعي، خاصة وأن للمصرف هيئة شرعية لمراقبة مدى موافقة عملياته مع رؤية الهيئة».

ثانياً: بحسب القانون الإنجليزي فإن إرادة الطرفين المعبر عنها في العقد تعتبر المرجع الأول الذي سينظر إليه القاضي، ولن يتجاوزوه إلى غيره -حتى

ولو كان القانون - ما دام العقد معبراً بصورة واضحة عن إرادة المتعاقدين. وقد كان واضحاً من البداية أن هذا النوع من العقود تمت صياغته وهيكلته بهذه الصورة المعقدة ليحقق لهم غرضاً محدداً، وتمت صياغة بنود العقد وفقاً لهذا الغرض، وبالتالي فسيكون من غير المفهوم ولا المقبول التنصل من تبعات العقد بحجة مخالفة الشريعة الإسلامية، في عقود تمت صياغتها في الأصل لتجنب مخالفة الشريعة. وكان الاحتجاج أو الدفع بمخالفة الشريعة في تلك القضايا كمن يدفع أمام القضاء بالقول: «بأنني كنت مقتنعاً بمشروعية العقد عند الدخول فيه، ثم تغير رأيي تجاهه وأطالب بإبطال ما ترتب على قناعتي الأولى»، فنحن هنا أمام دفع ومطالبة بإبطال العقد برمته، نتيجة تغير القناعة بمشروعيته، وليس خلافاً نشأ عن العقد أو عن تنفيذه.

ثالثاً: يمكن القول وبدرجة كبيرة من الثقة أن مثل هذه الحجج والدفع المقدمة أمام القضاء الإنجليزي قد لا تكون مقبولة كذلك لو عرضت القضية على قاض مسلم وفي بلد يحكم بالشريعة الإسلامية أو بقوانين مستمدة منها، وذلك لأن تلك العقود لا يمكن الجزم ببطلانها من الناحية الشرعية، وإنما غايتها أن تكون مسائل الخلاف والاجتهاد بين علماء الشريعة المعاصرين، والحقيقة أن تلك الهياكل والصيغ المركبة إنما جاءت لتحقيق الحد الأدنى من المشروعية بحسب ما يراها بعض الفقهاء المعاصرين. وبالتالي فربما يصل القاضي في بلد يحكم بالشريعة الإسلامية إلى النتيجة نفسها التي توصل إليها القاضي الإنجليزي وإن اختلف التسبب، خصوصاً إن لحظ القاضي أن غاية المطالبة وهدفها هو التنصل من الالتزامات التعاقدية<sup>(1)</sup>.

(1) Chuah, "Private International Law - Choice of Law - Islamic Law. Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco and Others." P126

رابعاً: كان من أسباب عدم التفات القضاة إلى الاحتجاج والدفع بمخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، وجود النص في جميع تلك العقود على أن القانون واجب التطبيق هو القانون الإنجليزي بما لا يتعارض مع الشريعة، وهذا يعني - في نظر هؤلاء القضاة - أن العقد الواحد محكوم بنظامين قانونيين مختلفين، وربما متضادين في الوقت نفسه. وهو الأمر الذي اتخذ القضاة سبباً لإعمال القانون الإنجليزي وحده، والإعراض عما ذكره الأطراف من تقييده ذلك القانون بما لا يخالف الشريعة الإسلامية. بل قد ذهب بعضهم إلى أبعد نقطة يمكن تصورهما في هذا السياق، وكان واضحاً تمام الوضوح حين أعلن أنه سيحكم بالقانون الإنجليزي دون سواه، واعتبر أن العقد في حقيقته عقد قرض بفائدة، وهو مشروع بحسب القانون الإنجليزي، وليس ثمت ما يمنع من إنفاذه، وإن كان مخالفاً للشريعة الإسلامية، أصدر حكمه بناء على ذلك<sup>(١)</sup>.

