

Islamitisch financieren in Nederland

Prof. mr. R.P.J.L. Tjittes*

1. Inleiding¹

Islamitisch financieren – financieren in overeenstemming met de Sharia – is een actueel onderwerp. Islamitisch financieren is echter van betrekkelijk recente datum. Islamitisch financieren leidde jarenlang een slapend bestaan. Nog in de jaren '60 van de vorige eeuw waren er maar twee islamitische banken: de Egyptische Mit Ghamr Bank (1963) en de Maleisische Tabung Haji Bank (1967).² Sinds 2000 is het islamitisch financieren aan een opmars begonnen. Op dit moment zijn Dubai en Londen de belangrijkste centra voor islamitisch bankieren. Nederland kan eveneens een interessante vestigingsplaats van islamitisch financieren worden in verband met gunstige fiscale voordelen voor (internationale) financieringen.

Tegenwoordig bestaan er ongeveer 250 islamitische beleggingsfondsen met een geïnvesteerd vermogen van 300 miljard dollar, zijn er 300 islamitische financiële instellingen die 500 miljard dollar beheren en hebben islamitische divisies van westerse banken 200 miljard dollar in beheer.³

De groei van de islamitische financiële sector bedraagt 15% per jaar.

In Iran en Pakistan moet het gehele banksysteem voldoen aan het islamitisch recht. In andere islamitische landen, zoals Egypte, Indonesië en de Golfstaten, bestaat islamitisch bankieren naast conventioneel bankieren.

In Engeland zijn sinds 2004 drie islamitische banken opgericht (de Islamic Bank of Britain, de European Investment Bank en de Bank of London and the Middle East). Daarnaast heeft ook een aantal conventionele banken (als Citigroup, Deutsche Bank, HSBC⁴, Barclays en LLoyds TSB) voor zowel ondernemingen als particulieren een aparte divisie opgericht voor islamitisch bankieren. Zij verschaffen particulieren bijvoorbeeld islamitische hypotheek, autofinancieringen en verzekeringen. In het Verenigd Koninkrijk leven twee miljoen moslims. De markt voor moslimhypotheek is in het Verenigd Koninkrijk gecijferd op 1,25 miljard euro.⁵ De Engelse belasting-

dienst werkt sinds 2003 actief aan gelijke behandeling van islamitische financieringsinstrumenten en conventionele leningen.⁶ In april 2007 heeft de Engelse belastingdienst (Her Majesty's Treasury) een Islamic Finance Experts Group gevormd om de overheid te adviseren omtrent de verdere ontwikkeling van islamitisch financieren in het Verenigd Koninkrijk.

Andere Europese banken als ABN AMRO, Deutsche Bank en BNP Paribas hebben ook islamitische afdelingen, gericht op grootschalige ondernemingsfinancieringen.

Waar de Westerse economie thans wordt geteisterd door de kredietcrisis, lijdt de economie in islamitische landen daar niet onder. De inkomsten uit oliewinning zorgen voor een ongekende rijkdom.⁷ Het aantrekken van geld uit moslimlanden biedt daarom zeer goede perspectieven. Zo heeft de Duitse deelstaat Saxe-Anhalt reeds enige jaren geleden een 100 miljoen euro-obligatie (*sukuk*) uitgegeven die spoedig volgetekend was.⁸

In Nederland wonen ongeveer één miljoen moslims. Nederlandse banken hebben tot dusverre niet of nauwelijks islamitische bancaire producten ontwikkeld voor de Nederlandse markt. De Rabobank schijnt de potentie te hebben onderzocht en heeft een goeddoelenrekening gehad die in de richting kwam. ABN AMRO heeft in 2007 een beleggingsproduct, het LLB Top 20 Middle East Total Return Index Certificate, op de markt gebracht.⁹ De Nederlandse belastingwetgeving behandelt islamitisch financieren niet op dezelfde wijze als westers financieren. Waar geen rente wordt betaald naar huidige fiscale maatstaven is de vergoeding voor geleend geld niet aftrekbaar.

Het Ministerie van Financiën onderzoekt wel hoe de markt voor islamitisch bankieren in Nederland verder tot ontwikkeling kan worden gebracht, gelet op de vraag van Nederlandse moslims en de mogelijkheid om ook Nederland een financieel centrum van islamitisch finan-

* Prof. mr. R.P.J.L. Tjittes is advocaat bij Allen & Overy LLP, hoogleraar Privaatrecht aan de VU en redacteur van dit blad.

1. Preadvies voor de Christen Juristen Vereniging d.d. 23 mei 2008. Hoewel mijn kantoor (Allen & Overy LLP) reeds tientallen jaren kennis heeft van en ervaring heeft met islamitische financieringsconstructies ben ik – door tijdgebrek – niet te rade gegaan bij kantoorgenoten in Londen en Dubai die in het bijzonder kennis hebben van islamitisch financieren.
2. Tarek S. Zaher & M. Kabir Hassan, 'A Comparative Literature Survey of Islamic Finance and Banking', *Financial Markets, Institutions & Instruments* 2001, p. 169.
3. Zie *FEM Business* 15 juli 2006, p. 17 (gegevens ontleend aan Moody's).
4. Zie <www.hsbcamanah.com>.
5. Zie *FEM Business* 7 juli 2007.
6. Zie recent (m.b.t. *sukuk*) <www.hm-treasury.gov.uk/newsroom_and_speeches/speeches/econsecspeeches/speech_est_290307.cfm>.
7. Een vat ruwe olie kostte eind mei 2008 135 US dollar.
8. Zie het *Financieele Dagblad* van 24 juni 2006.
9. B. Verhoef, S. Azahaf & W. Bijkerk, 'Islamitisch financieren en toezicht: een verkennende analyse', *DNB Occasional Studies* Vol. 6/no. 3 (2008), p. 25.

cieren te doen zijn.¹⁰ Op 22 mei 2008 hebben DNB en de AFM een verkennende analyse het licht doen zien over islamitisch financieren en toezicht.¹¹ Hieruit blijkt dat de Wet financieel toezicht op onderdelen aangepast moet worden opdat ook islamitische banken en islamitische bancaire producten onder de diverse toezichtregels vallen.

De groei van islamitisch financieren behoeft een betrouwbare juridische infrastructuur, zowel wat betreft het toezicht, materieel recht als geschilbeslechting.¹²

De vragen die in deze bijdrage centraal staan zijn: biedt het Nederlands recht mogelijkheden om islamitisch financieren mogelijk te maken en geschillen te beslechten op basis van de Sharia (het islamitisch recht)? Ter beantwoording van die vragen beschrijf ik eerst wat islamitisch recht is (paragraaf 2). Het islamitisch recht is onlosmakelijk verbonden met het islamitische geloof, zodat ook daar kort enige aandacht aan zal worden besteed. In de daarop volgende paragraaf (3) ga ik ten eerste in op een aantal basisbeginselen die het islamitisch financieren beheersen (subparagraaf 3.1). Daarna bespreek ik een aantal van de meest voorkomende juridische constructies die gebruikt worden bij het islamitisch financieren (subparagraaf 3.2). In de paragraaf daarna (4) ga ik eerst in op de mogelijkheid om de Sharia te kiezen als toepasselijk recht op een (financierings)contract (subparagraaf 4.1). Daarna bespreek ik de mogelijkheid dat arbiters een geschil kunnen beslissen op basis van de Sharia (subparagraaf 4.2). Tot slot volgen concluderende opmerkingen en stellingen.

