

# لجنة القطاع المالي الإسلامي

باريس - يوروبلاس

PARIS EUROPLACE

تقرير اللجنة في شأن القانون الواجب التطبيق

وتسوية النزاعات الناشئة عن التمويل الإسلامي<sup>1</sup>

21 سبتمبر 2009

---

<sup>1</sup> - أي المقتبسات من هذا التقرير تُلزم بالإشارة إلى النص التالي: "تقرير لجنة عمل باريس يورو بلاس في شأن القانون الواجب التطبيق وتسوية النزاعات الناشئة عن التمويل الإسلامي"، ج. عفاكي (رئيساً)، إ. فضل الله، د. هاشير، أ. بيزار، ف.ك. تران، الصادر بتاريخ 21 سبتمبر، 2009.

## الفهرس

| الموضوع   | رقم الصفحة |
|---|------------|
| 1- مقمة.....  | 5          |
| 2- أعضاء اللجنة.....  | 7          |
| 3- ملخص الاستنتاجات.....  | 8          |
| 4- وثيقة المهمة.....  | 10         |
| 5- التقرير: القانون الواجب التطبيق وتسوية النزاعات المتعلقة بالتمويل الإسلامي أمام المحاكم الفرنسية.....  | 13         |
| 5.1 هل تعتبر قواعد الشريعة المتعلقة بالتمويل الإسلامي قواعد قانونية؟.....   | 13         |
| 5.2 هل يعتبر عقد التمويل الإسلامي الدولي الخاضع لقواعد الشريعة، وفقاً لخيار الأطراف الذي استبعد أيّ قانون وطني، نافذاً أمام المحاكم الفرنسية؟.....  | 13         |
| 5.3 هل يختلف استقبال المحاكم الفرنسية لقواعد الشريعة المطبقة على التمويل الإسلامي بحسب اختيار الأطراف سواء كانت عبارة عن تطبيق قواعد الشريعة دون أي تحديد آخر أو الجمع ما بين الشريعة والقانون الفرنسي (أو قانون أجنبي)؟..... | 15         |

5.4 كيف يمكن للقاضي الفرنسي أن يختار، من بين مصادر الشريعة، القواعد الملائمة للتطبيق

على القضية المعروضة عليه؟.....18

5.5 لدى مواجهتها لتطبيق قواعد الشريعة المطبقة على التمويل الإسلامي، حرّمت المحاكم

البريطانية خيار الأطراف لأطراف الشريعة من أي مفعول. هل يتخذ القاضي الفرنسي

الموقف نفسه؟ إذا اختار أطراف التحكيم، وكان القرار التحكيمي الدولي صادراً بناءً على

قواعد الشريعة مستبعداً قانون أي دولة أو أية قواعد قانونية غير تابعة لدولة معينة، هل تمنح

المحاكم الفرنسية القرار التحكيمي الدولي الاعتراف أو الصيغة التنفيذية؟.....20

5.6 هل يمنع النظام العام الفرنسي الداخلي أو الدولي القاضي الفرنسي من أن يعطي مفعولاً لعقد

تمويل إسلامي خاضع للشريعة؟.....23

6. التوصيات.....28

في ديار الإسلام، كان التحكيم يعتبر دائماً الأسلوب المفضل لتسوية النزاعات. علاوة على ذلك، كان الطريقة المختارة لتسوية إحدى أكبر الأزمات في تاريخ الإسلام. لقد عُيِّن علي، صهر النبي (ص)، في ظروف الخلاف والجدل، الخليفة الرابع بعد مقتل الخليفة عثمان. فاعترض معاوية، والي دمشق، على هذا التعيين، فتقلد السلاح ضد الخليفة الجديد. اجتمع الجيشان في صفين، على ضفاف نهر الفرات، في اليوم الأول من شهر صفر من عام 37 هجري (657 ميلادي). بعد عدة أيام من القتال، تم الاتفاق على هدنة من أجل إحالة النزاع على التحكيم. وقد تم التوصل إلى حل في اليوم الثالث عشر من صفر والذي بموجبه عيّن محكّمان هما أبو موسى الأشعري الذي سماه علي، وعمرو ابن العاص الذي سماه معاوية. اتفق المحكمان على ان يرجع كلُّ منهما من جهته الى القرآن الكريم في مجمله وعلى أن يجتمعا بعد ثمانية أشهر، في اليوم الأول من شهر رمضان، في دومة الجندل، قرب عمان في الأردن، من أجل إصدار القرار. وقد نص الاتفاق التحكيمي على أن القرار ملزم للطرفين. فاز معاوية بالخلافة، وأصبح أمير المؤمنين، وهذه كانت بداية الخلافة الأموية.

**نص مقتبس من الطبري في أحداث سنة 37 هـ**

## 1. المقدمة

1.1 أُلّف مركز باريس يوروبلاس (Paris Europlace) لجنة للنظر في استقطاب التمويل الإسلامي إلى فرنسا. وقد أصدرت هذه اللجنة سلسلة من التوصيات ساهمت في اتخاذ تدابير ضريبية وتشريعية ترمي إلى جعل باريس أكثر اجتذاباً لقطاع التمويل الإسلامي.

1.2 في إطار مهمتها، وبنتيجة اجتماعها في 17 ديسمبر 2008، كلفت لجنة القطاع المالي الإسلامي الدكتور جورج عفاكي، بي.ان.بي باريبا (BNP Paribas)، مهمة النظر في آفاق حل النزاعات المتصلة بالتمويل الإسلامي التي قد تُعرض أمام المحاكم الفرنسية مباشرة أو من خلال إكساء الأحكام الأجنبية أو القرارات التحكيمية صيغة التنفيذ.

1.3 تطرح دراسة القانون الواجب التطبيق وتسوية النزاعات المتعلقة بالتمويل الإسلامي الأسئلة التالية:

- قانونية قواعد الشريعة.
- طريقة تحديد قواعد الشريعة الواجبة التطبيق على عقد معين.
- توافق قواعد الشريعة مع النظام العام الإجرائي أو الموضوعي.

1.4 بغية القيام بهذه المهمة، تمّ تشكيل لجنة في شأن القانون الواجب التطبيق وحلّ النزاعات الناشئة عن التمويل الإسلامي. وقد استفادت اللجنة في مشاوراتها من آراء الشيخ نظام يعقوبي (البحرين)، وهو مفتٍ وفقهه ومستشار في الشريعة لدى العديد من المؤسسات المالية، وكذلك من آراء الرئيس ميشال بايبر (فرنسا)، وهو قاضٍ بالمحكمة التجارية في باريس، الذين تمّ مقابلتهما للجنة بتاريخ 23 مارس، 2008 في باريس.

يهدف هذا التقرير إلى عرض النتائج التي توصل إليها اللجنة.