(١) يجادل كولن Colón بأنه يمكن القول بأن هذه النتيجة ليست ضرورية دائماً، فإن النص في العقد على أن قانون دولة ما هو القانون الحاكم ما لم يخالف الشريعة، أو إلى الحد الذي لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية، أو بما لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية، ليس مساوياً تماماً للنص على أن قانونين مختلفين يحكمان عقداً واحداً - كما ذكر القاضي في قضية بنك شامل - بل المقصود منه - كما صرح المستأنفون في قضية بنك شامل - أن الإشارة إلى الشريعة تعتبر تضميناً لأعراف وقواعد التمويل الإسلامية، بما يحتم على محكمة الاستئناف تطبيقها على عقود المرافحة إلا أن محكمة الاستئناف وجدت هذا الاجتهاد والدفع صعب التصور أو القبول مطالبة بتحديد أكثر تفصيلاً فيما يتعلق بالقواعد الشرعية التي يراد إدراجها في العقد.

Colón, "Choice of Law and Islamic Finance." P425-26.

خامساً: بالإضافة إلى إشكالية أن يحكم العقد بنظامين قانونيين مختلفين، أشار بعض القضاة إلى أن حرية المتعاقدين في اختيار القانون واجب التطبيق مقيدة بكونه قانوناً وطنياً أو قانون دولة، وذهبوا - كما ذهب الكثير من قبلهم - إلى أنه لا يمكن اعتبار الشريعة الإسلامية قانوناً وطنياً يمكن الإحالة إليه كقانون واجب التطبيق، اعتماداً منهم على ما جرى عليه العمل في المحاكم الإنجليزية، وما يفهم من اتفاقية ومعاهدة روما في القانون واجب التطبيق على الالتزامات بين المتعاقدين. وبحسب وجهة نظرهم كان يفترض بالمتعاقدين أن يضمنوا عقدهم وينصوا في بنوده على ما يريدون التأكيد عليه من أحكام الشريعة.





## المبحث الثالث معاهدة ولائحة روما بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

يعتبر موضوع تنازع القوانين من أهم المواضيع التي يعالجها القانون الدولي الخاص، باعتباره المرجع الوحيد لمعالجة مشكلة القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية الخاصة المشتملة على عنصر أجنبي، فمثل هذه العلاقات تخرج عن نطاق القانون الداخلي لتدخل في نطاق القانون الدولي الخاص لاحتوائها على عنصر أجنبي واحد على الأقل، وبالتالي ارتباطها بأكثر من نظام قانوني.

وعند النظر في المعاملات المالية الإسلامية الدولية نجدها لا تخرج عن هذا التصنيف، إلا أنها تزيد عليها نوعاً من الخصوصية، فبالإضافة إلى القانون الوطني المختار قانوناً واجب التطبيق، يأتي اشتراط كونه متوافقاً أو غير متعارض مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية<sup>(1)</sup>.

إن فكرة حق الأطراف المتعاقدة على اختيار القانون الذي يحكم ذلك العقد أو جزء منه تعد فكرة قديمة في جذورها، تبلورت وتشكلت في صورتها الحالية مع نهاية القرن التاسع عشر، ومنذ ذلك الحين ظهرت مجموعة من

(1) Chuah, "Private International Law - Choice of Law - Islamic Law. Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco and Others." P3-4.

المعاهدات والاتفاقيات التي تنظم تلك الفكرة، منها على مستوى الاتحاد الأوروبي: معاهدة روما القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية<sup>(1)</sup>.

Rome Convention on the law applicable to contractual obligations 1980

ولائحة القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (روما

الأولى) ٢٠٠٨م<sup>(2)</sup>

Regulation on the law applicable to contractual obligations (Rome I) 2008

التي حلت محل معاهدة روما وتعتبر تعديلاً لها. وقد كان السؤال فيما يخص دراستنا هو مدى انطباق المواد المتعلقة بحرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على الشريعة الإسلامية؟ وكيف تعاملت المحاكم الإنجليزية مع اشتراط المتعاقدين أن يكون العقد محكوماً بالقانون الإنجليزي بما لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية وفقاً لهذه المعاهدة واللائحة التي حلت محلها لاحقاً.

