

قضية سكوك دانة غاز

مراجعة نقدية

مع ترجمة حكم المحكمة الانجليزية
الصادر عام ٢٠١٧م

ترجمة وتعليق

فريق من الباحثين

رمضان ١٤٤٢هـ
(أبريل ٢٠٢١م)

قضية صكوك دانة غاز

مراجعة نقدية

مع ترجمة حكم المحكمة الانجليزية الصادر عام ٢٠١٧م

ترجمة وتعليق

فريق من الباحثين

رمضان ١٤٤٢هـ (أبريل ٢٠٢١م)

فهرس المحتويات

٧ مقدمة
٧ طريقة العمل
٨ نطاق العمل
٨ فريق العمل
٩ تنويه
١٠ مراجعة نقدية للحكم الصادر
١٠ مدخل
١٠ مواقف قضائية مؤثرة في التمويل الإسلامي
١٠ قضية مصرف الشامل (البحرين)
١١ قضية شركة دار الاستثمار (الكويت)
١١ قضية شركة دانة غاز (الإمارات)
١١ تعامل المحاكم مع عقود التمويل الإسلامي
١٢ لماذا القانون الإنجليزي والمحاكم الإنجليزية في عقود التمويل الإسلامي؟
١٤ مبدأ اللجوء إلى المحاكم في عقود التمويل الإسلامي
١٥ خلفيّة الموضوع
١٨ أطراف الصكوك
١٨ وثائق الصكوك
١٨ ١- اتفاقية المضاربة
١٩ ٢- التعهد بالشراء

١٩	٣- التعهد بالبيع
١٩	٤- اتفاقية العهدة
١٩	٥- اتفاقية الوكالة
٢٠	٦- وثائق الضمان
٢٠	٧- اتفاقية وكالة الضمان
٢٠	هيكلية الصكوك
٢٢	خلاصة الحكم
٢٣	وقائع الحكم
٢٥	اختصاص المحكمة
٢٥	التعليق على الحكم
٣٢	مراجعة القضية في ضوء قواعد التمويل الإسلامي
٣٢	المسألة الأولى: هل صياغة المستند القانوني لوثيقة "التعهد بالشراء" محل اجتهاد فقهي؟
٣٩	المسألة الثانية: هل يتوجه الحكم بفساد عقد صكوك المضاربة؟
٥٠	خاتمة الدراسة
٥٠	أولاً: أبرز النتائج
٥٢	ثانياً: هدف الدراسة
٥٣	نص الحكم
٥٥	حكم معتمد
٥٦	مقدمة
٥٨	الأطراف
٦٠	الشهادات
٦٢	اتفاقية المضاربة
٦٦	التعهد بالشراء

٦٩.....	الرهونات
٧٠.....	شكوى شركة دانة غاز
٧٠.....	خلفية الإجراءات القضائية
٧٢.....	الدعوى القضائية
٨٤.....	القضية التمهيدية
٨٨.....	قضية شركة دانة غاز
٩٠.....	(١) حجة هيكلية العقد
٩٥.....	(٢) الغلط
٩٥.....	القانون ذي الصلة
١٠٥.....	(١) بطلان اتفاقية المضاربة
١١٠.....	(٢) عدم قابلية تنفيذ اتفاقية البيع
١١٢.....	(٣) عدم وجود حقوق في أصول المضاربة
١١٤.....	(٣) السياسة العامة
١٢١.....	دفعات أخرى
١٢١.....	النتيجة
١٢٢.....	الملحق

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

تابع المهتمون بصناعة التمويل الإسلامي، تعامل المحاكم المختصة مع أعمال المؤسسات المالية الإسلامية، وقد تفاجأ المتابعون بإجراءات قضية صكوك شركة دانة غاز التي جرت عام ٢٠١٧م بدءاً من دوافعها، ومروراً بتفاصيلها، وانتهاءً بنتيجتها.

وما جرى بشأنها من نقاش فقهي وقانوني وقضائي، وبحسب متابعة فريق الدراسة، فإنه لم يصدر للحكم الصادر فيها نسخة مترجمة إلى اللغة العربية، مع مقالة مفصلة بالعربية تعلق عليه وتشرح أسباب القضية ودوافعها، وتقدم مراجعة نقدية لما جرى من أطرافها بما يحقق مصلحة الصناعة المالية الإسلامية.

لا يوجد سبب معين دفعنا لاختيار هذه القضية، فمن وجهة نظرنا أن كل معاملة من أعمال المؤسسات المالية الإسلامية التي جرى اختبارها في قضايا المحاكم المختصة، تستحق بالفعل أن تكون نموذجاً عملياً لدراسة حالة، إلا أننا رأينا أن هذه القضية قد استكملت عدداً من الجوانب التي ساعدتنا في ترسيخها.

طريقة العمل

في عدد من ورش العمل ومجموعات التركيز ومناقشة أبرز الموضوعات التي اشتملتها القضية، جرى التركيز على أبرز المسائل التي قد يكون لها تبعات على الصناعة المالية الإسلامية، وعلى تعامل المحاكم المختصة، وذلك بعرض مراجعة نقدية بشأن القضية

وتبعاتها في ضوء اجتهاد وتقدير فريق الدراسة باستثمار الخبرة العملية والقانونية والقضائية لأعضاء الفريق، وقد جرى التعليق على مسائل الدراسة بحسب رأي فريق الدراسة أو أغلبيتهم في بعض المواطن.

ثم أتبعناها بالترجمة العربية لحكم المحكمة الانجليزية مع تعليقات متى مادعت إليها الحاجة.

نطاق العمل

لا تستهدف هذه الدراسة مناقشة حكم المحكمة الصادر بهذا الشأن أو التعقيب عليه، وإنما الغرض الأساس هو تقديم مراجعة نقدية لأبعاد القضية عموماً، والتعليق على ما جرى بشأنها من ملايسات واحتمالات مما له علاقة بجميع أطراف القضية، سواء أكان من الجهة المصدرة (المنشئة) أو المستثمرين (حملة الصكوك) أو المستشار الشرعي أو المستشار القانوني أو المحاكم المختصة بنظر القضية.

فريق العمل

لقد تكون فريق الدراسة من عدد من المتخصصين وهم بحسب الترتيب الألفبائي:

١. خالد بن محمد السيارى، دكتوراه في المعهد العالي للقضاء، أكاديمي وخبير وباحث في المالية الإسلامية.
٢. محمود عبد الحكيم زعير، ماجستير إدارة الأعمال في التمويل الإسلامي، ودبلوم عال في الدراسات الإسلامية، ممارس وخبير في تطوير المنتجات المالية الإسلامية، ومعتني بالترجمة القانونية لعقود التمويل.
٣. ناصر بن عبد الرحمن الداود، باحث في مرحلة الدكتوراه، ماجستير في الفقه المقارن، ومستشار قانوني، وخبير تطوير وابتكار المنتجات المالية الإسلامية.
٤. يوسف عظيم الصديقي، دكتوراه في التمويل الإسلامي، وماجستير إدارة أعمال من

جامعة ويلز في بريطانيا، ممارس وخبير في تطوير المنتجات المالية الإسلامية، ومعتني بالترجمة القانونية لكتب المعاملات الإسلامية.

أخيراً

نأمل إن شاء الله أن يكون في هذا العمل، خدمة للمؤسسات المالية الإسلامية، وللصناعة عموماً، في تصحيح العمل وتقويمه، رغم إدراكنا بتأخر إنجاز العمل ونشره؛ لأسباب مختلفة من أبرزها الظروف العملية لأعضاء الفريق.

تنويه

الغرض من الترجمة المرفقة والتعليق عليها هو البحث العلمي، والحكم منشور باللغة الإنجليزية، وهي اللغة الرسمية الوحيدة المستخدمة في المحاكم الإنجليزية. فريق الدراسة غير مسؤول عن أي استخدام من أي نوع لهذه الترجمة أو المراجعة النقدية لغير الأغراض البحثية. يجب توخي الحذر بشأن وضع أي اعتماد قانوني على هذه الترجمة أو التعليق عليها. فريق الدراسة غير معني بأي طرف من أطراف القضية أو أي متعامل معها. لم تفصح الدراسة عن أي معلومات سوى ما كان منشوراً في أصل الحكم أو في وسائل الإعلام التي تابعت تفاصيل القضية.

وبالله تعالى التوفيق¹

فريق الدراسة

رمضان ١٤٤٢هـ (أبريل ٢٠٢١م)

¹ يسر فريق الدراسة اطلاع المختصين وتقويمهم للعمل على البريد الإلكتروني (khalid@sayari.sa)، وعند إصدار نسخة ثانية من الدراسة سيتم وضع أسماء المراجعين الذي ساهموا مشكورين في تحسينها.

مراجعة نقدية للحكم الصادر

مدخل

لقد دخلت المؤسسات المالية الإسلامية ميدان التطبيق العملي دون أن يسبقه تأطير قانوني أو تنظيم تشريعي لحماية أعمالها وذلك قبل نحو من خمسين سنة، وكان ذلك لظروف معروفة، ليس هذا محل دراستها. وقد تفاوتت بعد ذلك مواقف الدول وبنوكها المركزية مع تطوّر هذه الصناعة ما بين داعم ومحايد ومتحفظ، حتى أثبتت الصناعة نفسها في الأسواق المالية، وصدرت بعد ذلك التنظيمات التي تبنتها البنوك المركزية، وتزايد اهتمام المنظمات الدولية بها، كان من آخرها صندوق النقد الدولي في تقريره: "ضمان الاستقرار المالي في البلدان التي تمارس فيها المالية الإسلامية" الصادر في فبراير ٢٠١٧م.

مواقف قضائية مؤثرة في التمويل الإسلامي

تظهر بين الحين والآخر مواقف قضائية مؤثرة في صناعة التمويل الإسلامي تشتمل على تفسيرات قضائية لعقود التمويل الإسلامي، ومن أبرزها في منطقة الخليج:

قضية مصرف الشامل (البحرين)

في عام ٢٠٠٥م قضية مصرف الشامل في مملكة البحرين (اندماج لاحقا مع بنك الإثمار)، وكانت القضية بشأن خلاف في معاملة تمويلية (عقد مرابحة) بين البنك وأحد عملائه من الشركات، وقد كان الخلاف حول مشروعية المعاملة، وقد نُظرت القضية في المحكمة الإنجليزية. وخلاصة الدعوى أن الشركة (العميل) ادّعت أن عقد المرابحة هو عقد قرض، وبالتالي فليس للممول إلا رأس ماله، باعتبار أن بند التقاضي نص على التحاكم إلى القانون

الإنجليزي بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية. إلا أن حكم المحكمة الإنجليزية جاء لصالح البنك.

قضية شركة دار الاستثمار (الكويت)

في عام ٢٠١٠م قضية شركة دار الاستثمار في دولة الكويت، بشأن خلاف بينها وبين أحد البنوك في إحدى الدول العربية في معاملة قائمة على عقد الوكالة بالاستثمار، وقد نظرت القضية أيضا في المحكمة الإنجليزية. وخلاصة الدعوى أن الشركة أخذت أموالا من البنك على أن تستثمرها للبنك بالوكالة عنه، ثم ادّعت أن العقد بينهما عقد قرض، وبالتالي فليس للبنك إلا رأس ماله، إلا أن حكم المحكمة الإنجليزية جاء لصالح البنك.

قضية شركة دانة غاز (الإمارات)

في عام ٢٠١٧م قضية شركة دانة غاز في دولة الإمارات، بشأن خلاف بينها وبين حملة الصكوك، في معاملة صكوك مصنفة على أنها صكوك مضاربة، وقد نظرت القضية أيضا في المحكمة الإنجليزية.

وخلاصة الدعوى أن شركة دانة غاز ادّعت بأن العقد بينها وبين حملة الصكوك؛ عقد مضاربة فاسد بسبب وجود الالتزام بالشراء بالقيمة الاسمية مما يجعله عقد مضاربة مضمون رأس المال، فتمسكت شركة دانة غاز بعدم مشروعية تنفيذ التزامها بالشراء بالقيمة الاسمية، إلا أن حكم المحكمة الإنجليزية جاء لصالح حملة الصكوك.

تعامل المحاكم مع عقود التمويل الإسلامي

لقد رأينا أهمية اطلاع الباحثين في المالية الإسلامية، والمستشارين الشرعيين والقانونيين،

وأعضاء اللجان الشرعية، على تعامل المحاكم مع عقود التمويل الإسلامي، وأن إصدار الرأي الشرعي أو الفتوى أو قرار اللجنة الشرعية، بمعزل عن اجتهاد المحاكم المختصة في النزاع، يعدّ من وجهة نظرنا من الإشكالات المؤثرة في سلامة معاملات المؤسسات المالية الإسلامية. إن الصناعة في حاجة إلى مزيد بذل عناية واطلاع على القانون الإنجليزي وممارساته القضائية في هذا الشأن إضافة إلى العناية بالصياغات القانونية المؤثرة في المعنى، وطريقة تعامل المحاكم الإنجليزية، باعتبارها جهة التحاكم لكثير من عقود التمويل الإسلامي، لا سيما في إصدارات الصكوك الدولية والتمويلات المصرفية التي يكون فيها أطراف أجنبية سواء أكانوا ممولين أو متمولين أو في حال كانت الأصول محل التمويل مسجلة في دول أخرى.

لماذا القانون الإنجليزي والمحاكم الإنجليزية في عقود التمويل الإسلامي؟

تعد الأدوات التمويلية والاستثمارية الإسلامية جزءاً من التعاملات التجارية التي أصبح لها حضور فاعل خارج النطاق المحلي للبلدان الإسلامية، ومن المتعارف عليه في القطاع المالي أن جهات التمويل والاستثمار سواء في عقود التمويل الإسلامي أو غيرها من التعاملات، تفضل التعامل بقانون إنجلترا وويلز - أو ما يمكن اختصاره بالقانون الإنجليزي^٢، وقانون ولاية نيويورك على غيرهما من القوانين الأخرى.

ولهذين القانونين قبول واسع لدى هذا القطاع بشكل عام، لا سيما إذا كان يستهدف من هذه التعاملات جذب المستثمرين خارج النطاق المحلي، وليس من هدف الدراسة بسط الحديث عن حكم هذا الموضوع ابتداءً، فقد تناولته محافل الصناعة المالية الإسلامية في عدد من المؤتمرات والملتقيات، وأشارت إلى ظروفه وملاساته وضوابطه وأحكامه.

وبما أننا نتعامل هنا مع واقع حاصل، فنشير إلى أبرز أسباب تفضيل كثير من أطراف عقود

^٢ إنجلترا جزء من المملكة المتحدة التي لديها ثلاث سلطات قضائية، الأول: خاص بإسكتلندا، والثاني: بإيرلندا الشمالية، والثالث: بإنجلترا وويلز، والأخير هو ما يعرف بالقانون الإنجليزي.

التمويل الإسلامي للقانون الإنجليزي؛ حيث إن المنتجات المالية الإسلامية جزء من المعاملات التجارية التي أصبح لها حضور خارج النطاق المحلي للبلدان الإسلامية، أو المستثمرين الدوليين ومحاموهم الذين غالباً ما يكونون من مكاتب المحاماة الأجنبية التي تتولى عادة صياغة العقود والانفاقيات، وتفرض رؤيتها على هذه التعاقدات، وتكون غالباً طرفاً أقوى من غيرها حتى من اللجان الشرعية للجهات المتعاقد معها.

مع ملاحظة أن المستشار القانوني (مكتب المحاماة) قد جرى اختياره لخبرته في القانون الحاكم لهذه العقود، ولا يلزم -بالضرورة- أن يكون خبيراً في التمويل الإسلامي، وهذا يعني أن مسؤولية التحقق من مشروعية العقود تقع على المستشار الشرعي (اللجنة الشرعية). تشير الإحصاءات إلى أن أكثر من ٨٠% من قضايا المحاكم التجارية الإنجليزية، كان أحد أطراف الدعوى فيها طرفاً غير انجليزي، وهذا يعني أنه نظام قضائي مفضل حتى على مستوى العالم، لأسباب منها^٢:

١. شفافية القانون وإمكان توقع الأحكام بسبب اعتماده على مبدأ السوابق القضائية مما يمكن الأطراف من التنبؤ بقدر أكبر من اليقين بمسار العمل أو التعامل من كونه قانونياً أو لا، خلافاً لما عليه عدد من أنظمة القوانين الأخرى.
٢. اعتماده على مبدأ حرية التعاقد الذي يعد أكثر مرونة من عدد من أنظمة القوانين الأخرى التي تعتمد على قانون يفرض على الأطراف منظوراً محدداً للتعامل مع الشروط والأحكام التعاقدية، فالقانون الإنجليزي يتيح للأطراف حرية التعاقد في وضع الشروط والأحكام التي يتفقون عليها وإلزامهم بها ولا يكون تدخله بعدم اعتبار العقد صحيحاً إلا في حالات ضيقة جداً تتعلق بما إذا كان الغرض من التعاقد غير قانوني أو كان مخالفاً للنظام العام، مما يتيح لهم المرونة في ترتيب ما يعتقدونه محققاً لمصالحهم بشكل أكبر مما هي عليه أنظمة

^٢ The Handbook of International Loan Documentation, by Samuel Wright, P:289, 315. England and Wales: The jurisdiction of choice Dispute Resolution Dispute Resolution.

القوانين الأخرى.

٣. دعم التجارة الحديثة ومستجداتها والسرعة في مواكبة التطورات والمتغيرات لاعتماده على مبدأ السوابق القضائية كما سبق، وهو ما يوفر فرصة أكبر للتطوير مما هي عليه أنظمة القوانين الأخرى.

٤. خبرة القضاة وتمرسهم واشتغالهم بالقدرة على التعامل مع قضايا معقدة لا سيما في منازعات العقود الدولية.

وفي عقود التمويل الإسلامي قد لا يتم التحاكم في جميع العقود إلى القانون الإنجليزي، وإنما تجعل المستندات التي تتضمن الالتزام بالسداد محكومة بالقانون الإنجليزي، وذلك بسبب تيقن أطراف التعامل لا سيما المستثمرين والدائنين من كونها قابلة للتنفيذ، بخلاف القوانين المحلية التي لا يكون فيها الموقف القانوني واضحاً.

ومهما يكن من أمر، فليس من غرض هذه الدراسة، إقرار هذا الاختيار ولا دعم مسوغاته، وإنما كان الغرض بيان تلك الأسباب وتفسير هذا الاختيار وشيوعه ليس على مستوى الصناعة المالية الإسلامية فحسب، وإنما حتى في التعاملات التجارية الدولية بشكل عام.

مبدأ اللجوء إلى المحاكم في عقود التمويل الإسلامي

إن اللجوء إلى المحاكم أسلوب حضاري وحق قانوني مكفول في الدساتير الدولية للحصول على الحقوق، إلا أنه فيما يتعلق بكثير من منازعات عقود التمويل الإسلامي، وبحسب ما وقفنا عليه من عشرات القضايا في محاكم دول الخليج، والتي يرفعها عملاء المؤسسات المالية الإسلامية، أو حتى تلك القضايا التي ترفعها المؤسسات نفسها أمام محاكم دولها أو المحاكم المختصة بفصل النزاع في العقود ومنها المحاكم الإنجليزية، بما في ذلك تلك القضايا التي أشرنا إليها في بداية الدراسة، يظهر للمتابع بأنه لم يكن الغرض من اللجوء إلى المحاكم؛ الحصول على الحقوق، وإنما التخلّص منها، مع كل أسف، والتدرّع بأن هذه العقود الموقعة

ليست عقوداً قائمة على معاملات شرعية، وإنما هي عقود (مبادلة مال بمال) فليس للدافع إلا رأس ماله، فلم يكن الغرض منها حفظ حقوق أطراف التعامل بما لا يتعارض مع المقتضيات والمعاني الشرعية التي قامت عليها هذه العقود، وإنما كان الغرض من ذلك، محاولة الاستناد إليها في التخلص من التزاماتها وفق المقتضى الشرعي لتلك العقود ما دام أن استمرار التعامل فيها لم يعد في مصلحتها. ويزداد الأسف أن يكون هذا بمشاركة استشارة شرعية أو قانونية تنتمي إلى الصناعة المالية الإسلامية.

إن هذا السلوك ينبغي ألا يلجأ إليه من اختار بطوعه سلوك هذه الصناعة، ورضي بقواعدها وأحكامها المبنية على الشريعة الإسلامية، حتى ولو كان مقصده من اختيار سبيل هذه الصناعة أغراضاً دعائية أو تجارية. وإن الأمر المعيب حقاً أن يتتابع القانونيون حتى من غير المسلمين، عند صياغة هذه العقود على التأكيد -بعد حصول هذه الوقائع- على أن كل طرف قد التزم فعلاً بأن هذا العقد متوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية، وأنه تأكد من ذلك بموجب استشارة شرعية، وأنه لن يرفع قضية في المحكمة بادعاء أن هذا العقد غير شرعي.

خلفية الموضوع

تعد شركة دانة غاز واحدة من كبرى شركات الطاقة في الشرق الأوسط، وهي مختصة باستخراج البترول والغاز الطبيعي، تأسست نهاية عام ٢٠٠٥م، ومقرها الرئيس في إمارة الشارقة، وهي شركة مدرجة في سوق أبوظبي للأوراق المالية، وتملك حق التنقيب والإنتاج في عدة دول.

أصدرت الشركة عام ٢٠٠٧م صكوكاً قائمة على عقد المضاربة وكان إصدارها بعائد وصل إلى ٧,٥% سنوياً. واجهت الشركة صعوبات مالية بحلول عام ٢٠١٢م بسبب انخفاض أسعار البترول، إضافة إلى إشكالات أخرى متعلقة بعقودها في أماكن التنقيب. بسبب هذه الصعوبات، أعلنت الشركة اتفاقاً مع حملة الصكوك بإعادة هيكلة الصكوك

بإصدار صكوك جديدة عام ٢٠١٣م بشروط جديدة منها أن استحقاق الصكوك في نهاية أكتوبر ٢٠١٧م، وقد يكون من أسباب نجاح ذلك الاتفاق، وجود شرط تحويل الصكوك إلى أسهم في الشركة عند وقوع تعثر مرة أخرى، وهو ما طالب به وكيل حملة الصكوك حينها، واضطرت الشركة إلى الموافقة عليه لظروفها المالية.

ثم استمرت الشركة في سداد عوائد الصكوك حسب الشروط الجديدة، وعادت في منتصف ٢٠١٧م إلى مفاوضات جديدة مع حملة الصكوك لإعادة هيكلة الصكوك بشروط جديدة قبل موعد استحقاق استردادها في أكتوبر ٢٠١٧م ثم بعد فترة وجيزة من بدء المفاوضات أصدرت بياناً صحفياً ذكرت فيه أنه: "نظراً للتطور والتطوير المستمر للأدوات المالية الإسلامية وتفسيرها، تلقت الشركة مؤخراً مشورة قانونية بأن الصكوك في صيغتها الحالية غير متوافقة مع الشريعة الإسلامية، وبالتالي فهي غير قانونية بموجب قانون دولة الإمارات العربية المتحدة"، وقالت: "ونتيجة لذلك فإن من الضروري إعادة هيكلة الصكوك الحالية لضمان توافقها مع القوانين ذات الصلة لمصلحة جميع الأطراف"^٤.

يبدو للمتابع بطبيعة الحال، أن الشركة لا تريد من هذا الإعلان ظاهره -في حقيقة الأمر- وإنما كان الهدف منه كسب أدوات تفاوضية جديدة تمهيدا إلى مناقشة وكيل حملة الصكوك في إعادة تمويل الإصدار مرة أخرى، وعدم إعمال شرط تحويل الصكوك إلى أسهم، وإلا فإن ظاهر هذا الإعلان لو جرى تنفيذه هو سدادها رأس المال كاملاً فوراً، وهذا ليس في صالح الشركة كما هو ظاهر.

على أي حال؛ لقد جرى التعامل مع هذا الإجراء من ناحية قانونية بغض النظر عن دوافع الأطراف، ولما كانت مستندات المعاملة متعددة، منها وثيقة "اتفاقية المضاربة" التي ارتبطت بأصول في إمارة الشارقة (باعتبارها المقر الرئيس لشركة دانة غاز) فقد كانت جهة الاختصاص محكمة الشارقة، بينما نصت وثائق المعاملة الأخرى بما فيها وثيقة "التعهد بالشراء" على

^٤ ينظر: موقع رويترز (https://cutt.us/9f6V9).

اختصاص المحكمة الإنجليزية بنظر المنازعات الناشئة عنها، وقد حصل جدل حينها، فبادرت الشركة إلى رفع دعوى في محكمة الشارقة في منازعة متعلقة بوثيقة "اتفاقية المضاربة" تتضمن طلب إبطال عقد المضاربة واعتبار مبالغ التوزيعات الدورية زائدة على رأس مال المضاربة المضمون فتكون ممنوعة في ضوء أحكام الشريعة، فنظرت محكمة الشارقة فيها بحكم الاختصاص، ثم رفعت القضية في المحكمة الإنجليزية في منازعة متعلقة بوثيقة "التعهد بالشراء" تتضمن طلب اعتبار التعهد بالشراء غير قابل للتنفيذ بسبب عدم إمكان توقيع عقد البيع لارتباطه بعقد المضاربة وهو باطل من وجهة نظر المدعي، فنظرت المحكمة الإنجليزية القضية بحكم الاختصاص.

صدرت أحكام قضائية من كلا المحكمتين، فقد صدر حكم محكمة الشارقة في سبتمبر ٢٠١٧م بحجز القضية ووقف إجراءات التقاضي في محكمة أخرى، وصدر حكم المحكمة الإنجليزية في نوفمبر ٢٠١٧م بأن التعهد بالشراء قابل للتنفيذ تحت أي ظرف.

وقد انتهى النزاع في مايو ٢٠١٨م بالصلح بين الأطراف بإعادة تمويل الإصدار بشروط جديدة جرى الاتفاق عليها، منها إعادة هيكلة الصكوك في ضوء هيكله الجديدة قائمة على الإجارة خلافا للإصدار السابق القائم على المضاربة، وبتاريخ استحقاق جديد ينتهي في ٣١ أكتوبر ٢٠٢٠م.

وفي يوليو ٢٠٢٠م طلبت شركة دانة غاز من حملة الصكوك البدء بإجراءات إطفاء الصكوك، وقد تم الإطفاء بالفعل وأودعت المبالغ في حسابات المستثمرين في ٢ نوفمبر ٢٠٢٠م وبذلك انتهت هذه الصكوك.

على أي حال؛ يعنينا في هذه الدراسة ما جرى صدوره من المحكمة الإنجليزية عام ٢٠١٧م، لماله من أثر في صناعة التمويل الإسلامي، وسنعرض خلاصة حكم المحكمة الإنجليزية بعد عرض أطراف الصكوك ووثائقها وهيكلتها في الفقرات التالية.

أطراف الصكوك

أبرز أطراف الصكوك:

١. شركة دانة غاز: وهي المنشئ والملتزم والمضارب.
٢. شركة دانة غاز للصكوك المحدودة: وهي شركة ذات غرض خاص مسجلة في جزيرة جيرسي لغرض إصدار الصكوك، وهي المصدر والأمين ووكيل رب المال (وكيل حملة الصكوك).
٣. المفوض: بناء على اتفاقية العهدة، سيفوض الأمين صلاحياته إلى المفوض: أمين الحفظ بنك "إتش إس بي سي" (سي آي) المحدود.

وثائق الصكوك

تتكون مستندات الصكوك من الوثائق الآتية^٥:

١- اتفاقية المضاربة

وأطرافها شركة دانة غاز للصكوك المحدودة (وكيل رب المال)، وشركة دانة غاز (المضارب)، وجرى بموجبها تعديل اتفاقية المضاربة الأصلية المؤرخة في ٣١ أكتوبر ٢٠٠٧م، ليستمر المضارب في استثمار المتبقي من حصيلة الصكوك (رأس مال المضاربة) في جملة من أنشطة دانة غاز المتوافقة مع الشريعة وفقاً للخطة الاستثمارية الملحقة بالاتفاقية، ويحكمها القانون الإماراتي.

^٥ نشرة إصدار صكوك دانة غاز؛ ملخص ووثائق المعاملة: ص ٢٤٩-٢٦٧.

٢- التعهد بالشراء

وهو وثيقة تعهد من شركة دانة غاز ("الملتزم" بصفتها المستقلة وليس بصفتها مضاربا أو ضامنا) لصالح شركة دانة غاز للصكوك المحدودة (الأمين)، وجرى بموجبه التزام شركة دانة غاز بشراء أصول الصكوك بسعر التنفيذ في حالات معينة، وهو مُعدّل للتعهد بالشراء المؤرخ في ٣١ أكتوبر ٢٠٠٧م، ويحكمه القانون الإنجليزي.

٣- التعهد بالبيع

وهو وثيقة تعهد من شركة دانة غاز للصكوك المحدودة (الأمين) لصالح شركة دانة غاز، وجرى بموجبه التزام الأمين -نيابة عن حملة الصكوك- ببيع أصول المضاربة في حالات معينة، لصالح شركة دانة غاز عند انتهاء عقد المضاربة وتصفيته واستيفاء شركة دانة غاز للصكوك المحدودة حقوقها بصفتها وكيلًا عن رب المال بموجب اتفاقية المضاربة، وهو مُعدّل للتعهد بالبيع المؤرخ في ٣١ أكتوبر ٢٠٠٧م، ويحكمه القانون الإنجليزي.

٤- اتفاقية العهدة

وأطرافها شركة دانة غاز للصكوك المحدودة (الأمين)، وشركة دانة غاز، والمفوض الأصلي: أمين الحفظ بنك "إتش إس بي سي" (سي آي) المحدود، وهو مُعدّل لاتفاقية العهدة المؤرخ في ٣١ أكتوبر ٢٠٠٧م، حيث سيطفئ الأمين الصكوك القائمة، ويصدر صكوكا جديدة، ويحكمه القانون الإنجليزي.

٥- اتفاقية الوكالة

وأطرافها شركة دانة غاز للصكوك المحدودة (الأمين)، وشركة دانة غاز، والمفوض، ووكيل الدفع الرئيس، وهو مُعدّل لاتفاقية الوكالة المؤرخة في ٣١ أكتوبر ٢٠٠٧م، ويحكمها القانون

الإنجليزي.