1.5 لا شيء في هذا التقرير يجب أن يتم تفسيره على أنه ينتقص من حياد باريس يوروبلاس بالنسبة إلى خيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق أو المحكمة المختصة في الفصل في عقود التمويل الإسلامي. هذا و لا تتوي باريس يوروبلاس إبداء الرأي أو تبني أي من الآثار المترتبة على اختيار الأطراف أو أي من الصيغ العقدية المشار إليها في هذا التقرير.

## 2. أعضاء اللجنة

الرئيس:

الدكتور جورج عفاكي، عضو اللجنة التنفيذية والمسؤول عن عمليات التمويل، الدائرة القانونية،

بي ان بي باريبا (BNP Paribas).

الأعضاء:

- الدكتور ابراهيم فضل الله، أستاذ فخري في جامعة باريس الغربية-نانتير لا ديفانس.
- الدكتور دومينيك هاشير، رئيس غرفة في محكمة الاستئناف في Reims وأستاذ مساعد في جامعة باريس الأولى (بانثيون- السوربون).
- أليس بيزار، مستشارة في محكمة التمييز.
- الدكتور فرنسوا كزافييه تران، أستاذ في جامعة باريس الغربية- ناننتير لا ديفانس.

أمانة السر:

- نادية مجري، طالبة دكتوراه في جامعة باريس الأولى (بانثيون-السوربون).

### 3. ملخص الاستنتاجات

في هذا التقرير، توصلت اللجنة في شأن القانون الواجب التطبيق وتسوية النزاعات المتعلقة بالتمويل الإسلامي إلى النتائج التالية:

1- تُعتبر قواعد الشريعة المتعلقة بالتمويل الإسلامي قواعد قانونية. وبناءً عليه، يجب أن تقضي

المحاكم الفرنسية بنفاذها عندما يكون الأطراف قد اختاروا بأن تحكم الشريعة عقد التمويل الدولي المبرم فيما بينهم. يرتكز هذا النفاذ على مبدأ سلطان الإرادة الذي يأخذ كافة أبعاده بفضل الاجتهاد

المتميّز للمحاكم الفرنسية فيما يتعلق بتطبيق القواعد القانونية غير التشريعية في العقود الدولية.

2- عند الاعتراف بقانونيتها، تُطبّق المحاكم الفرنسية قواعد الشريعة التي اختارها الأطراف على

العقد الدولي للتمويل الإسلامي المبرم، في حال أُحيل النزاع الناشئ عن هذه العقود الدولية إليها

مباشرة. كذلك تعترف المحاكم الفرنسية بقواعد الشريعة المتعلقة بالتمويل الإسلامي في حال طُلب

منها اتخاذ قرار في شأن الاعتراف أو منح الصيغة التنفيذية لقرار تحكيمي دولي أو حكم أجنبي

طبّق هذه الأحكام.

تتمتع باريس بميزة في هذا المجال بالنسبة إلى باقي المراكز المالية الأجنبية المنافسة التي لا

تُظهر انفتاحاً مماثلاً.

3- يتّبع تحديد مضمون قواعد الشريعة التي تطبق على حالة معينة نفس المنهجية المطبّقة حالياً من

قبل المحاكم الفرنسية لتحديد المضمون ذي الصلة من القانون الأجنبي الذي اختاره أطراف العقد.

وعلى الأطراف، بمساعدة من الخبراء، المساهمة في هذا التحديد. إن تقنين قواعد الشريعة



المطبقة على التمويل الإسلامي من قبل هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية سوف يسهل كثيراً عملية التحديد هذه.

4- لا يمكن أن تؤدي فعالية اختيار تطبيق الشريعة على التمويل الإسلامي في النظام القانوني الفرنسي إلى استبعاد القواعد الأمرة التي تطبقها المحكمة المطروح عليها النزاع. غير أنه في حال التنازع، لا تستبعد من قواعد الشريعة إلا تلك التي تتعارض مع القواعد الأمرة، دون إثارة الشك حول فعالية اختيار الشريعة من قبل أطراف العقد وتطبيق المحاكم لهذه القواعد.

5- بعد البحث، لا تظهر قواعد الشريعة المتعلقة بالمعاملات التي يمكن أن تطبق على التمويل الإسلامي أي تعارض مع النظام العام الفرنسي الموضوعي. على وجه الخصوص، إن تحريم الربا، والمضاربة والغرر وعدم تحديد موضوع العقد، الذي يشكل ركيزة التمويل الإسلامي، لا يتعارض مع النظام العام. على العكس، فإن تجاهل الحكم الذي قد تصدره إحدى المحاكم الفرنسية لإحدى هذه الركائز قد يؤدي إلى حرمان العقد الذي نشأ النزاع عنه من صفة توافقه مع الشريعة. كما قد يؤثر ذلك سلباً على اجتذاب باريس للتمويل والاستثمارات الإسلامية.

#### 4. وثيقة المهمة

4.1 حدّدت اللجنة وثيقة مهمتها بمعالجة والرد على النقاط الستة التالية:

- 1- هل تعتبر قواعد الشريعة المتعلقة بالتمويل الإسلامي قواعد قانونية؟
- 2- هل يعتبر عقد التمويل الإسلامي الدولي الخاضع لقواعد الشريعة، وفقاً لخيار الأطراف الذي استبعد أيّ قانون وطني، نافذاً أمام المحاكم الفرنسية؟
- 3- هل يختلف استقبال المحاكم الفرنسية لقواعد الشريعة المطبقة على التمويل الإسلامي بحسب اختيار الأطراف تطبيق قواعد الشريعة دون أي تحديد آخر أو الجمع ما بين الشريعة والقانون الفرنسي (أو قانون أجنبي)؟
- 4- كيف يمكن للقاضي الفرنسي أن يحدّد، من بين مصادر الشريعة، القواعد الملائمة للتطبيق على القضية المعروضة عليه؟
- 5- لدى مواجهتها لتطبيق قواعد الشريعة على التمويل الإسلامي، حرّمت المحاكم البريطانية خيار الأطراف لقواعد الشريعة من أي مفعول. هل يتخذ القاضي الفرنسي الموقف نفسه؟ في حال اختار الأطراف التحكيم، وكان القرار التحكيمي الدولي صادراً بناءً على قواعد الشريعة مستبعداً قانون أي دولة أو أية قواعد قانونية غير تشريعية، هل يمنح القرار التحكيمي الدولي الاعتراف أو الصيغة التنفيذية من قبل المحاكم الفرنسية؟
- 6- هل تتضمن الشريعة، في أحكامها المطبقة على المعاملات المرتبطة بالتمويل الإسلامي (بالمقارنة مع الأحكام المطبقة على العبادات) قواعد متعلقة بأساس النزاع أو بالإجراءات تتعارض مع النظام العام الفرنسي؟

## 4.2 بادئ ذي بدء، يجب إيداء ملاحظتين:

(1) يتناول هذا التقرير حصراً عقود التمويل الدولية، وليس العمليات المتعلقة بمصارف التجزئة، عاكساً بذلك نطاق الاختصاص الذي اختارته لجنة القطاع المالي الإسلامي في باريس يوروبلاس.