قد يجادل البعض<sup>(3)</sup> بأن لائحة روما الأولى (٢٠٠٨م) The Rome I جاءت

بتعديل بعض المواد في معاهدة روما (١٩٨٠م) the Rome Convention بما يسمح بأن تكون الشريعة الإسلامية هي القانون المختار لفض النزاع.

(1) Rome Convention on the law applicable to contractual obligations (1980), opened for signature in Rome on 19 June 1980, Official Journal C 027 , 26/01/1998 P. 0034 – 0046.

(2) REGULATION (EC) No 593/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).

(3) Colón, "Choice of Law and Islamic Finance." P425-426.

## ففي المادة ١ (١) من معاهدة روما Rome Convention نجد النص على

قوانين بلدان مختلفة:

Article 1 (1) The rules of this Convention shall apply to contractual obligations in any situation involving a choice between the laws of different countries.

مادة ١ (١) تطبيق قواعد هذه المعاهدة على جميع الالتزامات التعاقدية في الحالة التي يوجد فيها اختيار بين قوانين بلدان متعددة.

## بينما جاءت المادة ١ (١) من لائحة روما Rome I من غير إشارة إلى

«بلدان مختلفة»:

Article 1 (1) This Regulation shall apply, in situations involving a conflict of laws, to contractual obligations in civil and commercial matters.

مادة ١ (١) تطبق هذه اللائحة على الالتزامات التعاقدية في القضايا المدنية والتجارية، في الحالات التي تتضمن تنازع قوانين.

## إلا أن هذا الفهم سرعان ما يصطدم بما ورد في المادة ٣ (٣) من لائحة

روما Rome I، حيث بقيت بنفس المعنى الذي يحيل إلى قانون بلد بعينه،

حيث النص التالي:

Article 3 Freedom of choice:

(1) A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract.

مادة ٣ حرية الاختيار:

(١) سيكون العقد خاضعاً للقانون الذي يختاره الطرفان. ويجب أن يتم الاختيار بشكل صريح، أو بشكل واضح من خلال شروط العقد أو ظروف القضية. وباختيارهم ذلك يمكن للأطراف تحديد القانون المطبق على العقد كله أو على جزء منه فقط.

(3) Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of the parties shall not prejudice the application of provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by agreement.

(٣) عندما تكون جميع العناصر الأخرى ذات الصلة وقت اختيار [القانون] كائنة في بلد آخر غير البلد الذي تم اختيار قانونه، فإن اختيار الأطراف يجب ألا يؤدي إلى الإخلال بقانون تلك الدولة الأخرى، والذي لا يمكن الانتقاص منه بالاتفاق.

وهذه المادة بهذه الصيغة ستؤدي نفس النتيجة التي استخدمها القاضي في قضية بنك شامل.

ونلاحظ هنا الاستخدام المستمر لصيغة المفرد من كلمة «قانون» مما يوحي بأن تلك النصوص التي تنص على: «أن العقد محكوم بالقانون الإنجليزي بما لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية» سوف ينظر إليها على أنها بنود تنتهك القاعدة القائلة بأن نظاماً واحداً فقط من القانون هو الذي يجب أن يحكم العقد.

من ناحية أخرى، ربما تعطي الفقرة (١٣) من ديباجة وحيثيات لائحة روما I الانطباع بأنها منفتحة على القوانين غير الوطنية non-state laws التي قد يفهم منها البعض شمولها للإحالة إلى قواعد الشريعة الإسلامية. Recital 13: this Regulation does not preclude parties from incorporating by reference into their contract a non-state body of law or an international convention. الحثية ١٣: هذه اللائحة لا تمنع الأطراف من أن يضمنوا عقدهم الإحالة إلى قوانين غير وطنية أو معاهدات دولية.

وبالرغم من هذا الإيحاء إلا أنه وبالنظر إلى النقاشات التحضيرية وتاريخ الجدل التشريعي حول هذه اللائحة، فمن شبه المؤكد أن المعنى المقصود هو

السماح بتضمين العقد قواعد وأحكام مستمدة من قوانين غير حكومية، ولا يظهر أن المقصود هو أن يكون القانون الحاكم للعقد قانوناً غير وطني.