٦- وثائق الضمان

وغيرها تأمين التزامات الملتزم (شركة دانة غاز) بموجب التعهد بالشراء، بحيث تمنح ضمانات لوكيل الضمان لصالح الأمين والمفوض وحملة الصكوك، ومنها على سبيل المثال رهن اتفاقيات الامتياز باستكشاف واستغلال عدد من حقول النفط والغاز في جمهورية مصر العربية، وأي عوائد تنتج عنها، إضافة إلى رهن عدد من أسهم الشركات التابعة لشركة دانة غاز مثل شركة دانة فنتشرز للغاز الطبيعي المسال المحدودة وغيرها.

٧- اتفاقية وكالة الضمان

وأطرافها: شركة دانة غاز للصكوك المحدودة (الأمين)، وشركة دانة غاز، ووكيل الضمان الرئيس (بنك دويتشه أبوظبي) ووكيل الضمان المصري (البنك التجاري الدولي في مصر)، وهذه الاتفاقية مُعدّلة لاتفاقية وكالة الضمان المؤرخة في ٣١ أكتوبر ٢٠٠٧م، ويحكمها القانون الإنجليزي.

هيكلية الصكوك

تتلخص هيكلية هذه الصكوك باختصار على النحو الآتي:

١. يدفع حملة الصكوك (رب المال) أموالهم (رأس مال المضاربة) إلى المصدر والأمين (شركة دانة غاز للصكوك المحدودة) باعتباره وكيلا عن حملة الصكوك.
٢. يستخدم المصدر (بصفته وكيل رب المال) متحصلات الإصدار (رأس مال المضاربة) للدخول في "اتفاقية مضاربة" مع شركة دانة غاز (بصفتها المضارب) لاستثمارها في أنشطتها التجارية المتوافقة مع الشريعة الإسلامية، وبحسب خطط الاستثمار المتفق

- عليها، ولا يضمن المضارب إلا بالتعدي والتقصير^٦.
٣. تُسدد مبالغ التوزيع الدوري لحملة الصكوك من عوائد المضاربة الخاصة بالأمين، وإذا زادت أرباح المضاربة في أي تاريخ توزيع دوري على المبلغ المطلوب فيودع الفائض في حساب احتياطي، أما إذا نقصت الأرباح فإن المضارب يدفع هذا النقص من الحساب الاحتياطي.
٤. في نهاية مدة الصكوك، يُعطى مبلغ تصفية الصكوك من متحصلات تصفية المضاربة، ويتنازل حملة الصكوك للمضارب عن الفائض على مبلغ إطفاء الصكوك، باعتباره حافظاً على الأداء.
٥. توقع شركة دانة غاز (الملتزم) وثيقة "التعهد بالشراء"، وفيه يتعهد الملتزم للمصدر بشراء أصول المضاربة أو بعضها في حالات معينة.
٦. يوقع المصدر -بصفته أميناً للحفظ- وثيقة "التعهد بالبيع" وفيه يتعهد المصدر للملتزم ببيع أصول المضاربة أو بعضها في حالات معينة.
٧. تسترد الصكوك في تاريخ التصفية أو تاريخ الاسترداد المبكر إما نقداً أو عيناً (على شكل أسهم في شركة دانة غاز) في حالات معينة.
٨. ترهن شركة دانة غاز -لضمان تنفيذ تعهد الملتزم- حقوقاً وأسهم محددة، ويكون هذا الرهن في حيازة "وكيل الضمان".
٩. في حال عدم توافر السيولة الكافية لدى الملتزم لاسترداد الصكوك فللمصدر (الأمين) ووكيل الضمان التنفيذ على الضمانات واستخدام الحصيلة لتغطية وتنفيذ التزامات الملتزم.

^٦ نشرة إصدار صكوك دانة غاز (أكتوبر ٢٠١٣م) الفقرة (٢٣) حق الرجوع المحدود ص ٧٠.

خلاصة الحكم

نظرت المحكمة الإنجليزية في حدود وثيقة "التعهد بالشراء" فقط دون غيرها من وثائق المعاملة باعتبار أن اختصاص التحاكم فيها إليها، ورأت أن صياغة الوثيقة متقنة ومحصنة بما يسمح للمحكمة بالنظر فيها بغض النظر عن سلامة أو صحة المستندات الأخرى، ورأت أن صياغة الوثيقة بتلك الأحكام متعمد ومقصود، أو أن احتمال النزاع قد كان متوقعا منذ إبرامها، والغرض منه معالجة الأحوال التي قد تطرأ عليها من مثل التمسك ببطلان أي وثائق أخرى. وهذا مع المبدأ القانوني بأن دخول الطرفين في تعاقد مع توقع أمر محتمل اتفاقا على معالجته، فإنهما يلتزمان بهذه النتائج.^٧

إذ أكدت وثيقة "التعهد بالشراء" أنها ملزمة ونافذة ليس في حال بطلان أي وثيقة ذات صلة فحسب، بل حتى لو ادعى الطرف الآخر -مجرد ادعاء- بأنها باطلة، وبغض النظر عن نتيجة فحص دعواه، وما تصدره محكمة مختصة بهذا الشأن، ولذلك أكدت المحكمة الإنجليزية أن انتظار موقف محكمة الشارقة غير مؤثر في نظر النزاع في وثيقة "التعهد بالشراء"، فسواء انتهت محكمة الشارقة إلى بطلان عقد المضاربة أو تصحيحه، فإن وثيقة "التعهد بالشراء" قابلة للتنفيذ على أي حال، وذلك بالنظر إلى الصياغة القانونية لها.

إضافة إلى ذلك؛ فقد استمرت المحكمة في التمسك بظاهر نص التعهد وصياغته القانونية، إذ رأت أن صياغته قد توجّهت إلى أساس أن الملتزم يدفع أولا مبلغ الشراء، ثم يأتي تاليا التزام المصدر (ممثل حملة الصكوك) في تسليم أصول الصكوك -محل عقد الشراء-، ورأت أن الالتزام بدفع الثمن المحدد (رأس مال الصكوك) واجب ولازم بغض النظر عن استمرار أو تمكّن أو مدى قدرة المصدر على الوفاء بالتزامه بتسليم الأصول من عدمه، وأن المدعية لم تقدم ما يدعو إلى العدول عن الأخذ بالوثيقة؛ ثم حكمت بناء على ذلك.

^٧ العقود التجارية وعمليات البنوك، د.محمد حسن الجبر ص ٣٠٦.

وقائع الحكم

١. تقدمت شركة دانة غاز إلى المحكمة التجارية بلندن لإصدار أمر قضائي مؤقت بمنع المدعى عليهم (الأمين) من تنفيذ الحق الناشئ عن وثيقة "التعهد بالشراء"، وذلك في تاريخ ١٦ يونيو ٢٠١٧م.
٢. حصلت شركة دانة غاز على أمر قضائي مؤقت من محكمة الشارقة؛ يمنع الأمين من اتخاذ أي إجراء من أي نوع سواء داخل الدولة أو خارجها بموجب اتفاقية المضاربة أو وثيقة التعهد بالشراء.
٣. استصدرت شركة دانة غاز أمراً قضائياً مؤقتاً من المحكمة التجارية بلندن؛ يقضي بمنع المدعى عليهم (الأمين) من تنفيذ الحق الناشئ عن وثيقة "التعهد بالشراء" و صدر الأمر القضائي بتاريخ ٥ يوليو ٢٠١٧م، وذلك إلى أن تنتهي المحاكمة أو صدور أمر آخر، ووجه القاضي في أمره بالإسراع في إجراءات المحاكمة للقضايا سواء الخاضعة للقانون الإماراتي أو الإنجليزي؛ وأمر القاضي بأن تقوم الشركة في أقرب وقت ممكن، وفي جميع الأحوال في موعد أقصاه ٢١ يوليو ٢٠١٧م باتخاذ الإجراءات اللازمة لإنهاء الأمر القضائي المؤقت الصادر عن محكمة الشارقة؛ معللاً ذلك بمنع الظلم الذي قد ينتج عن السماح لشركة دانة غاز بمتابعة المطالبات وإثارة القضايا نفسها في سلطتين قضائيتين مختلفتين في وقت واحد.
٤. صدر بعد ذلك أمر قضائي من المحكمة الإنجليزية في تاريخ ٣١ يوليو ٢٠١٧م يقضي بإلزام شركة دانة غاز بتقديم طلب إلى محكمة الشارقة لإلغاء الأمر القضائي الصادر عنها المذكور آنفاً.
٥. لم تمثل شركة دانة غاز للأمر القضائي المشار إليه في الفقرة السابقة ابتداءً، ثم بعد ذلك تقدمت إلى محكمة الشارقة بالطلب؛ ورفض الطلب بناء على اعتراض ثلاثة مساهمين في شركة دانة غاز.

٦. ثم إضافة إلى مجريات أخرى جرت؛ أصدرت محكمة الشارقة أمراً في تاريخ ١٧ سبتمبر ٢٠١٧م؛ اليوم السابق للمحاكمة في المحكمة الإنجليزية بناء على طلب المساهمين المشار إليهم أعلاه (ودون اعتراض من شركة دانة غاز) بإصدار أمر قضائي مؤقت يحظر على الأطراف وعلى شركة دانة غاز، الشروع في إجراءات التقاضي أمام المحكمة الإنجليزية.

٧. كان المفترض وفقاً للأمر الصادر عن محكمة الشارقة أن تتوقف إجراءات التقاضي أمام المحكمة الإنجليزية؛ نظراً لأمر الحظر الموجه لأطراف الدعوى في المحكمة الإنجليزية؛ إلا أن أحد الأطراف "صندوق بلاك روك جلوبال ألوكيشن" لم يكن مشمولاً بالأمر الصادر عن محكمة الشارقة؛ ولرغبتها في الحيولة دون إيقاف إجراءات التقاضي أمام المحكمة الإنجليزية تقدمت بطلب انضمام "تدخل" في الدعوى باعتباره مدعى عليه إضافي للمدعى عليهم. وأما المدعية "شركة دانة غاز" فقد رأت بأنها قادرة على الاستمرار في إجراءات التقاضي أمام المحكمة الإنجليزية لأغراض معارضة الشركة طالبة الانضمام، وصدر أمر المحكمة بضم الشركة المشار إليها إلى الدعوى.

٨. أعطت المحكمة الإنجليزية شركة دانة غاز والمدعى عليهم مهلاً متتابعة للتقدم إلى محكمة الشارقة باعتراضات تمكنهم من مواصلة السير في إجراءات التقاضي، إلا أنه لم يحصل ما يؤثر على الأمر الصادر من محكمة الشارقة، مما جعل المحكمة الإنجليزية تقرر -من واقع ما ظهر لها من مجريات القضية- أن شركة دانة غاز تتحمل مسؤولية الحالة التي تم فيها منعها من متابعة إجراءات القضية من قبل محكمة الشارقة، وأن الحال لا يقبل مزيداً من التأخير، ففصلت في موضوع الطلب، بعد أن مكنت الأطراف من فرص متتابعة لمعالجة ما يمنعونهم من مواصلة السير في إجراءات التقاضي.

اختصاص المحكمة

بيّنت المحكمة الإنجليزية بأنه وفقاً للقانون الإنجليزي الدولي الخاص؛ فإن للأطراف أن يختاروا القانون الذي يحكم تعاقدهم، وبنّت على ذلك بأن العقد متى كان محكوماً بالقانون الإنجليزي؛ فإن القانون الإنجليزي هو الذي يحدد ما إذا كان العقد صالحاً وقابلاً للنفذ من عدمه. وحيث إن وثيقة التعهد بالشراء -وهي الوثيقة التي نشأت عنها المنازعة- محكومة بالقانون الإنجليزي؛ فإن القانون الإنجليزي هو الذي يحدد ما إذا كان العقد صالحاً وقابلاً للتنفيذ، وأكدت المحكمة الإنجليزية على أنها لن تتناول في حكمها المسائل المتعلقة بالقانون الإماراتي، وسينحصر نظرها على المسائل المتصلة بالقانون الإنجليزي.

التعليق على الحكم

ارتكزت مطالبة المدعي (شركة دانة غاز) على طلب عدم تمكين المدعى عليهم من إنفاذ الالتزام الواجب عليها بموجب وثيقة التعهد بالشراء؛ وتقوم مطالبتها على أساس أن العلاقة التعاقدية غير قانونية، وأن الالتزامات ذات الصلة غير قابلة للتنفيذ بموجب قانون الإمارات؛ لأن العقد يفضي إلى أن يكون عقد مضاربة متضمناً شرط التعهد بالشراء بالقيمة الاسمية، والذي مؤداه ضمان رأس المال، وبنّت الشركة على ذلك طلبها أمام المحكمة الإنجليزية. وقد نظرت المحكمة الإنجليزية في القضية قبل أن تفصل محكمة الشارقة في اتفاقية المضاربة، ومراعاة لذلك، انطلقت المحكمة الإنجليزية -في سبيل نظر القضية- إلى افتراض أن دعوى المدعية (شركة دانة غاز) في محكمة الشارقة والمتعلقة باتفاقية المضاربة صحيحة، وأن جميع الالتزامات التعاقدية الخاضعة لقانون الإمارات، قد ثبت أنها غير قانونية وغير نافذة، وبناء على هذا الافتراض، بحثت المحكمة الإنجليزية القضية وهل سيؤثر ذلك على التعهد بالشراء، وهل سيبقى الالتزام الناشئ عن الاتفاقية صالحاً وقابلاً للتنفيذ بموجب القانون الإنجليزي أم لا.

كما استندت المدعية إلى ثلاث حجج تنبني على ذلك:

الحجة الأولى: تمسكت المدعية بأن التزامها بدفع سعر التنفيذ مشروط بقدرة الأطراف بشكل قانوني على نقل حقوق الأمين في أصول المضاربة إلى شركة دانة غاز بموجب مستند منفصل محكوم بالقانون الإماراتي وهو اتفاقية البيع، وهذا يعني أن شركة دانة غاز قد تمسكت بأن مقتضى التعهد بالشراء يتكون من أمرين متلازمين وهما: التزام منها بالدفع، والتزام من الأمين بنقل الحقوق والأصول إليها، وترى أن ذلك متعذر إذ لن يتمكن الأمين من نقل الحقوق إليها؛ لأن الأمين لن يكتسب أي حقوق في أصول المضاربة بسبب بطلان اتفاقية المضاربة، وبالتالي لن يتمكن من نقل الحقوق، الأمر الذي يتعذر معه إبرام اتفاقية البيع بموجب التعهد بالشراء، وعليه فلا يمكن أن ينشأ التزام عليها بدفع سعر التنفيذ فلا يلزمها حينئذ الدفع؛ لتعذر نقل تلك الحقوق.

وقد رأى القاضي أن ما تمسكت به المدعية غير مقبول؛ وعلل ذلك بأن وثيقة التعهد بالشراء وإن كانت تنص على قيام المدعية بشراء حقوق الأمين في أصول المضاربة ونقل الحقوق إلى المدعية، إلا أنه يرى بأن صياغة التعهد قد فصلت بين الالتزامين؛ فلم ينص التعهد على إجراء المبادلة، وإنما قسّم التعهد هذه العملية إلى مرحلتين منفصلتين ومستقلتين تماماً، الأولى دفع سعر التنفيذ، ولم ينص التعهد على اشتراطات محددة قبل البدء في الالتزام بالدفع، ويرى القاضي بأن غرض صياغة التعهد بهذه الطريقة، الحماية من مخاطر اتفاقية المضاربة والوثائق المتعلقة بها والتي يمكن أن تصبح باطلة وفقاً للقانون الحاكم لها؛ وعليه رأى القاضي رفض حجة شركة دانة غاز، باعتبار أن إرادة الأطراف في وثيقة التعهد بالشراء جاءت للحماية من المخاطر المتجهة إلى بطلان المستندات الأخرى.

ومحل التساؤل هنا فيما لو ثبت في الواقع استحالة التزام الأمين بالوفاء بالالتزام الواجب عليه بموجب وثيقة التعهد بالشراء المحكوم بالقانون الإنجليزي؛ وإن قيل بأن الوثيقة فصلت بين الالتزامين باعتبارهما مرحلتين منفصلتين؛ فما الأثر الذي سينتج عن ذلك وفقاً لوجهة نظر

القاضي؛ هل سينتج عنه تعويض من الأمين لشركة دانه غاز يوازي ما غرمته من دخولها في هذه الوثيقة؟

لم يتطرق القاضي إلى ذلك، ولعل السبب أن ذلك أمر سابق لأوانه، ولم يطرح أمام المحكمة كمنازعة واقعة، وإنما أمر محتمل، خاصة وأن بطلان اتفاقية المضاربة لا يفضي بالضرورة إلى استحالة تنفيذ الأمين للالتزام؛ إذ إن الأمين قد يكون لديه ما يمكنه من نقل الحقوق -ولو بطلت المضاربة- إلى شركة دانه غاز.

الحجة الثانية: تمسكت دانه غاز أيضاً، بأن التعهد بالشراء باطل؛ بسبب افتراض غلط مشترك، وهو صحة اتفاقية المضاربة في قانون الإمارات.

وقد رأى القاضي أن يبين القانون الحاكم لهذه المسألة؛ فبين بأن العقد إذا أبرم على أساس الافتراض بشأن موضوعه الذي تبين أنه غلط، فإن القانون الإنجليزي سيتعامل مع العقد في ظروف معينة على أنه باطل، ولكن بين بأن هذه الظروف استثنائية ونادرة جداً. ثم أشار إلى سابقة قضائية في الفقرة (٥٨) والتي تضمنت "عندما يُستدل من شروط العقد أو الظروف المحيطة به أنه قد تم التوصل إلى توافق في الآراء على افتراض أساس تعاقدي معين، وتبين أن هذا الافتراض غير صحيح، فإن العقد يكون باطلاً: أي أنه باطل من أساسه إذا كان الافتراض يمثل حقيقة واقعة، ويتوقف عن اللزوم إذا كان الافتراض حقيقة في المستقبل".

ثم بين القاضي -من الأحكام المأخوذة من هذه السابقة القضائية- أن إثبات وجود غلط مشترك مؤثر، لا يعتمد فقط على الاستدلال من شروط العقد والظروف المحيطة، ولكنه يتضمن تحقيقاً في المعتقدات الذاتية لدى الأطراف. فعلى سبيل المثال، جاء في السابقة القضائية المذكورة: "إن الغلط -فيما يتعلق بوجود الشيء المتعاقد عليه- لن يؤثر على القبول، إلا إذا كان الغلط من كلا الطرفين، يتعلق بوجود صفة ما، تجعل الشيء بدون هذه الصفة، مختلفاً بشكل جوهري عن الشيء الذي كان يُعتقد أنه سيكون قائماً".

ثم أكد القاضي أمراً سببني عليه إجابته عن الدفع بوجود غلط في العقد، بأن سابقة قضائية

أخرى توصلت إلى النتيجة نفسها: "بأن الغلط المشترك لن يؤدي إلى إبطال العقد، ما لم يكن متعلقاً بشيء يجب أن يكون كلا الطرفين قد قبلاه بالضرورة في أذهانهما باعتباره عنصراً أساسياً ومتكاملاً في الموضوع".

ثم بين القاضي أمراً مؤثراً لتحليل أثر وجود الغلط في العقد وطريقة معالجته؛ فذكر بأنه لا يمكن تطبيق مبدأ الغلط إلا إذا كان هناك فراغ في العقد بسكوته عن تغطيته أو معالجته. أما إذا جرى تحديد مخاطر الخطأ بموجب عقدهم، فلا مجال لتطبيق هذا المبدأ عندئذ. واستشهد بما جاء في سابقة قضائية أخرى كما في الفقرة (٦٢): "من الناحية المنطقية، قبل إعمال القواعد المتعلقة بالغلط... يجب التأكد أولاً من العقد نفسه، هل جرى تحديد الطرف الذي يتحمل مخاطر الغلط ذي الصلة أم لا؟ سواء من خلال شرط مسبق أو ضمني سابق أو غير ذلك. فعند هذه العقبة، ستفشل العديد من دعاوى الغلط أو يثبت أنها كانت غير ضرورية".

ثم استشهد بسابقة قضائية توضح ما يريد أن يصل إليه، وقال: إن إحدى الطرق - وإن لم تكن الطريق الوحيد - التي يمكن من خلالها تحديد مخاطر حدوث غلط تعاقدية، هو ضمان أحد الأطراف لوجود الحالة ذات الصلة. ثم استشهد بقضية باع فيها المدعى عليه إلى المدعي حطام ناقلة نפט، وأفاده بأنها ملقاة على شعاب مرجانية معينة. ولم يكن أي من الطرفين يعلم أن الناقلة لم تكن موجودة أصلاً ولا حتى الشعاب المرجانية. وقد فشلت دعوى إبطال العقد أمام المحكمة العليا في أستراليا بحجة وجود هذا الغلط؛ لأن المحكمة رأت أن المدعى عليه قد تعهد ضمناً بوجود ناقلة نפט غارقة. ولذلك فإن عدم وجود الناقلة لا يعد حالة لم ينص عليها العقد.

ثم بين أن السبب الرئيس لندرة نجاح دعاوى الغلط، هو أن مخاطر حدوث الغلط؛ عادة ما يحتملها العقد على أحد الطرفين، وبالتالي فلا مجال للعمل بهذا المبدأ، إذا عالج العقد صراحة النتائج المترتبة على وجود الغلط ذي الصلة. والسبب الآخر أن المبدأ المقرر لا يطبق إلا إذا كان الغلط المذكور يجعل من العقد مستحيل التنفيذ، أو أن الغلط قد جعل موضوع العقد مختلفاً

اختلافاً جوهرياً عن الموضوع الذي يعتقد الطرفان أنه موجود. وبعد أن ذكر القاعدة، بين أسباب عدم انطباق القاعدة على هذه الواقعة، وأوضح بأن الادعاء ببطان اتفاقية المضاربة، مدفوع بما يأتي:

أولاً: بأن الأطراف قد دخلوا في التعهد بالشراء، وهم يعتقدون صحة وسلامة وقانونية اتفاقية المضاربة (حتى لو ثبت بطلانها لاحقاً).

ثانياً: أن احتمال أن تكون اتفاقية المضاربة باطلة، كان احتمالاً متوقعاً فعلاً بين الأطراف، بدليل صياغة وثيقة التعهد بالشراء الصريحة، والذي جرى فيها التصريح بهذا المعنى والإشارة إلى نفاذها حتى مع وقوع ذلك الاحتمال، وذلك في البند (٥) من وثيقة التعهد بالشراء.

وخلص من ذلك كما في الفقرة (٧٢) من الحكم إلى أنه: "اتفق الطرفان صراحة على أنه إذا تبين أن اتفاقية المضاربة -أو إذا زُعم من قبل شركة دانة غاز- أنها غير قانونية أو غير قابلة للتنفيذ، فإن الأمين يمكن أن يعتمد على التعهد بالشراء في مطالبة شركة دانة غاز بدفع سعر التنفيذ في حساب المعاملة في لندن. كمسألة قانونية، لا يمكن لشركة دانة غاز الاعتماد على الظروف التي تؤثر على الحقوق بموجب التعهد بالشراء كأساس للادعاء بأن التعهد بالشراء باطل بسبب الغلط المشترك".

كما ناقش الحكم عدم وجود حقوق في أصول المضاربة، وما سينتج عنه في عدم استطاعة الأمين نقل الحقوق إلى شركة دانة غاز.

الحجة الثالثة: احتجت دانة غاز بأن السياسة العامة للمحاكم الإنجليزية تقضي بأن لا تقوم المحاكم الإنجليزية بإنفاذ عقد يتم إبرامه لغرض غير قانوني بموجب قانون دولة أجنبية صديقة.

وما دامت جميع الالتزامات بموجب التعهد بالشراء يجب أن تنفذ في دولة الإمارات، فقد طلبت الشركة أن تنظر المحكمة فيما إذا كان التعهد بالشراء قابلاً للتنفيذ في دولة الإمارات أم لا، وذلك استناداً إلى لائحة روما ومبدأ قضية "إخوة رالي" التي أشير إليهما في الدعوى، إلا

أن القاضي دفع ذلك باعتبار أنه لا يوجد أي من الالتزامات التي يرغب المدعى عليهم تنفيذها التي تتطلب من شركة دانة غاز القيام بأي شيء في دولة الإمارات، وعلى وجه خاص فإن الالتزام بدفع سعر التنفيذ هو التزام بدفعه في حساب المعاملة، وهو حساب يحتفظ به الأمين لدى بنك دويتشه في لندن، وبالتالي، فإن تنفيذ هذا الالتزام سيكون في إنجلترا.

ثم قال كما في الفقرة (٨١): "أنا أفهم الحجة القائلة بأنه، عند تطبيق هذا المبدأ، فإن التعهد بالشراء يكون غير قابل للتنفيذ لأنه يهدف، عند تنفيذ الحقوق الممنوحة إلى الأمين بموجب البند ٢ ١، إلى الدخول في اتفاقية البيع والتي ستكون غير قانونية بموجب قانون الإمارات".

إلا أن القاضي بين عدم تسليمه بهذا الدفع وأن الاتفاقية لم تشر إلى أي شيء يخص التعهد بالشراء في قانون دولة الإمارات، ورأى أنه على فرض التسليم بذلك كما في الفقرة (٨٣) من الحكم: "وعلى أي حال، فإنه حتى لو كان من الممكن القول بأن ذلك هو الهدف المقصود، فلا أرى أي سبب يدعو إلى اعتباره يبطل العقد بأكمله. لقد قررت بالفعل بأن التفسير الصحيح للتعهد بالشراء، بأن عدم إمكان إبرام اتفاقية بيع صحيحة، لن يؤثر على التزام شركة دانة غاز بدفع سعر التنفيذ عند تسليم إشعار التنفيذ. ولا أستطيع أن أفهم سبب اعتبار النتيجة التي تفيد بأن تنفيذ اتفاقية البيع غير صحيحة لسبب إضافي وهو أن القيام بعمل غير قانوني في دولة أجنبية صديقة سيكون له تأثير أكبر أو تأثير مختلف".

ونتيجة لذلك؛ فقد توصل القاضي إلى القول كما في الفقرة (٨٦): "خلصت إلى أنه، وحتى بناء على الدعاوى التي تم تقديمها لغرض القضية التمهيدية، فإن جميع الأسس التي سعت شركة دانة غاز إلى البناء عليها للطعن في صحة وقابلية تنفيذ حقوق الأمين بموجب التعهد بالشراء بالزام شركة دانة غاز بدفع سعر التنفيذ، تعتبر لا أساس لها من الصحة. وبناءً على ذلك، سأصدر حكماً بأن التعهد بالشراء صحيح وقابل للتنفيذ وفقاً لشرطه. وأدعو إلى تقديم طلبات مكتوبة بشأن ما إذا كان المدعى عليهم مؤهلين للحصول على أي تعويضات أخرى في ضوء هذا الحكم، مع أي أمور أخرى لاحقة".

وبعد عرض تفاصيل استنتاجات القاضي التي بنى عليها حكمه؛ يمكن القول بأن ما انتهى إليه القاضي في حكمه؛ هو الأخذ بأن اتفاقية المضاربة مهما ثبت بشأنها سواء الصحة أو البطلان، لن تؤثر في صحة التعهد بالشراء؛ لسببين:

السبب الأول: أن صياغة اتفاقية التعهد بالشراء أرادت ذلك، بل وعبرت عنه بشكل صريح. ومحل التساؤل هنا هو: هل يمكن القول، ووفقاً لما ذكر في الحكم، بأنه وعلى افتراض بطلان اتفاقية المضاربة، فإنه لا يوجد ما يمنع من نقل حقوق المضاربة إلى شركة دانة غاز في ظل حصول الأمين على ما يخولّه بالتصرف في تلك الأصول بالنسبة لأحكام القانون الإنجليزي؟ وأما ما يتعلق بتقويم الأصول وتقدير قيمتها أثناء إبرام عقد الشراء؛ فإن تلك المسألة لم تطرح من المدعية ولم تنازع في ذلك.

السبب الثاني: أن الشركة أبرمت التعهد بالشراء وجعلته محكوماً بالقانون الإنجليزي ولم تجعله محكوماً بالقانون الإماراتي، مع علمها بأن هذا التعهد سيعامل بمعزل عن اتفاقية المضاربة، وأنه لو أدى الحال إلى إبطال المضاربة لأي سبب بما في ذلك وجود شرط ضمان رأس المال وما سينتج عن الحكم من تغيير للمراكز التعاقدية بسبب بطلان اتفاقية المضاربة؛ فإنها ارتضت بأن تدخل في هذه الوثيقة -للحد من مخاطر حملة الصكوك- بحيث تعامل بمعزل عما قد ينتج بسبب إبطال اتفاقية المضاربة، وأن تتعهد بشراء الحقوق التي لدى الأمين بالقيمة الاسمية.

وقد لا يكون من المناسب بعد ذلك أن تنذر المدعية بأن التعهد بالشراء باطل؛ لأمر خارج عن إرادتها أو علمها، وكان من الأنسب أن تبحث المخاطر بشكل دقيق، وتعالج وفق القواعد الحاكمة لقناعتهم أثناء إبرام العقد، وأن يبتعد عن استغلال اختلاف القواعد القانونية الحاكمة بأن تجزأ الالتزامات ويحدد القانون الحاكم لكل التزام بما يحقق غاية طرف من الأطراف.

مراجعة القضية في ضوء قواعد التمويل الإسلامي

تحاول هذه الدراسة عرض أبرز المسائل ذات العلاقة بالموضوع بما يساهم في استشراف وتطوير مستقبل الصناعة.

المسألة الأولى: هل صياغة المستند القانوني لوثيقة "التعهد بالشراء" محل اجتهاد

فقهي؟

من أبرز المسائل الفقهية المرتبطة بالقضية هي حكم الالتزام بالشراء بالقيمة الاسمية في صكوك المضاربة، وهذه المسألة محل خلاف مشهور، نشير له بالقدر الذي نحتاج إليه، لغرض مقارنته بصياغة المستند القانوني لوثيقة "التعهد بالشراء" محل الدراسة.

أولاً: حكم الالتزام بالشراء بالقيمة الاسمية في صكوك المضاربة

ليس من غرض الدراسة عرض مسائل الصكوك، فهذه لها محل آخر، وإنما نشير بإيجاز - لغرض استكمال تصور الموضوع - إلى الخلاف في هذه المسألة على اتجاهين:
الاتجاه الأول: منع الالتزام بالشراء بالقيمة الاسمية في صكوك المضاربة. وبهذا صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، والمعايير الشرعية، وأكثر الفقهاء المعاصرين.
ومستند هذا الاتجاه:

١. أن هذا الالتزام في حكم ضمان رأس مال المضاربة، وهو ممنوع اتفاقاً.

٢. أن هذا الالتزام يخالف مقتضى عقد المضاربة.