(2) لقد قصرت اللجنة مهمتها فقط على النزاعات التي تعرض على القضاء أو التحكيم، لأنها الوحيدة التي يمكن أن ينظر فيها القاضي الفرنسي. مع ذلك، من الجدير بالذكر الإشارة في هذه المرحلة إلى أهمية الوسائل السلمية لحل النزاعات في الإسلام بعيداً عن المحاكم. في الواقع فإن الصلح، الذي أوصت به عدة سور من القرآن الكريم<sup>2</sup>، يحتل مكانةً مهمة في طرق حل النزاعات خصوصاً بالنظر إلى التنظيم القبلي للمجتمع الذي شهد ولادة الإسلام. فمن شأن وساطة المصلح أن تضع حداً سريعاً للنزاعات بين القبائل وتسمح بتأمين تعايش سلمي بصرف النظر عن النزاع القائم أصلاً. طوال العهد العثماني، بقي اللجوء إلى الصلح منتشراً سواء في نقابات الحرفيين وتجار المدن (وهو إجراء يجري عموماً تحت رعاية الشهبندر) أو بين القبائل البدوية في شبه الجزيرة العربية. كما لا يزال يستخدم على نطاق واسع في أيامنا هذه، شأنه شأن الطرق البديلة لتسوية النزاعات المعروفة في فرنسا. يستند الصلح أساساً إلى إساس تعاقدية: يجب على الأطراف أن يكونوا قد وافقوا على وساطة وسيط لإنهاء الخلاف بينهم. وغالباً ما يتفق أيضاً الأطراف مسبقاً على الالتزام برأيه. في الأصل، كانت الأعراف القبلية وأهمية محافظة المتخاصمين على سمعتهم تجاه أقرانهم، تؤدي دور الإقناع اللازم لضمان الامتثال الطوعي

<sup>2</sup> - سورة الحجرات، آية 9، سورة النساء، آية 128.

لتوصية الوسيط. ويؤمن حالياً بقاء هذه الأعراف في التجمعات المهنية في العديد من المجتمعات الإسلامية تنفيذاً طوعياً مرضياً جداً.

على غرار العديد من العقود الدولية الأخرى، تُدرج عقود التمويل الإسلامية طرقاتاً سلمية لتسوية النزاعات، عادةً بشكلٍ موازٍ أو سابقٍ لشرط أو بند الاختصاص القضائي المتعارف عليه. وقد اعترفت المحاكم الفرنسية بفعالية هذا الخيار الناشئ عن إرادة الأطراف، وفرضت احترامه عند الحاجة عن طريق ردّ دعوى قضائية في حال عدم احترام بشكلٍ مسبقٍ لمرحلة الوساطة المتفق عليها<sup>3</sup>.

وهذا يشكل ميزة إضافية لمركز باريس المالي.

---

<sup>3</sup>- محكمة النقض، الغرفة المدنية الأولى، 9 ابريل 2009، تمييز B08-10.866 "لا يمكن للمحكمة أن تتدخل إلا في حالة فشل أو رفض الوساطة؛ ولا يمكن للمدعي أن يرفض مسبقاً إجراءات الوساطة التي لم تنفذ بعد".

5- التقرير: القانون الواجب التطبيق وتسوية النزاعات المتعلقة بالتمويل الإسلامي أمام المحاكم الفرنسية.

5.1 هل تعتبر قواعد الشريعة المتعلقة بالتمويل الإسلامي قواعد قانونية؟

5.1.1 رداً على هذا السؤال، أجابت اللجنة بالإجماع بالإيجاب. على الرغم من أنها ليست تشريعاً، على الأقل بمعنى التقنين الذي تتميز به الأنظمة القانونية المدنية، تشكل قواعد الشريعة المتعلقة بالتمويل الإسلامي قواعد تحكم السلوك الاجتماعي، عامة ومجردة، ملزمة وقابلة للإقرار والتنفيذ الملزم من قبل المحكمة. وتنتج هذه القواعد آثاراً قانونية ملزمة للأشخاص الذين يختارون الالتزام بها. ومجمل ما سبق يُعتبر المعايير التقليدية التي تسمح باستنتاج الطبيعة القانونية لقواعد الشريعة المتعلقة بالتمويل الإسلامي.

5.2 هل يعتبر عقد التمويل الإسلامي الدولي الخاضع لقواعد الشريعة، وفقاً لخيار الأطراف، الذي استبعد أيّ قانون وطني، نافذاً أمام المحاكم الفرنسية؟

5.2.1 يمكن للمحاكم الفرنسية أن تنظر في النزاعات المتصلة بالعقود الدولية للتمويل الإسلامي من بابين:

- إما مباشرة، من خلال تطبيق القواعد العامة للاختصاص المكاني (على سبيل المثال، وفقاً لمكان إقامة المدعى عليه)، أو الخاصة المتعلقة بالنظر في موضوع النزاع (على سبيل المثال، وفقاً لمكان تنفيذ العقد، وموقع العقار، الخ)، أو بالرجوع إلى بند تحديد المحكمة المختصة،

- أو بصورة غير مباشرة، من باب الاعتراف أو تنفيذ حكم صادر في الخارج أو قرار تحكيمي صادر في شأن عقد دولي خاضع للشريعة.

5.2.2 ترى اللجنة أن النتيجة الطبيعية لاعتراف المحاكم الفرنسية بالطبيعة القانونية لقواعد الشريعة المتعلقة بالتمويل الإسلامي، أن تعطي مفعولاً في العقود الدولية. وعند قيامها بذلك، على المحاكم أن تتبع المنطق الذي أدى إلى إنفاذ أعراف التجارة الدولية (Lex mercatoria) بصفتها قواعد قانونية غير تشريعية حين يختارها أطراف العقد الدولي<sup>4</sup>. كما تلاحظ اللجنة أنه يمكن أيضاً تطبيق الشريعة كقانون دولة وحتى كقانون من عدة قوانين دولة، إذا اختار الأطراف قانوناً وطنياً أو أكثر يعترف بالشريعة كمصدر تشريعي رئيسي على غرار قانون المملكة العربية السعودية، السودان أو باكستان على سبيل المثال.