2. Islamitisch recht¹³

De christelijke wereld gaat in beginsel uit van een scheiding tussen kerk en staat.¹⁴ Hieraan moet wel meteen worden toegevoegd dat die scheiding in het ene christelijke land verder is doorgevoerd dan het andere. In Nederland is er meer vermenging tussen kerk en staat (denk aan de bede in de Troonrede en de mogelijkheid om de eed af te leggen), dan in Frankrijk (het beginsel van de 'laïcité').¹⁵ In de Franse rechtszaal kent men bijvoorbeeld alleen de belofte en niet de eed.

In de islamitische wereld bestaat geen scheiding tussen geloof en staat. Zowel het geloof als de staat (waarvan het rechtssysteem en de rechtsregels deel uitmaken) worden beheerst door de *Sharia* (letterlijk: 'de weg').

De Islam is een van de drie monotheïstisch godsdiensten in de wereld. De Islam is een betrekkelijk nieuwe godsdienst. De Islam werd in 610 in onze jaartelling aan de profeet Mohammed geopenbaard.

Alle moslims zijn gehouden de Sharia na te leven in al hun onderlinge relaties. De rol van de Sharia naast staatswetgeving in islamitische landen is de volgende.¹⁶ In sommige islamitische landen geldt alleen de Sharia, zoals in Saoedi-Arabië, Iran, Soedan en Pakistan. In andere islamitische landen wordt in de Grondwet of in andere wetgeving de Sharia aangeduid als rechtsbron van de hoogste orde. Daarnaast kennen die landen traditionele wetgeving (zoals een burgerlijk wetboek, een wetboek van koophandel). Het islamitische Turkije vormt een uitzondering, waar niet de Sharia maar enkel de staatswetgeving geldt.

De Sharia bestaat uit de Koran en de Soenna.

De *Koran*¹⁷ (de woorden van Allah [*Al Ilah*, de God] zijn gedurende 22 jaar woord voor woord via de Aartsengel Dzijbril (Gabriel) in het geheugen ontvangen (de *tanzil*, nederdaling) van de profeet Mohammed¹⁸ in visioenen eerst in Mekka en later in Medina (610-632 in onze jaartelling). Mohammed heeft die verzen mondeling doorverteld. Later zijn de vertellingen op schrift gezet. Het oudst gedateerde Koran-manuscript dateert uit de 9e eeuw. Er is niet veel bekend over de periode dat Mohammed zijn openbaringen ontving en de tijd dat die openbaringen op schrift zijn gesteld.¹⁹ De notatie van de Koran bestaat uit het nummer van het hoofdstuk (*Sura*), gevolgd door het nummer van het vers (*Aya*).

De *Soenna* is de uitleg van de Koran door de profeet Mohammed en door zijn gedragingen, die de Koran nadere betekenis geven. De verklaringen van de Koran staan bekend als *ahadith*. Een hadith bestaat uit twee delen: een normatief oordeel (een regel, uitspraak of handeling van Mohammed, *matn*) en, ter legitimatie, de schakels van bronnen waarop zij berust (*isnad*).²⁰ Ahadiths kunnen daardoor sterk en zwak zijn en de keuze uit de tienduizenden ahadith is een belangrijk onderdeel van uitleg (*fiqh*, waarover hierna meer).

De Sharia is geen codificatie in de zin van een Burgerlijk Wetboek, maar een aantal gedragsregels en beginselen. De Sharia moet worden uitgelegd en is daardoor ook een

10. Antwoord van de Minister van Financiën van 23 juli 2007 op kamervragen van de leden Wilders en Van Dijck (PVV).

11. Zie Verhoef, Azahaf & Bijkerk, a.w., p. 27 e.v.

12. Zeti Akhtar Aziz (Governor van de Centrale Bank van Maleisie), Ensuring Stability in the Islamic Financial System, 3rd Annual Islamic Finance Summit, London, 13 januari 2004.

13. Het onderstaande is slechts een korte beschrijving die geen recht doet aan de uitgebreidheid en nuance van de Islam.

14. Mattheüs 22:21: 'Toen zeide Hij tot hen: Geeft dan de keizer wat des keizers is, en Gode wat Gods is.'

15. Zie Tjittes, 'Multicultureel recht', *RMThemis* 2004, p. 225 e.v. Zie F.H. van der Burg, 'De Franse wet op de sluijer en het beginsel van scheiding van de kerken en de staat', *RMThemis* 2004, p. 241 e.v.

16. Zie H. Patrick Glenn, *Legal traditions of the world*, 2004, p. 213.

17. Van de 6000 verzen in de Koran hebben zo'n 500 juridische betekenis; die verzen staan kris kras door elkaar.

18. De joodse profeten en Christus worden ook als profeet erkend, maar er wordt van uitgegaan dat Mohammed definitief de juiste verwoording heeft gegeven aan het woord van God, die eerdere profeten maar half of verkeerd hebben begrepen.

19. H. Müller, 'Vredesverzen versus zwaardverzen', *de Volkskrant* 16 mei 2008, p. 25.

20. Zie Glenn, a.w., p. 172.

levend instrument dat zich door uitleg verder kan ontwikkelen.

De Sharia deelt ieder menselijk gedrag in vijf categorieën in: (i) verplicht (*wageb*), (ii) aanbevolen (*mandub*), (iii) geoorloofd (*mubab*), (iv) af te keuren (*makruh*) en (v) verboden (*haram*).²¹

In de Koran staan op een aantal plaatsen duidelijke rechten en verplichtingen, maar de meeste rechten en verplichtingen kunnen alleen indirect uit de Koran worden afgeleid.²² De Koran en de Soenna zijn veeleer beginselen waaruit rechtsregels kunnen worden afgeleid.

Het proces waarbij een rechtsgeleerde rechtsregels uit de Sharia afleidt of opspooort op basis van bewijs (*dali'i*), heet *ijtihad* (letterlijk: 'zijn uiterste best doen').

De methoden en beginselen op grond waarvan *ijtihad* plaatsvindt is bekend als de *usul-al-fiqh*.²³ Waar de Sharia expliciete rechtsregels geeft (*ilm*) is er geen ruimte voor uitleg. Waar de Sharia geen expliciete regels geeft, moet een rechtsgeleerde (sheik of mufti) door middel van interpretatie op grond van de ratio en analogie rechtsregels afleiden uit bestaande regels en beginselen (*qiyas*). De redenering bij wijze van analogie is in de Islam een bron van recht.²⁴ In dat geval is een meningsverschil (*ikhtilaf*) tussen erkende rechtsgeleerden geoorloofd. De mogelijkheid van verschil van mening wordt in een hadith gezien als de glorie van God.²⁵ Het gaat dan om een verschil van opinie (*zamm*) en niet van vaststaande kennis (*ilm*). Indien erkende schriftgeleerden in geval van *ijtihad* op een bepaald punt overeenstemming bereiken (*ijma*), dan heeft hun oordeel eveneens absolute autoriteit.

