

*Ministère de l'enseignement Supérieur et de la recherche
Scientifique
Université de Sousse*

FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES



Mémoire

*En vue de l'obtention du diplôme de mastère de
Recherche en droit privé*

Elaboré et soutenu par: JABALLAH Mouadh

Le financement islamique par la « mourabaha »

sous la direction du:

Mr. BEN AICHA Nabil

jury

..... : **Président**

Mr. BEN AICHA Nabil : **Membre**

..... : **Membre**

Année universitaire : 2013/2014

*La faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans le cadre de ce
mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme
propres à leur propre auteur.*

Dédicace

Comme quelqu'un qui dédie une goutte à une mer, je dédie ce travail :

à mon père, signe de patience, de courage et de soutien,

à ma mère, affable, honorable et aimable,

à mes frères, mes fidèles compagnons.

à ma chère petite sœur,

à tous les membres de la famille JABALLAH et BEN HLIMA,

et à tous mes amis et mes collègues.

Remerciements

« Il n'y a pas de problème, il n'y a que des professeurs. »

Jacques Prévert

Mes remerciements s'adressent tout particulièrement à mon professeur, Monsieur Nabil BEN AICHA, qui m'a fait l'honneur de diriger mes recherches et de m'encadrer tout au long de ce travail, pour ses conseils toujours précieux et pour ses qualités humaines indéfinies.

Qu'il veuille trouver ici l'expression de ma profonde reconnaissance et vénération.

Que tous mes enseignants soient assurés de mes plus sincères grâces notamment les membres du jury qui ont accepté de soutenir ce travail.

J'adresse également mes profonds remerciements à tous ceux qui m'ont aidé, de près ou de loin, à élaborer ce mémoire notamment : Monsieur Safouene HELAL, Monsieur kamel OUERTANI, Monsieur Abderrazak MOKHTAR, Monsieur Nizar MANNAI, Monsieur Aimen JABALLAH, Monsieur Majdi AMRAWI et Madame Sonia AJROUD.

J'exprime aussi toute ma reconnaissance et gratitude à l'ensemble du corps de l'administration de la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de Sousse.

.

Liste des abréviations

AH : Année Hégrie

al. : alinéa

art. : article

BEST: “Bank Ettamwil Al-saoudi Al-tounsi”

CC : Code de Commerce

CDR : code des droits réels

CIBAFI : Conseil général des Banques et Institutions Financières
Islamiques

COC: code des obligations et des contrats

éd. : édition

ETC: Et Cetera

j-cl : juris-classeur

JORT : Journal Officiel de la République Tunisienne

LGDJ : Librairie Générale de droit et de jurisprudence

N°: numéro

OCAIFI : Organisation de comptabilité et de l’audit pour les institutions
financières islamiques

P : page

RJL: Revue de la jurisprudence et de la législation

RTD: Revue Tunisienne de Droit

Supra: ci-dessus

T : tome

TVA : Taxe sur la Valeur Ajoutée

USA: United States of America

Vol: volume

ص : صفحة

ق.ت: مجلة القضاء و التشريع

م.ق.ت : المجلة القانونية التونسية

« Les juristes ne doivent pas se contenter d'étudier la loi, en la révéant comme la raison écrite : ratio scripta. Ils ont le devoir d'en rechercher les défauts, se montrer au législateur la faille qui peut la séparer de la morale ou des besoins sociaux et économique. S'inspirant des travaux du droit comparé et de l'histoire, ils doivent proposer des règles meilleures, mieux adaptées à notre civilisation. Cette recherche est le rôle éminent du juriste ; elle est particulièrement utile ».

H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, leçons de
Droit civil, t.1, 1^{er} vol. Introduction à l'étude de
Droit, 12^{ème} éd., 2000, p. 170.

Sommaire

PARTIE PREMIERE : l'obéissance relative, de la mourabaha, aux principes de la loi islamique

CHAPITRE PREMIER : la pratique licite de la mourabaha en droit islamique

DEUXIEME CHAPITRE : la déviation de l'application de la mourabaha

DEUXIEME PARTIE : la conformité partielle, de la mourabaha, aux règles de la loi positive

CHAPITRE PREMIER : le droit commun : un contexte favorable à la pratique de la mourabaha

DEUXIEME CHAPITRE : les lois spéciales : des obstacles flagrants à l'opération de la mourabaha

Introduction Générale

Tout le monde veut se voir conforme à une norme qui répond à ses convictions idéologiques, éthiques ou un mode de vie. Une certaine conduite que l'homme cherche à se fixer pour mener sa vie dans le temps et dans l'espace. Les musulmans, comme d'autres gens épousant des doctrines ou des cultures, aspirent baliser le terrain pour un mode de vie construit selon des normes inspirées de la religion musulmane, porteuse de valeurs réglementant la vie individuelle, collective, sociale, économique¹ et financière ;² ainsi une **finance islamique** a été créée.

De quoi s'agit-il ? La finance islamique, dite aussi alternative³, est apparue principalement avec l'interdiction qui est faite dans la "charia"⁴ du "riba"⁵. De cette prohibition religieuse est né un système se voulant ingénieux et innovant qui vise à répondre aux besoins d'une économie moderne. Ceci montre que la finance islamique, loin de représenter un recul, ou une abdication face à la religion, est, au contraire « le signe que l'on peut, avec un peu d'imagination et de savoir-faire, marier tradition et modernité, religion et économie ».⁶

La recherche du profit ne devait pas négliger le respect de valeurs. C'est dans ce courant que l'on peut placer la finance islamique du fait du caractère

¹ L'économie est un concept grec qui concerne la connaissance des règles visant à optimiser l'utilisation des biens d'une collectivité que ce soit la famille, le clan ou la cité. Pour Aristote l'économie doit permettre d'atteindre la richesse : F. GUERANGER, finance islamique, éditions Dunod, Paris, 2009, p.7.

²S.M. El OMARI ALAOUÏ et S. MAFTAH, la finance islamique au Maroc : les voies de la normalisation, 2012, p.15.

³ La finance islamique se définit comme une finance alternative parce qu'elle permet d'utiliser des normes et des outils que la finance conventionnelle ignore ou veut ignorer jusqu'à présent : Youssef EL HAZZAOUNI, finance islamique : fondements, mécanismes et apports, éditions BOUREGREG, 2011, p.13.

⁴La « charia » est l'ensemble des règles du droit musulman. Ces règles peuvent être de source primaire ou bien de source évolutive. Le Qoran, texte sacré de l'islam, constitue avec la sunna, la source primaire du droit musulman. Le Qiyas et l'ijma sont deux méthodes complémentaires de création de règles de droit, la première opérant l'effort de création de la règle juridique et l'autre lui conférant le caractère de normes législatives : M. MAOTE, la création d'un droit bancaire islamique, thèse de doctorat en droit, faculté de droit, sciences politique et gestion, université de la ROCHELLE, 9/12/2011, p.17).

⁵ Le "riba" est tout intérêt stipulé contractuellement, calculé préalablement sur la base du capital initial prêté et du temps, convenu sans aucune relation avec les résultats éventuels de l'opération financé : G. CAUSSE-BROQUET, la finance islamique, éditions Point Delta, Liban, 2012, p.31.

⁶ H. DE CHARRETTE, la finance islamique à la française, éditions Bruno Leprince, 2009, p.15.

fondamentalement moral des principes qu'elle impose. La finance islamique peut, en effet, être considérée comme un compartiment de la finance éthique car elle se caractérise, avant tout, par une dimension morale et socialement responsable⁷. Elle est considérée comme un moyen de financement alternatif, capable de concilier à la fois religion, sécurité, et profit à la limite que ce profit dépend de la prise de risques liés à l'économie réelle.⁸ Son apparition dans le monde financier moderne date des années 1970 ; bien que le substrat idéologique ayant permis leur éclosion soit bien antérieur, les chocs pétroliers ayant été des accélérateurs efficaces en raison de la nécessité, pour les pays pétroliers, de placer les excédents qui en ont résulté.

La finance islamique est une pratique qui prend de plus en plus d'ampleur ces dernières années. Cette industrie « englobe plusieurs activités : les banques islamiques, les compagnies d'assurance dites « takaful », les sociétés d'investissement et de financement, les sociétés de l'Ijara, mais sur le plan quantitatif, c'est l'activité bancaire qui domine la scène financière au sein de la finance islamique, c'est pourquoi quand on parle de la finance islamique on pense automatiquement aux banques islamiques »⁹. Ainsi on estime que le taux de croissance annuel de l'activité bancaire islamique se situe entre 10 et 30 pour cent en fonction de classes d'actifs¹⁰ et « essaime dans le monde entier, de New York à Kuala Lumpur en passant par Londres, l'Allemagne et tout le monde musulman »¹¹.

⁷ « La finance islamique présente bien des avantages, en ce qu'elle condamne la spéculation et en ce qu'elle condamne le hasard » affirme Christine LAGARDE l'ex ministre Français de l'économie, des finances et de l'emploi et directrice générale du Fonds Monétaire International : S.M. El OMARI ALAOUI et S. MAFTAH, précité, p.20.

⁸ G. PARLENI, regards pragmatiques sur la finance islamique, revue de droit bancaire et financier français, Mars-Avril 2012, p.76.

⁹ A. KHOULDI, « La finance islamique moderne et droit positif », RJL, n°6, Juin 2011, p. 12.

¹⁰ F. GUERANGER, finance islamique, DUNOD, PARIS, 2009, p.3.

¹¹ M. MOATE, la création d'un droit bancaire islamique, thèse pour le doctorat en droit présenté et soutenue publiquement le 9 décembre 2011, université de ROCHELLE : faculté de droit, science politique et gestion, p.10.

La banque islamique renferme des produits financiers (tels que les comptes bancaires et les sukuk¹²), ainsi que des opérations bancaires.

Généralement la doctrine distingue entre deux types d'opérations bancaires. Le premier concerne les modes de financement participatifs basés sur l'apport en capital et le partage des résultats à savoir la « moucharaka »¹³ et la « moudaraba »¹⁴ ; mais ces opérations ne sont pas encore introduites dans les banques islamiques tunisiennes vu le risque important qui les renferment et la manque de l'intensité des investissements. En revanche les opérations de deuxième type, destinées aux opérations commerciales, sont pratiquées par les banques islamiques tunisiennes telles que le « salam »¹⁵, « la location-vente »¹⁶ et la « **mourabaha** ».

Ce dernier mode de financement a une origine en droit islamique classique, c'est le contrat de la mourabaha. Aujourd'hui ce contrat est utilisé par des institutions financières à savoir les banques et il renferme toute une opération qui s'appelle l'opération de la mourabaha.

¹² Les sukuk ''sont des certificats de valeur égale représentant des parts indivises de propriété d'actifs tangibles, d'usufruits et de services, ou la propriété d'actifs d'un projet particulier ou d'une activité d'investissement spécifique'' : M. STORCK et I. ZEYYAD CEKICI, les sukuk : aspects de droit français et de droit musulman, revue de droit bancaire et financier français Mars-Avril 2011, p. 38.