5.2.3 يستند إنفاذ المحاكم الفرنسية لخيار الأطراف للشريعة في عقد التمويل الدولي على أساس مبدأ سلطان الإرادة. أخذ هذا المبدأ بعداً واسعاً في الاجتهاد الذي رحّب به بشكل خاص عندما تعلّق الأمر بالعقود الدولية. ويتجلى هذا الترحيب بطابعين متكاملين: حرية اختيار قانون غير قانون القاضي، وحرية اختيار قانون غير قانون الدولة. في الواقع، إن نظام الاتحاد الأوروبي رقم 2008/593 حول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (نظام روما I) يسمح، بلا قيد أو شرط، لأطراف العقد الذي يشتمل على عنصر أجنبي أن يخضعوا العقد المبرم بينهم لقانون

---

<sup>4</sup> - من بين الاجتهادات الغنية للمحاكم الفرنسية التي اعترفت بفعالية خيار Lex Mercatoria كقانون واجب التطبيق، يرجى مراجعة باريس، 12 يونيو 1980 (النقطة الثانية) 1981 Rev.Arb.، ص 292، obs. Couchez؛ نقض 9 ديسمبر، 1981، Rev.arb.، ص. 183، obs. Couchez؛ نقض غرفة ثانية، 9 ديسمبر 1981 Bulletin رقم 212؛ باريس 19 ديسمبر 1982 (Norsolor) ، 1983 Rev.arb.، ص 472، صُنِّق في حكم نقض منني غرفة أولى، في 9 أكتوبر 1984، Bulletin رقم 248 باريس 13 يوليو 1989 (Valenciana) ، 1990 Rev.arb.، ص 663، obs. Lagarde، صُنِّق بموجب حكم نقض منني، غرفة أولى، في 22 أكتوبر 1991، 1992 JDI ص 177، obs. Goldman.

أجنبي. هكذا، فقد ذهبت المحاكم الفرنسية إلى أن تفرض على القاضي عند تطبيق القانون الأجنبي البحث في مضمونه بغرض تسوية النزاع وفقاً لهذا القانون، سواء كان الخلاف متعلقاً بحقوق يمكن التعاقد عليها أم لا<sup>5</sup>. لا يتوقف هذا الانفتاح فقط على اعتماد القوانين الوطنية التي اختارها الأطراف لتحكم العقد المبرم بينهما. رداً على الانتقادات التي وُجّهت إلى اتفاقية روما، تاريخ 19 يونيو 1980، في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (اتفاقية روما)، حدّد نظام روما I الجديد في مقدمته في البند 13: "لا يمنع هذا النظام الأطراف المتعاقدين من الإحالة في العقد المبرم بينهم إلى قانون غير قانون الدولة أو إلى اتفاقية دولية". بالتالي، يكون نظام روما (I) قد تبنّى الاجتهاد الفرنسي الذي سبق ورحّب بخيار الأطراف للقواعد القانونية غير الخاصة بالدولة لكي تحكم العقد الدولي المبرم بينهم<sup>6</sup>.

يعطي نفاذ اختيار أطراف العقد الدولي للتمويل الإسلامي في النظام القضائي الفرنسي ميزة لمركز باريس مقارنةً بمراكز أجنبية منافسة والتي لا تظهر محاكمها انفتاحاً مماثلاً تجاه القواعد القانونية غير التشريعية.

5.3 هل يختلف استقبال المحاكم الفرنسية لقواعد الشريعة المطبقة على التمويل الإسلامي سواء اختار الأطراف تطبيق قواعد الشريعة دون أي تحديد آخر أو الجمع ما بين الشريعة والقانون الفرنسي (أو قانون أجنبي)؟

<sup>5</sup> - نقض غرفة أولى مدنية، 18 سبتمبر 2002، 2002 Bulletin، الأول، رقم 202، (للقاضي الذي ينظر في تطبيق القانون الأجنبي أن ينفذه، وعلى وجه التحديد، أن يبحث في مضمونه من أجل بت النزاع بحسب هذا القانون).

<sup>6</sup> - راجع الملاحظة 3 أعلاه.

5.3.1 استعرضت اللجنة عدة أنواع من بنود تحديد القانون الواجب التطبيق التي يمكن إدراجها في عقود التمويل الإسلامي، ويُمكن تصنيفها كما يلي:

5.3.2 البنود الأحادية:

"يخضع هذا العقد لمبادئ الشريعة"<sup>7</sup>.

أو "يخضع هذا العقد لمبادئ الشريعة كما هي واردة في القواعد التي سنتها هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية السارية المفعول بتاريخ توقيع العقد".

5.3.3 البنود المختلطة:

"يخضع هذا العقد للقانون الفرنسي مع مراعاة مبادئ الشريعة المطبقة"<sup>8</sup>.

أو "يخضع هذا العقد للقانون الفرنسي باستثناء ما قد يتعارض فيه مع الشريعة التي تتمتع أحكامها بأولوية التطبيق في هذه الحالة"<sup>9</sup>.

5.3.4 البنود المشتركة:

"يخضع هذا العقد للمبادئ المشتركة ما بين القانون الفرنسي والشريعة"<sup>10</sup>.

5.3.5 إن أكثر البنود شيوعاً من بين البنود المذكورة أعلاه هي تلك التي تخضع عقود التمويل الإسلامي

لقوانين الدولة مع مراعاة قواعد الشريعة، وهي تلك التي أدت في بريطانيا إلى صدور أحكام

<sup>7</sup> – "This agreement shall be governed by the principles of Shari'a"

<sup>8</sup> – "Subject to the principles of the Glorious Shari'a, this agreement shall be governed by and construed in accordance with the law of [State]". Cf. Shamil Bank of Bahrein EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd and others [2004] EWCA Civ. 19, [2004] 4 All ER 1072.

<sup>9</sup> – "This dispute shall be governed by the laws of [State] except to the extent it may conflict with Islamic Shari'a, which shall prevail". Cf. Sanghi Polyesters Ltd (India) v The International Investor KCSC (Kuwait) [2001] Vol 1 Lloyd's LR 480.

<sup>10</sup> – لم يجد أعضاء اللجنة مثلاً على هذا النوع من البنود. غير أنه لا يمكن استبعاده نظراً إلى السوابق في العقود الدولية التي تشير إلى الاختيار المشترك لقانونين وطنيين أو قواعد قانونية تابعة لدولة معينة وغير تابعة لدولة معينة.



قضائية جائرة مثل حكم Beximco<sup>11</sup> والتي وضعت القضاة البريطانيين في موقف حرج أمام هذه الازدواجية. إن أحد الآثار المترتبة على حكم Beximco وعلى حرمان اختيار الشريعة كقانون واجب التطبيق من أي مفعول هو ازدياد عدد البنود التي تُخضع عقود التمويل الإسلامي للقانون الانكليزي فقط، دون الاشارة إلى الشريعة، سواء من باب أصلي أو تبعي أو احتياطي. تتساءل اللجنة في هذه الحالة عن كيفية إثبات توافق العقد موضوع النزاع مع الشريعة حين يخلو العقد من أي إشارة إلى تطبيق قواعد الشريعة أصلاً. إن مثل هذا النهج التقبيدي من شأنه أن يشكل بالتأكيد عائقاً رئيسياً لأي مركز مالي عالمي يسعى إلى جذب رؤوس الأموال الإسلامية.