Ijma (overeenstemming onder de geleerden) is de derde rechtsbron van de Islam, naast de Koran en de Soenna. Althans, dat geldt voor de Soennieten.²⁶ Bij de Sjiïeten is voor het gezag van een uitspraak van een schriftgeleerde geen overeenstemming (*ijma*) vereist. Bij de Sjiïeten heeft iedere uitspraak van een van de twaalf Onfeilbare Imams

(nakomelingen van de nicht en de dochter van de Profeet) gezag, zodat het niet aankomt op consensus.²⁷

De doctrine van *ikhtilaf* maakt het mogelijk dat binnen het islamitisch recht verschillende scholen (*madahib*) bestaan.²⁸ De scholen kennen rekkelijken en preciezen. De Saoedi-Arabisch wetenschappers zijn strenger in de leer dan die van bijvoorbeeld Maleisië. Het verbaast dan ook niet dat de meest innovatieve financiële producten, die tevens de meeste vragen oproepen met betrekking tot de compatibiliteit met de Islam, in Maleisië worden ontwikkeld.

Islamitische regels kunnen worden onderverdeeld in (i) *Aqidah* (de beginselen van geloof in de islam)²⁹, (ii) *Akhlaq* (de ethische beginselen van menselijk gedrag) en (iii) de *Sharia*. De *Sharia* bestaat uit twee onderdelen: de *ibadat* (wetten met betrekking tot godsdienstige zaken³⁰) en de *fiqh al-mu'amalat* (burgerrechtelijke wetten). In islamitische rechtbanken kan alleen naleving van de *fiqh al-mu'amalat* worden afgedwongen. Islamitische financieringstransacties moeten voldoen aan de *fiqh al-mu'amalat*.

De Sharia is het meest bekend door spectaculaire regels van het familierecht en het strafrecht.³¹ De contractenrechtelijke bepalingen van de Sharia zijn echter weinig spectaculair en sluiten goed aan bij de civil law traditie waar de goede trouw centraal staat.

Het is dan ook niet juist alle onderdelen van de Sharia over één kam te scheren. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens miskende dit in een zaak door een verbod van een Turkse politieke partij, die ernaar streeft de sharia in te voeren, goed te keuren. Het EHRM:

'It is difficult to declare one's respect for democracy and human rights while at the same time supporting a regime based on sharia, which clearly diverges from Convention values, particularly with regard to its criminal law and criminal procedure, its rules on the legal status of women

21. Frank E. Vogel & Samuel L. Hayes, *Islamic Law and Finance: Religion, Risk and Return*, 1998, p. 41.

22. Bernard Weiss, 'Interpretation in Islamic Law: The Theory of Ijtihad', *American Journal of Comparative Law* 1978, p. 199 e.v.

23. Het eerste gezaghebbende werk is de Risala van Mohamed Ibn Idris Al-Shafi'i.

24. Glenn, a.w., p. 175.

25. Zie Glenn, a.w., p. 196 met vindplaatsen in noot 131.

26. Zie kort over deze scholen: <www.islamic-finance.com> onder 'resources' en 'schools of thought'.

27. Algemeen gezegd kennen de Sjiïeten, afgezien van de grote betekenis die zij toekennen aan afkomst van hun leiders, een belangrijker plaats toe aan de menselijke rede en intuïtie (de analogische redenering is niet de enige manier van uitleg) dan de Soennieten. Zie Weiss, a.w., p. 211-212 en Mahmoud A. El-Gamal, *Islamic Finance*, 2006, p. 28.

28. De Soennieten kennen vier madahib: Malikiëten, Hanafieten, Hanbaliëten en Shafiëten. Malikiëten zijn te vinden in Noord-, West- en Centraal-Afrika. Hanafieten zijn te vinden in Turkije, Syrië, Libanon, Irak, Jordanië, Egypte, Soedan en India. Hanbaliëten vindt men in Saoedi-Arabië. Shafiëten zijn te vinden in Oost-Afrika, het zuidelijk deel van het Arabische schiereiland en in Zuidoost-Azië.

29. In het kort zijn dit geloof in Allah als de enige, geloof in engelen, geloof in de Heilige Schrift, geloof in de profeten (waarvan Mohammed de belangrijkste is), geloof in de dag des oordeels en geloof in lotsbestemming.

30. De vijf pijlers van de Islam die *ibadat* inhouden zijn: (1) getuigenis afleggen dat Allah de enige God is en Mohammed zijn profeet (*sahada*), (2) vijf dagelijkse gebeden (*salat*) in de richting (*qibla*) van Mekka, (3) het geven van een deel van iemands inkomen aan de armen (*zakat*), (4) vasten (*sawm*) van zonsopgang tot zonsondergang tijdens de maand van de Ramadan en (5) het maken van één pelgrimstocht naar Mekka tijdens iemands volwassen leven (*Hajj*).

31. Zo is de straf voor dieven in de Koran (5:38) het afhakken van hun handen, kent het echtscheidingsrecht de verstoting (*talaq*) en krijgt volgens het erfrecht een man twee keer zoveel als een vrouw. In dit verband meld ik nog een fraai staaltje van handig gebruik van rechtspluralisme: de Libanese flits scheiding. Een christelijke man, die volgens zijn geloof niet kan scheiden, bekeert zich tot de islam, verstoot zijn vrouw en keert terug naar het christendom (F.J.A. van der Velden, 'Multicultureel familierecht in Nederland: ja?, en hoe?', *RMTthemis* 2004, p. 232).

and the way it intervenes in all spheres of private and public life in accordance with religious precepts.³²

De Islam staat positief tegenover commerciële transacties.³³ Handel moet plaatsvinden op grond van een bepaalde juridische structuur: er moet een contract worden gesloten. Een contract is bindend en moet worden nagekomen.³⁴ Een contract wordt beheerst door de goede trouw.³⁵ Dit brengt bijvoorbeeld met zich dat een verkoper een precontractuele mededelingsplicht heeft om de koper te informeren over de kwaliteit van de verkochte zaken. In de Koran wordt voorts aanbevolen dat commerciële contracten op schrift worden gesteld.³⁶

De Sharia kent contractsvrijheid, behoudens specifieke verboden. Een contractsbepaling in strijd met een regel uit de Koran, de Soenna of ijma is nietig wegens strijd met de openbare orde.³⁷

De islamitische rechter is bekend als de *kadi* en heeft ruime discretionaire bevoegdheden.³⁸ Kadi-rechtspraak is ook in Nederland een begrip (kantonrechters worden daar nog wel eens mee vergeleken). De beslissing van de kadi hangt in de eerste plaats af van het recht dat de kadi vindt. De kadi ondervindt hierbij hulp van uitspraken van rechtsgeleerden (*mufti's*) over abstracte casus. De adviezen van rechtsgeleerden heten *fatwa's*. *Fatwa's* zijn op schrift gesteld. De rechtspraak is bijzonder casuïstisch; afhankelijk van alle feiten en omstandigheden van het geval. De kadi overlegt uitvoerig met partijen en probeert de zaak te regelen. Op partijen rust de plicht de kadi te helpen het geschil op te lossen. De beslissing van de kadi is niet gemotiveerd en wordt niet op schrift gesteld. Een vonnis van een kadi heeft geen gezag van gewijsde. Een partij kan de kadi verzoeken de beslissing te herzien. Hoger beroep en cassatie zijn in beginsel onbekend.