الاتجاه الثاني: جواز الالتزام بالشراء بالقيمة الاسمية في صكوك المضاربة. واختاره عدد من الفقهاء المعاصرين، منهم من أعضاء اللجان المؤثرين في إعداد نماذج الصكوك.

ومستند هذا الاتجاه^٨:

١. أن هذا الالتزام ليس شرطاً بضمان رأس المال، لأنه لا ينفذ في جميع الأحوال، فالملتزم مثلاً لا يشتري حال تلف الأصول ولا يلزمه ذلك؛ لأنه من بيع المعدوم.
٢. أن هذا الالتزام ليس شرطاً في عقد المضاربة، وإنما هو مستقل عنه ولا يتأثر به.
٣. أن الواعد لا يلزمه قضاء الدخول في عقد البيع، وله الامتناع عن ذلك، وليس لحملة الصكوك عندئذ إلا بيع الأصول إلى طرف ثالث، والرجوع على الواعد بتعويض النقص إن وجد.

إذ يؤكد بعض أصحاب هذا الاتجاه بأنه: "إذا رفض الواعد بالبيع تنفيذ وعده بالتوقيع على عقد البيع، فليس للمستفيد إجباره على التوقيع، ولا الحصول على حكم قضائي بذلك، أو اعتبار الحكم بمثابة توقيعه على عقد البيع؛ لأن صحة العقود تعتمد على حرية الإرادة، وكل ما يملكه المستفيد في حال رفض الواعد الدخول في عقد البيع، هو شراء البضاعة من السوق، ومطالبة الواعد بالتعويض عن الضرر الفعلي الذي أصابه من جراء عدم بيع الواعد للأصول التي وعد ببيعها بالثمن المتفق عليه"^٩.

هذه أبرز مستندات هذا الاتجاه، إضافة إلى الاستناد إلى أن الأصل في العقود والشروط: الإباحة والصحة، مع انتفاء الربا والغرر.

على أي حال؛ ليس من غرض هذه الدراسة مناقشة هذه المستندات، أو الترجيح بين هذه الاجتهادات، فرغم اعتبارنا لكلا الاجتهادين، ومراعاة الخلاف في هذه المسألة الاجتهادية عند وقوعها، إلا أن صياغة المستند القانوني لوثيقة "التعهد بالشراء"، والتي جاءت ضمن المعاملة محل الخصومة، والتي اعتمدت عليها المحكمة الإنجليزية في حكمها، لا تتوافق مع مستندات الاتجاه القائل بالجواز.

^٨ ينظر مثلاً: دراسات المعايير الشرعية ٢/١٠٠٥-١١١٢، بحوث في التمويل الإسلامي ٤/١٩٥-٢٠٠.

^٩ حولية البركة الحادية عشرة ص ٩٠ و ٩٥.

وهذا يؤكد مرة أخرى أهمية دور المستشار الشرعي في مراجعة جميع وثائق المعاملة، ولا تبرأ الذمة بالاكْتفاء بإجازة النموذج (الهيكل) فحسب. وهذا المعنى الذي أكد عليه البيان الإيضاحي الصادر عن المجلس الشرعي بأبوظبي بشأن الصكوك عام ٢٠٠٨م، إذ جاء فيه: "يتعيّن على الهيئات الشرعية أن لا تكتفي بإصدار فتوى لجواز هيكل الصكوك، بل يجب أن تدقق العقود والوثائق ذات الصلة".

كما كان ينبغي أن تصدر الفتوى باجتهاد جماعي من ثلاثة أعضاء على الأقل، فإن هذا أدهى للصواب، وأبعد عن الخطأ، وقد تتابعت قرارات مؤسسات الاجتهاد الفقهي الجماعي، ومؤسسات الصناعة المالية الإسلامية، ومبادئ الحوكمة الشرعية، على هذا المعنى، فإنه مما لا يتفق مع واقع الصناعة وتطورها أن يُعتمد على مستشار شرعي واحد في اعتماد إصدار أو منتج يتجاوز الملايين وقد يصل المليارات.

وإن مما يعزز استمرار مثل هذه الممارسات ضعف حوكمة المالية الإسلامية، إضافة إلى ضعف قناعة الجهات المصدرة التي تعتمد تخفيض التكاليف. وإن الدراسة توصي بالامتناع عن تقديم الرأي الشرعي الفردي؛ لتحقيق الاجتهاد الجماعي، وتعزيز الاستقلال في إبداء الرأي، وبعث الاطمئنان باستيفاء دراسة جميع وثائق المعاملة، بما يحقق مبادئ الحوكمة.

ثانياً: صياغة المستند القانوني لوثيقة "التعهد بالشراء":

لقد حاولنا -بعد بحث وسؤال وتبع- الحصول على صياغة وثيقة التعهد بالشراء التي جرى استخدامها في المعاملة محل النظر؛ لغرض ترجمتها وعرضها للتحليل والدراسة والمراجعة النقدية، فلم نتمكن من ذلك.

على أي حال؛ لقد وقفنا على العديد من صياغات ووثائق التعهد بالشراء المستخدمة في عدد من معاملات التمويل الإسلامي، سواء في عقود المضاربة أو الإجارة، إلا أننا رأينا الاكتفاء بما جاء في نص الحكم من صياغة البنود المؤثرة في نتيجة الحكم، وما جاء في ملخص وثيقة

التعهد بالشراء المعروضة في نشرة إصدار الصكوك محل الدراسة، ونرى أنه قدر مناسب للعرض والمناقشة.

ويمكن عرض ذلك في نقطتين أساسيتين:

النقطة الأولى: أن الوثيقة محكومة بالقانون الإنجليزي وهذا يعني حقيقة يجب أن يدركها جميع أطراف معاملات التمويل الإسلامي بمن فيهم أعضاء اللجان الشرعية، وهو عدم الاستناد إلى تخريجات ذهنية أو اجتهادات شخصية لا يعترف بها القانون ولا الواقع، أو كما يقول الفقهاء "إنما هو موجود في الأذهان دون الأعيان".

ولذا جاء في حكم المحكمة في الفقرة (٤٧) ما خلاصته: "إن التعهد بالشراء يخضع إلى القانون الإنجليزي، وبالتالي فإن القانون الإنجليزي هو الذي يحدد ما إذا كان التعهد بالشراء عقدا صحيحا وقابلا للتنفيذ أم لا، بغض النظر عن وجهة النظر التي ستؤخذ في الاعتبار بشأن صحته وقابليته للتنفيذ في حالة تطبيق قانون آخر".

وجاء في الفقرة (٦٠): "إن الافتراض القائل بأن وجود الحقوق والالتزامات التعاقدية يعتمد على الحالات الذهنية الذاتية للطرفين، لا يتوافق مع المنهج الموضوعي الذي يعد أساسا لقانون العقود الإنجليزي الحديث".

النقطة الثانية: لقد جرت صياغة الوثيقة على أساس أنه التزام مطلق بالدفع، وليس التزاما بالشراء يخضع لشروط وحالات معينة بضوابطها الشرعية، وهذا الذي دعا المحكمة إلى القول في الفقرة (٥١): "إن تفسير التعهد بالشراء الذي تدعيه الشركة غير مقبول ويتعارض بشكل قاطع مع صياغته الصريحة". بل ترى المحكمة أن صياغة التعهد بالشراء جاءت بصياغة متعمدة ومقصودة على أساس أن تكون التزاما مطلقا بالدفع، ولذلك قال القاضي في الفقرة (٥٤): "أعتقد أنه من الواضح أن التعهد بالشراء لم تتم هيكلته بهذه الطريقة بالصدفة... أعتقد أنه من الواضح أن التعهد بالشراء قد تمت صياغته بشكل متعمد"، أي أن هذه الصياغة القانونية كانت مستعدة ومتوقعة لوجود مثل هذا النوع من النزاع، وبناء عليه فالمحكمة ستنظر في

صياغته التي اتفق عليها الأطراف، وستحكم بناء على ذلك، بغض النظر عن أي شيء آخر، وهذا يشبه المبدأ الشرعي: "إنما أقضي على نحو ما أسمع".

وعليه فالمسؤولية تقع على عاتق اللجنة الشرعية في فحص مثل هذه الصياغات ومدى استنادها إلى اجتهاد وتأصيل شرعي معتبر، فالمستشار القانوني الذي تولى صياغة المستند القانوني ضمن عملية التمويل الإسلامي، قد صاغ الوثيقة بما يحمي حقوق عميله، وليس معنياً بالضرورة- بمدى توافق هذه الصياغة مع قواعد التمويل الإسلامي.

لقد ظهر هذا في بنود منها^{١٠}:

١. إن الالتزام بالدفع نافذ عند حصول تعثر في سداد التوزيعات الدورية، أو حدوث أي حالة تعثر منصوص عليها، ومنها: مجرد إبداء الطعن في قانونية أي وثيقة من وثائق المعاملة بما فيها اتفاقية المضاربة. ولذا جاء في حكم المحكمة في الفقرة (٧٠): "في الواقع، فإنه حتى لو كانت اتفاقية المضاربة قانونية في حقيقة الأمر، فإن حقيقة أن شركة دانة غاز قد طعنت في صلاحيتها هو بحد ذاته يعد حدث تصفية".
٢. إن الالتزام بالدفع يكون بالقيمة الاسمية وبغض النظر عن حالة الأصول الرهانة.
٣. إن الالتزام بالدفع نافذ بشكل مستقل عن أي وثيقة أخرى من وثائق المعاملة.
٤. إن الالتزام بالدفع (تسليم الثمن) مستقل بشكل واضح عن مدى قدرة الطرف الآخر في تسليم ما يقابل ذلك من محل العقد وهو أصول المضاربة (تسليم المثلث). وقد قرر القاضي ذلك بوضوح في نص الحكم في الفقرة (٥٢) وأكد فيه أن المصطلحات المستخدمة في صياغة التعهد بالشراء توجّهت إلى أنه في حال وجود التزامين

^{١٠} ينظر: نشرة إصدار صكوك دانة غاز (أكتوبر ٢٠١٣) ملخص وثائق المعاملة ص ٢٥٠-٢٥١ وما بعدها، ونص

حكم المحكمة الإنجليزية المرفق، الفقرات (١٥ و ١٨ و ٥٠ و ٥١ و ٥٢ و ٥٣ و ٥٤ و ٦٩ و ٧٠).

متقابلين، فإن وجوب تنفيذ أحدهما ليس مترتبا على إمكان تنفيذ الآخر^{١١}. إن نتيجة هذه الصياغة -في حقيقة الأمر- هي التزام بالدفع، وليس التزاما بالشراء، فليس هذا التزام بعقد شراء وبيع يعرفه الفقه الإسلامي أو القانون المقارن. وهذا الذي دعا قاضي المحكمة الإنجليزية في الفقرة (٨٣) إلى القول بأنه: "لقد قررت بالفعل بأن التفسير الصحيح للعهد بالشراء، بأن عدم إمكان إبرام اتفاقية بيع صحيحة، لن يؤثر على التزام شركة دانة غاز بدفع سعر التنفيذ عند تسليم إشعار التنفيذ".

وعليه فإننا نرى -من وجهة نظر فريق الدراسة- أن صياغة وثيقة "التعهد بالشراء" لم تكن متوافقة مع حقيقة أي من القولين، وكان هذا من أبرز الأسباب التي دعتنا إلى إعداد هذه الدراسة ونشرها.

فقد تعاملت المحكمة مع هذه الوثيقة -واستنادا إلى ظاهر صياغتها القانونية- على أساس أنه التزام بالدفع، وليس التزاما بالشراء. وهذا ما لم يقل به أحد من علماء المالية الإسلامية فيما نعلم، بمن فيهم من أجاز نشرة صكوك دانة غاز وهي القضية محل النظر، سواء المستشار الشرعي الذي أجاز الإصدار الأول عام ٢٠٠٧م، أو المستشار الشرعي الثاني الذي أجاز الإصدار الثاني عام ٢٠١٣م.

وإنه لا يمكن أن يفهم هذا الالتزام بالدفع إلا على أساس أنه تعويض ملزم جزافي عن ضرر متوقع، أو أنه شراء لما تبقى من الأصول -مهما كان المتبقي تافها- بالمبلغ نفسه وهي القيمة الاسمية (رأس المال كاملا)، أو أنه دَفْعُ مالٍ بلا مقابل، أو أنه ضمان محض مطلق في عقد

^{١١} مثلا لو التزم المشتري بدفع مبلغ قدره: مليون، مقابل الحصول على سلعة من البائع، ثم جرت صياغة العقد على أساس التزام المشتري بدفع مليون -على أي حال- وبغض النظر عن تسليم البائع السلعة أو قدرته على ذلك، أو تسليم السلعة معيبة أو ناقصة، أو حتى عدم وجود سلعة أساسا، فإن هذه الصياغة ليست صياغة عقد بيع وشراء، وإنما هي صياغة شيء آخر.

المضاربة، وكلها مما لا نعلم قائلًا به من علماء الشريعة في المالية الإسلامية^{١٢}. إن الغرض من هذه الدراسة هو إبراز أهمية المراجعة الدقيقة والفاحصة لصياغة العقود من قبل المستشارين الشرعيين، وأعضاء اللجان الشرعية، وعدم الاكتفاء بإجازة الهيكل فقط. كما تبرز أهمية رفع الوعي القانوني سواء في القانون الإنجليزي ومصطلحاته أو فيما يتعلق بالتعامل مع المحاكم الإنجليزية بشأن عقود التمويل الإسلامي، وذلك عند دراسة وثائق الصكوك ومن ثم إعداد الاستشارة الشرعية وإصدارها؛ وهذا سيساعد في تحسين نماذج الصكوك ووثائقها وإصداراتها، ويكون له أثر إيجابي مستمر على الصناعة المالية على وجه العموم^{١٣}.

إن التعامل مع الوثائق القانونية للمنتجات المهيكلية في التمويل الإسلامي يحتاج إلى المهارة أكثر من المعرفة، مع نظرة شاملة للحكم الشرعي بدلاً عن إصدار أحكام جزئية، وهذا يبين أهمية الجهاز المساند للجنة الشرعية في دراسة الوثائق وتحليلها بكفاءة عالية يمكن الاعتماد عليها في إصدار القرار الشرعي أو الفتوى النهائية، فلا يكتفى مثلاً بوجود شروط وأحكام واضحة تتوافق مع قواعد التمويل الإسلامي دون التأكد من عدم وجود شروط أو اتفاقيات أخرى تعارضها أو تكون أقوى درجة منها. وبالممارسة فإن من أبرز المواضع التي تحتاج إلى

^{١٢} حتى على اجتهاد بعض الفقهاء المعاصرين بتضمين الأمين -ولو كان مضاربا- بالشرط، والذي جاء الاجتهاد المعاصر على خلافه، بل لا نعلم له موافقا في ذلك. فإنه قد قيّد لاحقا جواز ضمان المضارب (في المضاربة المؤسسية) بضمان التهمة الذي يزول ويرتفع بالبينة على أن وقوع التلف أو الخسارة بغير تعديه أو تفريطه، وبهذا اتفق مع الاجتهادات الجماعية في ذلك. ينظر: قضايا فقهية معاصرة ص ٣٧٣، في فقه المعاملات المالية والمصرفية ص ٢٨٥، عيون المستجدات الفقهية ص ١٥٧.

^{١٣} في إحدى وثائق "التعهد بالشراء" المستخدمة في وثائق عقود التمويل الإسلامي في تمويل قائم على صيغة الإجارة، جاءت صياغة التعهد في المعاملة، بالتزام المستأجر بشراء أصول الإجارة في حالات التعثر، وكان منها حال تلف الأصول كلياً ولو كانت بدون تعد أو تقصير، وهذه صياغة يقبلها القانون الإنجليزي وتحكم بها المحاكم الإنجليزية، بطبيعة الحال ليست هذه صياغة عقد بيع وشراء، فضلا عن أنها لا تتفق مع ضوابط القول بجواز التزام المستأجر بشراء أصول الإجارة في حالات معينة.

مزيد اعتناء: اتفاقية الشروط العامة، أو اتفاقية الدائنين، ومواد (التعريفات) و(حالات الإخلال) في جميع مستندات المعاملة.

هذا وتوصي الدراسة أن تكون صياغة الفتوى الشرعية النهائية بشأن إصدار الصكوك وديابقتها وضوابطها من قبل أعضاء اللجنة الشرعية أو أمانتها، بحيث تظهر جميع الأحكام والآثار الشرعية للعقود التي يشتملها نموذج الصكوك، وألا يُكتفى بالفتوى الصادرة بالإنجليزية التي قد تجري صياغتها من جهة ليست مختصة بالجانب الشرعي. لقد أظهرت الممارسة أن الفتاوى التي جرت صياغتها من جهات غير شرعية فيها صعوبة في فهم المقصود أو غموض في عرض الهيكل الشرعي للصكوك. كما يستحسن أن تكون الفتوى بعد صياغتها من اللجنة الشرعية باللغتين، وأن تعتمد الترجمة دفعا للغموض في المراد القانوني للوصف الشرعي.

المسألة الثانية: هل يتوجه الحكم بفساد عقد صكوك المضاربة؟

هذه المسألة مرتبطة بما قبلها، وهي الادعاء بفساد عقد صكوك المضاربة؛ بدعوى أن الالتزام بشراء أصول المضاربة بالقيمة الاسمية - ولو كان بضوابطه الشرعية التي نص عليها القائلون بالجواز - نتيجته ومآله: أنه في حكم ضمان رأس مال المضاربة، وهو ممنوع. ولو كان الطرفان قد دخلا في هذه المعاملة في ضوء اجتهاد شرعي معتبر.

والذي تقترحه الدراسة في مثل هذا النوع من المنازعات - وغيرها مما يتكرر كثيرا - في المعاملات المالية سواء في عمل المؤسسات المالية الإسلامية أو الشركات التجارية أو بين أفراد المتعاملين فيما بينهم، والتي يتوجه أحد أطرافها إلى الطعن في مشروعية هذه العقود وطلب إبطالها - رغم دخول الطرفين فيها بعلمهم ابتداء في ضوء اجتهاد شرعي معتبر - أن يكون تعامل المحاكم المختصة في ضوء أحد الاحتمالات التالية:

الاحتمال الأول: عدم سماع الدعوى. ومستند هذا الاحتمال:

أولا: سدّ ذريعة التلاعب بلزوم العقود والوفاء بالشروط، ومنع اضطراب استقرار العقود،

وتحقيق أحد مقاصد الشريعة في المعاملات المالية وهو: ثبات الأموال^{١٤}، فإن من وسائل ثبات العقود: تحصينها من الإبطال القضائي إن كانت مستندة إلى اجتهاد معتبر.

ثانياً: أن هذا من باب المعاملة بنقيض القصد، وهذا مبدأ معتبر شرعاً، قال ابن القيم: "استقرت سنة الله في خلقه شرعاً وقدراً على معاقبة العبد بنقيض قصده"^{١٥}. فإن كلا الطرفين قد دخلا في هذا المعاملة بهذه الالتزامات والشروط وفي ضوء اجتهاد شرعي معتبر للطرفين، فلا يسوغ حينئذ سماع الدعوى بالطعن في مشروعيتها وطلب إبطالها، وهما قد اتفقا ابتداء بالدخول على أساس ذلك^{١٦}.

لا سيما إذا ظهر للمحكمة أن غرض المدعي من إبطال الالتزام هو التخلص منه، فحتى لو قيل إن هذا الالتزام بالشراء يؤول إلى ضمان رأس المال، فيكون حينئذ شرطاً باطلاً، والواجب إبطاله موافقة لمقصود الشارع، فإن هذا متجه -في نظر فريق الدراسة- فيما لو كان المدعي بطلب إبطاله هو من شرط عليه ذلك وأجبر على الدخول فيه؛ كما في قصة عائشة مع أهل بريدة في شرط الولاء. بخلاف ما لو كان الذي طلب إبطاله هو من وضع هذا الشرط ابتداءً من تلقاء نفسه -كما في القضية محل الدراسة-، فإن سماع الدعوى والحكم بإبطاله فيه إعانة على التفرير بالمتعاملين وأكل أموالهم بالباطل؛ إذ من المعلوم أن مصدر الصكوك ومرتب إصداره ومستشاره المالي والقانوني يتوافقون على أن وجود الالتزام بالشراء بهذه الصورة، من شأنه

^{١٤} مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور ص ١٧٢ ط. دار السلام.

^{١٥} أعلام الموقعين ٥١٥/٢ و ١٧٢/٤ ط. مجمع الفقه الإسلامي ودار عالم الفوائد.

^{١٦} يقرر بعض فقهاء الحنفية (الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٣٠) قاعدة مفادها أن "من سعى في نقض ما تمّ من جهته فسعيه مردود عليه" (وأخذت بها مجلة الأحكام العدلية م ١٠٠)، ونتيجتها: عدم سماع الدعوى؛ لأن فيها تناقضاً، والدعوى المتناقضة لا تسمع (شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا ص ٤٧٥)، وقد جرى النص عليها في عدد من التشريعات المدنية العربية، كما جرى الاستشهاد بها لدى عدد من المحاكم القضائية وهيئات التحكيم. ومعناها صحيح في الجملة عند المذاهب الأخرى كما في إثبات الإرث للمطلقة ثلاثاً في مرض الموت (طلاق الفار)، وحرمان القاتل العمد من الإرث، وإلزام الفار من الزكاة بها.

إنجاح الإصدار وتصنيفه ائتمانيا وسهولة ترويجه وقبوله لدى المستثمرين؛ فلا يسمع منهم عندئذ دعوى إبطاله لما في ذلك من استغلال المحاكم في التفرير بالمتعاملين.
الاحتمال الثاني: سماع الدعوى، ويظهر أن الحكم -في هذه القضية محل الدراسة- لا يخلو من الأحوال الآتية:

الحال الأولي: تصحيح عقد المضاربة مع تصحيح الالتزام بالشراء. ولهذا مأخذان:

١. أن هذا ليس تصحيحا لشرط تضمنين عامل المضاربة، فإن شرط الضمان ممنوع وفساد بالاتفاق^{١٧}، وإنما لأن الالتزام بالشراء بالقيمة الاسمية، نازلة معاصرة، ومسألة اجتهادية، وقد قيل بجوازها بضوابط خاصة وحالات معينة، والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد؛ فللمحكمة إنفاذ العقد حتى لو رأت عدم جوازه باجتهادها الخاص؛ فلها إمضاءه مادام مستندا إلى اجتهاد آخر معتبر.

قال ابن تيمية: "لا يلزم من كون الفقيه لا يبطلها أن يبيحها، فإن كثيرا من العقود يحرمها الفقيه، ثم لا يبطلها"^{١٨}.

وقال ابن القيم: "كثير من العقود يحرمها الفقيه ثم يُنفذها"^{١٩}.

وقال الطاهر ابن عاشور: "قد يقع الإغضاء عن خلل يسير ترجيحاً لمصلحة تقرير العقود، كالبيع الفاسد إذا طرأ عليها بعض المفوتات المقررة في الفقه، وقد كان الأستاذ أبو سعيد بن لبّ، مفتي حضرة غرناطة في القرن الثامن، يفتي بتقرير المعاملات التي جرى فيها عرف الناس على وجه غير صحيح في مذهب مالك إذا كان لها وجه ولو ضعيفا

^{١٧} بداية المجتهد ٢/٢٣٦، المغني ١٧٦/٧.

^{١٨} بيان الدليل ص ١٤٢ ط. ابن الجوزي (د. الخليل).

^{١٩} أعلام الموقعين ٤/٧٤ ط. مجمع الفقه الإسلامي ودار عالم الفوائد.

من أقوال العلماء^{٢٠}.

وهذا كله على التسليم بأن الالتزام بالشراء هو شرط ضمان في عقد المضاربة، وإلا فإن من أجازها لا يجعله كذلك كما سبق.

٢. ما قرره بعض الفقهاء من^{٢١} أنه إذا ادعى المضارب فساد المضاربة فالقول لرب المال، وإذا ادعى رب المال فسادها فالقول للمضارب، بمعنى: أن القول لمدعي الصحة من رب المال والمضارب^{٢٢}. وذلك لأن الصحة في العقود هي الأصل.

٣. استقرار التعامل، فلا يصار إلى الحكم القضائي بإفساد العقود والشروط إلا في أضيق الحالات، لا سيما إذا دخل الطرفان -ابتداء- باعتقاد صحتها.

قال ابن قدامة: "العقد متى أمكن حمله على الصحة، كان أولى من إفساده"^{٢٣}. وقال ابن تيمية: "إن المسلمين إذا تعاقدوا بينهم عقودا ولم يكونوا يعلمون لا تحريمها ولا تحليلها، فإن الفقهاء جميعهم -فيما أعلمه- يصححونها إذا لم يعتقدوا تحريمها"^{٢٤}.

ويقال مثل هذا في دعاوى العملاء مع المؤسسات المالية الإسلامية الذين يدخلون في عقود التورق أو المرابحة أو الإجارة التمويلية أو المشاركة أو المضاربة (وهذا كثير جدا في المحاكم المختصة) والذين دخلوا في هذه العقود تقليدا ومتابعة لرأي مستند إلى اجتهاد معتبر تبرأ الذمة بتقليده، وإنما عندما تأثرت قدرتهم الائتمانية في الالتزام بهذه العقود، دفعوا بطلب إبطالها وعدم مشروعيتها تخلصا منها، فإن الأصل إمضاؤها عليهم في ضوء ما تقدم. ولو قيل بأبعد من ذلك فيما لو رفع المتعامل ولو مع مؤسسة تمويل ربوي صريح، وطلب

^{٢٠} مقاصد الشريعة الإسلامية ص ١٨١ ط. دار السلام.

^{٢١} الموسوعة الفقهية ٨٧/٣٨. وهو في الدر المختار ٦٤٨/٥.

^{٢٢} المغني ١٢٧/٨ ط. هجر (د. التركي والحلو).

^{٢٣} القواعد النورانية ص ٢٨٣ ط. ابن الجوزي (د. الخليل).

إبطال شرط ربوي صريح مثل فائدة ربوية أو غرامة تأخير، فإن للمحكمة ألا تسمع الدعوى، وإن سمعتها فإنها لا تحكم لصالحه، فإن هذا من شأنه استغلال المحاكم للتلاعب بالعقود^{٢٤}، ولا يعني هذا تصحيح عقد الربا أو إقراره بأي حال من الأحوال، فإن للمحكمة أن تحكم بإبطال الشرط الربوي مع إلزام المتعامل بالدفع على أن يصرف إلى جهات النفع العام، فحتى لو لم يكن في الصناعة الفقهية ما يسند هذا القيل -لوقيل به- فإن في قواعد السياسة الشرعية ما يشهد له.

الحال الثانية: إبطال الالتزام بالشراء باعتباره في حكم شرط ضمان عامل المضاربة. وأما صحة عقد المضاربة: فهذا يجري عليه خلاف الفقهاء في أثر شرط ضمان العامل على صحة عقد المضاربة، وهو على أقوال:

القول الأول: المضاربة فاسدة أيضا، وهذا مذهب المالكية^{٢٥} والشافعية^{٢٦}.

^{٢٤} يلجأ البعض إلى المحاكم الشرعية فقط إذا كان الأمر في الجهات الأخرى في غير صالحه، ينظر: القانون التجاري السعودي، د. محمد حسن الجبر ص ٤١.

^{٢٥} الشرح الصغير مع بلغة السالك ٦٨٧/٣ و٦٨٨ ط. دار المعارف (د. وصفي).

^{٢٦} قال في بداية المجتهد ٢٣٨/٢: "وبه قال الشافعي"، وقال في المغني ١٧٦/٧: "وحكي ذلك عن الشافعي". وانظر: الموسوعة الفقهية ٦٤/٣٨. وفي تحفة المحتاج في كتاب الإجارة ١٨٠/٦: "عامل القراض والمستأجر فإنهما لا يضمنان إجماعاً". فهذا في منع شرط الضمان، وهو ظاهر على قواعد الشروط والعقود عند الشافعية. والذي يظهر كذلك ما يترتب عليه من فساد العقد، باعتبار أن المضاربة (القراض) عندهم إنما جوزت للحاجة. وقد نسب فساد عقد المضاربة في هذه الحال للشافعية: ابن رشد وابن قدامة كما مر. وقال الشيخ عبد الله الخويطر رحمه الله في كتابه "المضاربة في الشريعة الإسلامية" ص ٢٣٣: "ما فهمته من كلام الشافعية أن من أمثلة الشروط الفاسدة في المضاربة: شرط رب المال الضمان على العامل، كما تبين لي أن كل شرط فاسد، فإنه عندهم مفسد للمضاربة".

ومستند هذا القول:

١. "أن اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض"^{٢٧}. وهذا يعني أن ملحظ المنع هو الغرر وليس الربا.
٢. أن هذا مخالف لمقتضى العقد، فالعامل أمين، وهذا الشرط يخالف موضوعه.
٣. "أن الشرط إذا فسد، وجب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن، وذلك مجهول، فيصير الثمن مجهولاً"^{٢٨}.
٤. "أن البائع إنما رضي بزوال ملكه عن المبيع بشرطه، والمشتري كذلك إذا كان الشرط له، فلو صح البيع بدونه، لزال ملكه بغير رضاه، والبيع من شرطه التراضي"^{٢٩}. والمستند الأخير والذي قبله وإن كان في عقد البيع، إلا أن عقد المضاربة مثل البيع في اشتراط الرضا والعلم بمحل العقد سواء أكان الربح أم الثمن"^{٣٠}.

وباستقراء كتاب القراض في عدد من كتب الشافعية المعتمدة لم نظفر بنص في هذه المسألة (أثر شرط الضمان على فساد المضاربة)، رغم وضوحها وبسطها والنص عليها في المذاهب الأخرى، سوى ما في الحاوي للماوردي ٣٣٢/٧: "لو شرطاً في عقد القراض تحمّل العامل للخسران، كان القراض باطلاً؛ لا اشتراطهما خلاف موجب". ولكنه إنما قرّر هذا بعد ذكر أحوال ثمن بيع أصول المضاربة عند تصفيتها بسبب موت أحدهما، فإن الأصول تباع، وقد يكون ثمن يبيعها مثل رأس المال أو أكثر أو أقل، وذكر في الحال الأخيرة أن الخسران على رب المال، ثم ذكر العبارة المنقولة آنفاً، فإن كان المقصود مطلق الضمان فنعم، وإن كان المقصود فقط شرط الخسران في مثل هذه الحال، فيبقى النظر في توثيق المسألة من مصادر الشافعية. ثم في نص في الأم في غير مظنته في باب الرهن قال الشافعي في ١٧١/٣: "إذا ضاربه على أن المضارب ضامن؛ فالمضاربة فاسدة غير مضمونة".