5.3.6 تجدر الإشارة الى أن العمليات المالية الإسلامية لم تؤد في ممارستها المالية المعاصرة إلا إلى إصدار عدد قليل من الأحكام. إضافة الى أربعة أحكام صادرة عن المحاكم الانكليزية<sup>12</sup>، نظرت المحاكم الماليزية، التي تطبق نظاماً قانونياً علمانياً بالرغم من وجودها في بلد مسلم، في نزاعات

<sup>11</sup> - محكمة الاستئناف البريطانية، منني

Shamil Bank of Bahrein EC v. Beximco Pharmaceuticals Ltd and others [2004] EWCA Civ. 19[2004] 4 ALL ER 1072 .

يرجى مراجعة ،

G. Affaki, *L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif* « La finance islamique à la française », J. Laramée طبعة Bruno Leprince .2008 ، 164 ص

<sup>12</sup> - المحكمة العليا،

Musawi v R E International (UK) Ltd and others, per David Richards J 14 Décembre 2007, [2007] EWHC 2981 (Ch), [2007] All ER (D) 222 (Dec);

محكمة الاستئناف المدنية،

Shamil Bank of Bahrein EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd and others [2004] EWCA Civ. 19, [2004] 4 All ER 1072;

محكمة، Queen's Bench التجارية

Islamic Investment compay of the Gulf (Bahamas) Ltd v Symphony Gems NV and others [2002] EWHC 1; Sanghi Plyesters Ltd (India) v The International Investor KCSC (Kuwait) [2001] Vol 1 Lloyd's LR 480.

حول هذه الأحكام، راجع

G. Affak, *L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif* op.cit.i p.163.

متعلقة بالتمويل الإسلامي<sup>13</sup>. لا تسمح ندرة هذه الحالات بتحديد نوع النزاعات الناشئة عن التمويل الإسلامي على وجه الدقة والتي قد تواجهها المحاكم الفرنسية. غير أنه يلاحظ من دراسة القرارات المشار إليها أن موضوع النزاع يتعلق على الأرجح بتفسير أحكام العقد وتحديد ماهية الالتزامات الناجمة عنه. ومن المستبعد أن يكون على المحكمة الفرنسية أيضاً اتخاذ قرار في شأن المعيارية الدينية لأحكام الشريعة. هذا ما أكدته الشيخ نظام يعقوبي لدى سماعه من قبل اللجنة في 23 مارس 2009.

#### 5.4 كيف يمكن للقاضي الفرنسي أن يحدّد، من بين مصادر الشريعة، القواعد الملزمة للتطبيق على القضية المعروضة عليه؟

5.4.1 على غرار القانون البريطاني القائم على الاجتهادات القضائية (Common Law) والأعراف التجارية (Lex Mercatoria)، لا ينبغي أن يُنظر إلى الشريعة بوصفها مجموعة من القواعد المسبقة الوضع، مقنّنة و تتسم بأنها عامة و مجردة في تطبيقها. يشتمل تطبيق الشريعة أساساً على طريقة استدلالية تُوفّر تحديد القواعد التي تطبق على قضية معيّنة انطلاقاً من مصادر الشريعة.

5.4.2 لقواعد الشريعة المتعلقة بالعقود المالية مصادر متعددة. يُعدّ القرآن الكريم المصدر الأساسي لقواعد الإسلام، والمصدر الثاني هو السنة. وتتطلب الطرق الاستدلالية استخراج القاعدة ذات الصلة من المبادئ العامة للقرآن الكريم والسنة. تسمح هذه العملية، المسماة "الاجتهاد"، للفقهاء ذوي الاختصاص باللجوء إلى أساليب المنطق القياسي أو الاستنتاجي والتي تتمثل بالقياس والاستحسان

---

<sup>13</sup> - تحديداً Affin Bank Berhad v Zulkifli Abdullah [2006] 1 CLJ 438، A.H. Buang، راجع أيضاً G. Affaki, *L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif op.cit.* p.168.

والاستصلاح، من أجل إيجاد القاعدة الواجب تطبيقها على المشكلة. وهكذا تكون لهذه القواعد المستخرجة قوة إلزامية أقوى إذا استفادت أيضاً من إجماع فقهاء الشريعة الإسلامية.

5.4.3 سواء كان بند الشريعة أحادياً أو مختلطاً، ترى اللجنة أنه من أجل تحديد قواعد الشريعة ذات الصلة بمسألة التمويل موضوع الخلاف، يجب على القضاة أو المحكمين أن يتبعوا نفس الأسلوب المنهجي في تحديد المحتوى ذي الصلة من القوانين الاجنبية أو من القواعد القانونية غير التشريعية مثل Lex Mercatoria. ويساهم في هذا التحديد الأطراف وخبرائهم. هذا ما أكده القاضي ميشيل بايير لدى سماعه من قبل اللجنة في 23 مارس 2009.

5.4.4 ينبغي أن يُضاف الى هذا المنهج المساهمة القيمة لمنهج التخيير. تقرّ الشريعة بأن تحديد القاعدة الواجبة التطبيق يجري وفقاً لمنهج استدلالى يسمح للأطراف وقضاتهم باختيار ما يشاؤون من القواعد الناشئة عن اجتهاد هذه او تلك من مدارس الفقه الإسلامى التي من شأنها إضفاء الشرعية على عقدهم، بما فيه إذا لزم الأمر عن طريق اللجوء إلى تجزئة مختلف التزامات العقد وتطبيق اجتهادات مدارس فقهية مختلفة على كل جزء.

5.4.5 يصبح تحديد القاعدة الواجبة التطبيق من الشريعة من قبل القضاة او المحكمين أسهل من خلال تقنين القواعد الإلزامية القانونية والمالية من الشريعة والتي باشرتها هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI)<sup>14</sup>. هكذا، وبفضل هذا التقنين، تكتسب قواعد الشريعة

---

<sup>14</sup> - إن تقنين AAOIFI ليس أول تقنين لأحكام الشريعة المطبقة على المعاملات المدنية والتجارية. في العام 1863، سنتّ الدولة العثمانية "مجلة الأحكام العدلية" التي تشكل قانوناً مدنياً حقيقياً، وفقاً للفقه الحنفي. حول أسباب عدم اتخاذ المجلة كأساس للتقنينات الحديثة لتطبيقات الشريعة على المعاملات المالية، انظر

G. Affaki- *L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif*

المشار إليه أعلاه، ص 156 الحاشية رقم 39.