3. Islamitisch financieren

3.1. *Beginselen van islamitisch financieren*

De conventionele manier van financieren berust op het eenvoudige beginsel dat de financier een financiële vergoeding krijgt voor het lenen van geld aan de debiteur: de debiteur betaalt rente aan de bank. Vanuit het perspectief van de financier gaat het vooral om het zeker stellen van terugbetaling met rente.

Islamitisch financieren kent andere uitgangspunten. Islamitisch financieren berust op de hierna te noemen basisbeginselen. Het is van belang op te merken dat bij islamitisch financieren het gehele proces – van het aantrekken van gelden, het uitlenen, het investeren en terugbetalen – wordt beheerst door de regels van de Islam. Indien een schakeltje in het financieringsproces in strijd is met de Islam, heeft dit tot gevolg dat het gehele proces in strijd is met de Islam.³⁹ Vandaar dat islamitisch bankieren bij conventionele banken is ondergebracht in een aparte juridische entiteit. Besmetting van de islamitische bankpraktijk met de niet-islamitische bankpraktijk moet worden voorkomen.

Het eerste beginsel van islamitisch financieren is het verbod om *riba* te ontvangen en te betalen (veelal – te kort door de bocht – vertaald met: rente). Dit verbod staat in de Koran en te dien aanzien bestaat *ijma* (overeenstemming onder de geleerden).⁴⁰

Er is echter verschil van mening (*ikhtilaf*) wat de definitie van *riba* is.⁴¹ Het Arabisch kende aanvankelijk geen klinkers. 'Rb' kan zijn afgeleid van 'arba' (dat woeker betekent), hetgeen impliceert dat alleen het vragen van een woekerrente verboden is, maar ook van 'raba' (het vergroten van welvaart), dat het bedingen van elke vorm van rente in de weg staat. Het begrip *riba* is niet gedefinieerd in de Koran. De Sharia kent drie vormen van *riba*: (i) de *riba* uit de tijd voor de Islam (de jahiliyyah periode) (*riba al-jahiliyyah*)⁴², (ii) *riba* bestaande uit gewin door

32. EHRM 13 februari 2003, EHRC 2003, 28 (*Refah Partisi /Turkije*) (r.o. 123).

33. Zie Koran 4:29 ('O gij die gelooft verteert niet uw bezittingen onder u in ijdelheid, tenzij dat er koophandel is met wederzijds goedvinden uwerzijds.' en 2:275 ('Maar God heeft de koophandel vergund gemaakt (...)).

34. Koran 5:1 ('O gij die gelooft vervult de verplichtingen.') en 17:34 ('En komt de verplichting trouw na naar de verplichting wordt navraag gedaan.').

35. Koran en 17:35 ('En houdt u trouw aan de maat wanneer gij meet en weegt met de rechtgestelde balans. Dat is beter en een schonere beslechting.'). Zie Nudrat Majeed, 'Good Faith and Due Process: Lessons Learned from the Sharia'a', *Arbitration International* 2004, p. 97 e.v.

36. Koran 2:282 ('O gij die gelooft wanneer gij jegens elkander een schuld aangaat tot een genoemde vervaltijd, schrijft hem dan op en laat een schriftkundige onder u het opschrijven naar billijkheid, maar laat een schriftkundige niet weigeren te schrijven zoals God hem onderwezen heeft. Laat hij dan opschrijven en laat hij op wie de verplichting rust voorzeggen en laat hij God, zijn Heer, vrezen en niets ervan te kort doen. (...)).

37. Nabil Saleh, 'The Law Governing Contracts in Arabia', *ICLQ* 1989, p. 779.

38. Zie Glenn, a.w., p. 176 e.v.

39. In een enkel geval bestaat de mogelijkheid om de aantastbare activiteit te zuiveren (door het betalen van een geldsom aan een goed doel. De gelijkennis met een katholieke aflat is treffend).

40. In de christelijke wereld bestond dit verbod eveneens van de Middeleeuwen tot de 17e eeuw. Dit verbod gold niet voor niet-christelijke volkeren, zoals de Joden. Het joodse geloof zelf verbood alleen het bedingen van rente aan geloofsgenoten. Zie R. Zimmermann, *The law of obligations*, 1992, p. 170 e.v.

41. Mahmoud Gamal, "Interest" and the Paradox of Contemporary Islamic Law and Finance', *Fordham International Law Journal* 2003-2004, p. 108 e.v.

42. Koran 3:130.

de handel in goederen als gevolg van tijdsverloop (bijvoorbeeld de terugbetaling van een schuld op een later tijdstip met rente) (*riba al-nasi'ah*) en (iii) *riba* bestaande uit gewin door de uitwisseling van goederen (bijvoorbeeld een verschil in maat en gewicht) (*riba al-fadl*)⁴³.

Het karakteriseren van het verbod van *riba* als een verbod op rente is een te eenvoudige voorstelling van zaken. Een financier mag een tegenprestatie ontvangen voor het lenen van geld, als hij op de een of andere manier maar deelt in het risico van de transactie die met het geleende geld wordt verricht.

Een tweede beginsel van islamitisch recht is het vermijden van *gharar* (veelal vertaald met kans of onzekerheid).⁴⁴ Een transactie waarbij het object (bestaan of kwaliteit) of de prijs vooraf niet zeker is, wordt getroffen door dit verbod. Het verbod van *gharar* is niet zonder beperkingen. Ten eerste moet de *gharar* excessief zijn, wil het een contract ongeldig maken. Ten tweede heeft het verbod alleen betrekking op wederkerige rechtsbetrekkingen. Een onzekere schenking (bijvoorbeeld de schenking van de vondst van een duiker) is wel geldig. Ten derde leidt het verbod van *gharar* alleen tot nietigheid als het betrekking heeft op de kernprestaties van een contract (zoals de prijs en het object). Ten vierde is het mogelijk dat een contract ondanks *gharar* nietig is als de *gharar* voorziet in een bepaalde noodzaak. Bijvoorbeeld dat islamitische verzekeraars traditionele herverzekeringen sluiten, omdat er geen islamitische alternatieven voorhanden zijn. Een ander voorbeeld is de verkoop bij voorbaat (*salam*) van een oogst, die noodzakelijk gezien wordt om de landbouw te stimuleren.

Een individuele onzekerheid (een ongeval) kan echter zeker worden indien de risico's van een grote groep in beschouwing worden genomen. Het is zeker dat iemand uit de groep een ongeval treft. De onderlinge verzekering (*takaful*, letterlijk: solidariteit) is om die reden mogelijk naar Islamitisch recht.

Een derde beginsel van islamitisch recht is het ontmoedigen van speculatie of gokken (*maisir*).