فقد كان اقتراح المفوضية الأوروبية - التي قامت بإعداد تلك القواعد- هو في المقام الأول هو محاولة السماح باختيار قانون غير وطني ليكون القانون المختار ليحكم العقد بناء على اتفاق الأطراف مثل مبادئ عقود التجارة الدولية الصادرة عن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (UNIDROIT) ومبادئ قانون العقود الأوروبي، وربما قانون العقود الأوروبي. لكن هذه الخطوة فشلت في حشد الدعم الكافي لتمريرها<sup>(1)</sup>.

ويؤيد ذلك ما يفهم من الفقرة (١٦) من ديباجة اللائحة أن قواعد تنازع القوانين يجب أن تؤدي إلى أن يكون القانون واجب التطبيق قابلاً للتنبؤ بدرجة كبيرة، وألا يكون خاضعاً لتعدد التفسيرات. وهو ما أشار إليه القاضي في قضية بنك شامل البحريني، ففي ديباجة اللائحة جاء النص التالي:

16. To contribute to the general objective of this Regulation, legal certainty in the European judicial area, the conflict-of-law rules should be highly foreseeable. The courts should, however, retain a degree of discretion to determine the law that is most closely connected to the situation.

١٦. للمساهمة في تحقيق الهدف العام لهذه اللائحة، وللوضوح القانوني في المنطقة القضائية الأوروبية، فيجب أن تكون قواعد تنازع القانون متوقعة للغاية. ومع ذلك، ينبغي أن تحتفظ المحاكم بدرجة من السلطة التقديرية لتحديد القانون الأكثر ارتباطاً بالحالة.

(1) Follak, "ANALYSIS: SHARI'AH CLAUSES IN FINANCIAL CONTRACTS." P 2.

وبهذا يمكن أن نتفق مع ما خلص إليه بعض الباحثين من أن لائحة روما I Regulation لم تقدم مزيد تطوير ولم يتم تحسينها بشكل يسمح بأن تكون مبادئ وقواعد الشريعة الإسلامية هي القانون الحاكم بحسب اتفاق الأطراف<sup>(1)</sup>.

وأخيراً فإنه بخروج بريطانيا من الاتحاد الأوروبي، وما سوف يتبعه من تحلل إنجلترا من التزاماتها المفروضة بموجب قوانين الاتحاد الأوروبي، فإن الاستفادة من لائحة روما سيكون محل تساؤل وشك كبير عند اختيار إنجلترا محلاً للتحاكم، حتى على افتراض أوسع التفسيرات التي يمكن أن تجعل من الشريعة الإسلامية قانوناً حاكماً للعقد. وستبقى السوابق القضائية الإنجليزية وحدها الحكم في مدى إعمال قواعد الشريعة الإسلامية في عقد محكوم بالقانون الإنجليزي، وهذه السوابق كما رأينا لا تخدم وجهة النظر المتفائلة.

ونحن هنا نحاول توقع بِمَ سوف يحكم به القضاء الإنجليزي من واقع السوابق القضائية في مثل هذه المنازعات، فالهدف هو خدمة للمتعاقدين بالدرجة الأولى حتى يمكنهم توقع نتيجة اشتراطهم ومدى تحقيقه لمرادهم، وهذا لا يعني إطلاقاً التسليم بما توصل إليه القاضي، ولا سلامة المنطق القانوني الذي استند إليه، فقد وجهت انتقادات عديدة لهذا الإغفال المتعمد لكونه يتجاهل إرادة الأطراف ومبدأ حريتهم في اختيار القانون الحاكم، ويغفل عن واقع التجارة الدولية، كما يتعارض مع قوانين التحكيم في العديد

(1) Chuah, "Impact of Islamic Law on Commercial Sale Contracts – A Private International Law Dimension in Europe." P194-195.

من بلدان العالم<sup>(1)</sup>. كما أنه تجاهل أنه يمكن اعتبار الشريعة قانوناً وطنياً كما هو مطبق في المملكة العربية السعودية وغيرها من بلدان المنطقة التي تنص على استمداد قوانينها من الشريعة الإسلامية مثلاً.