^{٢٧} بداية المجتهد ٢/٢٣٨ ط. الحلبي (المعرفة).

^{٢٨} المغني ٦/٣٢٥ ط. هجر (د. التركي والحلو).

^{٢٩} المغني ٦/٣٢٥ ط. هجر (د. التركي والحلو).

^{٣٠} بداية المجتهد ٢/٢٣٨ ط. الحلبي، قاعدة العهود والعقود (نظرية العقد) ص ٢١٦ ط. الفقي والألباني.

وإن المقصود منهما: أن وجود شرط الضمان له أثر في انخفاض الربح لانخفاض المخاطرة، فإذا فسد شرط الضمان وجب زيادة الربح بما يقابله، وبما أن هذا متعذر، فيبطل العقد من أصله؛ تحقيقاً للعدل في المعاملة، فإن رب المال إنما رضي بهذا الربح اليسير لوجود ضمان العامل، فإذا كان شرط الضمان فاسداً، فقد زال رضا رب المال بالدخول في هذا العقد بهذا القدر من الربح، وهذا ينافي الرضا في العقود.

ويترتب على هذا القول:

• إن كان المال حاضراً ولم يشرع العامل بالعمل، فُيردّ المال إلى صاحبه، قال ابن رشد: "اتفقوا على أن حكم القراض الفاسد: فسخه ورد المال إلى صاحبه ما لم يفت بالعمل"^{٣١}.

• وإن كان المال قد فات بالعمل، بأن تحوّل إلى عروض وديون لصالح المشروع الاستثماري:

١. فينسخ العقد، ويكون للمضارب -فيما مضى من العقد- ربح المثل (عند المالكية) أو أجر المثل (عند الشافعية)^{٣٢}، ويستأثر رب المال (حملة الصكوك) برأس ماله وربيحه بالغاً ما بلغ؛ لأنه نماء ملكه، كما يتحمّل وحده خسران ماله.

٢. وعلى المضارب التوقف عن الدخول في عمليات استثمارية جديدة، وعليه تسييل أصول المضاربة؛ لأن من الواجب عليه "رد المال كما أخذ"؛ فعليه تحصيل الدين واستيفائه، وبيع العروض في السوق، ورد النقد، مع ملاحظة أن الخسران -إن وجد- على رب المال (حملة الصكوك). فإن تعذّر خروج المضارب (مثل شركة دانة غاز)؛ فعليه أن يستمر -لزوماً- حتى تتم التصفية، مثل ما لو كان المشروع في تجارة خاصة

^{٣١} بداية المجتهد ٢/٢٤٢.

^{٣٢} وقيل أجر المثل إن تحقق ربح، وقيل أجر المثل مالم يزد على الربح المسمى (أي الأقل منهما)، وقيل ربح المسمى. والمذكور هو المذهب المعتمد.

في المضارب (كما هو ظاهر الحال في القضية محل النظر)، ما لم يتفقا على خلاف ذلك، أو يتصالحا على استثناء العقد بوجه صحيح^{٣٣}.

القول الثاني: المضاربة صحيحة. وهذا مذهب الحنفية^{٣٤}، والحنابلة^{٣٥}.

ومستند هذا القول:

١. وجه صحة العقد: أن هذا الشرط لا يقطع الشركة، ولا يؤثر في جهالة المعقود عليه وهو الربح؛ فلا يقوى على إفساد العقد، ويقتصر الفساد على الشرط.
٢. وجه فساد الشرط: مخالفته مقتضى العقد.

ويترتب على هذا القول:

١- أن يلغى أثر شرط الضمان وحده، وتبقى بقية الشروط على ما اتفقا عليه، ومن ذلك الربح؛ فللطرفين الربح المتفق عليه (ربح المسمى). وهذا ظاهر مذهب الحنفية والحنابلة - فيما يظهر -.

٢- أو يقال: يثبت لمن له مصلحة في الشرط -الذي جرى إبطاله-: حق تعديل الربح بقدر ما فاته من الشرط، أو يثبت له حق الفسخ. وهذا يمكن أن يكون تخريجا على تأصيل بعض الفقهاء في نظائر أخرى يمكن إلحاق المسألة محل النظر بها.

قال ابن قدامة: "إن الشرط يأخذ قسطا من الثمن"، و"الشرط لا يوجب فعل المشروط.. فعلى هذا يثبت للبائع خيار الفسخ؛ لأنه لم يسلم له ما شرطه له"، و"فإن حكمنا بصحة البيع، فللبائع الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن"^{٣٦}. وقال ابن القيم: "وتكون تلك الزيادة في مقابلة ما فاتها

^{٣٣} العزيز في شرح الوجيز ٩/٣٧٠-٣٧٦.

^{٣٤} بدائع الصنائع ٨٦/٦.

^{٣٥} المغني ١٧٦/٧ ط. هجر (د. التركي والحلو).

^{٣٦} المغني ٦/٤٤ و ٣٢٤ و ٣٢٥ و ٣٢٧ ط. هجر (د. التركي والحلو).

من الغرض^{٣٧}.

وقال ابن تيمية: "الشرط الفاسد إذا لم يعلم العاقد بفساده؛ فله ردّ العقد"، وقال: "فوات الشروط لا يوجب فساد العقد بل يوجب ثبوت الفسخ"، ثم قال: "فعلّم ضعف قول من أفسد العقود بفساد الشروط الزائدة التي لا تُخلّ بمقصودها، بل أعدل الأقوال إثبات الخيار للمشترط^{٣٨}".

وقال الشيخ محمد تقي العثماني: "إن مقتضى الشرط في البيع، أن يكون تمام البيع متوقفا على الوفاء بالشرط، فإن لم يوجد الوفاء، حصل للآخر خيار الفسخ^{٣٩}". والكلام المتقدم إنما هو في عقد البيع، ولعله نظير مناسب لهذه المسألة، لأن عقد المضاربة من العقود اللازمة في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية إذا تحقق موجهه كما في قرارات المجامع الفقهية والمعايير الشرعية.

القول الثالث: ينقلب عقد المضاربة إلى عقد القرض. وهذا عند الفقهاء المعاصرين^{٤٠}.
ويترب على هذا القول: أن ينقلب رأس المال ديناً في ذمة المضارب ويتحمل وحده

^{٣٧} أعلام الموقعين ٣١٣/٤ ط. مجمع الفقه الإسلامي ودار عالم الفوائد.

^{٣٨} قاعدة العهود والعقود (نظرية العقد) ص ٢٠٨ و ٢١٦ و ٢١٨ ط. الفقي والألباني.

^{٣٩} فقه البيوع ٥٠٧/١ ط. دار القلم.

^{٤٠} ولم نقف على ما يسند ذلك من تأصيل الفقهاء المتقدمين، والذي وقفنا عليه أن مأخذ منعه عند الفقهاء هو الغرر لا الربا كما مرّ. عدا ما جاء في كتاب الحجّة على أهل المدينة ٣٥/٣: "فهذا بمنزلة المال السلف، ولا يكون مقارضة، وهو مضمون، لا يجتمع الضمان والربح"، وقد يفهم منه فساد عقد المضاربة بشرط الضمان، وهو خلاف مذهب الحنفية كما مرّ. وعلى أي حال، يمكن توجيه رأي الفقهاء المعاصرين: بأن عقد المضاربة يجري استعماله في المنتجات المالية الإسلامية المعاصرة بديلاً شرعياً للتعامل التقليدي بالقرض بفائدة، فكأنّ الفقه المعاصر رأى أن اختلال مقصوده يعيده لأصله التقليدي. وقد جاء في كلام الفقهاء أن المضاربة تكون قرضاً إذا اتفقا على أن ربح المال كله للعامل، كما جاء عند صاحبين أن العامل يضمن رأس مال المضاربة الفاسدة قياساً على ضمان الأجير المشترك (بدائع الصنائع والمغني).

خسرانه، ويستحق ربحه بالغاً ما بلغ، وليس لرب المال إلا رأس ماله^{٤١}.

وعند تطبيق ذلك على المسألة محل النظر:

فإن حملة الصكوك (رب المال) إنما دخلوا في هذا العقد، ورضوا بهذا الربح القليل في مقابل انخفاض المخاطر في هذا النوع من الاستثمار (بوجود التزام بالشراء بالقيمة الاسمية)، باعتبار تصميم نماذج الصكوك وشروطها على أساس سوق أدوات الدين (السندات)، الذي يختلف عن سوق أدوات الاستثمار (الأسهم)، فالسندات منخفضة العائد؛ لانخفاض مخاطرها، والأسهم مرتفعة العائد؛ لارتفاع مخاطرها.

وعليه ففي حال سمعت المحكمة المختصة الدعوى ورأت إبطال الالتزام بالشراء (باعتباره في حكم شرط ضمان المضاربة) مع تصحيح عقد المضاربة؛ فإن الذي يظهر أن مما يحقق العدل هو إثبات حق الفسخ لحملة الصكوك، واسترداد المتبقي من رأس المال مع ما ثبت من ربح قبل الفسخ. وربما لو قيل بتعديل الربح بالاستعانة برأي الخبرة في ذلك بما يتناسب مع إلغاء شرط الالتزام بالشراء الذي بموجبه ارتفعت نسبة المخاطر في حق حملة الصكوك؛ لكان قولاً متجهاً.

وأما القول بإبطال العقد والشرط فإنه يؤثر في مقصد استقرار العقود وثباتها، وأما القول بإبطال الشرط مع تصحيح العقد بدون تعديل، فإنه ينافي العدل في العقود وثباتها.

فإن من مقاصد الشريعة الإسلامية في التعاملات المالية "حفظها وثباتها"^{٤٢}، ولذا كان الأصل في العقود اللزوم والنفاد والوفاء؛ كما في قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)، وقوله

^{٤١} وهذا الأثر يأخذ به بعض المعاصرين، لا سيما من القضاة، ولم نقف على ما يسند ذلك من تأصيل الفقهاء المتقدمين في حكم المضاربة الفاسدة، ينظر مثلاً: المضاربة للخويطر ص ٢٣٧-٢٤٦، وأصل هذا الكتاب رسالة ماجستير من المعهد العالي للقضاء عام ١٣٩٧هـ (١٩٧٧م) بإشراف الشيخ الصديق الضير، وهي من الرسائل المحررة.

^{٤٢} مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور ص ١٧٢ ط. دار السلام.

صلى الله عليه وسلم: (المسلمون على شروطهم).

كما أن من مقاصد الشريعة الإسلامية في التعاملات المالية هو "العدل فيها"^{٤٣}، قال ابن تيمية: "العدل في المعاملات قوام العالمين"^{٤٤}، وقال: "المبايعة والمشاركة مبناها على العدالة من الجانبين"^{٤٥}، وقال ابن القيم: "الأصل في العقود كلها إنما هو العدل"^{٤٦}.

والخلاصة التي تقترحها الدراسة في مثل هذا النوع من المنازعات التي يطعن أحد أطرافها في مشروعية عقودها رغم دخولهم فيها باجتهاد شرعي معتبر، هو الأخذ بأحد هذه الأحوال وفق الترتيب التالي:

١. عدم سماع الدعوى.
٢. فإن تعذر ذلك (لأي سبب) فتسمع الدعوى مع تصحيح العقد والشرط.
٣. فإن تعذر ذلك (لأي سبب) فيصحح العقد مع إبطال الشرط وإثبات حق فسخ (عقد المضاربة اللازم) لحملة الصكوك، أو تعديل ربح الصكوك بقدر ما فات من هذا الشرط بعد استعانة المحكمة برأي الخبرة، فيكون لهم -حينئذ- ربح مثل الاستثمار في الأوراق المالية ذات المخاطرة المتماثلة، من مثل ربح الصكوك الصادرة عن البنوك في ضوء معايير لجنة بازل للرقابة المصرفية، والتي تخلو من شرط الالتزام بالشراء.

^{٤٣} مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور ص ١٧٢ ط. دار السلام.

^{٤٤} السياسة الشرعية ص ٢١٩ ط. مجمع الفقه الإسلامي ودار عالم الفوائد.

^{٤٥} الفتاوى ٨٤/٣٠ ط. مجمع الملك فهد.

^{٤٦} أعلام الموقعين ٢٣٩/٢ ط. مجمع الفقه الإسلامي ودار عالم الفوائد.

خاتمة الدراسة

أولاً: أبرز النتائج:

١. أهمية اطلاع أعضاء اللجان الشرعية والمستشارين الشرعيين على طريقة تعامل المحاكم المختصة مع عقود التمويل الإسلامي لا سيما المحاكم الإنجليزية باعتبارها جهة التحاكم لكثير من عقود التمويل الإسلامي.
٢. أهمية بذل مزيد عناية واطلاع على القانون الإنجليزي والعناية بالصياغات القانونية المؤثرة في المعنى، باعتبار أن القانون الإنجليزي هو القانون المفضل في قطاع التمويل والمؤسسات المالية عموماً، ويتمتع بقبول واسع في هذا القطاع؛ لأسباب مختلفة أبرزها:
 - اعتماده مبدأ السوابق القضائية الذي انعكس على شفافية القانون وإمكان توقع الأحكام، ودعم التجارة الحديثة ومستجداتها والقدرة على مواكبة متغيراتها.
 - اعتماده مبدأ حرية التعاقد بما يحقق مصالح الأطراف.
 - خبرة القضاة وتمرسهم واشتغالهم بالكفاءة والقدرة على التعامل مع قضايا معقدة.
٣. المستشار القانوني (مكتب المحاماة) الذي يتولى الصياغة القانونية لعقود التمويل الإسلامي، قد جرى اختياره لخبرته في القانون الحاكم لهذه العقود، ولا يلزم - بالضرورة - أن يكون خبيراً في التمويل الإسلامي، وهذا يعني أن مسؤولية التحقق من مشروعية العقود تقع على المستشار الشرعي (اللجنة الشرعية).
٤. اللجوء إلى المحاكم أسلوب حضاري وحق قانوني مكفول للحصول على الحقوق، إلا أنه فيما يتعلق بكثير من منازعات عقود التمويل الإسلامي، لم يكن الغرض من اللجوء إلى المحاكم الحصول على الحقوق، وإنما التخلص منها.
٥. الاتجاه القائل بجواز الالتزام بالشراء بالقيمة الاسمية في صكوك المضاربة بضوابط

خاصة وحالات معينة، محل اجتهاد معتبر، ويمكن مراعاة الخلاف فيه بعد وقوعه، إلا أن صياغة المستند القانوني لوثيقة "التعهد بالشراء"، والتي جاءت ضمن القضية محل الدراسة، والتي اعتمدت عليها المحكمة الإنجليزية في حكمها، لا تتوافق مع مستندات الاتجاه القائل بالجواز، ولا نعلم قائلاً بجوازها.

٦. إن نتيجة صياغة وثيقة التعهد بالشراء هي التزام مطلق بالدفع، وإنه لا يمكن أن يفهم هذا إلا على أساس أنه تعويض ملزم جزافي عن ضرر متوقع، أو أنه شراء لما تبقى من الأصول -مهما كان المتبقي تافهاً- بالمبلغ نفسه وهي القيمة الاسمية (رأس المال كاملاً)، أو أنه دَفْعُ مالٍ بلا مقابل، أو أنه ضمان محض مطلق في عقد المضاربة، وكلها مما لا نعلم قائلاً به.

٧. لا تبرأ ذمة المستشار الشرعي بإجازة النموذج (الهيكل) دون مراجعة جميع وثائق المعاملة، وهذا المعنى الذي أكد عليه بيان المجلس الشرعي بشأن الصكوك.

٨. ينبغي أن تصدر الفتوى باجتهاد جماعي من ثلاثة أعضاء على الأقل، والامتناع عن تقديم الرأي الشرعي الفردي؛ لتحقيق الاجتهاد الجماعي، وتعزيز الاستقلال في إبداء الرأي، وبعث الاطمئنان باستيفاء دراسة جميع وثائق المعاملة، بما يحقق مبادئ الحوكمة الشرعية.

٩. لا يكفي الاستناد إلى تخريج فقهي لا يسنده قانون ووثائق التمويل الإسلامي.

١٠. تقترح الدراسة في منازعات عقود التمويل الإسلامي وغيرها من عقود المعاملات المالية التي دخل فيها أطرافها في ضوء اجتهاد شرعي معتبر، ثم توجه أحد أطرافها إلى الطعن في مشروعيتها وطلب إبطالها؛ أن يكون تعامل المحاكم المختصة بعدم سماع الدعوى أو سماعها مع تصحيحها تحقيقاً للمقاصد الشرعية في المعاملات المالية.

ثانيا: هدف الدراسة:

لقد كان هدف الدراسة هو الإثراء العلمي لجميع المتتمين للصناعة المالية الإسلامية، وقد حاولنا مخاطبة جميع الأطراف المتعاملة بإصدارات الصكوك عموما في الفقرات التالية:

١. الجهات المصدرة في فقرة (مواقف قضائية مؤثرة في التمويل الإسلامي)، وفقرة (مبدأ اللجوء إلى المحاكم في عقود التمويل الإسلامي).

٢. اللجان الشرعية في فقرة (تعامل المحاكم مع عقود التمويل الإسلامي)، وفقرة (هل صياغة المستند القانوني لوثيقة "التعهد بالشراء" محل اجتهاد فقهي؟).

٣. مكاتب المحاماة الأجنبية في فقرة (هل صياغة المستند القانوني لوثيقة "التعهد بالشراء" محل اجتهاد فقهي؟).

٤. حملة الصكوك في فقرة (لماذا القانون الإنجليزي والمحاكم الإنجليزية في عقود التمويل الإسلامي؟).

٥. المحاكم المختصة في فقرة (هل صياغة المستند القانوني لوثيقة "التعهد بالشراء" محل اجتهاد فقهي؟)، وفقرة (هل يتوجه الحكم بفساد عقد صكوك المضاربة؟)، وفقرة (التعليق على الحكم).

وبالله تعالى التوفيق وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

نص الحكم^{٤٧}

شعار محاكم العدل الملكية^{٤٨}

Neutral Citation Number:

رقم مرجع حكم المحكمة^{٤٩}:

[2017] EWHC 2928 (Comm)

Case No:

رقم القضية:

FL-2017-000004

QUEEN'S BENCH DIVISION

محكمة الملكة الخاص

COMMERCIAL COURT

المحكمة التجارية

FINANCIAL LIST

القائمة المالية

^{٤٧} ينظر: نص الحكم في موقع معهد المعلومات القانونية البريطانية والإيرلندية، وهو معني بنشر أحكام محاكم المملكة المتحدة عموماً (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2017/2928.html>) (فريق الدراسة)

^{٤٨} الهوامش الخاصة بالمحكمة والقاضي تركناها بلا تذييل، والهوامش التي أضافها فريق الدراسة كتب آخرها عبارة (فريق الدراسة).

^{٤٩} يراد منه (Neutral Citation) وهو رقم المرجع الذي يكون مستقلاً عن التقارير القانونية وقد بدأ العمل به في محاكم العدل العليا ببريطانيا منذ عام ٢٠٠١م، ويشمل رقم القضية ونوع المحكمة التي عُرضت فيها القضية. (فريق الدراسة).

Royal Courts of Justice

محاكم العدل الملكية

Strand, London, WC2A 2LL

WC2A 2LL، لندن، ستراند

Date: 17/11/2017

التاريخ: ٢٠١٧/١١/١٧م

Before:

أمام

MR JUSTICE LEGGATT

القاضي السيد لغات^{٥٠}

Between:

بين

DANA GAS PJSC

المدعي شركة دانة غاز ش.م.ع

(a company incorporated under the laws of the United Arab Emirates)

(وهي شركة تأسست بموجب قوانين دولة الإمارات العربية المتحدة)

-and-

-و-

المدعى عليهم

(1) DANA GAS SUKUK LIMITED

(١) شركة دانة غاز للصكوك المحدودة

(2) DEUTSCHE TRUSTEE COMPANY

(٢) شركة دويتشه ترست المحدودة

^{٥٠} جورج اندرو لُغَات (George Andrew Leggatt) قاض في المحكمة العليا ببريطانيا. ولد عام ١٩٥٧م، درس الحقوق في جامعة ايتون (Eton) ثم حصل على الشهادات العليا من جامعة هارفارد. عُيّن مستشار الملكة عام ١٩٩٧م. ثم قاض في المحكمة العليا (High Court) في ٢٦ أكتوبر ٢٠١٢م. ثم قاض القضاة في المحكمة الأعلى (Supreme Court) في يوليو ٢٠١٩م. (فريق الدراسة)

- (3) DEUTSCHE BANK AG (٣) دويتشه بنك، شركة مساهمة
- (4) Commercial International Bank (Egypt) SAE (٤) البنك التجاري الدولي (مصر) ش.م.م.
- (5) BLACKROCK GLOBAL ALLOCATION FUND (٥) صندوق بلاك روك جلوبال ألو كيشن.

Neil Kitchener QC, Sam O'Leary and Maximilian Schlote (instructed by Squire Patton Boggs) for the Claimant

نيل كيتشنر (QC)^{٥١}، وسام أوليري، وماكسيميليان شلوت (بتوجيه من سكوير باتون بوجز) عن المدعي.

Richard Handyside QC and Rebecca Loveridge (instructed by Weil, Gotshal and Manges (London) LLP) for the Fifth Defendant

ريتشارد هانديسايد (QC)، وريبيكا لوفرسايد (بتوجيه من ويل، وجوتشال، ومانجيز (لندن)، ش.م.م) عن المدعى عليه الخامس.

The First to Fourth Defendants did not appear

ولم يحضر المدعى عليهم الأول [والثاني]، و[الثالث]، والرابع.

Hearing dates: 25 September and 13 November 2017

مواعيد الجلسة: ٢٥ سبتمبر، و١٣ نوفمبر ٢٠١٧ م.

Approved Judgment

حكم معتمد

I direct that pursuant to CPR PD 39A para 6.1 no official shorthand note shall

أؤكد بأنه وفقاً للتوجيه المهني لقواعد

^{٥١} هذا الرمز اختصار لـ (Queen's Council)، أي مستشار الملكة، وهو مصطلح يستخدم في القانون الإنجليزي، وهو لقب وشهادة من الملكة يمنح للمحامي الذي مارس المحاماة لمدة لا تقل عن ١٠ سنوات، بناء على توصية من المستشار اللورد وهو رئيس السلطة القضائية ووزير في الحكومة والمتحدث باسم مجلس اللوردات. (Oxford Dictionary of Law P: 153, 402). (فريق الدراسة)

be taken of this Judgment and that copies of this version as handed down may be treated as authentic.

الإجراءات المدنية رقم ٣٩/أ، الفقرة ١/٦، لن تُؤخذ أي ملاحظة مختصرة رسمية من هذا الحكم، كما أن النسخ التي سُلمت من هذا الإصدار يمكن التعامل معها باعتبارها نسخاً أصلية.

Mr Justice Leggatt

القاضي السيد/ لغات

Mr Justice Leggatt:

القاضي السيد/ لغات

Introduction

مقدمة

1. In his Commentaries on the Laws of England (1765-69) William Blackstone observed that

١. لاحظ (وليام بلاكستون)^{٥٢} في [كتابه]^{٥٣}، أنه

“when money is lent on a contract to receive not only the principal sum again, but also an increase by way of compensation for the use, ... [the increase] is called interest by those who think it lawful, and usury by those who do not.”^{٥٥}

"عندما يقرض مال بموجب عقد ليس فقط ليستعاد رأس المال مرة أخرى، وإنما للحصول على زيادة عن طريق التعويض عن الاستخدام، ... فإن [هذه الزيادة] تسمى فائدة، من قبل من يعتقد أن تلك الفائدة (interest) مشروعة، ويسمى ربا (usury) من قبل من يعتقد

^{٥٢} السير وليام بلاكستون (William Blackstone): (١٧٢٣-١٧٨٠) فقيه معروف في القانون الإنجليزي.

(فريق الدراسة)

^{٥٣} كتاب ((Commentaries on the Laws of England (1765-69)): للسير وليام بلاكستون، ويعد من أبرز

المصادر لفهم مدلول القانون الإنجليزي. (فريق الدراسة)

^{٥٥} Book 2, ch 30, pp454-5.

أنها ليست كذلك^{٥٤} [أي ليست مشروعة].

Different views about the lawfulness of paying compensation for the use of money continue to be taken in different legal systems. The present case concerns a financial transaction which is governed partly by English law and partly by the law of the United Arab Emirates (UAE). The claimant has alleged that the transaction infringes principles of Islamic Shari'a which form part of UAE law and prohibit usury (riba) and is thus invalid and unenforceable under the law of the UAE. The defendants deny this. The defendants also contend that, even if the claimant's case on UAE law is correct, this does not affect the validity of a Purchase Undertaking governed by English law, which they wish to enforce.

ولا تزال الآراء متعددة حول مشروعية دفع تعويضات في مقابل استخدام الأموال في مختلف الأنظمة القانونية. تتعلق القضية الحالية بمعاملة مالية محكمة جزئياً بموجب القانون الإنجليزي، ومحكومة جزئياً بموجب قانون دولة الإمارات العربية المتحدة. وادعى المدعي أن هذه المعاملة تخالف أحكام الشريعة الإسلامية التي تشكل جزءاً لا يتجزأ من قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، والتي تحظر التعامل بالربا، وبالتالي فإنها غير صحيحة وغير نافذة بموجب قانون دولة الإمارات العربية المتحدة. أما المدعى عليهم، فيردون على هذا الادعاء، بأنه وعلى الرغم من أنه إذا كانت دعوى المدعي بموجب قانون دولة الإمارات العربية المتحدة صحيحة^{٥٦}، فإن ذلك لا يؤثر

^{٥٤} الكتاب الثاني، الفصل ٣٠، ص ٥ - ٥٤.

^{٥٦} المقصود: حتى لو كانت دعوى المدعي - بأن عقد المضاربة باطل - دعوى صحيحة. (فريق الدراسة)

على صحة التعهد بالشراء الذي يحكمه القانون الإنجليزي، والذي يرغبون في إنفاذه.

٢. This judgment follows the trial of a preliminary issue to determine whether this last contention is correct: in other words, assuming without deciding in the claimant's favour that the transaction is invalid under the law of the UAE, is the Purchase Undertaking nevertheless valid and enforceable?
٢. يأتي هذا الحكم إلى القضية التمهيدية لتحديد ما إذا كان هذا النزاع الأخير صحيحاً أم لا، بعبارة أخرى، فإنه بافتراض عدم اتخاذ قرار لصالح المدعي بأن هذه المعاملة غير صحيحة بموجب قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، فهل يعد التعهد بالشراء مع ذلك صحيحاً وناظراً؟
٣. Before addressing the issue (and framing it more precisely), I will first identify the parties and outline the structure of the transaction.
٣. قبل تناول القضية (وصياغتها بشكل أكثر دقة)، سأعرّف بالأطراف أولاً، وأوضح بإيجاز هيكل المعاملة.

The Parties

الأطراف

٤. 4. The claimant ("Dana Gas") is a Public Joint Stock Company incorporated under the laws of the UAE. Its shares are listed on the Abu Dhabi Stock Exchange. Dana Gas was founded in 2005 and is the first private sector regional gas company in the Middle East, with businesses in Egypt, the Kurdistan region of Iraq and the UAE.
٤. المدعي ("شركة دانة غاز") هي شركة مساهمة عامة تأسست بموجب قوانين دولة الإمارات العربية المتحدة. [و] أسهمها مدرجة في سوق أبوظبي للأوراق المالية^{٥٧}. [و] قد تأسست شركة

^{٥٧} أشير إليها في الأصل الإنجليزي ببورصة أبوظبي للأسهم، وذكر في الترجمة الاسم الرسمي لها. (فريق الدراسة)

دانة غاز في عام ٢٠٠٥م، وهي أول شركة غاز إقليمية تابعة للقطاع الخاص في الشرق الأوسط، ولها أعمال في مصر، وإقليم كردستان العراق، والإمارات العربية المتحدة.

5. In 2007 Dana Gas raised finance of US\$1 billion through an issue of certificates. The transaction was restructured in 2013 when new certificates were issued with an aggregate face value of US\$850,080,000. The certificates are tradeable and are listed on the Irish Stock Exchange. They were due for redemption on 31 October 2017.
٥. في عام ٢٠٠٧م حصلت شركة دانة غاز على تمويل قدره مليار دولار أمريكي من خلال إصدار شهادات^{٥٨}. وفي عام ٢٠١٣م جرت إعادة هيكلة المعاملة^{٥٩}، عندما جرى إصدار شهادات جديدة بمبلغ إجمالي للقيمة الاسمية قدره ٨٥٠،٠٨٠،٠٠٠ دولار أمريكي. وهذه الشهادات قابلة للتداول ومدرجة في البورصة الأيرلندية. وقد كان من المقرر استردادها في ٣١ أكتوبر ٢٠١٧م.
6. The certificates were issued by the first defendant (the “Trustee”). The proceeds of the issue and the assets derived from those proceeds are held by the Trustee absolutely on trust for the Certificateholders on the terms of an Amended and
٦. جرى إصدار الشهادات من قبل المدعى عليه الأول (“الأمين”^{٦٠}). وجرى الاحتفاظ بمتحصلات الإصدار

^{٥٨} المقصود: الصكوك كما سيأتي، وسيستمر الحكم بالتعبير عن الصكوك بـ “الشهادات”. (فريق الدراسة)

^{٥٩} المقصود: إعادة هيكلة الصكوك بإعادة تسعير الصكوك ومدتها. (فريق الدراسة)

^{٦٠} كلمة (Trustee) تُترجم إلى الأمين أو الحائز، أو أمين العهدة كما ورد في قانون العهدة في البحرين وقانون

العهدة في الإمارات. أما كلمة (Trust) فترجمت إلى العهدة. (فريق الدراسة)

Restated Declaration of Trust dated 8 May 2013, which is governed by English law. Pursuant to clause 6 of the Declaration of Trust, all of the Trustee's powers are exercised under delegated authority by the second defendant (the "Delegate").

والأصول الناشئة عن تلك المتحصلات من قبل الأمين بشكل مطلق كعهدة لصالح حملة الشهادات، وقد جرى ذلك وفقاً لشروط اتفاقية العهدة^{٦١} المعدل والمعاد صياغته بتاريخ ٨ مايو ٢٠١٣م، والخاضعة للقانون الإنجليزي. ووفقاً للبند ٦ من اتفاقية العهدة يمارس الأمين جميع صلاحياته بموجب الصلاحيات الممنوحة له من قبل المدعى عليه الثاني ("المفوض").