الواجبة التطبيق على عقود التمويل الاسلامي المزيد من وضوح الرؤية ومن سهولة الوصول اليها. يمكنها في نهاية المطاف أن تؤدي الدور الذي أدته مبادئ UNIDROIT لعقود التجارة الدولية بالنسبة إلى Lex Mercatoria. فضلاً على ذلك، فإن المنهجية الرضائية التي تميّرت بها هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية AAOIFI في تدوين القواعد القانونية الإلزامية المالية للشريعة تزيد من قوتها. في الواقع، عُرِضت المشاريع المتتالية على لجان مختلفة من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية AAOIFI تسمو فوق الاختلافات الفقهية التقليدية لمدارس الفقه الرئيسية وتجمع جميع المعايير التدليلية، سواء من الناحية الجغرافية أو الفقهية. وتكون القواعد المالية للشريعة موضوعاً لإدراجها في العقود بالإحالة التعاقدية<sup>15</sup> أو أن يستشهد بها القضاة أو المحكمون من أجل دعم قراراتهم.

5.4.6 علاوة على ذلك، إن الفتاوى الصادرة عن مجالس الإشراف على الشريعة (مجالس الشريعة) وهي لجان مؤلفة من فقهاء ذوي اختصاص في البت في شرعية العمليات المالية للمؤسسات المالية في إطار قواعد الشريعة ومعاييرها - يشكل تطبيقها سوابق محتملة التطبيق على النزاعات الحالية.

5.5 لدى مواجهتها لتطبيق قواعد الشريعة على التمويل الإسلامي، حرّمت المحاكم البريطانية خيار الأطراف لقواعد الشريعة من أي مفعول. هل يتخذ القاضي الفرنسي الموقف نفسه؟ إذا اختار أطراف التحكيم، وكان القرار التحكيمي الدولي صادراً بناءً على قواعد الشريعة مستبعداً أي قانون

<sup>15</sup> انظر الفقرة رقم 5-3-1 المشار إليها أعلاه، حتى يومنا هذا فقد نشرت AAOIFI ثلاثين قاعدة باللغتين العربية والانجليزية. ويجري وضع اللغات الأخيرة على عشرة قواعد إضافية ستُنشر قريباً. وهناك مشروع لترجمتها إلى الفرنسية.

## دولة أو قواعد قانونية غير تشريعية، هل تمنح المحاكم الفرنسية القرار التحكيمي الدولي الاعتراف أو الصيغة التنفيذية؟

5.1.5 إن الإقرار بقانونية قواعد الشريعة المطبقة على التمويل الإسلامي في مستهل هذا التقرير من شأنه أن يُجَنَّب صدور قرارات عن المحاكم الفرنسية مماثلة للقرار القضائي في قضية Beximco. ونذكرُّ بأنه في هذا الحكم، لم ترَ محكمة الاستئناف في بريطانيا في الشريعة سوى قواعد دينية وقررت رفض منحها أية صفة قانونية<sup>16</sup>. وقد أسندت محكمة الاستئناف قرارها على أنه، بتاريخ الحكم، كانت معاهدة روما فقط مطبقة وأن المادتين (1) و (1)3 منها كانتا عموماً مفسرتين بشكل لا يسمح لأطراف العقد إلا باختيار قانون دولة وليس قواعد قانونية غير تشريعية<sup>17</sup>. انطلاقاً من ذلك، رفضت المحكمة إنفاذ خيار الشريعة من قبل أطراف العقد، وهو خيار عبَّر عنه في العقد بشكل غامض فعلاً، لأنه انصبَّ أيضاً على القانون الانكليزي. إن سوء كتابة شرط القانون الواجب التطبيق في العقد (القانون الانكليزي + الشريعة) مكنَّ القضاة البريطانيين من استخدام

<sup>16</sup> - محكمة الاستئناف ، مدني،

*Shamil Bank of Bahrein EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd and others* (2004) EWCA Civ.19j [2004] 4 ALL ER 1072 وخاصة الفقرة رقم 54 و مابعدھا

لا يغني حكم Beximco عن التذكير بثلاثة قرارات تحكيمية صادرة في القرن السابق رفض بموجبها المحكمون تطبيق الشريعة كأحد الركائز الأساسية للقوانين المطبقة على النزاع (أبو ظبي، قطر والسعودية) بحجة عدم تمتعها بالصفة القانونية. ويتعلق الأمر بقرارات *Sheikh Abu Dhabi v Petroleum Development Ltd* (ICLQ 1952. 247) *Ruler of Qatar v International Marine Oil Company Ltd* (Int. Law Rep. n°20j p534) et *Aramco v Government of Saudi Arabia* (RCDIP 1963 p.272).

حول نبذة عن هذه القرارات والعيوب التي يحملها الاستنتاج الذي توصلت اليه المحاكم حول الشريعة. راجع إ. فضل الله، *Arbitration facing conflicts of culture*. محاضرة أقيمت في 4 ديسمبر 2008 بمناسبة *Annual School of International Arbitration Lecture*

<sup>17</sup> - المرجع نفسه، رقم 48 ص 1086. وقد سئل حول هذه النقطة محامي Beximco الذي صرَّح بأنه كانت محكمة الاستئناف أعطت مفعولاً لخيار الشريعة لو كان على شكل خيار قانون محلي يطبق الشريعة أو على شكل مجموعة قواعد مدوّنة للشريعة، وأورده الأطراف بالإحالة التعاقدية مثل قواعد AAOIFI (مقابلة مع الاستاذ Antony Dutton ، Norton Rose ، في أرشيف أمانة سر اللجنة).

سلطتهم التقديرية في تفسير العقد و كان القرار في نهاية المطاف تطبيق القانون الانكليزي وحده دون اللجوء الى الشريعة الإسلامية!

5.5.2 مع ذلك، لا يمكننا استبعاد فرضية وجود اختلاف بين آراء الخبراء حول مضمون القاعدة الواجبة التطبيق من الشريعة. إن نهج الإفتاء الحازم في الشريعة يترك في واقع الأمر للمفتي مجالاً كبيراً للتفسير. لا تختلف الإجراءات في هذا الجانب عن تلك التي يقوم بها عادة قضاة الأساس والتي تتطوي على تقييم الوقائع، وهو تقييم يتمتع القضاة في شأنه بسلطة مطلقة. بالفعل، يصدر القاضي قراره على أساس الوقائع التي عرضها عليه الأطراف والخبراء في شأن تحديد مضمون القاعدة اللازمة من دون أن يتساءل عن الطبيعة الإلزامية لقواعد الشريعة التي تبقى نقطة قانونية ثابتة الجواب.