¹³ La « moucharaka » est une forme de partenariat dans lequel deux ou plusieurs investisseurs participent au financement d'un projet et en partagent les profits et les pertes. Ils ont les mêmes droits d'engagements. Les partenaires sont donc associés à la fois dans le capital et dans le profit. Ils ont tous par ailleurs la possibilité de participer à la gestion du projet : K. JOUABER-SNOUSSI, la finance islamique, La Découverte, 2012, p.24.

¹⁴ Le droit tunisien définit le contrat utilisé par cette opération dans l'article 1195 du COC qui dispose que « la commande est le contrat par lequel une personne, appelée bailleur de fonds, remet un capital déterminé à une autre personne, dénommée gérant ou agent, lequel se charge d'employer ce capital dans le commerce, en son propre nom, mais pour le compte du bailleur de fonds, moyennant une quotité déterminée dans les bénéfices ».

¹⁵ Le « salam » se traduit comme suit : le banquier intervient comme un acheteur d'une marchandise. Le règlement intervient immédiatement à la date d'initiation du contrat mais la livraison est différée. Le produit de la transaction n'existe pas encore à la date de l'initiation du contrat : Y. EL HAZZAOUNI, précité, p.60.

¹⁶ La « location-vente » se traduit comme suit : La banque qui acquiert la propriété d'équipements de matériel ou d'autres biens les donne en location à ses clients qui en usent contre paiement d'un loyer aux échéances convenues dans le contrat et pour la durée qui est indiquée. Au terme du contrat, et s'il n'y a pas activation de l'option d'achat, la relation entre les parties prend fin. En revanche, et si on opte pour l'acquisition du bien par le client, la propriété sera transférée par un contrat distinct.

L'école Malékite¹⁷ définit la 'mourabaha' comme « une vente de marchandise par le même prix d'achat avec l'ajout d'un bénéfice connu »¹⁸. Les définitions présentées par les autres écoles de pensées sont bien proches de l'école Malékite.¹⁹

La banque islamique tunisienne « Zitouna » la définit comme « un contrat incluant l'acquisition et la vente d'un bien au prix de revient majoré d'une marge bénéficiaire connue et convenue entre la banque et le client »²⁰. La doctrine française a souvent présenté la mourabaha comme une vente suivie d'une revente.²¹ Une définition plus détaillée est présentée dans la recommandation de Bank AL-Maghrib n°33/G/2007 en date du 13 septembre 2007 relative aux modes de financements alternatifs, en l'occurrence de son article 9, considérant la mourabaha : « comme étant un contrat par lequel un établissement de crédit acquiert, à la demande d'un client, un bien meuble ou immeuble en vue de le revendre à son coût d'acquisition plus une rémunération convenue d'avance. Le règlement par le client donneur d'ordre se fait en une ou plusieurs versements pendant une période convenue d'avance. L'imputation de la rémunération aux produits de l'établissement de crédit doit se faire de manière étalée, sur la durée de vie du contrat ».²²

¹⁷ L'école Malékite est l'une des quatre écoles de pensées sunnites qui ont émergé durant le deuxième et le troisième siècle de l'hégire. C'est la pondération entre les différentes techniques d'interprétation qui constitue une certaine différenciation entre les écoles bien que le raisonnement, l'ijtihad et la référence à la sunna, restent leurs traits communs. Les autres écoles de pensées sont : l'école Hanafite, Chafite, et Hanbalite : Y. EL HAZZAOUNI, précité, p.27.

¹⁸ حسب المالكية المراجعة هي: "مبيع السلعة بالثمن الذي اشتراها به مع زيادة ربح معلوم" عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، صفحة 562.

¹⁹ حسب الحنابلة المراجعة هي: "بيع برأس المال وربح معلوم": عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، دار الفكر، بيروت، 1985، جزء 5، صفحة 199.

حسب الحنفية المراجعة هي: "بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح": علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، الجزء 5، صفحة 222.

حسب الشافعية المراجعة هي: "عقد يبنى الثمن فيه على ثمن البيع الأول مع زيادة": يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، قطر، 1991، جزء 3، صفحة 526.

²⁰ http://www.banquezitouna.com/mourabaha_66.

²¹ F. DURAND et S.HAZOUG, la mourabaha, revue de droit bancaire et financier français, Mars-Avril 2011, p.34.

²² S.M. El OMARI ALAOUI et S. MAFTAH, précité, p.102.

Au départ, les banquiers ont seulement utilisé les modes de financement participatifs qui n'ont pas fourni une rentabilité importante car le risque de perte est relativement élevé. Puis les recherches ont abouti à la création de la mourabaha comme mode de financement à court terme et de risque moins intense.²³ Durant des siècles, en effet, il n'y eut pas véritablement un système financier islamique complet. La première banque ayant choisi de suivre les principes financiers islamiques est née en Egypte en 1963. La Mit Ghamr Saving Bank proposait des comptes épargnes basés sur le partage des bénéfices. Mais son activité qui avait essentiellement un objectif de développement restait confinée au niveau local. L'ouverture rapide de nombreux guichets et succursales a tout de même révélé le succès de ce projet.²⁴ Ainsi en 1971 le même pays a connu la création de la première banque islamique au capital public sous le nom « NasserBank ». Ultérieurement l'expérience a submergé aussi bien les pays du Golfe²⁵ que d'autres pays non musulmans.²⁶

Aujourd'hui, le volume des actifs financiers islamiques est estimé à plus de 700 milliards de dollars (150 milliards en 2000) dont près de 300 milliards d'actifs gérés par les banques islamiques.²⁷

Un espoir de moralisation de la finance mondiale gravement remise en cause par la crise qui l'affecte depuis 2008.²⁸ En effet cette crise est la plus grave depuis celle de 1929. Elle a pris naissance également aux USA. Ses premiers signes commençaient à être observés à partir du second semestre 2006.

²³ عائشة الشراقوي المالقي، البنوك الإسلامية التجربة بين الفقه والقانون المركز، الثقافي العربي الدار البيضاء، 2000، ص405

²⁴ S. BOSTANI, l'établissement d'une banque islamique en France, Mémoire pour le Master de droit européen comparé « Droit Européen Comparé », UNIVERSITE PARIS II PANTHEON-ASSAS, septembre 2010, p.4.

²⁵ En 20 octobre 1975, il y a eu la création de la banque islamique de développement (BID) en Arabie Saoudite (Djeddah) ; organisme dont les membres sont des Etats islamiques. Leur nombre est passé de 22 à l'époque de la constitution à 45 membres actuellement : S. ROMDHANA, Naissance et développement des banques islamiques, infos juridiques n° 58/59 – décembre 2008, p.24.

²⁶ N. HAMROUNI, la banque islamique, infos juridiques n° 154/155 Avril 2013, p.12.

²⁷ S. BOSTANI, précité, p. 5.

²⁸ M. MAOTE, précité, p.11.

Une année plus tard (Aout 2007), elle s'est déclenchée.²⁹ L'unanimité est presque acquise pour considérer les crédits Subprimes comme étant les déclencheurs de la crise financière. En fait les Subprimes sont « les crédits très risqués parce qu'octroyés à une clientèle à faible ou à très faible revenu ».³⁰

La mourabaha constitue le substitut islamique du crédit. Elle occupe de 40 à 90 pour cent de l'activité de banques islamiques.³¹ C'est une opération basée sur un contrat civil à savoir le contrat de vente et évitant par ce fait toute référence au « **riba** »³² car ce dernier est strictement prohibé par le « coran »³³, la « sunna »³⁴ et l'« ijmaa »³⁵. Mais la notion du « **riba** » pose de nombreux problèmes de définitions. C'est une notion à contenu variable qui ne peut pas avoir de traduction exacte en français. La majorité des auteurs l'ont pourtant

²⁹ A. AMMAR, la crise financière du 21^{ème} siècle, GLOBAL Edition, Tunis, 2009, p.7.

³⁰ Pour attirer la clientèle les institutions financières se montraient très généreuses et proposaient plusieurs formules ; On cite quelques-uns :

La formule de l'« InerestOnly » (intérêts seulement). Ce type de crédit est destiné aux emprunteurs qui ne peuvent payer mensuellement que les intérêts. Le paiement du principal est retardé à l'échéance ultime (après 30 ans). Il le fera en une seule fois s'il est encore en vie.

La formule « Adjusted Rate Mortgage » (ARM) qui est l'un des formules les plus connu. Elle se fait comme suit : selon les cas 2, 3 ou même 5 ans, l'emprunteur d'un crédit immobilier d'une durée, disons 30 ans, payera uniquement les intérêts de son crédit à un taux promotionnel. Après cette période, il payera suivant son échéancier, le principal augmenté de la différence, plus les intérêts désormais indexés. /A. AMMAR, précité, p. 62.

³¹ عائشة الشراوي المالقي، البنوك الإسلامية التجربة بين الفقه والقانون المركز الثقافي العربي الدار البيضاء، 2000، ص.452.

³² « la définition du riba a fait l'objet de controverse. Des théologiens assimilent le riba à toute rémunération liée au temps. D'autres proposent une définition plus large. Le riba peut être généré par toute rémunération sans contrepartie » : Y. EL HAZZAOUNI, précité, p.30.

³³ قوله تعالى: "الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المسّ ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون" [البقرة : 275.] قوله تعالى:- (يمحق الله الربا ويربي الصدقات والله لا يحب كل كفار أثيم) [البقرة: 286] قوله تعالى:- "يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين، فإن لم تفعلوا فاذنونا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون" [البقرة : 278 – 279].

³⁴ عن جابر رضي الله عنه قال: "لن رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل الربا وموكله، وكتابه وشاهديه، وقال: هم سواء" رواه مسلم وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "اجتنبوا السبع الموبقات، قالوا: وما هي يا رسول الله، قال: الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات" متفق عليه. عن عبد الله بن حنظلة الراهب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " درهم ربا يأكله الرجل – وهو يعلم – أشد عند الله من ست وثلاثين زنية " رواه الإمام أحمد

وعن البراء بن عازب رضي الله عنه مرفوعاً : " الربا اثنان وسبعون باباً ، أذاها مثل إتيان الرجل أمه، وإن أدنى الربا استطالة الرجل في عرض أخيه " رواه الطبراني

³⁵ قد أجمعت الأمة على تحريم الربا في الجملة وإن اختلفوا في التفاصيل: " محمد بن اسماعيل الامير الصنعاني، سبل السلام الى بلوغ المرام، دار بن الجوزي، 1997، المجلد الثالث، صفحة 65.

traduit par la notion du prêt à intérêt, d'autres l'ont restreint à l'usure.³⁶ En effet l'étendu du *riba* est controversé.