Het verbod op *gharar* en *maisir* heeft tot gevolg dat sommige islamitische banken geen bemoeienis willen hebben met derivatenhandel, zoals swaps, futures en op-

ties. Hiermee hangt samen dat iedere financiële transactie een link moet hebben met reële activa (asset-backed transactie).⁴⁵ Alleen een zaak kan een bron zijn van geld, niet geld zelf.⁴⁶ Islamitisch financieren kan derhalve niet leiden tot een kredietcrisis, die werd veroorzaakt omdat financieringen die band met activa niet of onvoldoende hadden.⁴⁷

Een vierde beginsel van islamitisch recht is het stimuleren van risicodeling. Bij een transactie mag winst niet gegarandeerd zijn. Een islamitische financier moet een deel van het risico dragen. Het vragen van zekerheid is niet verboden om een financier te beschermen tegen wanbetaaling.

Een vijfde beginsel van islamitisch financieren is dat geld niet mag worden gebruikt (en geleend) ten behoeve van investeringen in verboden onreine producten of diensten, zoals alcohol, tabak, varkensvlees, gokken, muziek, wapenhandel, prostitutie en bedrijven die in strijd met de Sharia handelen (zoals conventionele banken).

Het gebrek aan uniformiteit in de toepassing van de Sharia heeft ertoe geleid dat islamitische banken hun eigen Sharia-raden met Sharia-geleerden hebben opgericht.⁴⁸ Soms wordt een individueel advies gevraagd of een financieel product 'Sharia-compliant' is. Wereldwijd zijn er niet meer dan 260 van dergelijk geleerden, waarvan de top in tien tot veertig Sharia-raden van banken en andere financiële instellingen zit.⁴⁹

De Sharia-raad moet een advies (*fatwah*) geven of een financieel product in overeenstemming is met de Sharia. Een verschil in interpretatie van islamitische beginselen kan ertoe leiden dat een bepaald financieel product door de ene Sharia-raad wel en door een andere niet wordt erkend.

Om de rechtszekerheid te bevorderen zou het goed zijn dat er een uniforme Sharia-raad zou bestaan met vertegenwoordigers van verschillende stromingen. In Nederland zouden DNB en AFM een rol kunnen spelen in het opzetten van een uniforme Sharia-raad, mocht islamitisch financieren in Nederland op grotere schaal worden aangeboden.

43. De verboden van *riba* ad (ii) en (iii) kan worden gevonden in de Koran 30:39, 3:130 en 2:275, 2:276 en 2:278-279, alsmede in de Soenna. Koran 30:39: 'Het woekergeld dat jij geeft opdat het woekerrente drage van de bezittingen der mensen dat draagt geen rente bij God.', 3:130: 'O jij die gelooft eet niet de woeker met veelvoudige verdubbeling en vreest God opdat jij wellicht wel zult varen.', 2:275: 'Zij die woeker eten zullen niet anders opstaan dan zoals opstaat hij die de Satan omstoot door aanraking. Dat is omdat zij zeiden: De koophandel is slechts hetzelfde als de woeker. Maar God heeft de koophandel vergund gemaakt en de woeker verboden. Hij dan tot wie een vermaning komt van zijn Heer en daardoor ermede ophoudt voor hem is het vroeger verworvene en zijn zaak staat aan God. Maar wie weer terugvalt dat zijn de lieden van het Vuur eeuwig-levend daarin.', 2:276: 'God doet de woekerwinst verdwijnen en doet de liefdegaven winst afwerpen. God bemint geen enkele ongelovige zondaar.', 2:278: 'O jij die gelooft vreest God en laat varen de woekerwinst die gebleven is indien jij gelovig zijt.', 2:279: 'Maar indien jij het niet doet vergewist u dan van krijg vanwege God en Zijn Boodschapper. Maar indien jij tot inkeer komt dan zijn voor u de hoofddelen van uw bezittingen zonder dat zij onrecht doet en onrecht lijdt.' (vertaling J.H. Kramers, *De Koran*, bewerkt door A. Jaber en J.G.J. Jansen, Rainbow Pocket, 1992).

44. Koran 2:90-91. Zie nader El-Gamal, a.w., p. 58-60.

45. M. El Idrissi, 'De islamitische financieringsvorm Murabaha', *V&O* 2008, p. 40.

46. M.T. Usmani, *An introduction to Islamic Finance*, 2002, p. 44-45.

47. Zie 'Islamic Finance Can Solve Global Crisis, says Scholar', *Arab News* 24 april 2008.

48. Zamir Iqbal, *Islamic Financial Systems* (zie <www.worldbank.org>).

49. Zie <www.forbes.com> onder Islamic Finance (The Enforcers).

Wat betreft de accountancy en governance standaarden is er reeds een onafhankelijke internationale organisatie die te dien aanzien uniforme regels opstelt, opgericht door de Islamic Development Bank: de Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (AAOIFI).⁵⁰ Een dergelijke organisatie zorgt voor internationale overeenstemming (ijtihad).

Tot slot vermeld ik nog dat aan bancaire dienstverlening (bankrekeningen) de Sharia de volgende eisen stelt. Een islamitische betaalrekening geeft de rekeninghouder geen recht op een rentevergoeding. Indien de bank deze fondsen benut, dan is dat voor rekening en risico van de bank. Ingeval van het ter beschikking stellen van kredietruimte verleent de bank een rentevrije lening (*Qard Hassan*), waarbij de bank een financieel belang in het bedrijf van de cliënt krijgt. Een spaarrekening geeft de rekeninghouder eveneens geen recht op een bepaald rentepercentage, maar recht op een winstdeel dat de bank met de spaargelden heeft behaald.

3.2. Islamitische financieringsconstructies

Thans ga ik wat dieper in op een aantal financieringsvormen. Welke financieringsconstructie wordt gebruikt, hangt af van de toepasselijke belastingwetgeving en de houding van het toepasselijke nationale recht met betrekking tot eigendom (waaronder regels van natrekking) en zekerheden.

Kort en goed berusten de juridische constructies ten behoeve van islamitisch financieren op drie rechtsfiguren: het koopcontract, de huurkoop (lease) en het vennootschapscontract (de commanditaire vennootschap).

De meestvoorkomende financieringsvorm is *murabaha*. De constructie van de *murabaha* berust op het koopcontract. Meer dan 80% van de islamitische financieringen vindt plaats in die vorm.⁵¹ De *murabaha* wordt meestal gebruikt voor financieringen op korte termijn.

Bij *murabaha* koopt de financier de zaak van de derdeverkoper (met eigen geld of gelden van derden) en krijgt de financier de zaak in eigendom overgedragen. De financier verkoopt de zaak vervolgens onmiddellijk aan de koper-schuldenaar voor de aanvankelijke koopprijs met een bepaalde redelijke winstopslag. De kredietverstrekker kan eigenaar blijven van de zaak totdat de koper de laatstverschuldigde termijn heeft voldaan, maar hij kan de zaak ook meteen leveren aan de koper.⁵² De koper betaalt op een later moment (ineens of in termijnen) de vooraf vastgestelde prijs (in verband met het *gharar*-verbod). De bank mag als koper ook zekerheidsrechten be-

dingen terzake van de terugbetaling (om nadeel te voorkomen).