7. The third and fourth defendants are agents of the Trustee in relation to assets provided as security by Dana Gas for certain of its obligations. They have taken no active part in the proceedings.

٧. المدعى عليهم الثالث والرابع هما وكلاء الأمين فيما يتعلق بالأصول المقدمة كضمان من قبل شركة دانه غاز لبعض التزاماتها، ولم يشاركا بشكل فاعل في الإجراءات القضائية.

8. The fifth defendant ("BlackRock") is an investor which holds a substantial number of the certificates.

٨. المدعى عليه الخامس ("بلاك روك") هو مستثمر يمتلك عدداً كبيراً من الشهادات.

The certificates

الشهادات

9. There are two classes of certificate: Exchangeable

٩. هناك فئتان من الشهادات هما: فئة

^{٦١} المقصود باتفاقية العهدة (Declaration of Trust) هو إحدى وثائق إصدارات الصكوك المعتادة، والتي بموجبها يعلن أمين الحفظ لحملة الصكوك أنه يحتفظ بالأصول لصالحهم وأنها على عهده. (فريق الدراسة)

Certificates, which can be exchanged for shares in Dana Gas, and Ordinary Certificates. Pursuant to the Conditions governing each class of certificate which are scheduled to the Declaration of Trust, a sum described as the "Periodic Distribution Amount" was payable quarterly at a rate of 7% per annum on the Exchangeable Certificates and 9% per annum on the Ordinary Certificates. The Conditions further provide that on the "Scheduled Redemption Date", which is defined as 31 October 2017, a sum referred to in the transaction documents as the "Standard Redemption Amount" comprising the principal amount of the certificates plus any accrued and unpaid distribution amounts was to be paid to the Certificateholders.

الشهادات القابلة للاستبدال، والتي يمكن استبدالها بأسهم في شركة دانة غاز، والشهادات العادية. وفقاً للشروط التي تحكم كل فئة من فئات الشهادات، والمضمنة في اتفاقية العهدة، فإن المبلغ المسمى باسم "مبلغ التوزيعات الدوري" كان مستحق الدفع كل ثلاثة أشهر بمعدل ٧٪ سنوياً على فئة الشهادات القابلة للاستبدال، وبمعدل ٩٪ سنوياً على فئة الشهادات العادية. وتنص الشروط أيضاً على أنه في "تاريخ الاسترداد المقرر"، والذي تم تحديده بأنه سيكون بتاريخ ٣١ أكتوبر ٢٠١٧م، فإنه يدفع لحملة الشهادات المبلغ المشار إليه في وثائق المعاملة باسم "مبلغ الاسترداد الأساسي" الذي يتكون من المبلغ الأساسي للشهادات بالإضافة إلى أي مبالغ توزيع تكون مستحقة ولم يتم دفعها بعد.

10. The certificates were issued to raise money for investment which was intended to be made in a manner compliant with Islamic religious law (Shari'a). Such certificates are known as sukuk. Sukuk may be issued to finance a

١٠. تم إصدار الشهادات للحصول على الأموال لغرض الاستثمار، وكانت معدة لتنفيذ على نحو يتوافق مع الشريعة

variety of different Shari'a-compliant investment activities or structures.

One such structure, used in this case, is known as a *mudarabah* and hence the certificates were described in the listing particulars as *sukuk al-mudarabah*.

A *mudarabah* is a form of joint venture in which one party (the *rab al-maal*) invests capital and the other party (the *mudarib*) invests skill or labour with a view to making a profit which will ultimately be shared between them on an agreed basis.

The Mudaraba Agreement

11. The proceeds of the certificates were invested under an Amended and Restated Mudarabah Agreement dated 8 May 2013 made between the Trustee as *rab-al-maal* and Dana Gas as *mudarib*. The Mudarabah Agreement is governed by UAE law. It provides

الإسلامية. وتُعرف هذه الشهادات باسم الصكوك. وقد يتم إصدار الصكوك لتمويل مجموعة متنوعة من الأنشطة أو الهياكل الاستثمارية المتوافقة مع الشريعة الإسلامية.

ويُعرف أحد هذه الهياكل، والمستخدم في هذه القضية، بـ"المضاربة"؛ ومن ثم، فقد تم وصف هذه الشهادات في بيانات الإدراج باسم صكوك المضاربة.

والمضاربة هي شكل من أشكال المشروعات المشتركة التي يقوم فيها أحد الطرفين (رب المال) باستثمار رأس المال، ويقوم الطرف الآخر (المضارب) باستثمار مهارته أو جهده بهدف تحقيق ربح يتم تقاسمه بينهما في نهاية المعاملة وفقاً للأسس التي تم الاتفاق عليها.

اتفاقية المضاربة

١١. جرى استثمار حصيلة الشهادات بموجب اتفاقية المضاربة المعدلة والمعاد صياغتها بتاريخ ٨ مايو ٢٠١٣م، والمبرمة بين الأمين باعتباره (رب

for the capital contributed by the Trustee to be invested by Dana Gas in accordance with an investment plan contained in a schedule to the agreement. The assets of the *mudarabah* are referred to in the Mudarabah Agreement and other transaction documents as the "Mudarabah Assets". Clause 5 of the Mudarabah Agreement provides for profits generated by the Mudarabah Assets to be distributed quarterly in a ratio of 99% to the Trustee as *rab-al-maal* and 1% to Dana Gas as the *mudarib*.

المال) وشركة دانة غاز باعتبارها (المضارب). وتخضع اتفاقية المضاربة لقانون دولة الإمارات العربية المتحدة. وتنص على أن تستثمر شركة دانة غاز رأس المال المقدم من الأمين وفق خطة استثمارية محددة في جدول ملحق بالاتفاقية. وقد أشير إلى أصول المضاربة في "اتفاقية المضاربة" وفي وثائق المعاملة الأخرى باسم "أصول المضاربة". وينص البند ٥ من اتفاقية المضاربة على توزيع الأرباح الناتجة عن أصول المضاربة كل ثلاثة أشهر بنسبة ٩٩٪ إلى الأمين باعتباره رب المال، و١٪ لشركة دانة غاز باعتبارها المضارب.

12. The expectation (warranted by Dana Gas in clause 6.2 of the Mudarabah Agreement) was that the Mudarabah Assets would generate sufficient cashflows to fund the payment of the Periodic Distribution Amounts to the Certificateholders throughout the term of the *mudarabah*. If in any quarter the distributable profit from the *mudarabah* exceeded the Periodic Distribution Amount, the excess was to be credited to a Reserve Account maintained by

١٢. كان التوقع (الذي تؤكد شركة دانة غاز في البند ٦ ٢ من اتفاقية المضاربة) هو أن أصول المضاربة ستدرّ تدفقات نقدية كافية لتوفير دفعات مبالغ التوزيع الدوري لحملة الشهادات أثناء مدة المضاربة. وإذا تجاوز الربح القابل للتوزيع في أي ربع سنوي مبلغ

Dana Gas in accordance with clause 5.2 of the Mudarabah Agreement. If in any quarter the distributable profit was insufficient to pay the Periodic Distribution Amount, the shortfall was to be met, so far as possible, from the Reserve Account. Any surplus left in the Reserve Account at the end of the *mudarabah* may be retained by Dana Gas.

التوزيعات الدوري، فسيُضاف المبلغ الفائض إلى حساب احتياطي تحتفظ به شركة دانة غاز وفقاً للبند ٥ من اتفاقية المضاربة. أما إذا كان الربح القابل للتوزيع في أي ربع سنوي غير كافٍ لدفع مبلغ التوزيعات الدوري، فيجب تغطية النقص، قدر الإمكان، من حساب الاحتياطي. ويحق لشركة دانة غاز الاحتفاظ بأي مبلغ فائض متبقٍ في الحساب الاحتياطي في نهاية المضاربة.

13. The Mudarabah Agreement also provides (in clause 2) for the liquidation of the Mudarabah Assets and the return of capital to the Trustee at the end of the *mudarabah* provided that the value of the Mudarabah Assets (when aggregated with any amounts standing to the credit of the Transaction Account and the Reserve Account) is at least equal to the "Redemption Required Amount" – which for all present purposes is equivalent to the Standard Redemption Amount. If that condition is met, Dana Gas is required two business days prior to the Scheduled Redemption Date of the certificates to liquidate the Mudarabah Assets and pay the Redemption Required Amount into the Transaction Account (being an account into which all

١٣. تنص اتفاقية المضاربة أيضاً (في البند ٢) على تصفية أصول المضاربة وإعادة رأس المال إلى الأمين في نهاية المضاربة؛ شريطة ألا تقل قيمة أصول المضاربة (عند تجميعها مع أي مبالغ قائمة يتم تحصيلها من حساب المعاملة وحساب الاحتياطي) عن "مبلغ الاسترداد المطلوب" والذي يعادل في جميع الأحوال مبلغ الاسترداد الأساسي. إذا تم استيفاء هذا الشرط، فإن شركة دانة غاز ملزمة قبل يومي عمل من التاريخ المقرر لاسترداد الشهادات بتصفية

payments by Dana Gas to the Trustee for the Certificateholders under the transaction documents are to be deposited.) Again, any surplus is to be retained by Dana Gas.

أصول المضاربة ودفع مبلغ الاسترداد المطلوب في حساب المعاملة (بصفته حساباً تودع فيه جميع المبالغ من قبل شركة دانة غاز إلى حساب الأمين لصالح حملة الشهادات بموجب وثائق المعاملة) ويحق لشركة دانة غاز أيضاً الاحتفاظ بأي مبلغ فائض.

14. These arrangements are unproblematic so long as the *mudarabah* generates sufficient profits to enable the Periodic Distribution Amounts to be paid to the Certificateholders each quarter and provided that, when the time comes for the certificates to be redeemed, the value of the Mudarabah Assets (and any surplus profits which they have generated) are sufficient to return to the Certificateholders the principal amount of their investment. The dispute in the present case relates to the contractual arrangements which apply where – as is said to have happened – the profits and value of the Mudarabah Assets prove insufficient to fund these payments. To protect the Certificateholders against that eventuality, Dana Gas entered into the Purchase Undertaking.

١٤. لا تمثل هذه الترتيبات أي إشكالات، طالما أن المضاربة ينتج عنها أرباح كافية للسماح بدفع مبلغ التوزيعات الدوري على حملة الشهادات بشكل ربع سنوي، وبشرط أنه عندما يحين وقت استرداد الشهادات، فإن قيمة أصول المضاربة (وأي مبلغ فائض يتحقق كأرباح) يكون كافياً لإعادة مبلغ الاستثمار الأساسي إلى حملة الشهادات. ويتعلق النزاع في هذه القضية الحالية بالترتيبات التعاقدية المنطبقة - التي قيل إنها قد حدثت - وما يتعلق بإثبات أن أرباح وقيمة أصول المضاربة غير كافية لتمويل هذه المبالغ. ولحماية حملة الشهادات من هذا الاحتمال، فقد دخلت شركة دانة غاز في

وثيقة التعهد بالشراء.

The Purchase Undertaking

التعهد بالشراء

15. The Amended and Restated Purchase Undertaking was executed as a deed on 8 May 2013 by Dana Gas as Obligor in favour of the Trustee and the Delegate. The Purchase Undertaking is governed by English law (see clause 8). Pursuant to clause 2.1, Dana Gas irrevocably granted to the Trustee rights to oblige Dana Gas to buy "all of the Trustee's rights, benefits and entitlements in and to the Mudarabah Assets" on an "as is" basis at the relevant "Exercise Price". Clause 3.1 provides that the Trustee may exercise these rights following the occurrence of certain specified events. The events relevant for present purposes are a "Mudarabah Event" and a "Dissolution Event". Where the Trustee exercises its rights under clause 2.1 following such an event, the relevant Exercise Price is the Standard Redemption Amount.

١٥. تم إبرام التعهد بالشراء المعدل والمعاد صياغته كوثيقة في ٨ مايو ٢٠١٣م من قبل شركة دانة غاز بصفتها ملتزمة لصالح الأمين والمفوض. ويخضع التعهد بالشراء إلى القانون الإنجليزي (انظر البند ٨). ووفقاً للبند ٢؛ فقد منحت شركة دانة غاز -بشكل غير قابل للرجوع عنه- الأمين حقاً بإلزام الشركة بشراء "جميع حقوق ومنافع واستحقاقات الأمين في أصول المضاربة" على أساس "حالتها الراهنة" وذلك "بسعر التنفيذ" ذي الصلة. وينص البند ٣ على أن الأمين قد يمارس هذه الحقوق بعد وقوع أحداث معينة محددة. والأحداث ذات الصلة للأغراض الحالية هي "حدث المضاربة" و"حدث التصفية". وعندما يمارس الأمين حقوقه بموجب البند ٢ عند وجود مثل هذا الحدث، فإن سعر التنفيذ ذي الصلة، يكون هو مبلغ

الاسترداد الأساسي.

16. A “Mudarabah Event” is defined in the Mudarabah Agreement (clause 12) to mean a failure to liquidate the Mudarabah Assets for an amount which (when aggregated with any amounts standing to the credit of the Transaction Account and the Reserve Account) is at least equal to the Redemption Required Amount and to pay this sum into the Transaction Account two business days prior to the Scheduled Redemption Date.
١٦. تم تعريف "حدث المضاربة" في البند (١٢) من اتفاقية المضاربة على أنه يعني الإخفاق في تصفية أصول المضاربة بمبلغ (عندما يتم جمعه مع أي مبالغ مستحقة تم إيداعها في حساب المعاملة والحساب الاحتياطي) يساوي على الأقل مبلغ الاسترداد المطلوب، وأن يتم دفع هذا المبلغ في حساب المعاملة قبل مرور يومي عمل من تاريخ الاسترداد المقرر.
17. “Dissolution Events” are defined in the Conditions. They include a default in the payment of any Periodic Distribution Amount and also various “Events of Default” which are specified in clause 5 of the Purchase Undertaking.
١٧. تم تعريف "أحداث التصفية" في الشروط؛ بأنها تشمل التعثر في سداد أي مبلغ توزيعات دوري، بالإضافة إلى "حالات التعثر" الأخرى المحددة في البند ٥ من التعهد بالشراء.
18. The exercise of the rights granted to the Trustee by clause 2.1 of the Purchase Undertaking is governed by clause 3. Clause 3.1 provides that the Trustee may exercise those rights following the occurrence of a Mudarabah Event or a Dissolution Event by delivering an Exercise Notice to the Obligor. Clauses 3.2 and 3.3 state:
١٨. يخضع تنفيذ الحقوق الممنوحة إلى الأمين بموجب البند ١ ٢ من التعهد بالشراء إلى البند رقم ٣، وينص البند ١ ٣ على أنه يحق للأمين تنفيذ هذه الحقوق بعد وقوع حدث المضاربة أو حدث التصفية عن طريق تسليم إشعار التنفيذ

إلى الملتزم. وتنص البنود ٣، ٢، ٣ على ما يلي:

“3.2 Following delivery of an Exercise Notice pursuant to clause 3.1, the Obligor shall be obliged to purchase all or, as applicable, part of the Trustee’s rights, benefits and entitlements in and to the Mudarabah Assets on an ‘as is’ basis at the relevant Exercise Price by:

٣” يجب على الملتزم بعد تسليم إشعار التنفيذ وفقاً للبنود ٣، ١، أن يشتري جميع أو - حسب الاقتضاء - جزء من حقوق ومنافع واستحقاقات الأمين في أصول المضاربة على أساس "حالتها الراهنة" بسعر التنفيذ ذي الصلة من خلال:

3.2.1 paying the Exercise Price (or the part thereof which is payable in cash) into the Transaction Account ...”

٣ ٢ ١ دفع سعر التنفيذ (أو جزء منه والذي يكون واجب الدفع نقداً) في حساب المعاملة ...

3.3 Promptly following such payment ..., the transfer of all or, as applicable, part of the Trustee’s rights, benefits and entitlements in and to the Mudarabah Assets shall occur by the Obligor and the Trustee executing a Sale Agreement.”

٣ ٣ فوراً بعد هذا الدفع ...، يجب أن يتم نقل كل أو - حسب الاقتضاء - جزء من حقوق ومنافع واستحقاقات الأمين في أصول المضاربة من قبل الملتزم والأمين عن طريق إبرام اتفاقية البيع.”

19. A “Sale Agreement” is defined to mean an agreement in the form set out in Schedule 2 to the Purchase Undertaking. The form of agreement set out in Schedule 2 contains a recital that:

١٩. تم تعريف "اتفاقية البيع" على أنها تعني الاتفاقية وفق النموذج الموضح في الملحق ٢ بالتعهد بالشراء، ويحتوي التمهيد الوارد في نموذج الاتفاقية الموضح في الملحق ٢ بالتعهد بالشراء على ما يلي:

“The parties are entering into this Agreement to transfer the Mudarabah Assets described herein to Dana Gas.”

"يدخل الطرفان في هذه الاتفاقية لنقل أصول المضاربة الموضحة في هذه الوثيقة إلى شركة دانة غاز".

Clause 2.1 of the specified form of Sale Agreement states:

وينص البند ١٢ من النموذج المحدد من اتفاقية البيع على ما يلي:

“Pursuant to the terms and conditions of the Purchase Undertaking and the Exercise Notice referred to in Recital A, Dana Gas buys [all] [insert percentage] of the Trustee’s rights, benefits and entitlements in and to the Mudarabah Assets on an ‘as is’ basis at the relevant Exercise Price, which it has settled on the date of this Agreement in accordance with the Purchase Undertaking and the Agency Agreement.”

"وفقاً لشروط وأحكام التعهد بالشراء وإشعار التنفيذ المشار إليه في الفقرة "أ" من التمهيد، فإن شركة دانة غاز تشتري [جميع]/ [أدخل النسبة المئوية] حقوق ومنافع واستحقاقات الأمين في أصول المضاربة على أساس "حالتها الراهنة"، بسعر التنفيذ ذي الصلة، والذي يتم تسويته في تاريخ هذه الاتفاقية وفقاً للتعهد بالشراء واتفاقية الوكالة."

Clause 5.1 states that the Sale Agreement is governed by the laws of the UAE.

وينص البند ١٥ على أن اتفاقية البيع تحكمها قوانين دولة الإمارات العربية المتحدة.

Security

الرهنات

20. Dana Gas has, directly and through subsidiaries, provided security to the Trustee for the performance of its obligations under the Purchase Undertaking. This security includes assets situated in Egypt and also a fixed charge over shares of Dana LNG Ventures Ltd, a company registered in the British Virgin

٢٠. توفر شركة دانة غاز، بشكل مباشر ومن خلال الشركات التابعة لها، الضمان للأمين لأداء التزاماته بموجب التعهد بالشراء. ويشمل هذا الضمان: الأصول الموجودة في مصر إضافة إلى رهن

Islands.

عيني (fixed charge) على أسهم شركة
دانة فتشترز إل إن جي المحدودة، وهي
شركة مسجلة في جزر فيرجن
البريطانية.

The complaint of Dana Gas

شكوى شركة دانة غاز

21. The complaint made by Dana Gas which underpins its claim in these proceedings is that the Purchase Undertaking has the effect of guaranteeing to the Certificateholders the return from their investment by removing the risk of a loss of capital. This is said to be inconsistent with the prohibition of *riba* (essentially, compensation for the use of money), which is a principle of *Shari'a*, and with laws of the UAE which give effect to that principle.

٢١. الشكوى المقدمة من شركة دانة غاز والتي تدعم مطالبتها في هذه الدعوى هي: أن نتيجة التعهد بالشراء هو أن حملة الشهادات قد ضمنوا العائد على استثماراتهم، وبذلك انتفت مخاطر خسارة رأس المال. وبهذا يكون هناك تعارضاً مع حظر الربا (وبشكل أساسي، التعويض مقابل استخدام الأموال)، وهو ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، وقوانين دولة الإمارات العربية المتحدة التي تعمل بهذا المبدأ.

Background to the proceedings

خلفية الإجراءات القضائية

22. At the time when the transaction was restructured in 2013, Dana Gas obtained legal opinions confirming that the transaction complied with *Shari'a*, UAE law and English law.

٢٢. في الوقت الذي تمت فيه إعادة هيكلة هذه المعاملة في عام ٢٠١٣م، حصلت شركة دانة غاز على آراء قانونية تؤكد أن المعاملة متوافقة مع [أحكام] الشريعة [الإسلامية] وقانون دولة الإمارات

23. Until 30 April 2017, Dana Gas made quarterly distributions under the Mudarabah Agreement in accordance with the terms of that agreement which were used by the Trustee to pay the Periodic Distribution Amounts. On 3 May 2017, however, Dana Gas issued a press release announcing that “due to continued challenges it faces around cash collections and the resulting need to focus on short to medium cash preservation”, the company would commence restructuring discussions with the Certificateholders.

24. In a further press release issued on 12 June 2017 Dana Gas announced:

“Due to the evolution and continual development of Islamic financial instruments and their interpretation, the Company has recently received legal advice that the Sukuk in its present form is not *Shari'a* compliant and is therefore unlawful under UAE law. As a result, a restructuring of the current Sukuk is necessary to

العربية المتحدة والقانون الإنجليزي.

٢٣. قامت شركة دانه غاز بإجراء توزيعات ربع سنوية بموجب اتفاقية المضاربة حتى تاريخ ٣٠ أبريل ٢٠١٧م، وقد قام الأمين بدفع مبالغ التوزيع الدوري وفقاً لشروط هذه الاتفاقية. ورغم ذلك أصدرت شركة دانه غاز بتاريخ ٣ مايو ٢٠١٧م بياناً صحفياً، أعلنت فيه أنه: "نظراً للتحديات المستمرة التي تواجهها الشركة بشأن تحصيل الأموال نقداً، وإلى حاجتها إلى الاحتفاظ بالنقد لمدد قصيرة إلى متوسطة"، فإن الشركة ستبدأ في مفاوضات بشأن إعادة الهيكلة مع حملة الشهادات.

٢٤. وفي بيان صحفي آخر صادر بتاريخ ١٢ يونيو ٢٠١٧م، أعلنت شركة دانه غاز ما يلي:

"نظراً للتقدم والتطوير المستمر للأدوات المالية الإسلامية وتفسيرها، فقد تلقت الشركة مؤخراً مشورة قانونية بأن الصكوك في شكلها الحالي غير متوافقة مع الشريعة الإسلامية؛ وبالتالي،

ensure that it conforms to the relevant laws for the benefit of all stakeholders.”

On 13 June 2017 Dana Gas issued proceedings in England and in the UAE, having already on 12 June 2017 issued an application for an injunction in the BVI.

فهي غير قانونية بموجب قانون دولة الإمارات العربية المتحدة. ونتيجة لذلك، فإن إعادة هيكلة الصكوك الحالية أمر ضروري للتأكد من أنها تتوافق مع القوانين ذات الصلة لصالح جميع أصحاب المصلحة".

وفي ١٣ يونيو ٢٠١٧م، رفعت شركة دانة غاز دعاوى قضائية في كل من إنجلترا والإمارات العربية المتحدة، بعد أن قدمت بالفعل في ١٢ يونيو ٢٠١٧م طلباً لإصدار أمر قضائي في جزر فيرجن البريطانية.

The proceedings

25. In the English proceedings Dana Gas seeks declarations that obligations under the Purchase Undertaking are unenforceable. As well as resisting the claim, the Delegate has filed a counterclaim seeking declarations to opposite effect. As I will explain soon, the grounds relied on by Dana Gas are all based on allegations that part or all of the transaction is unlawful or invalid or cannot lawfully be performed as a matter of UAE law.

الدعوى القضائية

٢٥. سعت شركة دانة غاز أثناء الدعوى القضائية الإنجليزية، إلى طلب الإقرار بأن الالتزامات بموجب التعهد بالشراء غير واجبة النفاذ. كما قدم المفوض - معارضة لهذه الدعوى - دعوى مقابلة لطلب إقرارات ذات أثر معاكس لذلك. وكما سأوضح في الفقرات القادمة، تستند جميع الأسس التي تعتمد عليها شركة دانة غاز إلى مزاعم بأن المعاملة

كلها أو جزء منها غير قانوني أو باطل أو لا يمكن تنفيذه بشكل قانوني بموجب قانون دولة الإمارات العربية المتحدة.

26. In the UAE, Dana Gas has sought an order for the avoidance of the Mudarabah Agreement and the Purchase Undertaking and all related agreements. The proceedings in the UAE have been brought before the Sharjah Federal Court of First Instance against nine defendants who include the first four defendants to the English proceedings. When those proceedings were commenced on 13 June 2017, Dana Gas obtained from the Sharjah court an interim injunction which (among other things) prohibited the Trustee and the Delegate from "taking any action of any kind either within the state or outside it" under the Mudarabah Agreement or the Purchase Undertaking.

٢٦. سعت شركة دانة غاز في الإمارات العربية المتحدة إلى الحصول على أمر بإبطال اتفاقية المضاربة والتعهد بالشراء وجميع الاتفاقيات ذات الصلة. وجرى رفع الدعوى في الإمارات العربية المتحدة أمام محكمة الشارقة الابتدائية الاتحادية ضد تسعة من المدعى عليهم من بينهم أول أربعة مدعى عليهم في الدعوى الإنجليزية. وعندما بدأت هذه الدعوى في ١٣ يونيو ٢٠١٧م، حصلت شركة دانة غاز من محكمة الشارقة (من بين أمور أخرى) على أمر قضائي مؤقت يمنع الأمين والمفوض من "اتخاذ أي إجراء من أي نوع سواء داخل الدولة أو خارجها" بموجب اتفاقية المضاربة أو التعهد بالشراء.

27. Also on 13 June 2013, Dana Gas obtained an interim injunction from the BVI Commercial Court restraining Dana LNG Ventures

٢٧. وحصلت شركة دانة غاز أيضاً في ١٣ يونيو ٢٠١٣م^{٦٢}، على أمر قضائي مؤقت

^{٦٢} كذا في نص الحكم باللغة الإنجليزية، ويبدو أن المقصود عام ٢٠١٧م. (فريق الدراسة)

Limited from registering any transfer of shares in the company. This effectively prevents the security interest in these shares from being enforced.

من المحكمة التجارية في جزر فيرجن البريطانية يمنع شركة دانة فتشرز إل إن جي المحدودة من تسجيل أي نقل ملكية للأسهم في الشركة. وهذا يمنع بشكل صارم تفعيل الاستفادة من الضمان القائم على هذه الأسهم، بمنع التنفيذ عليها.

28. On 16 June 2017 Dana Gas applied without notice to the English court and obtained an interim injunction preventing the defendants from exercising rights under the Purchase Undertaking. This injunction was continued by order of HHJ Waksman QC on 5 July 2017 until trial or further order. Judge Waksman also gave directions for a speedy trial of the issues of UAE and English law raised by the claim. To prevent the oppression that would result if Dana Gas were permitted simultaneously to pursue claims raising the same issues in two different jurisdictions, Judge Waksman ordered Dana Gas, as soon as possible and in any event by no later than 21 July 2017, to take all such steps as were necessary to discharge the injunction granted by the Sharjah court and to stay the proceedings in the UAE.

٢٨. تقدمت شركة دانة غاز في ١٦ يونيو ٢٠١٧م، بطلب -دون إشعار المحكمة الإنجليزية- حصلت بموجبه على أمر قضائي مؤقت يمنع المدعى عليهم من تنفيذ الحقوق بموجب التعهد بالشراء. واستمر هذا الأمر الصادر بأمر من القاضي المحترم / واكسمان مستشار الملكة (المسؤول عن محكمة لندن التجارية) في ٥ يوليو ٢٠١٧م، وذلك إلى أن تتم المحاكمة أو لحين صدور أي أمر آخر. كما أعطى القاضي واكسمان توجيهات بمحاكمة مستعجلة للقضايا ذات الصلة بالقانون الإماراتي والإنجليزي التي تم إثارتها في الدعوى. ولمنع التعسف الذي قد ينتج عن

السماح لشركة دانة غاز بمتابعة الدعاوى وإثارة القضايا نفسها في سلطتين قضائيتين مختلفتين في الوقت نفسه، فقد أمر القاضي واكسمان شركة دانة غاز بأن تقوم في أقرب وقت ممكن، وفي جميع الأحوال في موعد أقصاه ٢١ يوليو ٢٠١٧م، باتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لإلغاء صدور الأمر القضائي من محكمة الشارقة، وإيقاف الدعوى في دولة الإمارات العربية المتحدة.

29. Dana Gas failed to comply with that order. Nor did it comply with a further order of this court made on 31 July 2017 which specifically required Dana Gas to make an application to the Sharjah court by 8 August 2017 for the discharge of the Sharjah injunction. Dana Gas eventually filed such an application on 17 August 2017. The Sharjah court dismissed the application at the behest of three shareholders of Dana Gas who intervened in the UAE proceedings.

٢٩. أخفقت شركة دانة غاز في الامتثال لهذا الأمر. كما أنها لم تمتثل لأمر آخر صادر عن هذه المحكمة في ٣١ يوليو ٢٠١٧م والذي يطلب على وجه التحديد من شركة دانة غاز تقديم طلب إلى محكمة الشارقة بتاريخ ٨ أغسطس ٢٠١٧م لإلغاء أمر الشارقة القضائي. وقد قدمت شركة دانة غاز أخيراً الطلب في ١٧ أغسطس ٢٠١٧م، والذي رفضته محكمة الشارقة بناءً على توصية من ثلاثة مساهمين في شركة دانة غاز؛ الذين تدخلوا في الدعوى القضائية

الإماراتية.

30. The speedy trial ordered by Judge Waksman had been listed to commence on 18 September 2017. In preparation for the trial, Dana Gas and the Delegate (which was the only defendant intending to be represented at the trial) each served witness statements, reports from experts on UAE law (who in turn met and prepared a joint report) and written opening submissions.
30. أدرجت المحاكمة المستعجلة التي أمر بها القاضي واكسمان لتبدأ في ١٨ سبتمبر ٢٠١٧م، واستعداداً للمحاكمة، قامت كل من شركة دانة غاز والمفوض (الذي كان المدعى عليه الوحيد الذي يعتزم المثول أمام المحكمة) بتقديم إفادات الشهود وتقارير من خبراء في القانون الإماراتي (الذين اجتمعوا بدورهم وأعدوا تقريراً مشتركاً) إضافة إلى المذكرات الافتتاحية المكتوبة.
31. On 17 September 2017, the day before the trial was due to start, the Sharjah court, on the application of the intervening shareholders and without any opposition from Dana Gas itself, granted an interim anti-suit injunction prohibiting parties who include the first four defendants to the English proceedings and Dana Gas from proceeding with the litigation before the English court until such time as the Sharjah court has decided the substantive action in the UAE. I will refer to this order as the “Sharjah anti-suit injunction”.
31. في ١٧ سبتمبر ٢٠١٧م (اليوم السابق لبدء المحاكمة)، أصدرت محكمة الشارقة، بناءً على طلب من المساهمين المعارضين أمراً قضائياً مؤقتاً مضاداً - دون أي معارضة من شركة دانة غاز نفسها- يحظر على الأطراف (ومنهم أول أربعة مدعى عليهم في الدعوى القضائية الإنجليزية ودانة غاز) من استمرار إقامة الدعوى أمام المحكمة الإنجليزية، وذلك إلى حين الوقت الذي تقرر فيه محكمة الشارقة اتخاذ الإجراء

الموضوعي في الإمارات العربية المتحدة. وسأشير إلى هذا الأمر باسم: "إنذار الشارقة القضائي المضاد".