Les spécialistes de la charia utilisent le mot « *riba* » dans trois sens dont un sens de base et deux autres auxiliaires. Le sens de base peut être défini comme « toute chose, pécuniaire ou non-pécuniaire, en addition au principal sur un prêt qui doit être payé par l'emprunteur au prêteur avec le principal comme condition, du prêt ou pour le prolongement de son échéance ».³⁷ Cela s'appelle « *riba al-qard* ». Les deux sens auxiliaires du *riba* s'introduisent dans les transactions commerciales. La première forme est appelée « *riba al-nasia* » qui naît du prolongement du délai de paiement. La deuxième forme s'appelle « *riba al-fadhl* » qui naît de l'achat et de la vente de marchandise.³⁸

L'interdiction du *riba* n'est pas propre à l'Islam. "Ainsi, autrefois dans la religion juive le « *tarbit* » (intérêt et usure) était interdit, puis dans un deuxième temps a été autorisé uniquement lors de prêts à des étrangers³⁹. Les chrétiens, sur la base de l'Evangile, ont condamné la pratique de l'intérêt, puis une distinction fut faite entre l'intérêt et l'usure. Cette distinction n'est pas faite dans la religion musulmane où, c'est le terme *riba* qui est utilisé".⁴⁰

Les jurisconsultes musulmans n'ont pas détourné la prohibition du *riba*. Ils ont fourni de nouvelles constructions financières licites et qui n'ont aucun rapport avec le *riba*, à savoir, la *mourabaha* pratiquée par les banques

³⁶ M. AMRI, les contrats de financement dans la banque islamique, mémoire en vue de l'obtention du diplôme du master en droit international et comparé, université de Toulouse 1 sciences sociales, 2008-2009, p.19.

³⁷ M.IQBAL et M. ALI JARHI, banques islamiques : réponses à des questions fréquemment posées, king Fahd National Library Cataloging-in-Publication Data, Jeddah, 2001, p.9.

³⁸ في صحيح مسلم عن أبي هريرة قال قال رسول الله " الذهب بالذهب وزنا بوزن مثلاً بمثل والفضة بالفضة وزنا بوزن مثلاً بمثل فمن زاد أو استزاد فهو ربا "

³⁹ Dans l'Exode (chapitre 22, verset 25) et le Lévitique (chapitre 25, versets 34 à 46), la pratique de l'usure est condamnée sous la notion de *tarbit*. Le *tarbit* était interdit entre juifs mais permis entre juifs et non-juifs. Ils pratiquaient donc le prêt à intérêt en vertu du verset 23-20 du Deutéronome : « Tu peux charger intérêt à un étranger, mais pas un frère israélite ». : S. BOUSTANY, précité, p.21.

⁴⁰ G. CAUSSE BROQUET, précité, p. 32.

Voir aussi :

G. PARLEANI, précité, p.76

احمد محمد سعد, الفوائد التأخيرية : دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية, دار النهضة العربية, مصر, 1976, صفحة 58.

islamiques. En effet le musulman doit faire un effort de réflexion personnelle pour adopter le comportement juste, c'est par l' « ijtihad » que chacun doit rechercher par lui-même et grâce à son libre arbitre la voie juste.

La Tunisie a connu l'implantation d'une filiale du groupe AL Baraka dont le siège est à Jeddah et qui a vu le jour en 1982. Ladite filiale est la BEST Bank. Sur le plan interne, seule la Banque Ezzitouna paraît, malgré l'absence d'un cadre légal spécial, consacrer conventionnellement des opérations islamiques telles que la mourabaha.⁴¹

Plusieurs **anomalies** ont été relevées lors de l'exécution de l'opération de la mourabaha tels que la surfacturation bancaire, le vide réglementaire en droit de propriété et la surtaxation fiscale. De plus le droit islamique est un droit ramifié très diversifié et 'par principe considéré comme étant un système plurilégislatif'⁴² ; ce qui le confronte au droit positif bien codifié. La rigidité de règles de droit positif peuvent fournir de multiples difficultés lors de l'application de la mourabaha.

C'est dans cette perspective que nous tacheront de mettre en lumière ces anomalies multiples relevées et qui ont été source de dysfonctionnement et d'où de suspicion de la part du public. On va présenter une série de propositions susceptibles de relancer cette expérience en Tunisie en analysant de manière simple l'opération de la mourabaha.

Les pratiquants de cette opération seront moins enclins à commettre des erreurs involontaires ou à se laisser bernier par des personnes sans scrupules.

D'où une question de base se pose : **dans quelle mesure, la mourabaha, comme composante nouvelle de la finance islamique, se voit conforme aux règles de la loi ?**

⁴¹N. HAMROUNI, précité, p.12.

⁴² N. BEN AICHA, la notion de « neutralité confessionnelle » dans l'article 4 du code des obligations et des contrats, centenaire du COC : 1906-2006, 2006, p.145.

D'abord, la mourabaha veut se présenter comme construction respectant les règles de la loi islamique donc elle doit être conforme à ces dernières. Ensuite, la loi positive est le seul régulateur de la vie social et toute construction doit être conforme à ses règles.

L'opération de la mourabaha fluctue entre une prétendue "islamicité" et une application en droit positif. Le droit islamique est un droit ramifié très diversifié et ses solutions sont parfois nombrables. Les juristes musulmans avec leurs solutions divergentes peuvent dégager de multiples critiques sur la conformité ou non de quelques faits avec le droit islamique. La mourabaha n'est pas exclue de cette critique ce qui prouve **l'obéissance relative, de la mourabaha, aux principes de la loi islamique (première partie)**. Aujourd'hui l'opération de la mourabaha est pratiquée dans des institutions qui n'ont pas une origine islamique à savoir les banques. Certains pays ont aménagé leur réglementation pour islamiser tout leur système bancaire à l'exemple du Soudan, l'Iran (de manière presque draconienne) et le Pakistan (d'une façon plus graduelle). D'autres pays ont choisi un système bancaire dual où coexistent des banques conventionnelles ainsi que des banques islamiques, comme en Turquie, Grande-Bretagne, Malaisie et dans les pays du Golfe.⁴³ La Tunisie obéit au système dual, mais il y a une absence d'une réglementation spéciale ce qui pousse à dégager **une conformité partielle, de la mourabaha, aux règles de la loi positive (deuxième partie)**.

⁴³ Ibrahim ZEYYAD CEKICI, le cadre juridique français des opérations de crédit islamique, revue de droit bancaire et financier français Mars-Avril 2011, p.31.

Première Partie

L'obéissance relative, de la mourabaha, aux principes de la loi islamique

Le contrat de la mourabaha est le principal outil utilisé par les banques islamiques. Vu le débat compliqué de l'interdiction de l'intérêt, ces banques essayent de remplacer celui-ci par le profit provenant d'une vente mourabaha. Mais l'utilisation de l'adjectif « islamique »⁴⁴ par les banques pour caractériser ses produits à savoir la mourabaha n'échappe plus à la critique vu la possibilité de fournir des services assez coûteux pour le client et dépassant même le taux d'intérêt fixé par le législateur.

Il est vrai que la conformité de produits bancaires aux perceptions de la « charia »⁴⁵ peut attirer une partie importante de la clientèle mais c'est à la loi de contrôler et de sanctionner tout abus car la confiance totale par la clientèle aux produits islamiques poussent parfois les banquiers à détourner la pratique de ces produits à des mystifications qui n'ont aucun rapport ni avec la loi ni avec la « charia ».

Pour cela on va démystifier la pratique de la mourabaha en montrant la déviation de cette dernière. (deuxième chapitre) mais avant d'éclairer tout transcendance par les banques islamiques il faut analyser la pratique licite de la mourabaha. (Chapitre premier). De quoi s'agit-t-elle ? Quelle est son origine ? Et comment le distinguer des autres modes de financements ?

La réponse à ces questions est une priorité pour faire démystifier la pratique de la mourabaha.

⁴⁴) La finance islamique est souvent présentée comme étant une finance dont les principes structurant relèvent de la religion. Cette présentation par le référent religieux pourrait réduire les champs d'application de cette finance aux seuls actes de piété alors qu'elle est censée donner des réponses économiques et universelles à la problématique posée par le développement économique et social de la collectivité. Au Maroc, il est conseillé de présenter cette finance autrement se référer à l'islam. Bank al Maghreb l'appelle finance alternative. (Y. EL HAZZAOUNI, précité, p.157)

⁴⁵La « charia » intègre aussi bien le côté rituel que les rapports économiques, sociales et politiques des croyants. C'est une synthèse élaborée à travers l'histoire et composée des interprétations faites du coran, du hadith (paroles et actes de prophète) : Y. EL HAZZAOUNI, précité, p.23.

CHAPITRE PREMIER : la pratique licite de la mourabaha en droit islamique

Malgré ses racines théoriques lointaines, le contrat de la mourabaha est une construction contemporaine. Même si les pratiques financières islamiques ont toujours été utilisées par les commerçants dans les pays musulmans, cette pratique ne dépasse pas la simple utilisation personnelle non organisée dans un organe financier précis à savoir les banques. « Durant des siècles, en effet, il n'y eut pas véritablement un système financier islamique complet ».⁴⁶

Le système économique islamique relevant de l'idéologie religieuse et du fonctionnement de la vie des affaires dans la pratique se trouve bloqué par les prohibitions posées par la Charia. Les marchands ne se sont pourtant pas soumis de manière absolue à la loi coranique. Ils ont élaboré des mécanismes permettant de surmonter les difficultés liées à ces prohibitions.⁴⁷ L'enjeu fondamental de la finance islamique réside dans la capacité des banques à concilier les techniques nouvelles du droit des affaires avec les convictions religieuses inspirées du Coran et de la sunna.

Actuellement, avec une progression importante des fonds islamiques grâce aux richesses pétrolières, la place de la finance islamique devient remarquable. Par conséquent, de nouveaux instruments de financement sont

⁴⁶ S. BOSTANI, précité, p.4.

⁴⁷ Globalement, la bataille entre les modernistes et les traditionalistes sur la réouverture de la porte de l'ijtihad a tourné à l'avantage des modernistes en matière de fiqh al mu'amalat, les pratiques commerciales entre les musulmans n'étant plus fondées sur les principes classiques. Le développement d'un droit bancaire islamique peut s'analyser comme une tentative de reconquête de l'application des principes du fiqh al mu'amalat. Toutefois, en affinant l'analyse, l'on se rend compte que là encore les oppositions ne sont pas si marquées au fond. Extérieurement opposées, les positions de ces deux mouvements ont fini par se rejoindre au fil du temps, malgré des oppositions toujours vives, et ceci est particulièrement frappant dans le cadre de l'étude du droit des banques islamiques. (M. MAOTE, précité, p.65).

pratiqués ; en fait ils reposent sur des principes éthiques séculaires issus de la « charia » et ils sont limitativement énoncés.⁴⁸

Tenant compte de leurs importances, La Tunisie a rattrapé ces pratiques dès 1982 par l'introduction de la B.E.S.T. Banque. Celle-ci est une filiale commune d'Etat tunisien représenté par la banque centrale de la Tunisie et le groupe saoudien AL-Baraka, un des piliers de la finance islamique mondiale⁴⁹. De multiples opérations de financement sont pratiquées dans des banques islamiques, mais chacune d'elles a ses spécificités. Pour éclairer la pratique licite de la mourabaha il faut développer la notion de la mourabaha (section première) ainsi que les conditions de cette dernière (deuxième section).

SECTION PREMIERE : la notion de la mourabaha

Le contrat de la mourabaha est le plus étendu (paragraphe premier) ce qui nécessite sa différenciation des autres modes de financement (deuxième paragraphe).