- (1) Marrella, "The New (Rome I) European Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations: What Has Changed?" p 89-90; Chuah, "Impact of Islamic Law on Commercial Sale Contracts – A Private International Law Dimension in Europe." P194-195.

## الخاتمة والنتائج

من خلال استعراض وتحليل الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الإنجليزية وفي فترات مختلفة وقضايا متعددة اتضح جلياً أن اشتراط كون العقد محكوماً بالقانون الإنجليزي مع تقييده بما لا يخالف الشريعة الإسلامية لن يكون منتجاً لآثاره المتوخاة فيما يتعلق بالالتزام الشرعي. ونتيجة لهذا التوجه لدى المحاكم الإنجليزية، ولما بدا من وجود ظاهرة لدى البعض من محاولات للتنصل من الالتزامات التعاقدية بحجة مخالفة الشريعة فقد اتجهت الكثير من مكاتب المحاماة عند صياغة عقود التمويل والتجارة الدولية إلى محاولة تجنب أي إشكال مستقبلي يمكن أن ينشأ من خلال الدفع بمخالفة الشريعة الإسلامية.

بل إن الأمر تعدى إلى أكثر من ذلك، حيث صار شائعاً اليوم تضمين تلك العقود ما اصطلح عليه «بالتنازل عن الدفع بعدم مخالفة الشريعة»  
"waiver of Shariah defence".

ويقصد به أن ينص الطرفان في الاتفاقية أنه في حال حصول خلاف فإنهما يوافقان على تجنب واطراح أي احتجاج أو دفع بعدم صلاحية العقد أو أحد شروطه من الناحية الشرعية. وهي محاولة لتجنب ما تكرر الدفع به أمام المحاكم الغربية من الاحتجاج بعدم التوافق مع الشريعة الإسلامية تهرباً من أداء الالتزامات التعاقدية<sup>(1)</sup>.

(1) Bälz, Sharia Risk? p 23.



ونتيجة لهذه النتائج فسيكون من المتحتم على الأطراف عند صياغة عقودهم وتحرير شرط القانون واجب التطبيق مراعاة تلك النتائج والأحكام القضائية التي سيكون من الصعوبة على أي قاض لاحق يمكن أن ينظر في قضايا مشابهة الوصول لأحكام مغايرة فيما يتعلق بشرط مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية. وبناء عليه يتعين على الأطراف عند صياغة عقودهم وتحرير شرط القانون واجب التطبيق مراعاة ما يلي:

أولاً: يمكن أن يكون اختيار بند «القانون واجب التطبيق» بمثابة تعبير مختصر عن كل ما يريده الطرفان مما ليس بمنصوص عليه في العقد. ومع ذلك، فإن بند «القانون واجب التطبيق» له حالة خاصة وفريدة في المعاملات المتوافقة مع الشريعة الإسلامية. فليس مطلوباً من الأطراف في المعاملات المتوافقة مع الشريعة الإسلامية التخلي عن بند القانون واجب التطبيق، ولا التخلي عن التعاقد عند إصرار أحد الأطراف على اختيار نظام قانوني راسخ، وذو تقاليد مشهود لها، كقانون إنجلترا مثلاً<sup>(1)</sup>.

وبما أن مقصود الأطراف من العقد متجه إلى أن يكون متوافقاً مع الضوابط الشرعية، فإنه يتحتم عليهم عدم الاعتماد كلياً على بند «القانون واجب التطبيق» وإنما يلزمهم فوق ذلك النص بالتفصيل على تفضيلاتهم واختياراتهم، وكل ما يودون تضمينه مما يتعلق بالالتزام الشرعي، بما في

(1) Weintraub, Commentary on the Conflict of Laws, p 534-35. See also: See Ahmad Lufti Abdull Mutalip, Practical Legal Issues in Islamic Banking, MALAYSIAN ISLAMIC FIN. MONTHLY, Apr. 2008, p 21, 22, <http://www.mifmonthly.com/pdf/2008/April.pdf>

ذلك النص على استبعاد ما يغلب على الظن وقوعه في مثل هذه العقود، مثل الفوائد على الديون.