32. BlackRock was not at that time a party to any of the proceedings and was therefore not bound by the Sharjah anti-suit injunction. To prevent the trial from being aborted, BlackRock applied to be joined as an additional defendant to the English proceedings and also applied to this court without notice on 18 September 2017 for an interim anti-suit injunction prohibiting Dana Gas and its shareholders from pursuing or taking any further step for the time being in the Sharjah proceedings (other than to seek permission from the Sharjah court to participate in the trial before the English court). Such an injunction was issued and has since been continued until an order is made following the handing down of this judgment (or until further order).

٣٢. لم تكن بلاك روك في ذلك الوقت طرفاً في أي دعوى، وبالتالي لم تكن ملزمة بإنذار الشارقة القضائي المضاد. وللحيلولة دون إلغاء المحاكمة، قدمت بلاك روك طلباً للانضمام بصفقتها مدعى عليه إضافياً في الدعوى القضائية الإنجليزية، كما قدمت لهذه المحكمة في ١٨ سبتمبر ٢٠١٧م دون إشعار طلباً بإصدار أمر قضائي مضاد مؤقت يمنع شركة دانة غاز ومساهميها من متابعة أو اتخاذ أي خطوة أخرى في الوقت الحالي في الدعوى القضائية في الشارقة (بخلاف طلب إذن من محكمة الشارقة للمشاركة في المحاكمة أمام المحكمة الإنجليزية)، وتم إصدار هذا الأمر القضائي واستمر منذ ذلك الحين، بعد إصدار هذا الحكم (أو إلى أن يتم إصدار أي أمر آخر).

33. Despite the apparently wide wording of the Sharjah anti-suit injunction, Dana Gas has felt able

٣٣. على الرغم من الصياغة العامة كما يبدو

to continue to participate in the English proceedings for the purposes of opposing the joinder of BlackRock and seeking adjournments of the trial, although not for the purpose of making any submissions on the substantive issues raised by the claim and counterclaim.

لإنذار الشارقة القضائي المضاد، شعرت شركة دانة غاز بأنها قادرة على الاستمرار في المشاركة في الدعوى القضائية الإنجليزية لمعارضة انضمام بلاك روك، والسعي لتأجيل المحاكمة، ولم يكن ذلك لغرض تقديم أي مذكرات بشأن القضايا الجوهرية التي أثارها الدعوى والدعوى المضادة.

34. Following hearings on 19 and 21 September 2017, I gave a judgment and made an order on 22 September 2017 which added BlackRock as a defendant and gave directions for how the trial should proceed. These included a direction that the trial would proceed on 25 September 2017 as a trial of a preliminary issue or issues of English law only and would not include any issue of UAE law. On that day the court heard oral submissions on behalf of BlackRock. As mentioned, detailed written opening submissions had already been filed by Dana Gas and by the Delegate. Dana Gas and the other defendants did not appear, being still subject to the Sharjah anti-suit injunction.

٣٤. بعد جلسات المحاكمة في ١٩ و ٢١ سبتمبر ٢٠١٧م، قمتُ بإصدار قرار وإصدار أمر في ٢٢ سبتمبر ٢٠١٧م أضفتُ بموجبه (بلاك روك) بصفته مدعى عليه، وأعطيت توجيهات بشأن إجراءات سير المحاكمة. وشملت هذه التوجيهات أن المحاكمة سوف تبدأ إجراءاتها في ٢٥ سبتمبر ٢٠١٧م كمحاكمة لقضية تمهيدية أو قضايا تتعلق بالقانون الإنجليزي فقط، ولن تتضمن أي قضية تتعلق بقوانين دولة الإمارات العربية المتحدة. وفي ذلك اليوم استمعت المحكمة إلى مرافعات شفوية باسم (بلاك روك). وكما ذكرنا

سابقاً، جرى بالفعل تقديم مذكرات افتتاحية مكتوبة بالتفصيل من قبل شركة دانة غاز والمفوض، ولم تظهر شركة دانة غاز والمدعى عليهم الآخرين؛ وذلك التزاماً منهم بإنذار الشارقة القضائي المضاد.

35. The order of 22 September 2017 also directed that the trial would be listed for a further hearing on 12 October 2017, subject to two conditions: and

٣٥. تضمن الأمر الصادر في ٢٢ سبتمبر ٢٠١٧م أيضاً قراراً بعقد جلسة محاكمة أخرى في ١٢ أكتوبر ٢٠١٧م، وفقاً لشرطين، هما:

(1) the court receiving an undertaking by 1pm on 26 September 2017 that Dana Gas would use its best endeavours to seek to vacate a hearing in the Sharjah proceedings which had been listed for 3 October;

(١) تلقي المحكمة تعهداً في ٢٦ سبتمبر ٢٠١٧م قبل الساعة الواحدة ظهراً بأن شركة دانة غاز ستستخدم أفضل مساعيها لإلغاء جلسة المحاكمة في الدعوى القضائية بالشارقة التي تم إدراجها في ٣ أكتوبر؛

(2) the court reserving the right to vacate any hearing listed for 12 October and proceed directly to give judgment if there was any development which in the court's opinion warranted doing so.

و(٢) تحتفظ المحكمة بالحق في إلغاء أي جلسة مدرجة في ١٢ أكتوبر، والانتقال مباشرة إلى إصدار الحكم، إذا كان هناك أي تطور برأي المحكمة يسوغ القيام بذلك.

The date of 12 October 2017 was set having regard to the fact that one of the defendants to the UAE

وقد تم تحديد تاريخ ١٢ أكتوبر ٢٠١٧م

proceedings, Deutsche Bank Abu Dhabi, and Dana Gas had on 18 and 20 September 2017 respectively lodged appeals in the UAE against the Sharjah anti-suit injunction and that it was expected that those appeals would be listed for a hearing on 8 October 2017. The purpose of listing the trial for a further hearing on 12 October 2017 was to give Dana Gas an opportunity to make oral submissions on that date, if the Sharjah anti-suit injunction had by then been lifted.

من خلال مراعاة حقيقة أن أحد المدعى عليهم في الدعوى القضائية الإماراتية، وهو بنك دويتشه أبوظبي، وكذلك شركة دانة غاز قد قدموا طلب استئناف في ١٨ و ٢٠ سبتمبر ٢٠١٧ م على التوالي في الإمارات العربية المتحدة ضد إنذار الشارقة القضائي المضاد، وأنه كان من المتوقع أن يتم إدراج طلبات الاستئناف تلك في جلسة استماع يوم ٨ أكتوبر ٢٠١٧ م. وكان الغرض من إدراج جلسة محاكمة أخرى في ١٢ أكتوبر ٢٠١٧ م هو منح شركة دانة غاز فرصة لتقديم عروض شفوية في ذلك التاريخ، إذا كان إنذار الشارقة القضائي المضاد قد رُفع في ذلك الوقت

36. In the event, Dana Gas did not give the required undertaking by 1pm on 26 September 2017 but instead, on 3 October 2017, belatedly issued an application asking the court to dispense with the requirement. The hearing in the Sharjah proceedings took place on 3 October 2017 but the court adjourned the proceedings until 25 December 2017 on the ground that certain parties had not been summoned due to defects in the procedure followed for effecting

٣٦. في هذه الأثناء لم تقدم شركة دانة غاز التعهد المطلوب قبل الساعة الواحدة ظهراً من ٢٦ سبتمبر ٢٠١٧ م، ولكن بدلاً من ذلك أصدرت متأخرة خطاباً في ٣ أكتوبر ٢٠١٧ م، تطلب فيه من المحكمة الاستغناء عن هذا المطلب. وحيث قد جرى تحديد جلسة المحاكمة في

service through diplomatic channels. On 8 October 2017 the hearing of the appeals against the Sharjah anti-suit injunction was adjourned by the Sharjah Court of Appeal on the basis that not all parties had yet been duly served.

الدعوى القضائية في الشارقة في ٣ أكتوبر ٢٠١٧م لكن أجلت المحكمة الدعوى القضائية حتى ٢٥ ديسمبر ٢٠١٧م على أساس أن بعض الأطراف لم يتم استدعاؤهم بسبب خلل في اتباع الإجراءات لتبليغهم عبر القنوات الدبلوماسية. وفي ٨ أكتوبر ٢٠١٧م، أجلت محكمة استئناف الشارقة جلسة الاستئناف ضد إنذار الشارقة القضائي المضاد، على أساس أنه لم يتم تبليغ جميع الأطراف على النحو الواجب.

37. On 11 October 2017 Dana Gas issued an application in this court seeking a further adjournment of the present trial pending the resolution of the appeals in the UAE. Based on the advice of its UAE lawyers, Dana Gas informed the court that the appeals were likely to be re-listed within three to four weeks. At a hearing on 13 October 2017 I granted a further adjournment until 13 November 2017 and directed that the trial would be listed on that date to give Dana Gas a further opportunity to make oral submissions. In my judgment I made it clear that this was to be a final opportunity and that, in all the circumstances, which included the need for a speedy decision, the court's

٣٧. بتاريخ ١١ أكتوبر ٢٠١٧م، تقدمت شركة دانه غاز بطلب إلى هذه المحكمة تطلب فيه تأجيلاً آخر للمحاكمة الحالية حتى يتم الفصل في طلب استئناف المقدم في دولة الإمارات العربية المتحدة، وقد أبلغت شركة دانه غاز -بناءً على مشورة محامييها الإماراتيين- المحكمة أنه من المحتمل إعادة إدراج طلب استئناف خلال مدة تتراوح بين ثلاثة إلى أربعة أسابيع. وفي جلسة الاستماع المنعقدة بتاريخ ١٣ أكتوبر ٢٠١٧م، وافقت على

availability and my finding that Dana Gas bears a significant degree of responsibility for the situation in which it has been prohibited from proceeding with this action by the Sharjah court, no further delay could be contemplated.

تأجيل إضافي إلى تاريخ ١٣ نوفمبر ٢٠١٧م، ووجهتُ بإدراج المحاكمة مباشرة في ذلك التاريخ لمنح شركة دانة غاز فرصة أخرى لتقديم المذكرات الشفوية. ولقد أوضحتُ في حكمي أن هذه ستكون الفرصة الأخيرة وأنه في جميع الأحوال، وفي ظل الحاجة إلى اتخاذ قرار سريع، وتوافر المحكمة، واستنتاجاتي بأن شركة دانة غاز تتحمل قدراً كبيراً من المسؤولية عن الحالة التي أدت إلى أن تصدر محكمة الشارقة أمراً بمنع إقامة أي دعوى قضائية، وأنه لا يمكن التفكير في السماح بمزيد من التأخير.

38. Following a further adjournment on 6 November 2017, the appeals in the UAE were finally heard on 13 November 2017. However, the Sharjah Court of Appeal did not announce its decision on that day and instead reserved judgment until 29 November 2017.

٣٨. وبعد حصول التأجيل الإضافي في ٦ نوفمبر ٢٠١٧م، فقد تم أخيراً الاستماع إلى طلب استئناف في دولة الإمارات العربية المتحدة في ١٣ نوفمبر ٢٠١٧م. ومع ذلك، فلم تعلن محكمة استئناف الشارقة قرارها في ذلك اليوم؛ ولكنها بدلاً من ذلك، أجلت النطق بالحكم إلى ٢٩ نوفمبر ٢٠١٧م.

39. Later on 13 November 2017 the trial was again listed for hearing in this court. Anticipating that the Sharjah Court of Appeal would by then have given its decision and that the appeals would succeed, Dana Gas had issued an application for a very short adjournment to a date not before 15 November 2017. In the event, Mr Gillis QC on behalf of Dana Gas requested an adjournment until a date after 29 November 2017. I rejected that application and indicated that I will now proceed to give judgment.
٣٩. وفي وقت لاحق بتاريخ ١٣ نوفمبر ٢٠١٧م، أدرجت القضية مرة أخرى في جلسة استماع لدى هذه المحكمة. وكان من المتوقع حينها أن تكون محكمة الاستئناف بالشارقة قد أصدرت قرارها وأن الاستئناف سينجح، تقدمت شركة دانه غاز بطلب تأجيل الجلسة لفترة قصيرة جداً إلى تاريخ لا يكون قبل ١٥ نوفمبر ٢٠١٧م. وقد تقدم حينذاك السيد/جيليس مستشار الملكة من المحكمة التجارية - نيابة عن شركة دانه غاز - بطلب لتأجيل الجلسة حتى تاريخ بعد ٢٩ نوفمبر ٢٠١٧م. وقد قمت برفض هذا الطلب، وأشرت إلى أنني سأبدأ الآن في إصدار الحكم.
40. The reasons for the procedural course followed have been set out in the judgments given on 19 September, 22 September, 13 October and 13 November 2017. In essence I have concluded that, weighing all the competing considerations of fairness, dealing with this case justly requires that the court should delay no longer before giving its decision in a matter which has proceeded on the basis that a decision was needed by the end of October or very
٤٠. وقد حدّدت أسباب اتخاذ هذا المسار الإجرائي في الأحكام الصادرة في ١٩ سبتمبر، و٢٢ سبتمبر، و١٣ أكتوبر، و١٣ نوفمبر ٢٠١٧م. وقد خلصت في جوهرها - أنه بالنظر إلى جميع الاعتبارات وسعيًا لتحقيق العدالة الناجزة - فإن التعامل العادل مع هذه

shortly afterwards.

القضية يوجب على المحكمة ألا تتأخر أكثر من ذلك في إصدار حكمها على اعتبار أن هذه الدعوى القضائية قائمة على أساس الحاجة إلى إصدار هذا القرار بنهاية أكتوبر أو بعد ذلك بوقت قصير جداً.

The preliminary issue

القضية التمهيدية

41. The starting point for the claim made by Dana Gas in these proceedings is its contention that the transaction is unlawful and all the relevant contractual obligations are unenforceable as a matter of UAE law. This contention is supported by the opinion of Mr Aidarous, an expert on UAE law instructed by Dana Gas. It is disputed by the defendants, who have relied on a report from Mr Alulama, an expert on UAE law instructed by the Delegate. A central point of disagreement between the experts is whether the provisions of the UAE Civil Code which, according to Dana Gas and Mr Aidarous, render the transaction unlawful apply to a commercial transaction of the present kind which, as both experts agree, is governed (so far as UAE law is applicable) by the UAE Commercial Code.

٤١. إن النقطة التي انطلقت منها شركة دانة غاز في هذه الدعوى القضائية هي ادعاؤها بأن المعاملة غير قانونية، وأن جميع الالتزامات التعاقدية ذات الصلة غير قابلة للتنفيذ بموجب قانون دولة الإمارات العربية المتحدة. وقد تم دعم هذا الادعاء برأي السيد/ العيدروس؛ الخبير في القانون الإماراتي، والذي أصدره بطلب من شركة دانة غاز، وقد عارض ذلك المدعى عليهم، الذين استندوا إلى تقرير من السيد/ العلماء؛ الخبير في القانون الإماراتي، والذي أصدره بطلب من المفوض. وتتمثل نقطة الخلاف الرئيسة بين الخبيرين في ما إذا كانت أحكام القانون المدني لدولة

الإمارات العربية المتحدة (التي -وفقاً لشركة دانة غاز والسيد/ العيدروس - تجعل هذه المعاملة غير قانونية) تُطبق على معاملة تجارية من هذا النوع محل النظر، وقد اتفق الخبيران، بأنها تخضع (بالقدر الذي ينطبق فيه قانون دولة الإمارات العربية المتحدة) للقانون التجاري لدولة الإمارات العربية المتحدة.

42. In accordance with the order made on 22 September 2017, this judgment deals only with questions of English law and does not seek to decide any issue of UAE law. For present purposes I am assuming in favour of Dana Gas that its case on UAE law is correct and that, as a matter of UAE law, all the relevant contractual obligations are unlawful and unenforceable. The essential question to be decided as a preliminary issue is whether or not, on this assumption, the Purchase Undertaking is valid and enforceable as a matter of English law.

٤٢. وفقاً للأمر الصادر في ٢٢ سبتمبر ٢٠١٧م، فإن هذا الحكم يتناول فقط المسائل ذات الصلة بالقانون الإنجليزي ولا يسعى إلى الفصل في إقرار أي مسألة متعلقة بقانون دولة الإمارات العربية المتحدة. ولهذا الغرض، فقد قمتُ - ولصالح شركة دانة غاز- بافتراض أن دعواها بشأن قانون دولة الإمارات العربية المتحدة صحيحة، وأن جميع الالتزامات التعاقدية ذات الصلة، بموجب قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، غير قانونية وغير نافذة. ويبقى السؤال الأساس الذي يتعين البت فيه

باعتباره قضية تمهيدية هو: ما إذا كان
التعهد بالشراء -بناءً على هذا
الافتراض- صالحاً وقابلاً للتنفيذ
بموجب القانون الإنجليزي أم لا؟

43. The preliminary issue in its final form is set out in an appendix to this judgment.

٤٣. لقد وردت القضية التمهيدية في شكلها النهائي في ملحق بهذا الحكم.

English private international law

القانون الإنجليزي الدولي الخاص

44. In general, questions about whether a contract is valid and enforceable are decided in the English courts by applying the law which governs the contract. Furthermore, the parties are generally free to choose the law which is to govern their contract. That was the general rule at common law and it remains the position under Regulation (EC) 593/2008 of June 17, 2008 (the "Rome I Regulation").

٤٤. بشكل عام، يتم البت في المحاكم الإنجليزية بشأن الأسئلة حول ما إذا كان العقد صحيحاً وناظراً من خلال تطبيق القانون الذي يسري على العقد. إضافة إلى ذلك، فإن للأطراف مطلق الحرية في اختيار القانون الذي يحكم تعاقدتهم. وهذه هي القاعدة العامة في القانون العام ولا تزال كذلك بموجب لائحة المفوضية الأوروبية رقم ٥٩٣/٢٠٠٨، المؤرخة في ١٧ يونيو ٢٠٠٨م ("لائحة روما الأولى").

45. Thus, if the contract is (or would, if valid, be) governed by the law of a foreign country, the court will apply that country's law to determine its validity: see article 10(1) of the Rome I Regulation. Accordingly, because the Mudarabah Agreement is (or

٤٥. ومن ثم، فإن العقد إذا كان (أو سيكون، إن كان صحيحاً) محكوماً بقانون بلد أجنبي، فستقوم المحكمة بتطبيق قانون ذلك البلد لتحديد مدى صلاحيته: انظر

would, if valid, be) governed by the law of the UAE, the English courts will not enforce the Mudarabah Agreement if it is shown to be invalid under the law of UAE. The same would apply if a Sale Agreement executed by the parties pursuant to clause 3.3 of the Purchase Undertaking was found to be invalid under the law of the UAE. The English court would not in those circumstances enforce the Sale Agreement.

المادة ١٠ (١) من لائحة روما الأولى. ووفقاً لذلك، ونظراً لأن اتفاقية المضاربة تخضع (أو ستخضع، إن كانت صحيحة) إلى قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، فإن المحاكم الإنجليزية لن تنفذ اتفاقية المضاربة إذا ثبت أنها غير صحيحة بموجب قانون دولة الإمارات العربية المتحدة. وينطبق الشيء نفسه إذا تبين أن اتفاقية البيع المنفذة من قبل الأطراف وفقاً للبند ٣٣ من العهد بالشراء غير صحيحة بموجب قانون دولة الإمارات العربية المتحدة. فلن تقوم المحكمة الإنجليزية في مثل هذه الظروف بإنفاذ اتفاقية البيع.

46. On the same principle, where the contract is (or would, if valid, be) governed by English law, it is English law which determines whether the contract is valid and enforceable. The fact that the contract or its performance would be regarded as invalid or unlawful under the law of some other country (for example, a country where one of the parties is domiciled or carries on business) is generally speaking irrelevant: see e.g. *Kleinwort, Sons & Co v Ungarische Baumwolle Industrie AG* [1939] 2 KB 678.

٤٦. ووفقاً للمبدأ نفسه، وعندما يكون العقد (أو سيكون، إن كان صحيحاً) محكوماً بالقانون الإنجليزي، فإن القانون الإنجليزي هو الذي يحدد ما إذا كان العقد صالحاً وقابلاً للنفذ. وهناك حقيقة بأن اعتبار العقد أو نفاذه غير صحيح أو غير قانوني بموجب قانون بلد آخر (على سبيل المثال، البلد الذي يقيم فيه

أحد الطرفين أو يمارس فيه نشاطاً تجارياً) فإنه بشكل عام غير ذي صلة: انظر على سبيل المثال (Kleinwort, Sons & Co v Ungarische Baumwolle (Industrie AG [1939] 2 KB 678

47. As mentioned earlier, the Purchase Undertaking is governed by English law and so (as Dana Gas is constrained to accept) it is English law which determines whether the Purchase Undertaking is a valid and enforceable contract. It is perfectly lawful in English law to guarantee the return from an investment and to pay and receive compensation for the use of money. *Prima facie*, therefore, the Purchase Undertaking is a valid and enforceable contract whatever view would be taken of its validity and enforceability if UAE law were applicable.

٤٧. وكما ذكرنا سابقاً، فإن التعهد بالشراء يخضع إلى القانون الإنجليزي وبالتالي (ونظراً لأن شركة دانة غاز مقيدة بقبوله)، فإن القانون الإنجليزي هو الذي يحدد ما إذا كان التعهد بالشراء عقداً صحيحاً وقابلاً للتنفيذ أم لا. إن ضمان العائد على الاستثمار ودفع وتسلم تعويضات عن استخدام الأموال يعد قانونياً تماماً في القانون الإنجليزي. ومن البدهي، فإن التعهد بالشراء هو عقد صحيح وقابل للتنفيذ بغض النظر عن وجهة النظر التي ستؤخذ في الاعتبار بشأن صحته وقابليته للتنفيذ في حالة تطبيق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة عليه.

The case of Dana Gas

48. In its amended particulars of claim and written opening submissions for the trial Dana Gas has relied on three grounds for disputing this conclusion and arguing that the

قضية شركة دانة غاز

٤٨. في حيثيات الدعوى المعدلة والمذكرات الافتتاحية المكتوبة للمحاكمة، اعتمدت شركة دانة غاز على

obligations in clauses 2 and 3 of the Purchase Undertaking to purchase the Trustee's rights, benefits and entitlements in and to the Mudarabah Assets and to pay the Exercise Price are unenforceable as a matter of English law. In summary, these grounds are:

i) On a proper interpretation of the Purchase Undertaking, the obligation of Dana Gas to pay the Exercise Price is conditional on the parties being able lawfully and effectively to transfer the Trustee's rights to the Mudarabah Assets by entering into a valid Sale Agreement – which they cannot do.

ii) The Purchase Undertaking is void for mistake, because the parties entered into it on the basis of the mistaken common assumption and understanding that:

a) the Mudarabah Agreement is lawful and enforceable under UAE law;

ثلاثة أسس للاعتراض على هذا الاستنتاج، وذلك من خلال دعواها بأن الالتزامات الواردة في البندين ٢ و٣ من التعهد بالشراء، الخاصة بشراء حقوق ومنافع واستحقاقات الأمين في أصول المضاربة ودفع سعر التنفيذ، غير قابلة للتنفيذ بموجب القانون الإنجليزي. وهذه الأسس باختصار هي:

(١) أن التفسير الصحيح للتعهد بالشراء هو أن التزام شركة دانه غاز بدفع سعر التنفيذ مشروط بقدررة الأطراف بشكل قانوني وفعال على نقل حقوق الأمين في أصول المضاربة من خلال الدخول في اتفاقية بيع صحيحة، وهو ما لا يمكنهم القيام به.

(٢) يعتبر التعهد بالشراء باطلاً بسبب الغلط الواقع فيه، لأن الأطراف دخلت فيه على أساس افتراض غلط مشترك بأن:

أ) اتفاقية المضاربة قانونية وناظفة بموجب قانون دولة الإمارات العربية المتحدة؛

- b) any Sale Agreement entered into in accordance with clause 3.3 of the Purchase Undertaking would be valid under UAE law; and
- ب) أي اتفاقية بيع تم إبرامها وفقاً للبند ٣٣ من التعهد بالشراء ستكون صحيحة بموجب قانون دولة الإمارات العربية المتحدة؛ و
- c) the Trustee had rights, benefits and entitlements in and to the Mudarabah Assets that could be the subject matter of a Sale Agreement.
- ج) الأمين لديه حقوق ومنافع واستحقاقات في أصول المضاربة التي يمكن أن تكون موضوع اتفاقية البيع.

As a matter of English public policy, the English courts will not enforce any Sale Agreement and, in consequence, will not enforce the obligations under the Purchase Undertaking, including the obligation of Dana Gas to pay the Exercise Price.

٣) وفقاً للسياسة العامة الإنجليزية، لن تحكم المحاكم الإنجليزية بِنفاذ أي اتفاقية بيع، وبالتالي لن تحكم بِنفاذ الالتزامات بموجب التعهد بالشراء، بما في ذلك التزام شركة دانه غاز بدفع سعر التنفيذ.

49. Making the assumptions in favour of Dana Gas which are set out in the appendix to this judgment, I will consider these three grounds in turn.

٤٩. ولجعل هذه الادعاءات لصالح شركة دانه غاز، والمبينة في ملحق هذا الحكم، سأُنظر في هذه الأسس الثلاثة كل على حدة.

(1) The construction argument

(١) حجة هيكلية العقد

50. The first argument made by Dana Gas is that, on a proper interpretation of the Purchase Undertaking, its obligation under clause 3.2 to pay the Exercise Price is dependent on the parties

٥٠. الحجة الأولى التي قدمتها شركة دانه غاز هي أنه بناءً على التفسير الصحيح للتعهد بالشراء، فإن التزامها بموجب البند ٣ ٢

being able to enter into a Sale Agreement pursuant to clause 3.3 which will have the effect of transferring the Trustee's rights to the Mudarabah Assets to Dana Gas. In support of this interpretation, Dana Gas has pointed out that the Purchase Undertaking is not just an undertaking to pay a sum of money. Rather, as its terms (e.g. clauses 2.1 and 3.2) make clear, it is an undertaking to purchase the Trustee's "rights, benefits and entitlements in and to the Mudarabah Assets". Dana Gas argues that such a purchase requires Dana Gas to receive the Trustee's rights to the Mudarabah Assets in exchange for payment of the Exercise Price. Pursuant to clause 3.3 of the Purchase Undertaking, the transfer of those rights to Dana Gas is to be effected by entry into a Sale Agreement. Dana Gas maintains (and for present purposes I am assuming) that any Sale Agreement executed by the parties would be void as a matter of UAE law. It follows, Dana Gas argues, that no valid transfer of the Trustee's rights to Dana Gas can take place and hence no obligation to pay the Exercise Price can arise. Alternatively, Dana Gas contends that no obligation to pay the Exercise Price can arise because the Mudarabah Agreement is void, with the consequence that the Trustee never acquired any rights to the Mudarabah Assets which it

بدفع سعر التنفيذ يعتمد على قدرة الأطراف على إبرام اتفاقية بيع وفقاً للبند ٣٣ والتي سيكون أثرها هو نقل حقوق الأمين في أصول المضاربة إلى شركة دانة غاز، ودعمًا لهذا التفسير، فقد أشارت شركة دانة غاز إلى أن التعهد بالشراء ليس مجرد تعهد بدفع مبلغ من المال. وإنما، كما توضح شروطه (بموجب البنود ١٢ و ٢٣ على سبيل المثال)، بأنه يعد تعهداً بشراء "حقوق ومنافع واستحقاقات الأمين في أصول المضاربة". تدعي شركة دانة غاز أن مثل هذا الشراء يتطلب من شركة دانة غاز أن تقوم بتسليم حقوق الأمين في أصول المضاربة مقابل دفع سعر التنفيذ. وفقاً للبند ٣٣ من وثيقة التعهد بالشراء، يتم نقل هذه الحقوق إلى شركة دانة غاز عن طريق الدخول في اتفاقية بيع. وتؤكد شركة دانة غاز (وللأغراض الحالية كما اعتقد) بأن أي اتفاقية بيع يتم إبرامها من قبل الطرفين ستكون باطلة بموجب قانون دولة الإمارات العربية المتحدة.

is able to sell under the Purchase Undertaking.

ويترتب على ذلك، كما تدعي شركة دانة غاز، بأنه لا يمكن إجراء نقل صحيح لحقوق الأمين إلى شركة دانة غاز، وبالتالي لا يمكن أن ينشأ أي التزام بدفع سعر التنفيذ. وبدلاً من ذلك، تدعي شركة دانة غاز أنه لا يمكن أن ينشأ أي التزام بدفع سعر التنفيذ، لأن اتفاقية المضاربة باطلة، ونتيجة لذلك، لم يكتسب الأمين أي حقوق في أصول المضاربة، بحيث يمكنه بيعها بموجب التعهد بالشراء.

51. In my view, the interpretation of the Purchase Undertaking contended for by Dana Gas is untenable and flatly inconsistent with its express wording.

٥١. من وجهة نظري، فإن تفسير "التعهد بالشراء" الذي تدعيه شركة دانة غاز غير مقبول ويتعارض بشكل قاطع مع صياغته الصريحة.

52. It is correct that the Purchase Undertaking provides for the purchase by Dana Gas of the Trustee's rights to the Mudarabah Assets and for a transfer of those rights to Dana Gas to occur by the parties executing a Sale Agreement. The Purchase Undertaking does not, however, provide for an exchange to take place such that Dana Gas is obliged to pay the Exercise Price only in return for the transfer the Trustee's rights to the Mudarabah

٥٢. صحيح أن التعهد بالشراء ينص على قيام شركة دانة غاز بشراء حقوق الأمين في أصول المضاربة، وعلى نقل هذه الحقوق إلى شركة دانة غاز والذي يحدث من خلال تنفيذ اتفاقية البيع من قبل الأطراف. ولكن مع ذلك، لا ينص التعهد بالشراء على إجراء مبادلة بحيث

Assets. In terminology that is sometimes used,^{٦٥} the two performances are not concurrent conditions. Instead, the process by which the purchase is to take place has been split into two separate stages, of which the first stage is payment of the Exercise Price. It is clear from the wording of clause 3.2 that the obligation of Dana Gas to pay the Exercise Price arises upon delivery of a (valid) Exercise Notice. There is no other condition which has to be satisfied in order to trigger the payment obligation.