PARAGRAPHE PREMIER : l'étendue de la pratique de la mourabaha

L'Islam prohibe l'intérêt ; cependant il n'interdit pas la rémunération. Aussi est-il loisible à un prêteur de réaliser une opération d'achat revente avec une plus-value calculée selon les mêmes modalités qu'un taux d'intérêt. C'est bien là le mécanisme de la mourabaha.⁵⁰ Ce mécanisme a connu aujourd'hui une

⁴⁸ F. ACHI et E. FORGET, la gouvernance des comités charia, revue de droit bancaire et financier, mars-avril 2011, p.27.

⁴⁹ M. BEN AMOR, les principaux contrats de financement du commerce extérieur utilisés par les banques islamiques : cas de "beit ettamwil saoudi tounsi", diplôme d'études supérieures droit de commerce international, faculté des sciences juridiques politiques et sociales de Tunis, 1987-1988, p.2.

⁵⁰ P. GRANGEREAU et M. HAROUN, financements de projets et financements islamiques : Quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil, REVUE BANQUE & DROIT n° 97 – septembre-octobre 2004, p.54.

prédominance dans les banques islamiques (B) bien qu'il ait des racines lointaines dans la doctrine islamique classique (A).

A- Les racines de la mourabaha dans le droit musulman classique :

L'idéologie musulmane favorise l'activité économique puisque, par le travail, l'homme peut atteindre son objectif ultime : le bien-être, tout en respectant les principes prescrits par la Charia.⁵¹ Le droit islamique des contrats n'est pas un domaine autonome. Au contraire, la société islamique étant régie par une religion fixant les modalités de la vie de chacun, consacre le droit du contrat, qui est élément essentiel du droit commercial et financier, et qui s'insère dans un corpus de règles découlant de la religion. « Le contrat en droit islamique est un acte juridique constitué par les déclarations des parties, chacune des déclarations reposant sur un acte de raison ».⁵²

Le droit musulman instaure un certain nombre de contrats, dits contrats nommés, qui sont traditionnellement repartis en trois catégories : les contrats d'échange, les contrats accessoires et les libéralités.⁵³

Les contrats accessoires sont ceux au cours desquels une partie met à la disposition d'une autre partie du travail, du capital, ou un engagement tel que le contrat d'agence (wakala) ou le contrat de société (sharika).

Les libéralités se manifestent par un transfert de droits sans contrepartie comme le prêt (quard) ou le don (hiba).

Pour les contrats d'échange, ils comprennent la vente simple au comptant, la location, et la vente génératrice de dette à savoir la vente Salam, la vente istisna et essentiellement la vente mourabaha.

⁵¹ S. BOUSTANY, précité, p.17.

⁵² F. Guéranger, Finance islamique, dunod paris, 2009, p.48.

⁵³ F. Guéranger, précité, p.49.

Le terme mourabaha est dérivé de mot « ribh » qui veut dire en jurisprudence islamique le 'bénéfice'. ce sens désigne la vente au prix de revient majoré d'une marge bénéficiaire connue par l'acquéreur.

La vente dans la jurisprudence islamique se divise en deux grandes catégories,⁵⁴ d'abord, la vente avec négociation (mousawama) qui est la vente à un prix établi d'un commun accord entre le vendeur et l'acheteur sans référence explicite au prix de revient de la chose vendue.

Ensuite Il y a la vente fiduciaire (al_amana) qui exige la déclaration par le vendeur du prix d'achat de la chose vendue.

La vente fiduciaire peut prendre trois formes ; la tawlia ou la vente au même prix déclaré par le vendeur sans bénéfice ni perte ; la wadiaa ou vente avec un rabais sur le prix déclaré ; et la mourabaha ou vente avec un bénéfice sur le prix déclaré.

La mourabaha est donc une vente fiduciaire basée sur la confiance de l'acheteur en la parole du vendeur. Elle entre dans le cadre général de la vente dont la licéité est explicitement reconnue par le verset 275 de la sourate al_baquara.⁵⁵

La mourabaha est déjà mentionnée dans le premier recueil de hawadith que compte le Droit musulman la Muwattah de Malik ibn Anas, fondateur de l'école juridique éponyme qui la définit comme « la vente d'un bien à son prix

⁵⁴M. SIDI MOHAMED, la mourabaha comme mode d'intervention dans les banques islamiques, actes de séminaire, Nouakchott 11-15 jomadhani 1413 (5-9 décembre 1992), institut islamique de recherches et de formation, banque islamique de développement :djeddah Arabie saoudite, première édition : 1996, p.124.

⁵⁵في القرآن :قال تعالى : [ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم فإذا أفضت من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم وإن كنتم من قبله لمن الضالين] . سورة البقرة، الآية 198 .
وذلك أن المراجعة تمثل ابتغاء للفضل أي الزيادة، كما أنها تدخل في عموم عقود البيع المشروعة لقوله تعالى: [وأحل الله البيع وحرم الربا] . سورة البقرة، الآية 275.

d'acquisition par le vendeur, augmenté d'une somme fixe représentant le profit du vendeur »⁵⁶.

On note enfin que la licéité de vente mourabaha dans le Coran est consolidée par la sunna et aussi par l'opinion unanime des jurisconsultes ; chose qui a poussé les banques islamiques à l'adopter.⁵⁷

B- la prédominance de la mourabaha dans les banques islamiques :

A partir du contrat de la mourabaha classique du droit musulman, les juristes Contemporains ont développé un instrument de crédit par lequel la banque achète un bien, à travers un contrat de vente classique, avant de le revendre par le biais de la mourabaha au client qui a été préalablement engagé à acquérir ce bien⁵⁸.

Lors du déclenchement de banques islamiques, ce sont seuls les instruments participatifs⁵⁹ qui ont été utilisés par ces banques et ce n'est qu'en 1979 que les jurisconsultes ont abouti à l'utilisation de la mourabaha.

On fait remarquer qu'il existe deux catégories de ventes sous forme de la mourabaha. Dans la première, la banque islamique achète des biens, et les met à la disposition de ses clients acheteurs, sans pour autant avoir reçu, au préalable, la promesse des clients qu'ils achèteraient effectivement ces biens.

⁵⁶ M. MOATÉ, précité, p. 75.

⁵⁷ في السنة أجاز الرسول عليه الصلاة والسلام بيع السلعة بأكثر من رأس مالها في قوله عليه السلام : (البيعان بالخيار ما لم يفترقا) .
وأيضاً : (لأن يحتطب أحدكم حزمة على ظهره ، خير من أن يسأل أحداً فيعطيه أو يمنعه) . وقوله صلى الله عليه وسلم : (الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح سواءً بسواء ، مثلاً بمثل ، يداً بيد ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى ، فإذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم) .

⁵⁸ M. MAOTE, précité, p.77.

⁵⁹ Par ces instruments, la Banque intervient directement dans les transactions financées par elle, en conformité avec les principes du droit islamique. La rémunération qu'elle perçoit se justifie par sa qualité de copropriétaire, aux résultats du projet financé (pertes ou profits) dans le cas d'une Moudharaba ou d'une Moucharaka.

La seconde catégorie, qui est la plus utilisable, implique la promesse du client d'acheter effectivement le bien auprès de la banque vendeuse. Dans ce cas, on parle de la mourabaha assortie d'un ordre d'achat.

Dans cette seconde catégorie, la banque islamique accorde généralement à son client une facilité de crédit mourabaha dont le remboursement différé s'effectue par paliers périodiques. La vente murabaha pour le compte de donneur d'ordre forme l'un des investissements majeurs du financement appliqué par les banques islamiques, et parfois c'est la seule formule utilisée.⁶⁰

La vente mourabaha pour le donneur d'ordre est un outil de financement à court terme. C'est pourquoi il est le plus utilisable par les banques islamiques.

On note que la mourabaha est une méthode de financement très populaire⁶¹. Elle représente près de 80 pour cent de l'activité des banques islamiques⁶². Elle sert à financer aussi bien le besoin des fonds de roulement que le stock de marchandises et d'équipement. Les principales raisons de son succès sont : l'absence de risques élevés, la rentabilité de l'opération et le délai relativement court entre la demande du client et son règlement.⁶³

Bref, Les biens sont achetés au prix coûtant par la banque islamique et revendus au client au coût de revient majoré d'une marge négociée à l'avance par les parties. Le prix est payable à terme, en une ou plusieurs fois, grâce à un crédit-vendeur consenti par le financier intermédiaire. Cette opération a été analysée comme étant une promesse synallagmatique de vente par laquelle le client donne un ordre d'achat à la banque qui promet de le satisfaire à condition de le lui revendre avec bénéfices et dans des conditions fixées d'avance.

Il s'agit en général d'un financement d'actif à court terme par lequel le client demande à la banque de financer l'achat d'une chose déterminée en la

⁶⁰ حسين شحاتة, التمويل بالمراجحة كما تقوم بها المصارف الإسلامية بين الواجب والواقع, القاهرة, ماي 2003 ص.3.

⁶¹ J. LASSERRE cap Deville, revue de droit bancaire et financier français, septembre octobre 2009, p.20.

⁶² S. BOUSTANY, précité, p.35.

⁶³ G. CAUSSE-BROQUET, finance islamique, éditions point delta, Beyrouth, Liban, 2012, p. 62.

décrivant de manière très précise. Il est nécessaire que trois acteurs interviennent dans une opération de mourabaha : le client, la banque et le fournisseur. La banque doit acheter elle-même la chose auprès d'un tiers fournisseur, se l'approprier et assumer les risques de la chose avant qu'elle soit transférée au client⁶⁴.

Pour certains la mourabaha est « une opération par laquelle la banque se place en intermédiaire entre un vendeur étranger et l'acheteur local »⁶⁵ ; mais la mourabaha peut être établie même entre des parties locales.

Cette technique est souvent utilisée dans le cadre d'opérations immobilières mais peut également être utilisée pour financer l'acquisition de toutes sortes d'actifs⁶⁶. La mourabaha est un mode de financement proposé par la Banque Zitouna aussi bien pour les clients particuliers qu'à ceux des Entreprises pour le financement : de l'immobilier ; de véhicules de tourisme (utilitaires et industriels); des besoins d'exploitation (stocks, matières premières, produits intermédiaires...); d'Equipements à usage professionnels et / ou privés.⁶⁷ De même la B.E.S.T. Bank, s'engage avec sa clientèle à financer l'importation des matières premières et les produits semi-finis nécessaires aux entreprises tunisiennes. C'est par le contrat de mourabaha que l'on finance de nombreuses transactions commerciales en particulier l'importation et l'exportation.⁶⁸

⁶⁴ S. BOUSTANY, précité, p.35.

⁶⁵ L. barbulesco, l'économie islamique dans ses rapports avec l'économie globale et en particulier avec le mouvement de libéralisation, RTD, 1990, p. 41.

⁶⁶F. BOURABIAT, finance islamique en France : éclairage sur les nouvelles opportunités offertes aux investisseurs, revue de droit bancaire et financier français juillet aout 2009, p. 14.