De winstopslag wordt door de meeste islamitische geleerden niet in strijd met de Sharia geacht, omdat de bank een risico heeft genomen door de zaak te kopen. De zaak kan theoretisch tenietgaan tussen de twee verkopen en de bank is jegens de klant aansprakelijk voor verborgen gebreken.⁵³ Een minderheid vindt dat de opslag in feite rente is, gelet op de korte tijd dat de financier risico loopt.⁵⁴ De financier zal veelal enige diensten verrichten (bemiddeling tussen koper en verkoper) waarvoor hij een tegenprestatie mag bedingen. De winstopslag mag alleen niet de tegenprestatie zijn voor het ter beschikking stellen van financiering aan de koper.

Als 'benchmark' voor de winstopslag wordt aangesloten bij de LIBOR.⁵⁵ De meeste islamitische bankiers zijn opgeleid en hebben werkervaring in Londen.

Op het moment dat de koper een *murabaha*-financiering zoekt kan die overeenkomst nog niet door de financier worden aangegaan, omdat de financier niet over het desbetreffende goed beschikt. Een belangrijk element is dan de belofte van de klant om de zaak van de bank over te nemen nadat de bank de zaak heeft gekocht ten behoeve van de klant. Een eenzijdige belofte (de *wa'ad*) is bindend.⁵⁶

Een variant van de *murabaha* is de projectfinanciering genaamd *istina'a*. Het gaat om de financiering van toekomstige zaken, zoals te bouwen projecten. De islamitische financier betaalt de bouwer tijdens de vervaardiging van de zaak, verkrijgt de eigendom als de zaak gereed is en levert de zaak aan de ontwikkelaar op basis van uitgestelde betaling.

Eveneens een vooruitbetaling van de koopsom ineens van een later door de verkoper te leveren zaak van een specifieke kwaliteit en kwantiteit is de *Bai Salam*.⁵⁷ De klassieke situatie zag op het geval van vooruitbetaling van een oogst aan een boer, zodat de boer zaad en mest kon kopen. De koper verkoopt de vervaardigde zaak aan derden of aan de verkoper. Als de prijs van de zaken op het moment van verkrijging hoger is, heeft de koper geluk, als dit lager is heeft de verkoper een voordeel. Hier zit echter een element van onzekerheid (*gharar*) in, dat om praktische redenen wordt aanvaard.

Er is enige onzekerheid of de goederen reeds op de markt moeten zijn ten tijde van het aangaan van het contract, of dat het voldoende is dat zij dit zijn ten tijde van de levering, en wat de minimumperiode van de transactie is.

50. Zie El-Gamal, a.w., p. 11.

51. El Idrissi, a.w., p. 39 met vindplaatsen in noot 5.

52. Indien de tweede overdracht (van de bank aan de koper) niet plaatsvindt binnen zes maanden na de eerste overdracht (van de verkoper aan de bank), dan dient nogmaals overdrachtbelasting te worden voldaan.

53. El-Gamal, a.w., p. 67.

54. El-Gamal, a.w., p. 67-68.

55. El-Gamal, a.w., p. 75.

56. Door sommige scholen wordt dit betwist, althans zolang de wederpartij nog geen gedragingen op grond van de belofte heeft gedaan of kosten heeft gemaakt.

57. El-Gamal, a.w., p. 81 e.v.

Het verschil met de Istina'a is dat laatstgenoemde alleen voor toekomstige zaken geldt en dat de koopprijs in delen mag worden voldaan.

Een andere populaire rechtsfiguur bij islamitisch financieren is *ijara* (operational lease). *Ijara* is goed voor 10% van de islamitische financiële transacties. *Ijara* wordt gebruikt voor het leasen van machines, voertuigen, luchtvaartuigen en gebouwen. De financier (de lessor) koopt de zaak (een Bai contract) en verhuurt deze aan de lessee (een *ijara* contract). Na voldoening van alle vaste, of door een objectieve derde (zoals een accountant) herziene, afbetalingstermijnen krijgt de lessee de eigendom van de zaak. De financier (lessor) mag van de lessee (degene die het object in lease verkrijgt) geen vrijwaring verlangen of de lessee een verzekering laten sluiten ter zake van het verlies van het leaseobject. De financier zelf mag wel een verzekering sluiten.

Een variant van *ijara* is *ijara wa iqtina* (financial lease). Hier krijgt de lessee aan het einde van de leaseperiode het recht de geleaste zaak te kopen voor een bepaalde prijs.

Ijara lijkt op de christelijke Middeleeuwse figuur van het *contractum trinius*, een 13e eeuws financieel product bedoeld om het renteverbod van de katholieke kerk te omzeilen. De financier doet een investering in de lener, waarbij een verzekeringsovereenkomst wordt gesloten en een winstdeling wordt afgesproken.⁵⁸

Weer een andere financieringsconstructie is de *mudarabah*, ook wel *qirad* genoemd, (een commanditaire vennootschap).⁵⁹ Hierbij brengt de ene partij (de stille partner, de investeerder, ook wel *rab al-maal* genoemd) zaken als kapitaal in een vennootschap in, en brengt de andere partij (de ondernemer, *mudarib*) zijn werkzaamheden, expertise en dergelijke in. De vennoten delen de risico's en winsten in proportie met het geïnvesteerde kapitaal of andere inbreng (managementwerkzaamheden). De stille vennoot (de investeerder) wordt geen aandeelhouder en staat niet in voor bestaande schulden van de vennootschap of het project waarin wordt geïnvesteerd. Conversie in aandelen is mogelijk.

Een variant van *mudarabah* is *musharakah*, waarbij de cliënt de fondsen deels zelf genereert. De islamitische financier en de cliënt zorgen ieder voor financiering van een bepaald project in bepaalde delen. In geval van winst of verlies ontvangen of dragen de partijen dit in evenredigheid met hun deelneming. De financiële instelling mag een managementvergoeding ontvangen.

Een figuur die in Engeland dient als islamitische hypotheek (naast figuren als *murabaha* en *ijara*), is de *musharakah mutanaqissa*: de verdwijnende vennootschap tussen een financier en de koper van een woning.⁶⁰ De bank koopt de onroerende zaak met eigen fondsen en een bijdrage van de cliënt. De cliënt betaalt de bank maandelijks een bijdrage aan huur. Het aandeel van de bank in de eigendom slinkt met dit bedrag en dat van de cliënt neemt toe. Ten slotte krijgt de cliënt de eigendom van het pand. In Nederland loopt die figuur tegen een fiscale barrière op: hypotheekrenteaftrek bestaat eerst als de cliënt ten minste 50% eigenaar is.

Ten slotte meld ik het bestaan van de *sukuk* (islamitische obligaties). De entiteit die een obligatie wil uitgeven creëert een special purpose vehicle (SPV) dat certificaten (*sukuk*) verkoopt voor het bedrag van de uitgifte. De SPV gebruikt de inkomsten uit de certificaten om een zaak te kopen van de uitgevende instelling en least de zaak terug aan de uitgevende instelling. De huur die de SPV ontvangt wordt betaald aan de certificaathouders. Aan het einde van de leaseperiode koopt de uitgevende instelling de zaak van de SPV.⁶¹

Het geheel van islamitische financieringsvormen overziend valt het volgende op. Islamitisch financieren ziet op het kiezen van een zodanige juridische vorm dat traditionele financieringsproducten in overeenstemming zijn met de Sharia. Het gevaar is dat islamitische financieringsconstructies zich vooral op de vorm richten en niet op de inhoud. Zo is het normaal om ruimhartig gebruik te maken van Arabische begrippen. Dit is echter niet noodzakelijk om een financieringsvorm in overeenstemming met de Sharia te doen zijn.