ويمكن تجنب هذا المحذور من خلال النص في العقد على اتفاق الأطراف على الإسقاط والتنازل عن أي فوائد ربوية ناتجة عن تنفيذ العقد أو الإخلال به أو من خلال أي حكم قضائي أو قرار تحكيمي، كأن يقال:

Notwithstanding any other law, the Parties agree that the principle of transacting or imposing interest (whether taking or giving) is prohibited and in violation of the principles of Islamic Shariah, and therefore, this Agreement – including any of its provisions – shall not include interest whatever name or under whatever justification (including the debit payment delay fines) and none of its provisions shall be interpreted as such, and therefore, the parties have agreed that any interest imposed by virtue of any judgment, or interpretation, or otherwise, shall be waived completely, even if any judgment awards any such interest.

بغض النظر عن أي قانون آخر يقر الطرفان ويوافقان على أن مبدأ التعامل بالفائدة الربوية أخذاً أو إعطاءً محظور ومخالف لأحكام الشريعة الإسلامية، وعليه فلا تشتمل هذه الاتفاقية - ولا يجوز أن تشتمل في أي نص منها - على فائدة ربوية أياً كان اسمها أو تبريرها بما في ذلك غرامات التأخير، ولا يفسر أي نص منها بذلك، ولا يفسر أي نص منها بذلك، وقد التزم الطرفان بإسقاط أي فائدة ربوية يجري إقرارها بحكم أو تفسير أو غيرهما، وقد تنازل الطرفان تنازلاً نهائياً عن مطالبة أحدهما الآخر بتلك الفائدة فيما لو حكم بها.

ثانياً: ينصح - ما أمكن - أن يكون الاختصاص القضائي موضوعاً ومكاناً للدول التي تحكم بالشريعة الإسلامية أو تستمد قوانينها من الشريعة الإسلامية، سواء اختار الأطراف تسوية النزاع عن طريق القضاء أو التحكيم. فبالإضافة إلى التأكد من سلامة تطبيق قواعد ومبادئ الشريعة الإسلامية، فإن ذلك سيخفف من آثار افتقاد القوانين للكثير من المصطلحات والعقود التي بنيت عليها تلك التمويلات، كمصطلحات الربا، والغرر، والمرابحة،

والاستصناع... إلخ، مما قد يؤدي إلى إعمال القاضي الغربي لقواعد مخالفة تماماً لمراد المتعاقدين.

ثالثاً: إذا لم يمكن إسناد الاختصاص المكاني والموضوعي -قضاء أو تحكيمياً- لأحد البلدان التي تحكم بالشريعة الإسلامية، وفضل أحد الأطراف أن يكون الاختصاص المكاني لأحد الدول الغربية كإنجلترا مثلاً، فينصح باختيار التحكيم وسيلة لفض النزاع بينهم، وأن يكون القانون الموضوعي الواجب التطبيق هو الشريعة الإسلامية، ولتجاوز ما قد يثيره البعض من تعدد التفسيرات للشريعة الإسلامية، فيتم النص على أن يكون القانون الموضوعي الواجب التطبيق هو الشريعة الإسلامية، بحسب أحد التفسيرات المعتمدة، إما من خلال التطبيق كقانون وطني لأحد الدول الإسلامية التي تستمد قوانينها من الشريعة الإسلامية، أو من خلال الإحالة إلى أحد التفسيرات التي تحظى بموثوقية عالية واجتهاد جماعي، مثل قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، أو «المعايير الشرعية» الصادرة عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI).

وحتى في حال كون القانون الحاكم هو القانون الإنجليزي فقد أثبتت الممارسة الفعلية بأن التحكيم في المنازعات المالية الإسلامية يعتبر أكثر مرونة من القضاء في تعاطيه مع شرط عدم مخالفة الشريعة الإسلامية، وقد دلت التجارب التحكيمية على أن الحاجز المنطقي الذي يمنع القاضي من إخضاع قانون وطني لمبادئ الشريعة الإسلامية ليس حتمياً، كما أنه ليس عملية معقدة يصعب تنفيذها، ذلك أنه يمكن اعتبارها بمثابة أعراف تجار التمويل

الإسلامي *lex mercatoria* و قد اعتادت أكثر مراكز التحكيم التي تنظر في النزاعات الناشئة عن التمويل الإسلامي على إعمال شرط المتعاقدين وتحقيق غرضهم من اشتراط التوافق مع قواعد الشريعة وعدم إهمال شرطهم في اختيار القانون الموضوعي الحاكم<sup>(1)</sup>.