⁶⁷http://www.banquezitouna.com/mourabaha_66

⁶⁸M. BEN AMOR, précité, p.2.

DEUXIEME PARAGRAPHE : la différenciation de la pratique mourabaha des autres modes de financement

La mourabaha n'est pas la seule opération utilisée par les banques islamiques ; en d'autres termes elle doit être distinguée des autres modes de financement islamiques proches (B). Cette opération paraît être la remplaçante de prêt à intérêt pratiqué par les banques conventionnelles ce qui suppose une distinction entre les deux produits financiers (A).

A- la mourabaha et le prêt à intérêt :

La banque islamique propose la majorité des services d'une banque classique mais avec le respect des préceptes de l'islam interdisant le riba⁶⁹ ; D'où le service de la mourabaha présenté par les banques islamiques diverge avec le service de prêt utilisé par les banques classiques au niveau des résultats (2) bien que les deux services diffèrent au niveau de procédures (1).

1- la différence des procédures

Avant de préciser la différence entre la mourabaha et le prêt à intérêt, on doit mentionner que ce dernier est l'objet d'une controverse doctrinale concernant sa licéité malgré que la position qui confirme la licéité le prêt à intérêt soit minoritaire.

A.JAW ICH est parmi les jurisconsultes musulmans qui ont considéré que c'est seulement le taux d'intérêt excessif qui est prohibé. Pour lui c'est seulement l'usure qui est interdit et non tout intérêt sur un prêt. A.JAWICH a déclaré que la prohibition de toute forme d'intérêt n'a pas de source coranique

⁶⁹ Si la définition de banque se résume dans la collecte des dépôts, la mise à la disposition de la clientèle de modes de paiement particuliers, l'octroi de crédit, etc. ; l'institution financière de type islamique mérite pareille appellation, dans la mesure où elle propose tous les services d'une banque classique, mais dans le respect des préceptes de l'Islam interdisant la pratique du riba.(M .Moulay ZEIN , comparaison des modes de financement des banques islamiques et des banques classiques, séminaire conjointement organisé par l'institut islamique de recherches et de formation et de la banque al-baraka mauritanienne islamique, Nouakchott, 5-9 décembre1992).

mais elle est due de la règle « donner le moins la règle du plus »⁷⁰. Il ajoute que l'Etat ottomane a accepté un taux d'intérêt qui ne dépasse pas la créance principale.⁷¹ Dans ce même courant, M. DAWALIBI a déclaré au cours de conférence scientifique de la doctrine islamique à Paris en 1956 que le riba prohibé est celle de prêt dirigé vers la consommation car il peut nuire aux intérêts des pauvres. Par contre les prêts dirigé vers le commerce sont licites vu leur intérêt général.

Mais ce courant reste minoritaire par rapport à l'autre interdisant tout intérêt sur n'importe quel prêt⁷². Ce courant se base sur multiples dispositions du « coran », « sonna » et « Ijma » déjà mentionnés dans l'introduction. Il ne distingue pas entre n'importe quel valeur d'intérêt ou type de prêt car l'interdiction est venue absolue dans le coran. Cela se confirme par la position de l'Académie de recherche islamique qui a contenu lors de sa constitution à l'Egypte en 1964 plus que cent jurisconsultes musulmans de quarante pays différentes. Cette Académie a considéré dans sa deuxième conférence en 1965 que l'intérêt est prohibé sur tout type de prêt. Dans ses conférences suivantes l'Académie a insisté sur la nécessité de trouver une solution remplaçante. Des années plutard, née la mourabaha comme nouveau mode de financement dans les banques islamiques. C'est le substitut du prêt à intérêt évitant par cela le débat controversé des jurisconsultes.

La première différence est sans doute la plus significative entre les modes de financement de deux types de banque est « le taux d'intérêt ». En effet, si les banques classiques travaillent sur la base du taux d'intérêt considéré comme 'le loyer de l'argent prêté pour une période déterminée', les banques islamiques récusent cette pratique et le considèrent comme 'riba' expressément interdite

⁷⁰ "اعطاء القليل حكم الكثير"

71 احمد محمد سعد, الفوائد التأخيرية : دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية, دار النهضة العربية, مصر, 1976, ص.203.

⁷² Parmi ceux qui défendent l'approche de prohibition de tout intérêt on cite : Mouhamed Mahmoud JAMEL EDIN, Abd Errazzak ALSANHOURI, Zakaria ALBARI, Mouhamed ABOU ZAHRA, Sami HASAN AHMED, Hasanin MAHMOUD : voir Ahmed Mouhamed SAAD, précité, p.219.

dans le coran et sunna, et le remplace par le profit provenant de la vente mourabaha avec facilité de paiement.

Si dans les économies de marché on fait la distinction entre l'intérêt et l'usure, le premier étant le loyer de l'argent et le second ' l'intérêt prohibitif' (partie interdite de l'intérêt), les banques islamiques n'opèrent guère une pareille distinction et considère l'intérêt et l'usure comme *riba*.⁷³

L'intérêt qui constitue la différence entre la somme d'argent prêtée et celle remboursée est du *riba*, prohibé par l'islam. Si l'intérêt est interdit, le prêt ne l'est pas et il est même conseillé à ceux qui en ont besoin⁷⁴.

Les banques islamiques étant basées sur le principe de l'interdiction du *riba* devraient avoir une solution de rechange leur permettant de pouvoir investir leur argent, tout en s'assurant d'une croissance et d'une rentabilité dans le financement des projets. C'est le coran qui, en distinguant la vente du prêt à intérêt, a permis aux financiers musulmans l'innovation par rapport au système bancaire classique. Il crée des opérations de financement susceptibles d'être fondées sur la base d'une vente à savoir le contrat de la mourabaha.

Le pivot de différence est que le contrat de la mourabaha est une vente licite mais le prêt à intérêt est illicite car la majorité de jurisconsultes prohibent l'augmentation du prêt en fonction du temps⁷⁵.

Pour le prêt à intérêt, la banque accorde à un acheteur un prêt d'un montant déterminé. Par contre pour la mourabaha la banque vend une marchandise à son client.

⁷³Moulaye ZEIN, comparaison des modes de financement des banques islamiques et des banques classiques, séminaire précité, p.175.

⁷⁴محمد بوجلل, البنوك الإسلامية مفهومها, تطورها, نشاطها, مع دراسة تطبيقية على مصرف إسلامي, المؤسسة الوطنية للكتاب, الجزائر, 1990, صفحة 39.

⁷⁵ L'islam prohibe l'intérêt, il n'interdit pas une rémunération. Aussi l'islam n'interdit pas le prêt en-lui-même mais l'augmentation du prêt.

De plus, La banque classique perçoit des intérêts sur le prêt mais la banque islamique accorde une vente à tempérament de prix de revient majoré d'une marge bénéficiaire fixée d'avance.⁷⁶

En outre Le prêt à intérêt est un crédit financier qui porte sur le moyen de paiement alors que la mourabaha comporte un contrat commercial et un financement à terme.

On ajoute que pour le prêt à intérêt la banque est étrangère au contrat commercial bien que dans la mourabaha la banque soit en accord direct avec le fournisseur et elle assume toute la responsabilité du risque touchant la marchandise après son appropriation.

On ne peut pas assimiler cet instrument (la mourabaha) au crédit acheteur puisque la banque devient propriétaire à partie entière entre la date de son acquisition auprès du fournisseur et celle de sa vente à son client. Elle jouit de tous les droits afférents à sa propriété et reste responsable de tout événement qui peut se produire avant sa livraison au client, notamment sa destruction. Le risque est important.⁷⁷

⁷⁶ Il y a plusieurs dimensions à considérer dans l'interdiction du riba. D'abord le risque n'est pas équitablement partagé dans une opération de prêt puisque l'emprunteur le supporte quasiment seul, d'où l'injustice sociale. Ensuite l'engagement est à terme c'est donc le prix de temps. Enfin la rémunération est calculée uniquement sur le capital, c'est l'argent procuré par l'argent, ce qui est contre-nature : GENEVIÈVE CAUSSE-BROQUET, précité, p.33.

⁷⁷ Y. EL HAZZAOUNI, finance islamique : fondements, mécanismes et apports, éditions et impressions BOUREGREG, RABAT, p.59.

2- la convergence des résultats

Certains jurisconsultes musulmans visent qu'il n'y a aucun rapport entre le système financier islamique et l'autre conventionnel.⁷⁸ En revanche la raison d'être d'un système financier, qu'il soit « conventionnel » ou « islamique », est la mobilisation de ressources financières et leur allocation entre différents projets d'investissement.

Pour assurer sa continuité, la banque islamique nécessite une rémunération. Cette rémunération appelée « profit » est la contrepartie du service présenté par la banque qui est l'achat de marchandises et leur vente à tempérament, d'où l'intérêt est remplacé par le profit.

Mais généralement les banques islamiques utilisent les mêmes pourcentages proposés par les banques classiques et parfois des pourcentages plus augmentés ce qui met le client en doute.

Chose qui a poussé certains juristes à affirmer que le profit proposé par la banque islamique n'est qu'une autre notion, se voulant licite, pour inclure les intérêts, et ce sont des faits motivés par la cupidité et l'exploitation.⁷⁹ Chose qui peut être confirmé par multiples abus.⁸⁰

Ce n'est pas secret (ou du moins cela ne devrait pas l'être) que la banque ou l'institution financière islamique prendra en compte les mêmes facteurs qu'une banque conventionnelle pour déterminer les redevances et la valeur résiduelle, à savoir la valeur du bien, son amortissement, l'inflation, la solvabilité du preneur, le coût d'opportunité de la transaction. Bien entendu, il faut garder à l'esprit qu'un taux d'intérêt implicite peut aisément être dérivé du prix, de la valeur résiduelle, de la durée et des redevances. Le client musulman

⁷⁸ "انهما نظامان متقابلان : النظام الاسلامي و النظام الربوي , و هما لا يلتقيان في تصور و لا يتفقان في اساس و لا يتوافقان في نتيجة, ان كلا منهما يقوم تصور للحياة و الاهداف و الغايات يناقض الآخر تمام المناقضة." : سيد قطب, تفسير آيات الربا, دار الشروق, الطبعة الرابعة عشرة, 2010, ص.8.

⁷⁹ عبدالله الهلالي, الفائدة في القانون التونسي بين المدلول الاسمي و المدفوع الفعلي, مجموعة دراسات مهدات الى الاستاذ محمد العربي هاشم, شركة اوربيس للطباعة, تونس, 2006, ص. 753.

⁸⁰ Voir critique Supra.

doit donc faire « son shopping » et se renseigner auprès de différentes institutions islamiques afin de s'assurer que le profit demandé est en ligne avec les taux d'intérêt pratiqués sur le marché conventionnel⁸¹.

Enfin on doit noter que pour la mourabaha ainsi que pour le crédit acheteur, le banquier est payé par des primes divisées en fonction du temps mais le fournisseur est payé au comptant soit par la banque dans la mourabaha, soit par le prêteur dans le crédit acheteur.