5.5.3 أبدى بعض أعضاء اللجنة المزيد من الثقة تجاه الاعتراف بفعالية اختيار الشريعة في عقود التمويل الاسلامي إذا تضمن العقد أيضاً اختيار التحكيم الدولي. لدى مراجعة قرارات المحاكم البريطانية، والتي تتضمن اجتهاداً أوفر حول عقود التمويل الإسلامي، نرى أنه يتجلى بالفعل التناقض الصارخ ما بين نفاذ خيار الشريعة في العقود الخاضعة للتحكيم<sup>18</sup> وسقوط هذا الخيار واستبداله بالقانون البريطاني وحده في عقود أخرى خاضعة مباشرة للمحاكم البريطانية<sup>19</sup>.

5.5.4 إلا أنه، وبعد المداولة، خلصت اللجنة إلى أنه يجب الاعتراف بفعالية قواعد الشريعة المطبقة على التمويل الإسلامي في النظام القضائي الفرنسي سواء أمام المحكم أو القاضي.

<sup>18</sup> – *Sanghi Polyesters Ltd (India) v The International Investor KCSC (Kuwait)* [2001] Vol. 1 Lloyd's LR 480.

<sup>19</sup> – *Shamil Bank of Bahrein EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd and others* [2004] EWCA Civ.19; [2004] 4 All ER 1072.

## 5.6 هل يمنع النظام العام الفرنسي الداخلي أو الدولي القاضي الفرنسي من أن يعطي مفعولاً لعقد تمويل إسلامي خاضع للشريعة؟

5.6.1 قد يثير تطبيق قواعد الشريعة على عقود التمويل الإسلامي التي يُقصد أن يكون لها أثر قانوني في فرنسا بعض علامات الاستفهام حول علاقته بالمفاهيم الأساسية للنظام العام الفرنسي. بالتالي، إذا أُحيل عقد التمويل الخاضع للقانون الفرنسي إضافة إلى مبادئ الشريعة مباشرة إلى القاضي الفرنسي، لا يمكن الاحتجاج بخيار مبادئ الشريعة بهدف استبعاد القوانين أو القواعد الآمرة. ونذكر بأنها القواعد القانونية الآمرة التي يُعدّ احترامها ضرورياً من أجل المحافظة على المصالح العامة، مثل النظام السياسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي لبلد معين، بحيث أنه ينبغي تطبيقها على أي حالة تقع ضمن نطاق تطبيقها، بصرف النظر عن القانون وإن كان أجنبياً المطبق على العقد<sup>20</sup>.

5.6.2 غير أنه إذا كان على المحاكم الفرنسية تطبيق القوانين أو القواعد الآمرة الخاصة بالنظام القانوني الفرنسي (وفي ظروف معينة، تلك الخاصة بالأنظمة القانونية الأجنبية)، فهذا لا يعني أنه يجب عليها استبعاد مبادئ الشريعة التي اختارها الأطراف والتي لا تتعارض مع القوانين أو القواعد الآمرة. في الواقع، تكون إرادة الأطراف في عقود التمويل الإسلامي التي يحكمها القانون الفرنسي، متجهة في أغلب الأحوال إلى إخضاع العقد المبرم بينهم للقانون الفرنسي، مع مراعاة مبادئ الشريعة المطبقة على التمويل.

<sup>20</sup> - نظام روما I، المادة 9.

5.6.3 على وجه الخصوص، ترى اللجنة أنه لا يمكن تفسير البند المختلط<sup>21</sup> (ومن باب أولى البند الأحادي) على أنه مشترك بين القانون المختار والشريعة، وهو مفهوم يُطبَّق بموجبه القاضي أو المحكم فقط القواعد المشتركة بين النظامين. لا بل يجب تفسير البند المختلط أنه يُعبّر عن إرادة الطرفين المتجهة إلى أن يُطبق القانون الوطني المختار على العقد في جميع أحكامه، باستثناء تلك التي تتناقض مع الشريعة<sup>22</sup>. على سبيل المثال، إذا اختار الأطراف تطبيق القانون الفرنسي على اتفاق قرض خاضع أيضاً للشريعة، فإن أحكام القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالفائدة القانونية - كونها لا تشكل جزءاً من النظام العام - يجب استبعادها كونها مخالفة للشريعة التي نهت عن الربا. في المقابل، إن الإشارة إلى الشريعة في هذا القرض لا تؤدي إلى استبعاد القواعد الإلزامية المتعلقة بوجوب الحصول من السلطة المختصة على الترخيص اللازم لممارسة الأعمال المصرفية. في جميع الأحوال، إن اختيار الشريعة كقانون مطبَّق على العقد لا يؤدي إلى استبعاد قانون القاضي التابع لمكان تنفيذ العقد.

5.6.4 في جميع الأحوال، وفي حال التعارض ما بين قاعدة من الشريعة والقوانين الآمرة، يتم استبعاد هذه القاعدة فقط، دون التشكيك في فعالية القواعد الأخرى من الشريعة التي اختارها الطرفان، أو في مبدأ خضوع العقد موضوع النزاع للشريعة، لأن من شأن ذلك أن ينفي الصفة القانونية الإلزامية لهذه القواعد.

5.6.5 لدى البحث، تبين أن فرضيات تعارض قواعد الشريعة المتعلقة بعقود التمويل الإسلامي مع النظام العام الداخلي والدولي على حد سواء، الإجرائي والموضوعي، محدودة للغاية. في الواقع، سواء

<sup>21</sup> - راجع المقطع رقم 5.3.1 أعلاه.

<sup>22</sup> - Sanghi Polyesters Ltd (India) v The International Investor KCSC (Kuwait) [2001] Vol 1 Lloyd's LR 480.



في حال توافر بند القانون الواجب التطبيق المختلط أو الأحادي، يمكن اعتبار فقط بعض القواعد قابلة للتعارض مع النظام العام الفرنسي.

هكذا، وفي ما يختص بالمسائل الإجرائية، ومن بين قواعد الشريعة التي قد تؤدي إلى مخالفة النظام العام ما يلي:

(أ) قيمة شهادة المرأة في الإثبات. هناك نص في القرآن (سورة البقرة 282) يعطي قيمة ثبوتية مساوية بين شهادة رجل وامرأتين (بعيداً عن الأحكام الخاصة بالإناث، مثل الولادة، حيث تكون شهادة المرأة كافية، والتي تقع خارج نطاق هذه الدراسة)؛

(ب) الشكوك حول ولاية غير المسلم على المسلم. هذه الشكوك لا تستند إلى نص من القرآن الكريم ولكن على التعاليم الحنفية والمالكية والشافعية التي تحظر على نمي ان يكون له ولاية على مسلم<sup>23</sup>؛

(ت) الشكوك حول ولاية المرأة على الرجل، ولكن مرة أخرى من دون أن يكون لها أساس في القرآن الكريم أو إجماع في الآراء بين مختلف مدارس الفقه. هكذا يقبل الحنفيون بولاية المرأة باستثناء القضايا الجنائية، في حين أن الشافعيين يرفضونها قطعياً<sup>24</sup>.