تكون شركة دانة غاز مُلزَمة بدفع سعر التنفيذ فقط عند نقل حقوق الأمين في أصول المضاربة. في المصطلحات التي تستخدم أحياناً^{٦٣}، لا يكون تنفيذ التزامين من قبيل الشرطين المتلازمين^{٦٤}، فقد جرى تقسيم عملية الشراء إلى مرحلتين منفصلتين، المرحلة الأولى هي دفع سعر التنفيذ. وكما يتضح من صياغة البند ٣ ٢ أن التزام شركة دانة غاز بدفع سعر التنفيذ، ينشأ عند تسليم إشعار تنفيذ (صحيح). ومن هنا، فإنه لا يوجد شرط آخر يجب استيفاؤه من أجل تفعيل الالتزام بالدفع.

53. The second stage of the process is for the Trustee's rights to the Mudarabah Assets to be transferred to Dana Gas "by the Obligor and the Trustee executing a Sale Agreement". Clause 3.3 expressly provides that this

٥٣. وتتمثل المرحلة الثانية من العملية في نقل حقوق الأمين في أصول المضاربة إلى شركة دانة غاز "من قبل الملتزم والأمين بتنفيذ اتفاقية البيع". وينص

^{٦٣} انظر على سبيل المثال: تشييتي للعقود (الإصدار ٣٢، لعام ٢٠١٥)، الفقرة ١٣-٢٩.

^{٦٤} لعل المقصود تقرير نتيجة مفادها إمكان صياغة تنفيذ التزامين متقابلين، بما يؤدي إلى أن وجوب تنفيذ أحدهما ليس مترتباً على إمكان تنفيذ الآخر، وبالتالي فليس لأحد الطرفين الامتناع عن تنفيذ التزامه بحجة تعذر تنفيذ التزام الطرف الآخر أو استحاله، وذلك إذا كانت الصياغة القانونية والمصطلحات المستخدمة تدل على منع تلازم هذين الالتزامين. (فريق الدراسة)

^{٦٥} See e.g. Chitty on Contracts (32nd Edn, 2015), para 13-029.

obligation arises "following" payment of the Exercise Price. Logically, the existence of the obligation to pay the Exercise Price cannot depend on the performance of an obligation which only arises if and when the obligation to pay the Exercise Price is performed.

البند ٣٣ صراحة على أن هذا الالتزام ينشأ "بعد" دفع سعر التنفيذ. ومن الناحية المنطقية، فإن نشوء الالتزام بدفع سعر التنفيذ لا يمكن أن يستند إلى أداء التزام ينشأ فقط إذا تم تنفيذ الالتزام بدفع سعر التنفيذ.

54. I think it plain that the Purchase Undertaking has not been structured in this way by accident. Not only does the front page of the document confirm that it has been professionally drafted but, as discussed below, it is apparent from its terms that the risks against which the Purchase Undertaking is intended to protect the Certificateholders include the risk that the *mudarabah* and the transaction documents governed by UAE law will turn out to be invalid. I think it clear that the Purchase Undertaking has been deliberately framed to ensure that in this event any consequences or potential consequences of such invalidity – including any arguments that the Trustee's rights to the Mudarabah Assets cannot lawfully and effectively be transferred to Dana Gas or that no such rights exist or that it is impossible to execute a valid Sale Agreement – do not affect the obligation of Dana Gas to pay the Exercise Price

٥٤. أعتقد أنه من الواضح أن التعهد بالشراء لم تتم هيكلته بهذه الطريقة بالصدفة. فيما لا تؤكد الصفحة الأولى من الوثيقة أنه تمت صياغته بشكل احترافي فحسب، بل يتضح من شروطه، كما هو موضح أدناه، أن المخاطر التي يهدف التعهد بالشراء إلى حماية حملة الشهادات منها بما في ذلك مخاطر المضاربة ومستندات المعاملة التي يحكمها قانون دولة الإمارات العربية المتحدة قد تصبح باطلة. أعتقد أنه من الواضح أن التعهد بالشراء قد تمت صياغته بشكل متعمد للتأكد من أنه في هذه الحالة، فإن أي عواقب أو عواقب محتملة لمثل هذا البطلان (بما في ذلك أي حجج مفادها أن حقوق الأمين في

أصول المضاربة لا يمكن نقلها بشكل قانوني وفعال إلى شركة دانة غاز، أو أنه لا توجد مثل هذه الحقوق أو أنه من المستحيل تنفيذ اتفاقية بيع صحيحة) لا تؤثر على التزام شركة دانة غاز بدفع سعر التنفيذ.

55. Accordingly, I reject the first ground relied on by Dana Gas.

٥٥. عليه، فإنني أرفض الحجة الأولى التي استندت إليها شركة دانة غاز.

(2) Mistake

(٢) الغلط

56. The second ground advanced is that the Purchase Undertaking is void for mistake.

٥٦. الحجة الثانية المقدمة هي أن التعهد بالشراء باطل بسبب الغلط^{٦٦}.

The relevant law

القانون ذي الصلة

57. When the parties to a contract enter into it on the basis of an assumption about its subject-matter which turns out to have been mistaken, English law will in certain circumstances treat the contract as void. But those circumstances are wholly exceptional and contracts which have been found to be void for mistake are few and far between.

٥٧. عندما يقوم طرفا العقد بإبرامه على أساس مفترض حول موضوع تبين أنه غلط، فإن القانون الإنجليزي سيعتبر العقد في ظروف معينة باطلاً. لكن هذه الظروف استثنائية تماماً، كما أن العقود التي تبين أنها باطلة بسبب الغلط نادرة جداً ومتباعدة.

58. In the leading case of *Bell v Lever Bros* [1932] AC 161 at 225, Lord

٥٨. في قضية (*Bell v Lever Bros* [1932] AC 161 at 225, Lord

^{٦٦} "وقد ذكر أصحاب القوانين الوضعية في جملة الأمور المفوتة للتراضي: "الخطأ" أو "الغلط" (Mistake)،

وهو مختلف عن التعبير أو التدليس" فقه البيوع ٢٠٢/١-٢٠٣ ط. دار القلم. (فريق الدراسة)

Atkin accepted a proposition formulated by counsel, Sir John Simon, that:

“Whenever it is to be inferred from the terms of a contract or its surrounding circumstances that the consensus has been reached upon the basis of a particular contractual assumption and that assumption is not true, the contract is avoided: i.e. it is *void ab initio* if the assumption is of present fact and it ceases to bind if the assumption is of future fact.”

Lord Atkin went on to make it clear (at 226) that, for the purpose of this proposition, a particular assumption cannot be said to be the basis of the contract “unless the new state of facts makes the contract something different in kind from the contract in the original state of facts.”

59. On this formulation the question whether a contract is void for mistake is a question of construction of the contract: if the contract expressly or impliedly makes a particular assumption a condition of its validity, there is no valid contract if the assumption is false. There are other passages in

AC 161 at 225)، وافق اللورد أتكين على اقتراح صاغه المحامي، السير جون سيمون، مفاده أن:

"عندما يُستدل من شروط العقد أو الظروف المحيطة به أنه قد تم التوصل إلى توافق في الآراء على افتراض أساس تعاقدي معين، وتبين أن هذا الافتراض غير صحيح، فإن العقد يكون باطلاً: أي أنه باطل من أساسه إذا كان الافتراض يمثل حقيقة واقعة، ويتوقف عن اللزوم إذا كان الافتراض حقيقة في المستقبل."

ومضى اللورد (أتكين) ليوضح (في ٢٢٦) أنه -لأجل هذا الاقتراح- فإنه لا يمكن القول بأن افتراضاً معيناً هو أساس العقد "ما لم تكن الحالة الجديدة للوقائع تجعل العقد شيئاً مختلفاً -من حيث النوع- عن العقد بالحالة الأصلية للوقائع".

٥٩. وفي هذه الصيغة، فإن مسألة ما إذا كان العقد باطلاً بسبب وجود الغلط هي مسألة تتعلق بهيكله العقد: فإذا كان العقد -سواء بشكل صريح أو ضمني- يجعل

the judgments in *Bell v Lever Bros*, however, which suggest that establishing the existence of an operative common mistake is not based solely on inference from the terms of the contract and the surrounding circumstances but involves an inquiry into the subjective beliefs of the parties. For example, Lord Atkin said (at 218) that:

افتراضاً معيناً شرطاً لصحته، فلا يوجد عقد صحيح إذا كان الافتراض مغلوطاً. ومع ذلك، هناك فقرات أخرى في الأحكام الواردة في قضية (*Bell v Lever Bros*) تشير إلى أن إثبات وجود غلط مشترك مؤثر لا يعتمد فقط على الاستدلال من شروط العقد والظروف المحيطة، ولكنه يتضمن تحقيقاً في المعتقدات الذاتية لدى الأطراف. فعلى سبيل المثال، قال اللورد أتكين (في ٢١٨):

“a mistake [as to quality of the thing contracted for] will not affect assent unless it is the mistake of both parties, and is as to the existence of some quality which makes the thing without the quality essentially different from the thing as it was believed to be.” [emphasis added]

“إن الغلط [فيما يتعلق بجودة الشيء المتعاقد عليه] لن يؤثر على القبول، إلا إذا كان الغلط من كلا الطرفين، يتعلق بوجود صفة ما، تجعل الشيء -بدون هذه الصفة- مختلفاً بشكل جوهري عن الشيء الذي كان يُعتقد أنه سيكون قائماً” [تم إضافة توضيحات]

Even more starkly, Lord Thankerton who reached the same conclusion as Lord Atkin said (at 237) that a common mistake would not avoid the contract unless it related to something that both the parties “must necessarily have accepted in their minds as an essential and integral element of

والأكثر وضوحاً من ذلك، فإن اللورد (ذاكرتون) الذي توصل إلى النتيجة نفسها كما قال اللورد (أتكين) (في ٢٣٧) إن الغلط المشترك لن يؤدي إلى

the subject matter”.

60. The suggestion that the existence of contractual rights and obligations depends on the parties' subjective states of mind is not consistent with the objective approach which is fundamental to the modern English law of contract. It is therefore not surprising that the conception of the doctrine of mistake which treats the subjective beliefs of the parties as relevant has not been accepted. In the leading modern authority of *Great Peace Shipping Ltd v Tsavliris Salvage (International) Ltd* [2003] QB 679, para 61, the Court of Appeal regarded as “a more solid jurisprudential basis for the test of common mistake that Lord Atkin was proposing” the implication of a term of the contract of the same nature as was understood to underpin the doctrine of frustration when *Bell v Lever Bros* was decided. Lord Phillips MR (who gave the judgment of the court) went on, however, to trace the subsequent history of the doctrine of frustration in which the implied term explanation was

إبطال العقد، "ما لم يكن متعلقاً بشيء يجب أن يكون كلا الطرفين قد قبلاه بالضرورة في أذهانهما باعتباره عنصراً أساسياً ومتكاملاً في الموضوع".

٦٠. إن الافتراض القائل بأن وجود الحقوق والالتزامات التعاقدية يعتمد على الحالات الذهنية الذاتية للطرفين، لا يتوافق مع المنهج الموضوعي الذي يعد أساسياً لقانون العقود الإنجليزي الحديث. لذلك، فإنه ليس من المستغرب أن المبدأ القانوني للغلط الذي يتعامل مع الاقتناعات الشخصية للأطراف على أنها ذات صلة لم يتم قبوله. ففي القضية المعروفة في ظل النظام القضائي الحديث (*Great Peace Shipping Ltd v Tsavliris Salvage (International) Ltd* [2003] QB 679, para 61^{٦٧}) اعتبرت محكمة الاستئناف "أساساً فقهياً أكثر صلابة لاختبار الغلط المشترك الذي كان يقترحه اللورد أتكين" باعتبار شرط ضمني في العقد له

^{٦٧} رمز (QB) هو اختصار لـ Queen's Bench وهي تقارير قانونية رسمية.

ultimately rejected. From this, Lord Phillips derived the following lesson (at para 73):

نفس الطبيعة التي تدعم مبدأ استحالة تنفيذ الالتزام التعاقدي^{٦٨} عندما صدر الحكم في قضية (Bell v Lever Bros). واستمر السيد اللورد فيليبس (الذي أصدر حكم المحكمة) مع ذلك في تتبع التاريخ التسلسلي لمبدأ استحالة تنفيذ الالتزام التعاقدي، التي جرى فيها رفض تفسير الشرط الضمني في النهاية. ومع هذا، استخلص اللورد فيليبس الدرس التالي (الفقرة ٧٣):

“Where a fundamental assumption upon which an agreement is founded proves to be mistaken, it is not realistic to ask whether the parties impliedly agreed that in those circumstances the contract would not be binding. The avoidance of a contract on the ground of common mistake results from a rule of law under which, if it transpires that one or both of the parties have agreed to do something which it is impossible to perform, no obligation arises

”عندما يثبت خطأ الافتراض الأساسي الذي تستند إليه الاتفاقية، فليس من الواقعي التساؤل عما إذا كان الطرفان قد اتفقا ضمناً على أن العقد لن يكون ملزماً في تلك الظروف. إبطال العقد على أساس الغلط المشترك ناتج عن قاعدة قانونية توجب أنه إذا تبين أن أحد

^{٦٨} هذا المبدأ أحد المبادئ القضائية في قانون العقود، ويقصد به أنه إذا دلت طبيعة العقد أو ظروفه على أنه يفترض من أطرافه أن يعلموا عند إبرامه أنهم بصدد عقد لا يمكن تنفيذه إلا بتوفر وضع معين، فإن هذا المبدأ يقتضي أنه في حال توفر هذا الوضع المطلوب أن يكون العقد خاضعاً لشرط ضمني يخلي أطراف العقد من المسؤولية إذا استحال عليهم الأداء نظراً لعدم توافر ذلك الوضع أو انقطاعه لسبب لا دخل لهم فيه. ينظر: المعجم القانوني، حارث الفاروقي ص ٣٠٧. (فريق الدراسة)

out of that agreement.”

الطرفين أو كليهما قد اتفقا على فعل شيء يستحيل تنفيذه، فلا ينشأ أي التزام عن هذا الاتفاق.”

He added (at para 74):

وأضاف (في الفقرة ٧٤) ما يلي:

“In considering whether performance of the contract is impossible, it is necessary to identify what it is that the parties agreed would be performed. This involves looking not only at the express terms, but at any implications that may arise out of the surrounding circumstances. In some cases it will be possible to identify details of the ‘contractual adventure’ which go beyond the terms that are expressly spelt out, in others it will not.”

“عند النظر فيما إذا كان تنفيذ العقد مستحيلاً، فمن الضروري تحديد ما قد تم الاتفاق على تنفيذه من قبل الأطراف. ويشمل ذلك، ليس النظر إلى الشروط الصريحة فقط، بل النظر إلى أي آثار قد تنشأ عن الظروف المحيطة. في بعض الحالات، سيكون من الممكن تحديد تفاصيل “المجازفة التعاقدية” التي تتجاوز الشروط المنصوص عليها صراحة، وفي حالات أخرى، لن يكون ذلك ممكناً.”

Lord Phillips also said (at para 75) that “[j]ust as the doctrine of frustration only applies if the contract contains no provision that covers the situation, the same should be true of common mistake”.

كما قال اللورد (فيليبس) أيضاً (في الفقرة ٧٥) أنه “لا ينطبق مبدأ استحالة تنفيذ الالتزام التعاقدية إلا إذا كان العقد لا يحتوي على حكم ينظم الحالة، فيجب أن ينطبق الشيء نفسه على الغلط المشترك.”

61. Where this leaves the common law doctrine of mistake, as it seems to me, is as follows.

٦١. ويبقى بهذا مبدأ الغلط في القانون العام -

كما يبدو لي - على النحو التالي:

First, the doctrine is not based on an inquiry into the subjective beliefs of the parties but on an objective analysis of what they agreed.

Second, the doctrine does not rest on the notion that the parties have impliedly agreed what is to happen in the event that an assumption underlying the contract proves to be false. It does, however, involve a question of construction of the contract. It is only where it is to be inferred from the terms of the contract or the surrounding circumstances that the contract was never intended to apply in the situation which in reality existed when the contract was made that the doctrine will apply. Such an inference will be drawn only if the difference between the state of affairs on which the contract was premised and the actual state of affairs is sufficiently fundamental.

أولاً، لا يستند المبدأ على التحقيق في الاقتناعات الشخصية للأطراف، بل على التحليل الموضوعي لما اتفقوا عليه.

ثانياً، لم يرتكز المبدأ على فكرة أن الطرفين قد اتفقا ضمناً على ما سيحدث في حال ما إذا ثبت غلط الافتراض الذي يقوم عليه العقد. وإنما يتضمن التساؤل حول هيكله العقد، وإنما يمكن تطبيق هذا المبدأ عندما يتم الاستنتاج من أحكام العقد والظروف المحيطة به بأن العقد لم يقصد أبداً تطبيقه على الحالة التي هي موجودة بالفعل في الواقع. وهذا الاستنتاج سوف يتم تطبيقه فقط إذا كان الفرق بين الحالة التي قام عليها العقد، والحالة الفعلية له جوهرياً بشكل كاف.

62. Thus, the doctrine of mistake can only apply if there is a gap in the contract. If the parties have expressly or impliedly agreed what is to happen if they turn out to have been mistaken about the matter in question – in other words, if the risk of the mistake has been allocated by their contract – there is no scope for the

٦٢. وبالتالي، يمكن تطبيق مبدأ الغلط فقط في تلك الحالة إذا كان هناك فراغ في العقد [أي أن العقد سكت عنها]. أما إذا كان الطرفان قد اتفقا صراحةً أو ضمناً على ما سيحدث إذا تبين أنهم غلطوا

doctrine. As Steyn J said in *Associated Japanese Bank (International) Ltd v Credit du Nord SA* [1989] 1 WLR 255 at 268:

“Logically, before one can turn to the rules as to mistake ... one must first determine whether the contract itself, by express or implied condition precedent or otherwise, provides who bears the risk of the relevant mistake. It is at this hurdle that many pleas of mistake will either fail or prove to have been unnecessary.”

63. One way – although not the only way – in which the risk of a mistake may be contractually allocated is by one party warranting that the relevant state of affairs exists.

So, for example, in *McRae v Commonwealth Disposals Commission* (1950) 84 CLR 337 the defendant sold to the claimant the wreck of an oil tanker, stated to be lying on a certain reef. Unknown to either party, the tanker did not actually exist (nor

بشأن مسألة معينة، أو بعبارة أخرى، إذا جرى تحديد مخاطر الغلط بموجب عقدهم، فلا مجال لتطبيق هذا المبدأ عندئذ. وكما قال القاضي ستاين في قضية (Associated Japanese Bank (International) Ltd v Credit du Nord (SA [1989] 1 WLR 255 at 268):

“من الناحية المنطقية، قبل إعمال القواعد المتعلقة بالغلط ... يجب التأكد أولاً من العقد نفسه، هل جرى تحديد الطرف الذي يتحمل مخاطر الغلط ذي الصلة أم لا؟ سواء من خلال شرط مسبق أو ضمنى سابق أو غير ذلك. فعند هذه العقبة، ستفشل العديد من دعاوى الغلط أو يثبت أنها كانت غير ضرورية.”

٦٣. إن إحدى الطرق – وإن لم تكن الطريق الوحيد – التي يمكن من خلالها تحديد مخاطر حدوث غلط تعاقدية، هو ضمان أحد الأطراف لوجود الحالة ذات الصلة.

لذلك، على سبيل المثال، فإنه في قضية (*McRae v Commonwealth Disposals Commission* (1950) 84 CLR 337)، باع المدعى عليه إلى المدعي حطام ناقلة

did the reef). Before the High Court of Australia an argument that the contract was void for mistake failed because the court held that the defendant had impliedly warranted that there was a shipwrecked tanker. The non-existence of the tanker was not therefore a state of affairs for which the contract failed to provide.

نفت، وأفاده بأنها مُلقاة على شعاب مرجانية معينة. ولم يكن أيّ من الطرفين يعلم أن الناقله لم تكن موجودة أصلاً ولا حتى الشعاب المرجانية. وقد فشلت دعوى إبطال العقد أمام المحكمة العليا في أستراليا بحجة وجود هذا الغلط؛ لأن المحكمة رأت أن المدعى عليه قد تعهد ضمناً بوجود ناقلة نفط غارقة. ولذلك فإن عدم وجود الناقله لا يعد حالة لم ينص عليها العقد.

64. The main reason why pleas of mistake seldom succeed is that the risk of a mistake is usually allocated by the contract to one of the parties. Plainly, there is no room for the doctrine to operate if the contract states expressly what is to happen if the relevant assumption proves to be false. It may be harder to determine whether the contract impliedly allocates the risk. To take one of the examples given by Lord Atkin in *Bell v Lever Bros* [1932] AC 161 at 224: "A buys a picture from B; both A and B believe it to be the work of an old master, and a high price is paid. It turns out to be a modern copy." In practice in such a case the answer is likely to be found through construction of the contract. If the authorship of the picture is part of the description of

٦٤. والسبب الرئيس في عدم نجاح كثير من دعاوى الغلط هو أن مخاطر حدوث الغلط عادة ما يحملها العقد على أحد الطرفين. ومن الواضح أنه لا يوجد مجال للعمل بهذا المبدأ، إذا عالج العقد صراحة النتائج المترتبة على وجود الغلط ذي الصلة. قد يكون من الصعب تحديد ما إذا كان العقد قد حدد ضمناً هذه المخاطر. لنأخذ أحد الأمثلة التي قدمها اللورد أتكين في قضية (*Bell v Lever Bros* [1932] AC 161 at 224): حيث قام "الطرف" أ" بشراء صورة من

the goods so that the seller has impliedly warranted its attribution, the risk will lie with the seller. If on the other hand there is no such warranty, the ordinary inference based on the principle of *caveat emptor* would be that the buyer is taking the risk.

الطرف "ب"؛ يعتقد كل من الطرف "أ" والطرف "ب" أنه عمل لفنان قديم، ودُفع ثمن باهظ لذلك. ولكن اتضح أنها نسخة حديثة". من الناحية العملية في مثل هذه الحالة، من المحتمل العثور على الإجابة من خلال هيكلية العقد. إذا كانت حقوق ملكية الصورة جزءاً من وصف البضاعة فإن البائع قد أقر ضمناً بنسبتها، والمخاطرة تقع على عاتق البائع. وفي المقابل، إذا لم يكن هناك مثل هذا الإقرار، فإن الاستنتاج المعتاد القائم على مبدأ مسؤولية المشتري (*caveat emptor*)^{٦٩} هو أن المشتري يتحمل المخاطرة.

65. The second reason why most arguments of mistake fail is that the doctrine only applies if the mistake is sufficiently fundamental. Two different

٦٥. والسبب الثاني لفشل معظم دعاوى الغلط هو أن المبدأ لا ينطبق إلا إذا كان الغلط جوهرياً بدرجة كافية، وتمت

^{٦٩} مبدأ (*caveat emptor*): "فليحترس المشتري، أو ليكن المشتري على حذر. يراد بهذا المصطلح أن هذا المبدأ الأساسي يلخص القاعدة التي تفيد أنه يتعين على المشتري أن يفحص وأن يقدر وأن يختبر بنفسه كل ما يقوم بشراء وينطبق هذا المبدأ الأساسي على المبيعات القضائية والمزادات وما شابهها أكثر من انطباقه على مبيعات السلع الاستهلاكية حيث تتوفر قوانين صارمة تحكم المسؤولية والضمانات وغيرها من القوانين التي تستهدف حماية المستهلك بصفته مستهلك ومشتري معاً. (انظر: معجم مراد القانوني والاقتصادي والتجاري، ص ٣٥٥) (فريق الدراسة)

formulations of this requirement have been approved. One is that the mistake in question has rendered the contract "impossible of performance". The other is that the mistake "must render the subject-matter of the contract essentially and radically different from the subject-matter which the parties believed to exist". The two approaches may essentially amount to the same thing: see Kyle Bay Ltd (t/a Astons Nightclub) v Underwriters subscribing under Policy No 019057/08/01 [2007] EWCA Civ 57, paras 24-25.

الموافقة على صيغتين مختلفتين لهذا المطلب؛ إحداها أن الغلط المذكور جعل العقد "مستحيل التنفيذ". والآخر هو أن الغلط "يجب أن يجعل موضوع العقد يختلف اختلافاً جوهرياً وجذرياً عن الموضوع الذي يعتقد الطرفان وجوده". وقد يصل النهجان بشكل أساسي ليصلا إلى نفس الشيء: انظر القضية (Kyle Bay Ltd (t/a Astons Nightclub) v Underwriters subscribing under Policy No 019057/08/01 [2007] EWCA Civ 57, paras 24-25).

66. All three versions of the case of mistake advanced by Dana Gas in my view fail at the first hurdle.

٦٦. من وجهة نظري؛ فإن جميع الدفوع الثلاثة التي قدمتها شركة دانة غاز لحالات الغلط قد فشلت من أول عقبة.

(i) Invalidity of the Mudarabah Agreement

(١) بطلان اتفاقية المضاربة

67. The first mistake alleged by Dana Gas and which I am assuming for present purposes is that, when they entered into the Purchase Undertaking, the parties to it mistakenly understood that the Mudarabah Agreement was lawful and enforceable.

٦٧. الغلط الأول الذي ادّعت شركة دانة غاز - والذي أفترضه للأغراض الحالية - هو أنه عندما دخلوا في التعهد بالشراء، قد فهم أطرافها - غلطاً - أن اتفاقية المضاربة صحيحة وقانونية ونافاذة.

68. The short reason why such a mistake cannot render the Purchase Undertaking void is that the possibility that the Mudarabah Agreement was unlawful and

٦٨. إن السبب البسيط لعدم اعتبار كون هذا الغلط مبطلاً للتعهد بالشراء، هو أن

unenforceable was expressly contemplated and catered for in the Purchase Undertaking.

احتمال عدم قانونية اتفاقية المضاربة وعدم نفاذها قد كان متوقعا، وقد جرت مراعاته بشكل واضح وصریح في صياغة التعهد بالشراء.

69. The Events of Default specified in clause 5 of the Purchase Undertaking include the following:

٦٩. تشمل حالات التعثر المحددة في البند ٥ من التعهد بالشراء ما يلي:

“5.1.3 **Repudiation:** either the Obligor or the Mudarib repudiates or challenges the valid, legal, binding and enforceable nature of any, or any part of a, Transaction Document to which it is a party or does or causes to be done any act or thing evidencing an intention to repudiate or challenge the valid, legal, binding and enforceable nature of any Transaction Document to which it is a party; or

"٣١٥ الإنكار: إنكار الملتزم أو المضارب أو طعنه في صحة أو قانونية أو إلزامية أو طبيعة القابلية للتنفيذ لأي جزء من "مستندات المعاملة" يكون هو طرفاً فيه، أو يقوم أو يتسبب في القيام بأي عمل أو أي شيء يدل على نية الإنكار أو الطعن في صحة أو قانونية أو إلزامية وطبيعة قابلية التنفيذ لأي وثيقة معاملة يكون هو طرفاً فيه؛ أو

5.1.4 **Illegality:** at any time it is or will become unlawful for either the Obligor or the Mudarib to perform or comply with any or all of its obligations under the Transaction Documents to which it is a party, or any of the obligations of either the Obligor or the Mudarib under the Transaction Documents are not, or cease to be legal, valid, binding and enforceable.”

٤١٥ **عدم القانونية:** في أي وقت يكون أو سيصبح غير قانوني بالنسبة للملتزم أو المضارب تنفيذ أو الامتثال لأي من التزاماته أو جميعها بموجب مستندات المعاملة التي يكون هو طرف فيها، أو إذا كانت أي من التزامات الملتزم أو المضارب بموجب مستندات المعاملة ليست، أو لم تعد قانونية أو صالحة أو ملزمة أو قابلة للتنفيذ.”

As defined in clause 1.1 of the Purchase Undertaking, the "Transaction Documents" include the Mudarabah Agreement.

70. As mentioned earlier, an Event of Default constitutes a Dissolution Event, and a Dissolution Event is one of the circumstances which entitles the Trustee to exercise its rights under clause 2 of the Purchase Undertaking. The Dissolution Events, which are set out in Condition 13.1, also include the situation where:

"at any time it is or will become unlawful for the Trustee to perform or comply with any of its obligations under the Transaction Documents to which it is a party or any of the obligations of the Trustee under the Transaction Documents to which it is a party are not, or cease to be, legal, valid, binding and enforceable".

Accordingly, if (as Dana Gas alleges) the Mudarabah Agreement is unlawful and unenforceable and has not given rise to any valid obligations, the consequence is that there has been a Dissolution Event which entitles the Trustee to enforce the Purchase Undertaking. Indeed,

كما هو محدد في البند ١١ من التعهد بالشراء، فإن "مستندات المعاملة" تشمل اتفاقية المضاربة.

٧٠. كما ذكر سابقاً، فإن استمرار حالة التعثر تمثل حدثاً للتصفية، وحدث التصفية هو أحد الظروف التي تخول الأمين تنفيذ حقوقه بموجب البند ٢ من التعهد بالشراء. تتضمن أحداث التصفية الموضحة في الشرط ١٣١ أيضاً الحدث الذي يتم فيه ما يلي:

"في أي وقت يكون - أو سيصبح - غير قانوني بالنسبة إلى الأمين أداء أو الامتثال لأي من التزاماته بموجب مستندات المعاملة التي يكون طرفاً فيها، أو أي من التزامات الأمين بموجب مستندات المعاملة التي يكون طرفاً فيها، إذا لم تكن هذه الوثائق أو إذا أصبحت غير قانونية أو صحيحة أو ملزمة أو نافذة".

ووفقاً لذلك، إذا كانت اتفاقية المضاربة (كما تدعي شركة دانة غاز) غير قانونية وغير قابلة للتنفيذ ولم ينتج عنها أي التزامات صحيحة، فإن النتيجة هي

even if the Mudarabah Agreement is in fact lawful, the very fact that Dana Gas has challenged its validity is itself a Dissolution Event which entitles the Trustee to exercise its rights under clause 2 of the Purchase Undertaking. Hence there can be no operative mistake as the contract expressly provides for the situation which has (or has allegedly) arisen.