B- la mourabaha et autres modes de financement islamiques

Le détail de toutes les opérations financières islamiques est normé par des contrats.⁸² Les banques islamiques mettent en œuvre toute une série d'opérations qui leur permettent de bénéficier de revenus fixes et prévisibles. Il s'agit essentiellement d'instruments qui permettent de financer divers secteurs d'activité économique.⁸³ Chose qui peut créer un flou concernant les principes de chaque instrument financier et ses limites. Il est vrai que plusieurs instruments à côté de la mourabaha sont à revenu fixe et ils sont basés sur l'endettement ; mais il existe multiples différences entre eux.

On analyse successivement la différence entre : la mourabaha et la location-vente (1), le salam, l'istisna et la mourabaha (2).

1- la mourabaha et la location-vente :

L'ijara utilisé par la banque islamique ou « ijara wa iqtina » ou la « location-vente », est une sorte de crédit-bail à moyen et long terme qui fait intervenir trois acteurs : le client de la banque (locataire du bien), la banque, et le fournisseur (vendeur du bien). Ce sont les mêmes acteurs intervenant dans la

⁸¹ M. EL-GAMAL, la banque et la finance islamiques, éditions DEBOECK, page 24.

⁸² A. MAOULA CHAAR, chari'a et institutions financières islamiques, la finance islamique à la française, Editions Bruno Leprince, 2009, p. 60.

⁸³ A. MAOULA CHAAR, précité, p.82.

mourabaha à la différence que le client locataire est remplacé par un client donneur d'ordre (propriétaire).

Pour la location-vente La banque islamique achète un actif qu'elle loue à une entreprise cliente pour une période déterminée. Le prix de la location est échelonné sur la période d'un contrat et peut être revu au cours du contrat. Dans ce contrat, il peut être prévu l'achat du bien par le locataire, en cours de contrat ou en fin de contrat.⁸⁴ La location-vente finance généralement les investissements (mobiliers et immobiliers) de maturité moyenne ou longue. Son terme est donc supérieur à celui de la mourabaha.⁸⁵

Le risque qui peut être soulevé pour la banque au cours de la vente mourabaha est évité par l'utilisation de la location-vente. La banque peut préférer la dissimulation de vente en la montrant sous la forme d'un bail. Le bailleur garde la propriété de l'objet jusqu'à ce que le locataire remplisse ses obligations pour que la propriété lui soit transférée.

La première utilisation de cette forme de contrat remontait à l'année 1846 en Angleterre sous le nom « hire-purchase », d'où un commerçant des machines musicales a vendu ses machines en décomposant le prix en plusieurs versements mais le contrat a été sous la forme de location avec le droit pour le locataire de s'approprier de la machine après l'achèvement des versements. Par la suite une première organisation de ce contrat a été introduite en 1952 à l'USA sous le nom du "leasing" puis cette organisation est introduite en Europe après les années soixante.⁸⁶

⁸⁴ G. CAUSSE BROQUET, précité, page 66.

⁸⁵ M. RUIMY, la finance islamique, Editions SEFI, 2008, p.104.

⁸⁶ عائشة الشرقاوي المالقلي, مرجع سابق, ص. 552
عبد الكريم عبد الجواد, المقاصد الشرعية من عقد الاجارة المنتهية بالتملك كعقد مطبق في المصارف الاسلامية, حلقة بحث, الأكاديمية العربية للعلوم المالية و المصرفية, جامعة دمشق, سوريا, 2008/06/19, ص. 15
A. KHOULDI, le leasing en droit tunisien :essai d'analyse technique et juridique, RJL décembre 1995, p5.

Au cours de la location-vente la banque reste propriétaire des biens. Le droit de propriété du bien ainsi que les droits s'y attachant reviennent à la banque pendant la période de location ; Tandis que le droit de jouissance revient au locataire. Donc la banque revendique ses biens en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens du client dans la mesure où le bien loué ne peut entrer dans le patrimoine du client tombé en faillite. C'est une garantie que présente le contrat de location-vente ; d'où la banque dispose d'un droit de propriété pendant la période de location qui l'autorise, en cas de défaillance du locataire, à reprendre le bien loué et à s'opposer à toute revendication des tiers sur le matériel qui n'est jamais entré dans le patrimoine du locataire.⁸⁷ En revanche dans le même cas la banque qui a vendu le bien à son client par une opération de mourabaha se trouve en concurrence avec le tiers créancier de son client. En définitive si la banque est sûre de son client et de ses engagements, elle devra plutôt conclure une mourabaha avec des paiements échelonnés ; sinon elle conclue avec lui un contrat de location-vente.⁸⁸

2- le salam, l'istisna et la mourabaha

La vente salam et la vente istisna sont les deux instruments financiers islamiques qui prévoient une livraison différée du sous-jacent. Par application de ces deux contrats, le bien objet de la transaction peut être acquis avant même qu'il existe.⁸⁹ Toutefois, quatre points distinguent ces deux contrats. Dans le cadre d'une opération istisna le bien doit être d'abord à construire ou à fabriquer, ensuite le prix ne doit pas obligatoirement être payé entièrement à la conclusion du contrat, puis le contrat peut être annulé avant le début du

⁸⁷ S. BOUSTANY, précité, p.37.

⁸⁸ S. PARIGI, des banques islamiques, Editions RAMASY 9, rue du cherche-Midi, 75006 Paris, 13 septembre 1989, p.80.

⁸⁹ La vente salam et la vente istisna constituent deux dérogations au principe de l'existence de la marchandise, objet de transaction, au moment de la conclusion du contrat. La charia a conçu ces contrats pour financer des transactions qui ne peuvent être financé autrement.

processus de production, et enfin la date de livraison peut être flexible. Ces quatre points ne s'appliquent pas pour le contrat salam.⁹⁰

La vente salam et la vente istisna sont les deux opérations financières islamiques les plus proches de la vente mourabaha. En effet, dans le contrat de mourabaha le vendeur s'engage à livrer l'actif sous-jacent à une date future fixée d'avance, en même temps que l'acheteur s'engage à en payer le prix à la réception. Le contrat salam engage l'acheteur à payer immédiatement le prix entier du bien acquis. En contrepartie, le vendeur s'engage à livrer le bien à une date future fixée d'avance.

Le contrat mourabaha et les contrats salam et istisna remplissent ainsi une même fonction économique permettant aux utilisateurs de disposer des biens acquis à une date différée, sans être exposés aux fluctuations des prix. Il s'agit avant tout d'instruments de couverture contre le risque de volatilité des prix, car ils permettent de fixer au moment de la conclusion du contrat les prix des biens qui seront livrés ultérieurement. Dans les deux cas, il s'agit d'un engagement ferme et définitif de la part des deux cocontractants. Ce qui différencie le salam de la mourabaha, ce sont les dates du paiement, différées et concomitantes à la livraison dans le contrat de mourabaha alors qu'elles sont immédiates dès la signature du contrat de salam. Le vendeur, dans le cadre du dernier contrat, dispose ainsi du prix de la vente qu'il pourra utiliser à escient alors que l'acheteur devra débloquer immédiatement le financement. De même que la plus grande flexibilité d'un contrat istisna le différencie d'une vente mourabaha.⁹¹ Cette différenciation du contrat de la mourabaha reflète un peu sa pratique spéciale mais ce n'est qu'avec la détermination de ses conditions (objectives et procédurales) qu'on puisse déterminer la licéité de ce contrat.

⁹⁰K. JOUABER-SNOUSSI, *la finance islamique*, éditions la Découverte, 9 bis Abel-Hovelacque 75013 Paris, 2012, p.18.

⁹¹K. JOUABER-SNOUSSI, *précité*, p.18.

DEUXIEME SECTION : les conditions de la pratique de la mourabaha

Pour que le contrat de la mourabaha soit licite, il doit renfermer toutes les conditions nécessaires⁹² pour empêcher tout doute sur leur utilisation. Une série de conditions objectives (paragraphe premier) doit être mentionnée à côté des étapes nécessaires établies dans un ordre chronologique bien déterminé qui renferme les conditions procédurales (deuxième paragraphe).

PARAGRAPHE PREMIER : les conditions objectives

Le contrat de la mourabaha est un contrat de vente. Selon l'art. 2 du COC il doit renfermer les conditions de validité de la vente à savoir, notamment, la capacité, le consentement éclairé, la licéité du bien et de l'objet.

Mais nécessairement il existe des conditions caractéristiques de la vente mourabaha. D'où "Le prix de revient, la marge bénéficiaire de la Banque et les délais de paiement doivent être préalablement connus, fixés et acceptés par les deux parties"⁹³. En outre le premier contrat de vente entre le banquier et le fournisseur doit être licite.

A- la connaissance du prix

La vente mourabaha a un caractère fiduciaire qui se présume par la connaissance par l'acquéreur du prix d'acquisition initial (1) ainsi que la marge bénéficiaire (2).

⁹²La rédaction du contrat entre deux contractuelles doit prendre en considération la loi nationale et le respect des principes fondamentaux du droit islamique liée au type de financement ou de produit financier islamique, donc il faut s'assurer que le contrat proposé permet de satisfaire les conditions posées par la Charia.

⁹³http://www.banquezitouna.com/mourabaha_66

1- la connaissance par l'acquéreur du Prix d'acquisition initial

La mourabaha est une vente incluant le prix initial en ajoutant un profit. la connaissance du premier prix est une condition de validité de la vente et son absence implique un contrat corrupt⁹⁴(fased)⁹⁵.

Donc le revendeur doit mentionner le prix initial de l'achat dans le contrat de la mourabaha. Le silence du revendeur sur le prix auquel il a acheté le bien entraîne un dol par réticence dans le contrat.

Les jurisconsultes divergent quant à la sanction de ce dol par réticence : pour les hanafites, l'acheteur doit avoir le choix entre confirmer le contrat tel quel ou le résoudre complètement. Pour les Malékites par contre, l'acheteur peut annuler le contrat mais le vendeur peut le rendre définitif en restituant la différence entre le prix déclaré et le prix réellement payé. Enfin, pour les chaféites et les hanbalites, l'acheteur n'a pas la possibilité d'annuler le contrat mais il peut déduire de sa dette la majoration dolosive.⁹⁶

Une telle divergence doctrinale peut causer multiples transactions entre le client et sa banque, ce qui nécessite une intervention rapide par le législateur pour combler les insuffisances face à l'augmentation continue de l'utilisation du contrat de la mourabaha.

2- la connaissance par l'acquéreur de la marge bénéficiaire

La banque islamique tient profit de son engagement, ce profit doit être connu par le client d'avance. Le contrat mourabaha se rapproche beaucoup du prêt à intérêt conventionnel, appelé crédit acheteur. Il se rapproche d'autant plus que la marge sera souvent fixée par référence avec la charge d'intérêt. Toutefois

⁹⁴ محمد عبد الرؤوف حمزة، دراسة عن المربحة كأهم الأساليب المستخدمة في المصارف الإسلامية، بحث تمهيدي لنيل درجة الماجستير في الاقتصاد و المصارف الإسلامية، جامعة سانت كليمنتس، الشارقة، 2006-2007، ص23

⁹⁵ Dans la doctrine islamique la vente est corrupt (fased) si la condition est liée au prix par contre si la condition est liée à la chose objet de vente on parle de nullité (botlen).