Het gebruik van Arabische begrippen maakt wel meteen duidelijk dat het om een islamitische financiering gaat en zorgt ervoor dat islamitisch financieren een bijzondere bancaire tak blijft.⁶²

4. Rechtskeuze voor Sharia en geschilbeslechting in arbitrage op grond van de Sharia

4.1. Rechtskeuze voor Sharia

Een islamitische financiering kent veelal een keuze voor een bepaald nationaal recht alsmede de toepasselijkheid van de Sharia.

Op dit moment is het waarschijnlijk niet mogelijk om in een geschil voor de overheidsrechter een keuze voor Sharia-recht geldend te maken. Die onmogelijkheid berust op twee gronden.

58. Zie het artikel 'A Distant Mirror' in de categorie Islamic Finance van <www.forbes.com>.

59. Zie El-Gamal, a.w., p. 117 e.v.

60. De banken die deze figuur hanteren zijn United National Bank, HSBC, Al-Buraq, Bristol and West, Lloyds TSB en Islamic Bank of Britain.

61. Zie El-Gamal, a.w., p. 73 en p. 107-116.

62. El-Gamal, a.w., p. 18.

Ten eerste de beperking van het huidige EVO, dat de keuze voor een niet-statelijk recht in beginsel niet mogelijk maakt.⁶³

In sommige landen is de Sharia wel degelijk statelijk recht, zodat een rechtskeuze voor Sharia in die gevallen mogelijk moet zijn. Het EVO heeft een universeel toepassingsgebied (art. 2 EVO), zodat het verdrag ook van toepassing is als partijen tot toepasselijk recht verklaren het recht van een land dat geen partij bij het EVO is.

Indien geen geldige conflictenrechtelijke rechtskeuze voor de Sharia kan worden gedaan, geldt die rechtskeuze van partijen wel als een materieelrechtelijke rechtskeuze. Dat wil zeggen dat het niet-dwingende recht van het volgens de objectieve verwijzingsregel toepasselijke recht wordt vervangen door het niet-statelijke recht. Let wel: het objectief toepasselijke recht bepaalt de vraag of niet-statelijk recht mag worden gekozen.⁶⁴

Het EVO wordt vervangen door een Europese Verordening (Rome I). In art. 3 lid 2 Rome I is bepaald dat partijen als toepasselijk recht ook kunnen kiezen voor beginselen en regels van materieel verbintenissenrecht die op international of communautair niveau zijn erkend.⁶⁵ Indien een contractenrechtelijke kwestie niet uitdrukkelijk is geregeld in het gekozen niet-statelijke recht, dan moet de vraag worden opgelost aan de hand van de daaraan ten grondslag gelegde algemene beginselen en, bij gebreke daarvan, door het volgens de verordening te bepalen objectieve recht.

Een keuze voor de 'lex mercatoria' is volgens de toelichting op de Rome I Verordening niet mogelijk, omdat die onvoldoende duidelijk omschreven zijn en omdat onduidelijk is in hoeverre deze regels internationaal erkend zijn.

Het is de vraag in hoeverre de Sharia voldoende duidelijk omlind is om als niet-statelijk recht een geldige conflictenrechtelijke rechtskeuze te kunnen inhouden. Gelet op die begrenzing in de toelichting zal het waarschijnlijk ook onder het regime van Rome I niet mogelijk zijn om een rechtskeuze te maken voor de Sharia als niet-statelijk recht.

Ten tweede en hierop aanhakend: rechtskeuze voor 'de Sharia' is in de ogen van de overheidsrechter mogelijk onvoldoende bepaalbaar.

Zo oordeelde de Engelse Court of Appeal een algemene verwijzing in de overeenkomst naar de Sharia als toepasselijk recht onvoldoende om dat recht van toepassing te doen zijn op de overeenkomst van partijen, waar partijen ook uitdrukkelijk hadden gekozen voor Engels recht.⁶⁶ De Engelse rechter baseerde zijn oordeel in het bijzonder daarop dat partijen niet duidelijk hebben aangegeven welke onderdelen van de Sharia zij in hun contract opgenomen wensten te zien.

Dat oordeel laat de opening dat als wel naar een bepaald deel van de Sharia wordt verwezen – bijvoorbeeld de *fiqh al-mu'amalat* (burgerrechtelijke wetten) – die rechtskeuze wel voldoende bepaalbaar is. De Sharia is niet minder bepaalbaar dan sommig statelijk recht (redelijkheid en billijkheid, maatschappelijke zorgvuldigheid en dergelijke).

4.2. *Geschilbeslechting in arbitrage op grond van de Sharia*

De zojuist genoemde benadering van de Engelse rechter (een rechtskeuze voor de Sharia is onvoldoende bepaalbaar en daarom niet geoorloofd) zorgt ervoor dat partijen die betrokken zijn bij een islamitische financiering hun heil elders zoeken: bij een islamvriendelijke overheidsrechter in een islamitisch land of in arbitrage.⁶⁷ Voor een niet-islamitische partij is de laatste optie waarschijnlijk het meest aantrekkelijk.

In beginsel wordt arbitrage erkend als een vorm van geschilbeslechting in de Islam.⁶⁸

In geval van arbitrage is naar Nederlands recht bepaald dat het scheidsgerecht als regel beslist naar de 'regelen des rechts' (art. 1054 lid 1 Rv). Het begrip 'recht' houdt hier – anders dan in het EVO – ook in niet-statelijk recht, zoals de *lex mercatoria*.⁶⁹ Waar partijen zijn overeengekomen dat arbiters beslissen als 'goede mannen naar billijkheid' bestaat de mogelijkheid dat de Sharia kan worden gevat onder de billijkheid.

In andere landen (zoals op grond van de Engelse art. 46 (1)(b) Arbitration Act 1996) wordt niet zonder meer, maar wel indien partijen dit overeenkomen, de mogelijkheid voor arbiters geschapen om te beslissen op grond van niet-statelijk recht.

Een voorbeeld. In een ICC-arbitrage was in de Terms of Reference het volgende bepaald over het toepasselijke

63. Zie de genoemden in Steffens & Vonken, in: *Verbintenissenrecht III.1 EVO*, (losbl.), art. 3, aant. 9.1. Zie anders K. Boele-Woelki, *Principles en IPR* (oratie Utrecht), 1995 en Steffens & Vonken, *Verbintenissenrecht III.1 EVO*, (losbl.), art. 3, aant. 9.

64. M. Zilinsky, in: *Contracten maken*, 2007, p. 242. Anders: Steffens & Vonken, *Verbintenissenrecht III.1 EVO*, (losbl.), art. 3, aant. 9.3.