رابعاً: عند إسناد الاختصاص القضائي لأحد البلدان الغربية كإنجلترا مثلاً، فيجب التأكد من النص بوضوح على أن يكون القانون الموضوعي واجب التطبيق هو قانون واحد، وليس القانون الإنجليزي بشرط عدم مخالفة الشريعة. وذلك من خلال النص على أن يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون «وطني» لأحد الدول التي تحكم بالشريعة أو تستمد قانونها منه، كأن ينص على أن القانون الواجب التطبيق هو قانون المملكة العربية السعودية أو القانون الأردني أو القانون الإماراتي.

والحمد لله أولاً وآخراً.

(1) Colón, "Choice of Law and Islamic Finance," p 424.

## المراجع :

١. الفعر، حمزة بن حسين، حكم اشتراط التحاكم إلى القوانين الوضعية في العقود التجارية، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته العشرين المنعقدة بمكة محرم ١٤٣٢هـ.
٢. النشمي، عجيل جاسم، الحكم الشرعي في التحاكم إلى القوانين الدولية، بحث مقدم للمؤتمر الثامن للهيئات الشرعية، مملكة البحرين، ٢٠٠٩م.
٣. اللحيان، صالح بن عبدالله، التحاكم للقوانين الوضعية في العقود والمعاملات المالية، بحث مقدم للندوة الفقهية بمصرف الراجحي، الرياض، بحث غير منشور، ٢٠٠٩م.
4. **"A Bond Dispute Threatens the Future of Islamic Finance."**, The Economist, June 1, 2018.
5. **Bälz**, Kilian. Sharia Risk? How Islamic Finance Has Transformed Islamic Contract Law. Occasional Publications 9. Cambridge, MA: Islamic Legal Studies Program, 2008.
6. **Chuah**, Jason. "Impact of Islamic Law on Commercial Sale Contracts – A Private International Law Dimension in Europe." European Journal of Commercial Contract Law 4, no. 191 (December 1, 2010). <https://ssrn.com/abstract=2064966>.
7. **"Private International Law - Choice of Law - Islamic Law. Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco and Others."**, Journal of International Maritime Law, no. 10 (2) (2004).
8. **Colón**, Julio C. "Choice of Law and Islamic Finance." Texas International Law Journal 46, no. 2 (May 31, 2011). <https://ssrn.com/abstract=1856351>.

9. **Follak**, Klaus. "ANALYSIS: SHARI'AH CLAUSES IN FINANCIAL CONTRACTS." westlaw business currents, January 15, 2010. <https://www.mocomila.org/meetings/2012-ri-follak.pdf>.
10. **Gemmell**, Arthur. "Commercial Arbitration in the Islamic Middle East." Santa Clara Journal of International Law 5, no. 1 (2006): 169–93.
11. "**Islamic Finance.**", Accessed October 21, 2020. <https://www.worldbank.org/en/topic/financialsector/brief/islamic-finance>.
12. **Marrella**, Fabrizio. "The New (Rome I) European Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations: What Has Changed?" CC International Court of Arbitration Bulletin 19, no. 1 (2008).
13. **Mohamad**, Tun Abdul Hamid, and Trakic Adnan. "Enforceability of Islamic Financial Contracts in Secular Jurisdictions : Malaysian Law as the Law of Reference and Malaysian Courts as the Forum for Settlement of Disputes." International Shari'ah Research Academy for Islamic Finance (ISRA), no. 33 (2012).
14. **Weintraub**, Russell J. Commentary on the Conflict of Laws. 6th ed. University Textbook Series. New York, NY: Foundation Press/ Thomson Reuters, 2010.