⁹⁶ M. AMRI ,les contrats de financement dans la banque islamique,Mémoire en vue de l'obtention du diplôme du Master en Droit international et comparé,UNIVERSITE DE TOULOUSE I SCIENCES SOCIALES ANNEE UNIVERSITAIRE 2008-2009, page 34.

il diffère sur deux points ; le premier est que la marge est une rémunération du risque encouru par le banquier qui est propriétaire des biens entre le moment où la banque prend livraison de la commande et le revend à son client. Elle est donc responsable de tous les dommages pouvant survenir. La deuxième point de différence est que la marge négociée une fois fixée, elle ne varie pas avec le délai de paiement.⁹⁷

La marge bénéficiaire de la banque islamique préalablement fixée d'un commun accord entre parties peut constituer un pourcentage du prix du bien. Un pourcentage n'est que la division de la marge bénéficiaire par le prix initial suivie d'une multiplication par cent. La loi jordanienne relative au contrat mourabaha et qui date de la loi ottomane de 1903, mentionne explicitement que le taux d'intérêt doit être limité à 9 pour cent.⁹⁸ Au Soudan par exemple, où la charia est établie, la marge bénéficiaire pour les contrats à fins commerciales est de 48% par an (4% par mois) alors que si le contrat est pour des fins d'investissement, elle est de 36% par an (soit 3% par mois).⁹⁹ On doit noter ici que c'est un pourcentage fixé lors d'une vente et non un pourcentage dû d'un prêt. L'islam a donné une liberté absolue lors de la vente si la chose vendue est de nature différente de sa contrepartie.¹⁰⁰

B- La validité du premier contrat

L'opération de mourabaha intègre multiples contrats. "Si plusieurs contrats ont un même objet ou participent à la réalisation d'un but commun, de sorte qu'ils possèdent une même raison d'être, ils constituent un véritable

⁹⁷ G. CAUSSE BROQUET, précité, p.59.

⁹⁸ M. EL-GAMAL, précité, p. 19.

⁹⁹ S. BANNAMARA, finance islamique et capital-risque, université LAVAL, faculté des sciences de l'administration, 2008.p24.

¹⁰⁰ تضمنت الآية 275 من سورة البقرة : " و احل الله البيع و حرم الربا " قال النبي محمد صلى الله عليه و سلم : " اذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم الا ما نهيتكم عنه " (رواه ابو عبيدة عن جابر عن ابن عباس).

groupe''.¹⁰¹ Pour que le contrat de mourabaha soit licite, le premier contrat de vente conclu entre la banque et le fournisseur doit l'être d'abord.¹⁰²

Le contrat mourabaha fait intervenir trois acteurs : le client de la banque qui désire se procurer des biens, un vendeur et la banque islamique. C'est un contrat par lequel la banque, sur ordre de son client, achète un bien et le revend à son client au coût de revient majoré d'une marge¹⁰³. Les deux contrats sont donc en lien étroit, c'est pourquoi la nullité du premier contrat implique celle du deuxième, car les deux contrats sont interdépendants.

L'idée d'interdépendance des contrats commence à poindre en 1937, et elle est soulignée par Barreyre « l'interdépendance que nécessitent les rapports humains des sociétés modernes ». L'idée est plus précisément appliquée aux contrats par le Doyen Savetier. Après avoir écrit qu'il n'est pas véritable vie économique sans marché, celui-ci adhère à un large concours de contrats. Plus récemment encore, l'idée de groupe apparaît, la réalité économique se doublant d'une réalité juridique.¹⁰⁴ Aujourd'hui, la mourabaha pratiquée par les banques islamiques est une opération renfermant un groupe de contrats. " Au point de vue économique, il n'existe qu'une opération. Les actes juridiques apparaissent donc comme les fragments d'une seule opération que l'on aurait disjointe".¹⁰⁵ Au cours de la mourabaha il y a une interdépendance de différents contrats, chaque contrat est en lien avec l'autre. Chaque contrat a un contenu clair et il est conclu dans un ordre chronologique bien déterminé.

DEUXIEME PARAGRAPHE : les conditions procédurales

La validité de l'opération de la mourabaha nécessite certaines étapes. La chronologie de ces étapes doit être bien déterminée. Toute violation constitue

¹⁰¹ B. TEYSSIE, les groupes de contrats, LGDJ, 1975, p.33.

¹⁰² عائشة الشرفاوي المالقي, مرجع سابق, ص. 423.

¹⁰³ G. CAUSSE BROQUET, précité, p.59.

¹⁰⁴ B. TEYSSIE, précité, p.28.

¹⁰⁵ J. NERET, le sous-contrat, LGDJ, 1979, p.161.

une cause d'illicéité de cette opération. Il conviendrait alors, d'analyser chaque phase de l'opération de la mourabaha.

A-La phase de la promesse de vente

La souscription de la promesse de vente (2) est nécessairement précédée d'une demande d'achat (1).

1-La demande d'achat :

Lorsqu'une entreprise a besoin d'un bien , elle le fait acquérir par un intermédiaire qui jouera le rôle de financier ¹⁰⁶.cet intermédiaire qui est la banque présente généralement un exemplaire à ses clients nommés « demande d'achat » où il existe différentes informations à souscrire tel que : la nature de la marchandise, ses caractéristiques et sa quantité, la source d'achat et l'adresse, les conditions et le lieu de livraison, le type de la monnaie, la manière de paiement, les suretés et les cautions, et quelques informations personnelles. La banque n'avance jamais dans l'opération de la mourabaha qu'après l'analyse de ce formulaire.¹⁰⁷

Concrètement, le client va demander à sa banque de bien vouloir financer l'achat d'un bien déterminé¹⁰⁸ ; cette demande doit être soigneusement étudiée. La banque étudie le marché de la marchandise pour qu'elle puisse avoir une idée sur sa commercialisation au cas de refus d'achat du client. En outre, une détermination de la marge bénéficiaire et des sûretés nécessaires est obligatoire, pour éviter le risque du non-paiement.

¹⁰⁶ G. PARLENI, regards pragmatiques sur la finance islamique, revue de droit bancaire et financier français, 2012, p.76.

¹⁰⁷ فادي محمد الرفاعي, المصارف الاسلامية, منشورات الحلبي الحقوقية, لبنان 2004, ص139.

¹⁰⁸ J. LASSERE CAPDEVILLE, la finance islamique : une finance douteuse ?, revue de droit bancaire et financier français, septembre-octobre 2009, p.21.

Le bien qui peut être meuble ou immeuble, doit être bien évidemment conforme aux perceptions de la charia¹⁰⁹. Les banques islamiques sont plus regardantes sur la nature de La chose vendue qui doit être obligatoirement conforme à la morale de l'Islam. Il est par exemple interdit de faire le commerce de l'alcool, de la viande de porc ou des aliments à base de sang.¹¹⁰

Enfin, on doit noter que certaines banques, lorsqu'elles étudient le processus, accèdent à obtenir d'autres offres pour le même type de produit à des fins de comparaison et d'obtenir les meilleures offres sur l'achèvement de la transaction.

Après l'étude du dossier et en cas de décision positive, le client signe avec la banque une promesse d'acheter le matériel demandé conformément aux caractéristiques techniques mentionnées.¹¹¹

2- La souscription de la promesse de vente

Après l'étude de la demande d'achat et son acceptation, la banque et le client souscrivent un contrat de promesse de vente. Ce contrat comporte de multiples clauses qui diffèrent d'une banque à une autre à savoir :

- 1° les informations liées aux parties du contrat et l'objet de ce contrat qui est la vente mourabaha.
- 2° la nature et les caractéristiques déjà mentionnées dans la demande d'achat.
- 3° le client doit s'engager à acheter la marchandise dès que la banque l'achète.
- 4° les parties mentionnent dans ce contrat les conditions et la place de livraison, le prix de la vente et le profit ainsi que le nombre des primes.

¹⁰⁹ J. LASSERE CAPDEVILLE, précité, p.21.

¹¹⁰ M.AMRI, précité, p.13.

¹¹¹ M. sidi Mohamed, précité, p.126.

5° la banque peut demander au client une somme déterminée comme 'garantie de sureté'¹¹². mais que garantit ce dépôt ?

S'il s'agit d'une garantie, elle devra être restituée lorsque le caractère sérieux de la demande sera avéré, à moins de constituer un acompte déguisé dont la licéité est discutée. Mais comment concilier cette exigence avec la faculté de non engagement définitif du demandeur considérée unanimement, même si c'est à des degrés variables, comme étant une condition de validité de l'opération ?¹¹³ Ce dernier qui refuse d'acheter devra-t-il renoncer à la restitution pour manque de sérieux de son engagement ? Il s'agirait alors de pénalités, dont la licéité est également discutée¹¹⁴.

B- la phase de la vente

« La vente est un contrat par lequel l'une des parties transmet la propriété d'une chose ou d'un droit à l'autre contractant, contre un prix que ce dernier s'oblige à lui payer ».¹¹⁵ L'opération de la mourabaha fait intervenir deux ventes qu'on doit analyser successivement.

1-La souscription de la première vente :

Cette phase commence par le contact du fournisseur pour l'achat, puis la possession de cette marchandise par la banque pour finir avec la réception de la marchandise du fournisseur par la banque qui assume tout risque jusqu'à la deuxième vente.

Le contact du fournisseur se fait par multiples façons, en se basant sur les informations incluses dans la « demande d'achat », ou l'accord préétabli entre la banque et certains fournisseurs.

¹¹² طه مبارك، البيوع في البنوك الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق العلوم سياسية بتونس، جامعة المنار، 2010/2009، ص30.

¹¹³ Voir développement supra.

¹¹⁴ F. DURAND et S. HAZOUG, la mourabaha, revue de droit bancaire et financier français, mars-avril 2011, p.34.

¹¹⁵ Article 564 du c.o.c.

La banque islamique et le fournisseur s'engagent dans un contrat d'achat. dans ce contrat sont précisées les modalités d'achat. La banque, peut charger un agent, voire le client –acheteur d'effectuer cette tâche.¹¹⁶

La vente doit être faite pour le compte de la banque même si cette dernière a chargé un autre agent pour l'achat de la marchandise. Avant la vente mourabaha, une exigence de possession est mise à la charge de la banque accompagnée d'une réception de la marchandise avec son transfert vers les magasins de la banque.¹¹⁷

Ainsi, la banque devient le propriétaire de la marchandise avant la vente mourabaha ce qui implique qu'elle assume toute la responsabilité sur les risques touchant cette marchandise. Cette responsabilité continue jusqu'à la souscription du deuxième contrat de vente qui est le contrat de la mourabaha.

2- La souscription de la deuxième vente (la mourabaha) :

“ La réalisation d'une opération ne requiert pas toujours la conclusion de contrats de même importance. Un seul suffit pour que l'essentiel de l'objectif poursuivi soit atteint. D'autres, greffés sur le précédent, en constituent, cependant, un complément utile, voire nécessaire”.¹¹⁸ Bien que le contrat de la mourabaha soit le dernier contrat conclu, il renferme l'essentiel et l'important contrat à signer c'est la base sur laquelle l'opération de la mourabaha est constituée.