5.6.6 في معرض الاستماع إليه من قبل اللجنة في تاريخ 23 مارس 2009، صرح الشيخ نظام يعقوبي أن هذه القواعد التمييزية ليست لتطبق على التمويل الإسلامي، وأنه في كثير من الدول الإسلامية، مثل البحرين، تنبأ النساء المناصب القضائية دون أية مشكلة. وذكرت اللجنة أيضاً بتعيين أول

<sup>23</sup> - مقتطفات في هذا المعنى من مؤلفات فقهية متوافرة لدى أمانة سر اللجنة.

<sup>24</sup> - المرجع نفسه، السورة التي تنص على أن الرجال قوامون على النساء (سورة النساء، الآية 34) ليس هناك إجماع على تفسيرها بمفهوم المخالفة بأنها تحظر الولاية القضائية للنساء على الرجال.

امرأة قاضية في القضايا المدنية في مصر عام 2008، جاءت تتضمن إلى مثيلاتها القاضيات في تونس والجزائر والمغرب وسوريا.

5.6.7 بعد الفحص وسماع الشهادات المقدمة اليه، خلصت اللجنة إلى أنه لا يمكن لأي من هذه القواعد التمييزية أن توضع موضع التنفيذ من قبل المحكمة الفرنسية النازرة في قضايا التمويل الإسلامي. أما بالنسبة إلى تطبيق هيئة التحكيم هذه القواعد في أي تحكيم محلي أم دولي فقد يعيب تطبيقها القرار التحكيمي بحجة مخالفته للنظام العام في بلد التنفيذ في حال طلب الاعتراف به أو اعطاؤه الصيغة التنفيذية في فرنسا. غير أنه يجوز للهيئة التحكيمية استبعاد تطبيق قواعد معينة يختارها الأطراف إذا كان تطبيقها يؤدي إلى نتيجة تتعارض والنظام العام الدولي للدولة التي سينفذ فيها القرار التحكيمي. لذلك، ينبغي لهيئات التحكيم أن تمتنع عن تطبيق هذه القواعد التمييزية، لأنها هي المسؤولة في المقام الأول عن ضمان فعالية القرارات التي تصدرها. يمكننا أن نضيف أن القواعد الإجرائية المطبقة على النزاعات المتعلقة بالتمويل الإسلامي هي تلك الواجبة التطبيق في المكان الذي يختاره الأطراف في العقد المبرم بينهم، ولا تُطبَّق "الشريعة" إلا على أساس النزاع.

5.6.8 من حيث المضمون، ينبغي أن تكون قواعد الشريعة الإسلامية المطبقة على القضايا المالية (المعاملات) متوافقة مع النظام العام الفرنسي فهي لا تشكل في حال الخلاف أسباباً لرفض الاعتراف أو منح الصيغة التنفيذية في فرنسا للقرار التحكيمي أو للحكم الأجنبي. دون المساس بهذا المبدأ، تُظهر الوقائع أن المبادئ المالية للشريعة وهي تحريم الربا، و الغرر أو أيضاً الميسر لا تتعارض مع النظام العام.

5.6.9 مع ذلك، يجب التحفظ في شأن توافق القرار التحكيمي أو الحكم الأجنبي مع النظام العام الدولي في حال اعترف هذا القرار على سبيل المثال بعملية "إجارة" أجرتها مؤسسة غير مرخص لها. في حال تمّ وصف هذه العملية بعملية قرض إيجاري<sup>25</sup> يجري بشكل اعتيادي، تكون الأحكام التي تنظم الاحتكار المصرفي قابلة للتطبيق ويمكن التذرع بمخالفة الاحتكار المصرفي بهدف رفض الاعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي والحكم الأجنبي الذي حكم بصحة الإجارة. في الواقع، نصّت المادة L.512-2 من القانون النقدي والمالي في فرنسا على أن عمليات القرض الإيجاري المذكورة في المادة L.313-7 لا يمكن القيام بها بصورة اعتيادية إلا من قبل المؤسسات المعتمدة بصفتها مؤسسات للتسليف. وإن لهذه المادة صفة القاعدة الأمرة.

5.6.10 أخيراً، تساءلت اللجنة عما إذا كان، في المقابل، هناك أي نصّ في القانون الفرنسي الذي من شأن تطبيقه على العقد من قبل قاضٍ أو محكم أن ينفي عن العقد طابعه المتوافق مع الشريعة. بعد سماع الشيخ نظام يعقوبي، خلصت اللجنة إلى أنه يجب على الأخص احترام قاعدة حظر الفائدة. ويمكن للتشكيك بهذه القاعدة من قبل المحاكم الفرنسية أن يشكل عقبة في طريق تقدم مركز باريس بصفته قطباً لجذب التمويل والاستثمارات الإسلامية.

---

<sup>25</sup> - يمكن لعملية "الإجارة" أن تتعلق في القانون الفرنسي بعملية قرض إيجاري وفي الوقت عينه بعملية إجارة بيع.

## 6- التوصيات

يجب ألا يثير إنفاذ خيار تطبيق الشريعة على عقود التمويل والاستثمارات الإسلامية في النظام القانوني الفرنسي أي تعارض مع النظام العام. ويسهل هذا الإنفاذ عندما يتعلق بعقد دولي يتضمن خيار تطبيق الشريعة خالياً من الغموض، سواءً كان مجتمعاً مع قانون وطني أم لا.

غير أن هناك حاجة حقيقية للإعلام والتدريب. توصي اللجنة المعدة للتقرير لجنة القطاع المالي الإسلامي في "باريس يوروبلاس" بالنظر، ضمن خطة عملها، في إصدار بيان موجّه تحديداً إلى القضاة المختصين وقضاة المحاكم، يتضمن استنتاجات هذا التقرير، ويتناول موضوع قانونية قواعد الشريعة المطبقة على عقود التمويل الإسلامي، والمنهجية الواجبة الاتباع في تحديد هذه الأحكام، تجربة المحاكم في ولايات أخرى في مجال المنازعات المتعلقة بالتمويل الإسلامي، وكذلك لمحة عامة عن عقود التمويل الإسلامي الرئيسية. وسيكون مثل هذا النهج التعليمي جديراً بإبعاد أي جدل حول واقعية الصفقة المعنيّة أو هدفها الاقتصادي.

سوف يتلو هذا الإعلام، عند الضرورة، دورات تدريبية ملائمة في مختلف الحلقات التدريبية للقضاء الفرنسي.

نظراً إلى اجتهادها المرهّب بالقواعد القانونية غير التابعة لدولة معيّنة في العقود الدولية، يجب اعتبار المحاكم الفرنسية أهم ركائز جذب مركز باريس رؤوس الأموال الإسلامية، وتتميز عن المراكز الأجنبية المنافسة والتي لا تظهر المحاكم فيها انفتاحاً مماثلاً.