وجود حدث تصفية والذي يُمكن الأمين من تنفيذ التعهد بالشراء. وفي الواقع، فإنه حتى لو كانت اتفاقية المضاربة قانونية في حقيقة الأمر، فإن حقيقة أن شركة دانة غاز قد طعنت في صلاحيتها هو بحد ذاته يعد حدث تصفية، والذي يخول الأمين تنفيذ حقوقه بموجب البند ٢ من التعهد بالشراء. ومن ثم لا يمكن أن يكون هناك غلط مؤثر؛ لأنه منصوص عليه في العقد صراحة في الحالة التي نشأت (أو يُدعى أنها نشأت).

71. In its written opening submissions for the trial Dana Gas sought to counter this objection by arguing that clauses 5.1.3 and 5.1.4 of the Purchase Undertaking are unenforceable as a matter of English public policy. Dana Gas submitted that it is contrary to English public policy to prohibit parties from alleging that a contract is unlawful under its governing law or to impose a contractual penalty for doing so. I see no reason to accept this proposition. Even if it is correct, however, it does not apply because the Purchase Undertaking does not prohibit Dana Gas from alleging that the Mudarabah Agreement is unlawful under its governing law:

٧١. سعت شركة دانة غاز، في مذكراتها الافتتاحية المكتوبة للمحكمة، إلى مواجهة هذا الاعتراض من خلال الدفع بأن البندين ٣١٥ و٤١٥ من التعهد بالشراء غير قابلين للتنفيذ في ضوء السياسة العامة الإنجليزية. وذكرت شركة دانة غاز أن ذلك يتعارض مع السياسة العامة الإنجليزية في منع الأطراف من الادعاء بأن العقد غير قانوني بموجب قانونها الحاكم أو فرض

it merely provides that certain contractual consequences will ensue in the event that such an allegation is made. Nor is it arguable that those consequences involve the imposition of a contractual penalty, as alleging that the Mudarabah Agreement is unlawful is not a breach of contract and the rule against penalties only applies to sums payable on breach: see *Cavendish Square Holding BV v Makdessi* [2016] AC 1172. In any case this argument only engages clause 5.1.3 of the Purchase Undertaking, which makes it an Event of Default to challenge the validity or legality of any Transaction Document. It does not affect clause 5.1.4 or the other provisions referred to above, which entitle the Trustee to enforce the Purchase Undertaking if the Mudarabah Agreement is in fact unlawful or unenforceable. I see no possible basis for suggesting that those provisions are contrary to English public policy.

عقوبة تعاقدية على ذلك. وأنا لا أرى أي سبب لقبول هذه الفكرة. لأنه حتى لو كان صحيحاً، إلا أنه لا ينطبق على هذه الحالة؛ لأن التعهد بالشراء لا يمنع شركة دانة غاز من الادعاء بأن اتفاقية المضاربة غير قانونية بموجب القانون الحاكم لها، فهي تنص فقط على تبعات تعاقدية ستترتب على ذلك في حالة تقديم هذا الادعاء. كما أنه لا يمكن الاحتجاج بأن هذه العواقب ستؤدي إلى فرض عقوبة تعاقدية، حيث إن الادعاء بأن اتفاقية المضاربة غير قانونية لا يعد إخلالاً بالعقد، وأن قاعدة العقوبات تنطبق فقط على المبالغ التي تكون مستحقة الدفع عند حدوث الإخلال: انظر قضية *Cavendish Square Holding BV v Makdessi* [2016] AC 1172. وعلى أي حال، فإن هذه الدعوى ترتبط فقط بالبند ٣١٥ من التعهد بالشراء، مما يجعل منه حالة تعثر للطعن في صحة أو قانونية أيّ من "مستندات المعاملة". وهي لا تؤثر على البند ٤١٥ أو الأحكام

الأخرى المشار إليها أعلاه، والتي تخول الأمين بالإلزام بالتعهد بالشراء إذا كانت اتفاقية المضاربة في الواقع غير قانونية أو غير قابلة للتنفيذ. كما لا أرى أي أساس محتمل لاعتبار هذه الأحكام تتعارض مع السياسة العامة الإنجليزية.

72. In short, the parties have expressly agreed that, if the Mudarabah Agreement turns out to be – or is alleged by Dana Gas to be – unlawful or unenforceable, the Trustee can rely on the Purchase Undertaking to require Dana Gas to pay the Exercise Price into the Transaction Account in London. As a matter of law, Dana Gas cannot rely on circumstances which trigger rights under the Purchase Undertaking as a basis for arguing that the Purchase Undertaking is void for common mistake.

٧٢. باختصار، اتفق الطرفان صراحة على أنه إذا تبين أن اتفاقية المضاربة – أو إذا زُعم من قبل شركة دانه غاز – أنها غير قانونية أو غير قابلة للتنفيذ، فإن الأمين يمكن أن يعتمد على التعهد بالشراء في مطالبة شركة دانه غاز بدفع سعر التنفيذ في حساب المعاملة في لندن. كمسألة قانونية، لا يمكن لشركة دانه غاز الاعتماد على الظروف التي تؤثر على الحقوق بموجب التعهد بالشراء كأساس للدعاء بأن التعهد بالشراء باطل بسبب الغلط المشترك.

(ii) Unenforceability of any Sale Agreement

73. The next mistake alleged by Dana Gas is that the parties mistakenly understood when they entered into the Purchase Undertaking that the Trustee's rights to the Mudarabah Assets could be transferred to

(٢) عدم قابلية تنفيذ اتفاقية البيع

٧٣. الغلط التالي الذي تدعيه شركة دانه غاز هو أن الأطراف كان لديهم فهم مغلوط عندما دخلوا في التعهد بالشراء، وهو: أن

Dana Gas by the execution of a Sale Agreement. As previously discussed, Dana Gas maintains (and I assume for present purposes) that no such transfer is in fact possible because any Sale Agreement executed by the parties would be unlawful and void under UAE law.

حقوق الأمين في أصول المضاربة يمكن نقلها إلى شركة دانة غاز بواسطة توقيع اتفاقية البيع. وكما تمت مناقشته سابقاً، فإن شركة دانة غاز تدعي (وأفترض ذلك للأغراض الحالية) أنه لا يوجد إمكان لمثل هذا النقل في الواقع، لأن أي اتفاقية بيع يتم تنفيذها من قبل الأطراف ستكون غير قانونية وباطلة بموجب قانون دولة الإمارات العربية المتحدة.

74. The defendants argue that the rights conferred on the Trustee by the Mudarabah Agreement are purely contractual in nature and that it was never intended that the Trustee should have any proprietary interest in the Mudarabah Assets. Hence, if the Mudarabah Agreement is invalid, there is no need for any rights to be transferred to Dana Gas, since in that event the Trustee would have no rights to the Mudarabah Assets. The fact that a valid Sale Agreement could not be executed is therefore immaterial.

٧٤. يدعي المدعى عليهم أن الحقوق الممنوحة إلى الأمين بموجب اتفاقية المضاربة هي ذات طبيعة تعاقدية بحتة وأنه لم يكن مقصوداً على الإطلاق أن يكون للأمين أي مصلحة ملكية في أصول المضاربة. لذا، إذا كانت اتفاقية المضاربة غير صحيحة، فلا داعي لنقل أي حقوق إلى شركة دانة غاز، لأنه في هذه الحالة لن يكون للأمين أي حقوق في أصول المضاربة. وبالتالي فإن حقيقة عدم إمكان تنفيذ اتفاقية بيع صحيحة، تعد غير جوهرية.

75. Be that as it may, the short answer to the contention that the Purchase Undertaking is void for mistake is again that it is untenable because the risk of the relevant mistake has been contractually allocated. This follows from my earlier holding, in addressing the construction argument, that the Purchase Undertaking has been deliberately structured to ensure that any difficulty in effecting the transfer of the Trustee's rights to the Mudarabah Assets, including any arguments that no such rights exist or that it is impossible to execute a valid Sale Agreement, do not affect the obligation of Dana Gas to pay the Exercise Price. On the proper interpretation of the Purchase Undertaking, the risk that there cannot be a lawful and valid transfer of the Trustee's rights to the Mudarabah Assets is one that has been allocated to Dana Gas.

(iii) No rights to the Mudarabah Assets

76. The third alleged mistake is based on an assumed state of affairs for which neither party in fact

٧٥. مهما يكن من أمر، فإن الإجابة المختصرة على الادعاء بأن التعهد بالشراء باطل بسبب الغلط هي مرة أخرى غير مقبولة ولا يمكن الدفاع عنها، لأن مخاطر الغلط ذي الصلة قد تم تحديده في العقد. ويأتي هذا من قراري السابق، عند تناولنا لحجة الهيكلية، بأن التعهد بالشراء قد تم هيكلته بشكل متعمد لضمان أن أي صعوبة قد تؤثر في نقل حقوق الأمين في أصول المضاربة، بما في ذلك أي حجج مثل عدم وجود مثل هذه الحقوق، أو أنه من المستحيل تنفيذ اتفاقية بيع صحيحة، فإنها لا تؤثر على التزام شركة دانة غاز بدفع سعر التنفيذ. وفيما يتعلق بالتفسير الصحيح للتعهد بالشراء، فإن مخاطر عدم وجود نقل قانوني وصحيح لحقوق الأمين في أصول المضاربة هو خطر جرى تحديده في العقد وتحميله على شركة دانة غاز.

(٣) عدم وجود حقوق في أصول

المضاربة

٧٦. يستند الغلط الثالث المدعى إلى حالة

contends. The case on UAE law put forward by Dana Gas is that the Mudarabah Agreement is void but the Trustee nevertheless has rights to the Mudarabah Assets. The defendants dispute that the Mudarabah Agreement is void but, in the opinion of the Delegate's expert on UAE law, a consequence of the Mudarabah Agreement being void would be that the Trustee never acquired any rights to the Mudarabah Assets. For present purposes I will assume that the Mudarabah Agreement is void as alleged by Dana Gas, that this has the consequence asserted by the Delegate's expert, and that the parties entered into the Purchase Undertaking on the mistaken understanding that the Trustee had rights to the Mudarabah Assets.

مفترضة لأمر لم ينازع عليها أي طرف من الطرفين في الواقع. فالقضية المتعلقة بقانون دولة الإمارات العربية المتحدة والتي طرحتها شركة دانة غاز هي أن اتفاقية المضاربة باطلة ولكن الأمين مع ذلك له حقوق في أصول المضاربة. وينازع المدعى عليهم في بطلان اتفاقية المضاربة، ولكن -في رأي الخبير في قانون الإمارات العربية المتحدة التابع للمفوض- فإنه نتيجة لبطلان اتفاقية المضاربة فإن الأمين ليس له أي حقوق في أصول المضاربة. وللأغراض الحالية، سأفترض أن اتفاقية المضاربة باطلة (كما زعمت شركة دانة غاز) وأن ذلك له النتيجة التي أكدها خبير المفوض، وأن الطرفين قد أبرما التعهد بالشراء على أساس الفهم المغلوط بأن الأمين له حقوق في أصول المضاربة.

77. It seems to me that this hypothesis adds nothing to those already considered. I have already noted that under the terms of the Purchase Undertaking the risk of the Mudarabah Agreement being invalid has been expressly allocated to Dana Gas. It is implicit in that allocation that

٧٧. يبدو لي أن هذا الافتراض لا يضيف شيئاً لتلك الافتراضات التي بُحثت من قبل. فلقد أشرت بالفعل أنه بموجب شروط التعهد الشراء، فإن مخاطر عدم صحة

Dana Gas will also bear the consequences of such invalidity. One circumstance in which it would not be possible to effect a lawful and valid transfer of the Trustee's rights to the Mudarabah Assets is a situation where such rights do not exist in consequence of the Mudarabah Agreement being void. I have already concluded, however, that under the terms of the Purchase Undertaking the risk that there cannot be a lawful and valid transfer of the Trustee's rights to the Mudarabah Assets has been allocated to Dana Gas.

اتفاقية المضاربة قد تم تحديدها صراحة وتحميلها على شركة دانة غاز. ويتضمن هذا التحديد أن تتحمل شركة دانة غاز آثار هذا البطلان. وأحد الظروف التي لا يمكن فيها إجراء نقل قانوني وصحيح لحقوق الأمين في أصول المضاربة هو عندما لا تكون هذه الحقوق موجودة نتيجة لبطلان اتفاقية المضاربة. ومع ذلك، فإنني قد انتهيت، أنه بموجب شروط التعهد بالشراء، فقد تم تحديد مخاطر عدم وجود نقل قانوني وصحيح لحقوق الأمين في أصول المضاربة، وتحميلها على شركة دانة غاز.

78. It follows that the second ground relied on by Dana Gas also fails.

٧٨. ويترتب على ذلك أيضاً فشل الحجة الثانية التي استندت إليها شركة دانة غاز.

(3) Public policy

(٣) السياسة العامة

79. As discussed earlier, the validity and enforceability of a contract governed by English law is not generally affected by considerations of whether the contract would be regarded as valid or whether its performance would or would not be lawful under the law of another country. There are exceptions, however,

٧٩. كما نوقش سابقاً، لا تتأثر صحة العقد الذي يحكمه القانون الإنجليزي وإمكان إنفاذه بشكل عام بالاعتبارات المتعلقة بما إذا كان العقد سيعتبر صحيحاً أو ما إذا كان تنفيذه سيكون قانونياً أم لا بموجب

which potentially apply where the performance of the contract would be unlawful in the place of performance. First of all, there is a principle – often referred to as the *Ralli Brothers* principle after the case in which it was first established – that the English court will not enforce an obligation which requires a party to do something which is unlawful by the law of the country in which the act has to be done: see *Ralli Brothers v Cia Naviera Sota y Aznar* [1920] 1 KB 614; *Kahler v Midland Bank Ltd* [1950] AC 24 at 48; *Toprak Mahsulleri Ofisi v Finagrain Compagnie Commerciale Agricole et Financière SA* [1979] 2 Lloyd's Rep 98; *Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws* (15th Edn) vol 2, para 32-098.

I accept the view expressed by *Dicey, Morris and Collins* at para 32-102 that this principle is best understood as a principle of English domestic law. A similar but not identical principle of private international law (which applies irrespective of the governing law of the contract) is established by article 9(3) of the

قانون بلد آخر. ومع ذلك، فهناك استثناءات قد تُطبق عندما يكون تنفيذ العقد غير قانوني في مكان التنفيذ. أولاً، وقبل كل شيء؛ هناك مبدأ، يُشار إليه غالباً باسم مبدأ "إخوة رالي" ظهر بعد أول قضية تأسس فيها هذا المبدأ، وهو أن المحكمة الإنجليزية لن تفرض التزاماً يتطلب من أي طرف القيام بشيء غير قانوني بموجب قانون البلد الذي يجب أن يتم الالتزام فيه: انظر

Ralli Brothers v Cia Naviera Sota y Aznar [1920] 1 KB 614; *Kahler v Midland Bank Ltd* [1950] AC 24 at 48; *Toprak Mahsulleri Ofisi v Finagrain Compagnie Commerciale Agricole et Financière SA* [1979] 2 Lloyd's Rep 98; *Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws* (15th Edn) vol 2, para 32-098..)

وإنني أوافق على وجهة النظر التي عبر عنها (دايسي) و(موريس) و(كولينز)^{٧٠} في الفقرات من ١٠٢-١٣٢، بأن أفضل طريقة لفهم هذا المبدأ هي اعتباره مبدأ من مبادئ القانون المحلي الإنجليزي.

^{٧٠}هم معدو المرجع المعروف في قانون المنازعة باسم (The Conflict of Laws)، وظهرت الطبعة

الأولى في ١٨٩٦م. (فريق الدراسة)

Rome I Regulation. This provides:

هناك مبدأ مشابه ولكنه غير مطابق للقانون الدولي الخاص (والذي يُطبق بغض النظر عن القانون الحاكم للعقد) المنصوص عليه في المادة ٩ (٣) من لائحة روما الأولى. وينص على ما يلي:

“Effect may be given to the overriding mandatory provisions of the law of the country where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed, in so far as those overriding mandatory provisions render the performance of the contract unlawful...”

"يمكن أن يكون هناك أثر للأحكام الإلزامية السائدة في قانون البلد الذي يتعين أو تم فيه تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، طالما أن تلك الأحكام الإلزامية الغالبة تجعل تنفيذ العقد غير قانوني..."

80. When it began the present action and applied for an interim injunction, Dana Gas relied on the *Ralli Brothers* principle and on article 9(3) of the Rome I Regulation as its main grounds for arguing that its obligation under the Purchase Undertaking to purchase the Trustee's rights to the Mudarabah Assets is unenforceable. However, those rules of law are only applicable if and in so far as the obligations in question have to be performed in the UAE. It does not appear that any of the obligations that the defendants wish to enforce require Dana Gas to do anything in the UAE. In particular, the obligation which arises where the Trustee exercises its rights under the

٨٠. عندما بدأت شركة دانة غاز الإجراء الحالي وتقدمت بطلب للحصول على إنذار قضائي مؤقت، فإنها اعتمدت على مبدأ "إخوة رالي" وعلى المادة ٩ (٣) من لائحة روما الأولى باعتباره من الأسس الرئيسية للحجة بأن التزامها بموجب التعهد بشراء حقوق الأمين في أصول المضاربة غير قابل للتنفيذ. ومهما يكن من أمر، فإن قواعد هذا القانون لا تنطبق إلا إذا كان يتعين تنفيذ الالتزامات المعنية في دولة الإمارات العربية

Purchase Undertaking by delivering an Exercise Notice is an obligation to pay the Exercise Price into the Transaction Account. The Transaction Account is an account maintained by the Trustee with Deutsche Bank in London. Performance of this obligation, therefore, is to take place in England.

المتحدة. ولا يبدو أن أيًا من الالتزامات التي يرغب المدعى عليها تنفيذها تتطلب من شركة دانه غاز القيام بأي شيء في دولة الإمارات العربية المتحدة. وعلى وجه الخصوص، فإن الالتزام الذي ينشأ عندما يمارس الأمين حقوقه بموجب التعهد بالشراء من خلال تقديم إشعار تنفيذ يمثل التزاما بدفع سعر التنفيذ في حساب المعاملة. وحساب المعاملة هو حساب يحتفظ به الأمين لدى بنك دويتشه في لندن. وبالتالي، فإن تنفيذ هذا الالتزام سيكون في إنجلترا.

81. In its amended particulars of claim and written opening submissions for the trial, Dana Gas has abandoned its reliance on the *Ralli Brothers* principle and on article 9(3) of the Rome I Regulation, no doubt recognising that they do not assist its case. Instead, Dana Gas has relied on a principle that, as matter of public policy, the English courts will not enforce a contract which is entered into for a purpose which is unlawful under the law of a friendly foreign state. I understand the argument to be that, applying this principle, the Purchase Undertaking is unenforceable because it has as its

٨١. في تفاصيل الدعوى المعدلة والمذكرات الافتتاحية المكتوبة للمحاكمة، تخلت شركة دانه غاز عن اعتمادها على مبدأ "إخوة رالي" وعلى المادة ٩ (٣) من لائحة روما الأولى، معترفة بلا شك بأنها لا تساعد في قضيتها. وبدلاً من ذلك، اعتمدت شركة دانه غاز على مبدأ مفاده أن المحاكم الإنجليزية -على أساس السياسة

object, on the exercise of the rights granted to the Trustee by clause 2.1, entry into a Sale Agreement which would be unlawful under the laws of the UAE.

العامة- لن تنفذ عقداً جرى إبرامه لغرض غير قانوني بموجب قانون دولة أجنبية صديقة. أنا أتفهم الحجة القائلة بأنه، عند تطبيق هذا المبدأ، فإن التعهد بالشراء يكون غير قابل للتنفيذ لأنه يهدف، عند تنفيذ الحقوق الممنوحة إلى الأمين بموجب البند ٢، ١، إلى الدخول في اتفاقية البيع والتي ستكون غير قانونية بموجب قوانين دولة الإمارات العربية المتحدة.

82. The principle relied on by Dana Gas derives from *Foster v Driscoll* [1929] 1 KB 470, where the Court of Appeal held that a contract which had as its object smuggling a cargo of whisky into the United States at a time when the sale of alcohol was prohibited in that country was contrary to public policy and void. The principle was applied by the House of Lords in *Regazzoni v Sethia* [1958] AC 301, which involved a contract for the sale of jute bags which were to be manufactured in India and shipped to Genoa for resale in South Africa in violation of an embargo under Indian law. In both cases it was intended that acts prohibited by the laws of the relevant friendly foreign country (the United States and India, respectively) should be carried out

٨٢. المبدأ الذي استندت إليه شركة دانه غاز مشتق من قضية (*Foster v Driscoll*) [1929] 1 KB 470، حيث قضت محكمة الاستئناف بأن عقداً كان موضوعه تهريب شحنة من الكحول إلى الولايات المتحدة في وقت كان قد جرى فيه فرض حظر بيع الكحول في ذلك البلد وأنه مخالف للسياسة العامة وباطل. وتم تطبيق هذا المبدأ من قبل مجلس اللوردات في قضية (*Regazzoni v Sethia*) [1958] AC 301، والذي تضمن عقداً لبيع أكياس الخيش التي

within the country's own territory; and in *Ispahani v Bank Melli Iran* [1998] Lloyds LR (Banking) 133, 139-140, the Court of Appeal decided that this is an essential and necessary ingredient of the principle. Accordingly, it is only if a contract has as its object and intention the performance in a friendly foreign country of an act which is illegal under the law of that country that the contract will be considered contrary to English public policy.

كان من المقرر تصنيعها في الهند وشحنها إلى [مدينة] "جنوى" لإعادة بيعها في جنوب إفريقيا في انتهاك للحظر المفروض بموجب القانون الهندي. وفي كلتا الحالتين، كان المقصود أن الأعمال المحظورة بموجب قوانين الدولة الأجنبية الصديقة ذات الصلة (الولايات المتحدة والهند، على التوالي) ينبغي أن تنفذ داخل أراضي البلد؛ وفي القضية (*Ispahani v Bank Melli Iran* [1998] Lloyds LR (Banking) 133, 139-140)، فإن محكمة الاستئناف قد قررت محكمة الاستئناف أن ذلك عنصر أساسي وضروري في هذا المبدأ. وبناءً على ذلك، فإنه فقط إذا كان هدف العقد وقصده هو تنفيذ عمل يعد غير قانوني في بلد أجنبي صديق بموجب قانون تلك الدولة، فسيتم اعتبار العقد مخالفاً للسياسة العامة الإنجليزية.

83. In the present case there is nothing to indicate that the Purchase Undertaking has as its object and intention the doing of anything in the UAE which is alleged by Dana Gas to be unlawful under the laws

٨٣. في القضية الحالية، لا يوجد ما يشير إلى بأن التعهد بالشراء له قصد وغرض يترتب عليه فعل أي شيء في دولة

of the UAE. In particular, even if the object of the Purchase Undertaking can be said to include the execution of a Sale Agreement, there is nothing in the terms of the Purchase Undertaking or the surrounding circumstances to suggest that it was intended, either as a contractual or as a practical requirement, that any Sale Agreement should be executed in the UAE. In any event, even if this could be said to be the object or intention, I see no reason why it should be regarded as invalidating the entire contract. I have already held that on the proper interpretation of the Purchase Undertaking the inability to enter into a valid Sale Agreement would not affect the obligation of Dana Gas to pay the Exercise Price upon delivery of an Exercise Notice. I cannot see why a finding that the execution of a Sale Agreement would be invalid for the additional reason that it would be contrary to English public policy to do an act which is unlawful in a friendly foreign country should have any greater or different effect.

الإمارات العربية المتحدة تدعي شركة دانة غاز أنه غير قانوني بموجب قوانين دولة الإمارات العربية المتحدة. على وجه الخصوص، حتى إذا كان من الممكن القول بأن مقصود التعهد بالشراء يشمل تنفيذ اتفاقية البيع، فلا يوجد ما يشير في أحكام التعهد بالشراء أو الظروف المحيطة إلى أنه كان مقصوداً، إما باعتباره مطلباً تعاقدياً أو عملياً، بأن أي اتفاقية بيع يجب أن يتم تنفيذها في الإمارات العربية المتحدة. وعلى أي حال، فإنه حتى لو كان من الممكن القول بأن ذلك هو المقصود والهدف، فلا أرى أي سبب يدعو إلى اعتباره يبطل العقد بأكمله. لقد قررت بالفعل بأن التفسير الصحيح للتعهد بالشراء، بأن عدم إمكان إبرام اتفاقية بيع صحيحة، لن يؤثر على التزام شركة دانة غاز بدفع سعر التنفيذ عند تسليم إشعار التنفيذ. ولا أستطيع أن أفهم سبب اعتبار النتيجة التي تفيد بأن تنفيذ اتفاقية البيع غير صحيحة لسبب إضافي وهو أن

القيام بعمل غير قانوني في دولة أجنبية
صديقة يجب أن يكون له تأثير أكبر أو
مختلف.

84. I conclude that this ground relied on by Dana Gas is also unfounded.

٨٤. أختتم القول بأن هذه الحجة التي استندت إليها شركة دانة غاز، هي الأخرى، لا أساس لها من الصحة.

Other arguments

دفعات أخرى

85. A number of other grounds for contending that its payment obligation under the Purchase Undertaking is invalid or unenforceable were pleaded by Dana Gas in its particulars of claim but were not maintained in its written opening submissions for the trial. I am satisfied that Dana Gas was right not to pursue these further grounds and that they were totally without merit.

٨٥. هناك عدد من الأسباب الأخرى للدعاء بأن الالتزام بالدفع بموجب التعهد بالشراء غير صحيح أو غير قابل للتنفيذ جرى ذكرها من قبل شركة دانة غاز، في تفاصيل دعواها لكن لم يتم ذكرها في مذكراتها الافتتاحية المكتوبة للمحاكمة. إنني مقتنع بأن شركة دانة غاز كانت محقة في عدم المضي في هذه الأسباب الإضافية وأنه لم يكن لها أي أساس.

Conclusion

النتيجة

86. I conclude that, even on the assumptions made for the purpose of the preliminary issue, all the grounds on which Dana Gas has sought to challenge the validity and enforceability of the Trustee's rights under the Purchase Undertaking to oblige Dana Gas to pay the Exercise Price are

٨٦. خلصت إلى أنه، وحتى بناء على الدعاوى التي تم تقديمها لغرض القضية التمهيدية، فإن جميع الأسس التي سعت شركة دانة غاز إلى البناء عليها للطعن في صحة وقابلية تنفيذ حقوق الأمين

unfounded. Accordingly, I will make a declaration that the Purchase Undertaking is valid and enforceable in accordance with its terms. I invite submissions in writing on whether the defendants are entitled to any further relief in the light of this conclusion and on any other consequential matters.

بموجب التعهد بالشراء بإلزام شركة دانة غاز بدفع سعر التنفيذ، تعتبر أساساً لها من الصحة. وبناءً على ذلك، سأصدر حكماً بأن التعهد بالشراء صحيح وقابل للتنفيذ وفقاً لشروطه. وأدعو إلى تقديم طلبات مكتوبة بشأن ما إذا كان المدعى عليهم مؤهلين للحصول على أي تعويضات أخرى في ضوء هذه الحكم، مع أي أمور أخرى لاحقة.

APPENDIX

الملحق

1. The issue to be determined as a preliminary issue is as follows:

“Whether on the assumptions set out in paragraph 2 below the Purchase Undertaking dated 8 May 2013 is valid and enforceable in accordance with its terms.”

١. القضية التي يتعين البت فيها باعتبارها قضية تمهيدية هي ما يأتي:

"ما إذا كانت الدعاوى الواردة في الفقرة ٢ أدناه بشأن التعهد بالشراء المؤرخ في ٨ مايو ٢٠١٣م صحيحة وقابلة للتنفيذ وفقاً لشروطه."

2. The assumptions are that:

٢. الدعاوى هي أنه:

- (a) At the time when they entered into the Purchase Undertaking, the parties thereto (i.e. the Trustee, the Delegate and Dana Gas) believed that under UAE law:

(أ) في الوقت الذي أبرم الأطراف فيه التعهد بالشراء؛ اعتقدوا (أي الأمين والمفوض وشركة دانة غاز) أنه بموجب قانون دولة الإمارات العربية المتحدة:

- (i) the Mudarabah Agreement dated 8 May 2013 was or would when executed be lawful and enforceable; and
- (ii) the Trustee had or would on execution of the Mudarabah Agreement acquire rights, benefits and entitlements in and to the Mudarabah Assets; and
- (iii) a Sale Agreement in the form set out in Schedule 2 to the Purchase Undertaking could lawfully be made and, if made, would be valid and effective to transfer to Dana Gas the Trustee's rights, benefits and entitlements in and to the Mudarabah Assets.
- (b) Each of these beliefs was mistaken in that under UAE law:
- (١) اتفاقية المضاربة المؤرخة في ٨ مايو ٢٠١٣م كانت أو ستصبح عند توقيعها قانونية وقابلة للتنفيذ؛ و
- (٢) أن الأمين قد استحوز أو كان سيستحوز عند تنفيذ اتفاقية المضاربة على حقوق ومنافع واستحقاقات أصول المضاربة؛ و
- (٣) أنه يمكن إبرام اتفاقية البيع - وفق الصيغة الواردة في الملحق ٢ للتعهد بالشراء - بشكل قانوني، وأنه إذا تم ذلك، فمن الممكن أنها ستكون صحيحة ونافذة لنقل حقوق ومنافع واستحقاقات الأمين في أصول المضاربة إلى شركة دانة غاز.
- (ب) لقد كانت جميع هذه الافتراضات مغلوطة بموجب قانون دولة الإمارات العربية

المتحدة من حيث الآتي:

- (i) the Mudarabah Agreement was unlawful and unenforceable and contrary to mandatory rules of public policy;
- (ii) any Sale Agreement would be unlawful and unenforceable and contrary to mandatory rules of public policy under UAE law;
- (iii) the Trustee did not have and could not lawfully acquire any rights, benefits and entitlements in and to the Mudarabah Assets.
- (١) أن اتفاقية المضاربة كانت غير قانونية وغير قابلة للتنفيذ وتتعارض مع القواعد الإلزامية للسياسة العامة؛
- (٢) أي اتفاقية بيع ستكون غير قانونية وغير قابلة للتنفيذ وتتعارض مع القواعد الإلزامية للسياسة العامة بموجب قانون دولة الإمارات العربية المتحدة؛
- (٣) لم يكن لدى الأمين ولا يمكن له أن يكتسب بشكل قانوني أي حقوق أو منافع أو استحقاقات في أصول المضاربة.