65. Zie daarover K. Boele-Woelki, 'Nieuw Europees IPR inzake overeenkomsten. Van Verdrag naar Verordening', in: *Contracteren international* (F.W. Grosheide-bundel), 2006, p. 264-266.

66. *Shamil Bank of Bahrain v. Beximco Pharmaceuticals Ltd.* [2004] 1 WLR 1801. Het rechtskeuzebeding in de financieringsovereenkomst tussen de bank in Bahrein en een farmaceutische groep in Bangladesh hield het volgende in: 'Subject to the principles of the Glorious Sharia'a this agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of England.' Zie ook *Sayyed Mohammed Musawi v. R.E. International (UK) Ltd* [2007] EWHC 2981 (Ch).

67. Zie A. Nadar, *Islamic Finance, Potential Implications for Dispute Resolution* (unpublished paper), p. 11.

68. Zie Abdul Hamid El-Ahdab, *Arbitration with Arab Countries*, 1990, p. 18-19. Zie bijvoorbeeld de Kuala Lumpur Regional Center for Arbitration (KLRCA), dat in maart 2007 speciale Rules for Islamic Banking and Financial Services Arbitration in werking heeft doen treden (zie <www.rcakl.org>).

69. MvT, *Kamerstukken II* 1983/84, 18.464, nr. 3, p. 23.

recht: 'This dispute shall be governed by the Laws of England except to the extent it may conflict with Islamic Shari'a, which shall prevail.' De arbiter (een expert in Islamitisch recht) oordeelde dat de eiser recht had op de hoofdsom en gederfde winst, maar niet op enkele aanvullende schadeposten, omdat die, hoewel toewijsbaar naar Engels recht, in strijd waren met Sharia.⁷⁰

In geval van een (financierings)contract waarop partijen (mede) de Sharia van toepassing willen verklaren, verdient het aanbeveling als geschilbeslechtsforum voor arbitrage te kiezen. Arbiters mogen niet-statelijk recht toepassen en kunnen door partijen worden uitgezocht op hun deskundigheid op het terrein van de Sharia. Kennis van de Sharia ontbreekt veelal bij de overheidsrechter.

5. Ruimte voor Sharia-recht binnen het Nederlandse recht?

Het contractenrechtelijk deel van de Sharia kan op een aantal manieren doorwerken in de Nederlandse rechtsorde.

Ten eerste kan de Sharia de contractuele rechtsverhouding van partijen inkleuren indien zij van elkaar weten dat zij gelovig moslim zijn. Het is in dat geval denkbaar dat partijen van elkaar mogen verwachten dat zij jegens elkaar de normen van de Sharia respecteren.⁷¹

Ten tweede is het in een nationale rechtsverhouding mogelijk dat partijen expliciet overeenkomen dat hun rechtsverhouding wordt beheerst door de Sharia.⁷² Het verbintenissenrecht is voor een belangrijk deel regelend recht, zodat partijen hun verbintenissen zelf vorm mogen geven. Dat geldt in het bijzonder het deel van de Sharia dat betrekking heeft op civielrechtelijke regels: de *fiqh al-mu'amalat*. De toepasselijkheid van andere delen van de Sharia kan in strijd zijn met de huidige Nederlandse openbare orde en goede zeden als daardoor fundamentele waarden binnen de Nederlandse staat worden geschonden (gelijkheid van man en vrouw en dergelijke). Contractbepalingen in strijd met de openbare orde of goede zeden zijn nietig (art. 3:40 lid 1 BW). Wat die openbare orde inhoudt is niet onveranderlijk, maar beweegt mee met de ontwikkeling van de normen in een samenleving.

De juridische constructies die worden toegepast bij islamitisch financieren passen met gemak in het Nederlandse juridische systeem. Zo is ook de lease-constructie niet in strijd met het fiduciaverbod (art. 3:84 lid 3 BW).⁷³

Wel is islamitisch financieren in Nederland niet aan hetzelfde fiscale regime onderworpen als de gewone financieringen. Die ongelijkheid in de belastingwetgeving moet ongedaan worden gemaakt.

6. Concluderende opmerkingen en stellingen

- a. Islamitisch financieren is 'gewoon' financieren, maar in een vorm die in overeenstemming is met de Sharia.
- b. Islamitisch financieren maakt een enorme opmars.
- c. De civielrechtelijke regels van de Sharia (*fiqh al-mu'amalat*) zijn gewone rechtsregels, die niet 'verdacht' zijn vanuit het perspectief van een westerse democratie en cultuur.
- d. De Islam kent geen verbod van rente (in de zin van een vergoeding voor het ter beschikking stellen van een som geld): alleen een zekere terugbetaling zonder het lopen van risico door de geldgever is verboden.
- e. Internationale consensus onder islamitische rechtsgeleerden moet worden bevorderd, zodat meer zekerheid bestaat ten aanzien van de financieringsconstructies die (on)geoorloofd zijn.
- f. De erkende islamitische financieringsconstructies (gebaseerd op koop, lease en de commanditaire vennootschap) kunnen goed in het Nederlandse privaatrecht worden ingepast.
- g. Het getuigt van onnodig formalisme om bij islamitische financieringsconstructies gebruik te maken van Arabische termen. Het is de inhoud van de financieringsconstructie die telt bij het antwoord op de vraag of die constructie in overeenstemming is met de Sharia.
- b. Islamitisch financieren moet dezelfde fiscale behandeling krijgen als conventionele financieringsmethoden.
- i. De toezichtwetgeving moet worden aangepast, zodat ook islamitisch financieren daaronder valt.
- j. Rechtskeuze voor de Sharia moet onder Rome I mogelijk zijn waar het het onderdeel *fiqh al-mu'amalat* (civielrechtelijke verplichtingen) van de Sharia betreft. Ten eerste is de Sharia soms statelijk recht. Waar de Sharia geen statelijk recht is, dient de mogelijkheid voor een Sharia-rechtskeuze niet af te stuiten op het vermeende onbepaalbare karakter van de Sharia. De Sharia is niet minder bepaalbaar dan sommig statelijk recht (redelijkheid en billijkheid, maatschappelijke zorgvuldigheid en dergelijke).
- k. In geval van arbitrage is het in ieder geval rechtens geoorloofd dat arbiters beslissen op grond van niet-statelijk recht, zoals de Sharia.
- l. Indien partijen de Sharia van toepassing willen doen zijn op hun (financierings)contract verdient het ook, met het oog op een deskundige geschilbeslechting, aanbeveling dat het geschil wordt onderworpen aan arbitrage door een panel waarin (ten minste) een Sharia-deskundige zit.

70. *Sanghi Polyesters Ltd (India) v. The International Investor KCSC (Kuwait)* [2001] CLC 749.

71. HR 18 november 1983, NJ 1984, 345 (*Shu/Lam*). Beide partijen waren lid van de Chinese gemeenschap. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de vraag wie werkgever is mede moet worden beantwoord aan de hand van inzichten en verwachtingen in de desbetreffende Chinese kringen.

72. Zie Glenn, a.w., p. 214 en M. Rohe, *Rechtliche Perspektiven eines deutschen und europäischen Islam*, RabelsZ 2000, p. 256.

73. HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 (*Sogelease*).