Le contrat mourabaha est signé entre la banque islamique et son client acheteur pour un prix comprenant le coût de revient plus une marge. Ce contrat prévoit les modalités de paiement.¹¹⁹

¹¹⁶ G. CAUSSE BROQUET, précité, p.60.

¹¹⁷ راشد الهرسي, القرض و المصارف الاسلامية, رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص, كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس, 2009/2008, ص42.

¹¹⁸ B. TEYSSIE, précité, p.119.

¹¹⁹ G. CAUSSE BROQUET, précité, p.60.

Ainsi la banque achète le bien au comptant sur le marché, et le revend aussitôt à l'utilisateur. L'utilisateur paiera à terme l'intermédiaire, pour une valeur supérieure au prix d'achat. La différence constitue donc la rémunération du financier.¹²⁰ L'opération de la mourabaha finit normalement par le paiement de toutes les tranches du prix d'achat¹²¹ par le client de la banque islamique.

Le contrat de la mourabaha prévoit nécessairement, les modalités de paiement. Le but primordial du client est l'échelonnement du prix de vente ; pour cela les parties doivent fixer soigneusement les échéances qui sont payables par fractions périodiques. Les obligations du client de la banque ne prennent fin qu'à la fin de la date de paiement du dernier terme. Toutefois, il lui est permis de procéder à un règlement anticipé des termes non échus.

« Les banques islamiques ne peuvent prévoir ni des intérêts, ni intérêts de retard, contrairement aux banques conventionnelles ».¹²² Donc si l'acheteur ne remplit pas son obligation de payer les fractions du prix à dates fixées dans le contrat, il n'est pas soumis à des intérêts de retard.

Néanmoins, il a été admis que, dans certaines circonstances et à certaines conditions, des indemnités de retard pourront être facturées au client qui n'a pas payé à bonne date. Un client solvable est, en effet censé payer à bonne date et ne peut, sans juste motif, se dégager du paiement qu'il est censé faire. Mais à aucun moment, la banque ne peut réviser à la hausse sa marge bénéficiaire en contrepartie du dépassement de délai. En outre, en cas de mauvaise foi du client, la banque est en droit de réclamer, en sus des pénalités¹²³, un dédommagement

¹²⁰ G. PARLERANI, précité, p.79.

¹²¹ "يمثل الوفاء الطريق الطبيعي لتنفيذ الالتزام. و الاصل في الوفاء كإثر للالتزام على معنى الفصل 248 من م.إ.ع ان يكون بعين ما التزم به المدين. و قد يوجب القانون على الدائن في بعض الحالات ان يطالب مدينه بالوفاء فاذا فعل فانه لا يجوز لهذا المدين ان يمتنع عنه بل يجبر على القيام به ان كان ممكنا فان كان مستحيلا حكم عليه بالتعويض مع الفسخ" : خليفة الخروبي, قانون مدني: اوصاف الالتزام, منشورات دار تونس للنشر, ص.209.

¹²² M. BOURGHEDA, la finance islamique à la française ; le financement islamique : une alternative à la finance conventionnelle, Editions Bruno Leprince 2009, p.198.

¹²³ Ces indemnités devront être versées à des organismes de charité et la banque ne bénéficiera pas de ces indemnités.

des échéances non honorées. Dans ce cas, le préjudice doit être évalué par rapport à des critères objectifs propres à la banque et toujours en évitant toute référence au taux d'intérêt.¹²⁴

Par conséquent la demande par la banque islamique al-baraka, des intérêts de retard à son client, est contraire aux perceptions de la charia. Cette banque a demandé au cours d'un litige avec son client des indemnités de retard de la période entre le 1^{er} janvier 1991 et le 28 mai 2003.¹²⁵ Dans cette affaire la Cour de Cassation n'a pas donné le droit à des intérêts pour la banque et cela n'était pas en se basant sur le droit islamique, au contraire le tribunal a admis les résultats d'un expertise.

Les banques islamiques doivent échapper à toute stipulation ou demande des intérêts quel que soit la cause de cette demande pour créer une certaine confiance à ses clients et pour empêcher toute critique de la conformité de ses instruments financiers à la charia. Les intérêts ne doivent pas être inclus ni implicitement ni explicitement dans l'opération de la mourabaha car « la rigueur de la prohibition coranique de l'usure est bien connue ».¹²⁶

La dernière violation n'est pas la seule faite par les banques islamiques ce qui nécessite une démystification de toute déviation de la pratique de la mourabaha.

¹²⁴ M. BOURGHEDA, précité, p.198.

¹²⁵ Arrêt de la cour de cassation n°43130, date : 12/02/2010. (Voir annexes).

¹²⁶ N. BEN AICHA, la notion de « neutralité confessionnelle » dans l'article 4 du code des obligations et des contrats, *Revue du C.O.C.* :1906-2006, 2006, p. 160.

DEUXIEME CHAPITRE : la déviation de la pratique de la mourabaha

Malgré l'existence des opérations de la mourabaha depuis plus d'un quart de siècle, et la continuité de leurs progression ; de multiples ambiguïtés demeurent encore autour de ces opérations.

L'aspect largement éthique de ces contrats augmente les incertitudes pour la clientèle. Cette dernière a échappé des banques traditionnelles pour fuir des intérêts prohibés par l'islam. Ainsi « la pratique du prêt à intérêt dans les relations marchandes est par principe, absolument prohibée. Cette interdiction de l'intérêt se rapproche d'ailleurs des deux autres religions monothéistes pour lesquelles l'interdiction valait aussi ».¹²⁷

Mais l'interdiction d'intérêt ne doit pas présenter un avantage pour les banques islamiques pour s'abuser et suivre des modalités loin d'être ni islamiques ni éthiques. Car même « La banque conventionnelle n'est pas dénuée de sens moral et éthique ».¹²⁸

La nouveauté des banques islamiques c'est qu'elles sont soumises normalement à un risque plus fort que les banques traditionnelles car elles utilisent des contrats basés sur la vente et la location et même des contrats de partenariat.

Mais, si la banque n'assume aucune responsabilité ou aucun risque lors de son activité cela met le client en doute. Chaque banque renferme des profits mais c'est interdit pour une banque islamique de n'assumer aucun risque ou de détourner ses opérations vers une mystification se traduisant par le simple changement de crédit en une opération formelle additionnée de l'adjectif

¹²⁷ S. BOSTANY, précité, p.5.

¹²⁸ S. BOSTANY, précité, p.2.

« islamique ». Cette mystification se traduit par multiples fautes à savoir : le détour de certains contrats (section première) ou l'absence de certains détails (deuxième section).

SECTION PREMIERE : le détour de certains contrats

Lors de l'opération de la mourabaha on peut y avoir un détour de la vente (paragraphe premier) ou une introduction de certaines clauses prohibées (deuxième paragraphe) résultants des contrats illicites.

PARAGRAPHE PREMIER : le détour de la vente

La vente constitue le pivot de dispersion de la mourabaha du crédit-acheteur. Donc les principales fautes commises par les banques islamiques se traduisent lors de la déformation de cette vente soit par la vente de la chose d'autrui (C), soit par l'absence de la vente (B) ou par son caractère fictif (A).

A- le caractère fictif de la vente

“L'achat/revente doivent être réels et non fictifs”¹²⁹. Plusieurs actions sont à la source d'une vente fictive. Parfois, un client assumé d'une dette et incapable de la rembourser pour un certain fournisseur, se dirige vers la banque par une fausse facture. La banque souscrit avec ce dernier un contrat de la mourabaha et lui donne un chèque pour régler sa dette sans qu'il y ait la marchandise. Cette action constitue un crédit _acheteur et non une mourabaha car la vente n'est que de charlatanisme.

¹²⁹http://www.banquezitouna.com/mourabaha_66.

Dans d'autres cas, le client après la souscription d'un contrat de la mourabaha avec la banque, retourne au fournisseur et lui vend en espèce la même marchandise à un prix moins élevé que le prix initial.

Le but de cette opération est l'obtention de l'argent, donc cette opération constitue un camouflage cachant le crédit-acheteur.

Ensuite, la mystification de la mourabaha peut être considérée par l'opération suivante : un commerçant (a) donne à un autre (b) une facture pour que ce dernier souscrit un contrat de mourabaha avec la banque. Puis le commerçant (b) donne au client (a) une autre facture sur la base de laquelle ce dernier souscrit un contrat de mourabaha avec la banque.

Donc chacun des deux clients (a) et (b) souscrivent un contrat de mourabaha avec la banque sans qu'il n'y eût un échange de marchandises mais seulement un financement. Cette opération constitue un crédit à intérêt.

Un autre cas se traduit comme suit : lorsque le client est incapable de payer le reste de versements d'une première opération de mourabaha ; il souscrit une nouvelle mourabaha à long-terme avec la même banque. La nouvelle mourabaha est imposture car il n'y a pas de vente.

B- l'absence de la vente

Parfois, l'employé de la banque islamique accepte la demande d'achat du client. Il donne à ce client un chèque au nom de ce dernier et non au nom du fournisseur. Alors, le client, au lieu d'acheter la marchandise par procuration de la banque, il liquide le chèque et obtient sa valeur. Donc il n'y a pas une vente et la mourabaha devient imposture car il s'agit d'une transaction qui ne diffère pas de crédit fait par les banques classiques.

Dans d'autres cas le banquier peut même ne donner aucun chèque au client. Après la demande d'achat au lieu de remplir un chèque au nom du

fournisseur des biens, le banquier dépose la valeur de marchandise dans le compte courant de son client qui utilise ce montant dans n'importe quelle affaire. A cette occasion les deux parties n'ont pas terminé les étapes de la mourabaha et notamment l'étape de la vente donc elle est illicite et constitue un vrai crédit à intérêt.

Bref, un contrat de vente doit être souscrit entre la banque islamique et son client. Cela met en doute l'islamité de financements faits par la banque islamique al-baraka. D'où les faits d'une affaire présentée à la Cour de Cassation¹³⁰ présument que le fournisseur, propriétaire d'une unité pour olive, a vendu directement cette unité au client de la banque al-baraka. Le prix de la vente est normalement versé par la banque pour le compte de fournisseur. Il s'agit alors d'un financement par un crédit et non un contrat de vente mourabaha. Cette position se confirme par le premier contesté de l'avocat de la banque al-baraka qui déclare que le litige est né entre les parties de la vente qui sont le fournisseur et le client de la banque. Il continue d'affirmer que la banque est un tiers dans le contrat de vente ; or dans l'opération de la mourabaha la banque doit s'approprier de l'objet de la vente et assumer tout risque pour que cette opération soit conforme au droit islamique. La cour d'appel a considéré que le banquier en tant que financier de la vente se retire de la force obligatoire de la vente. Elle a déclaré la responsabilité du banquier même en l'absence de la vente ce qui paraît être conforme aux perceptions de la charia bien que la justification soit purement législative. Au contraire la banque cherche une violation de perceptions de la charia par des règles législatives chose, qui doit être évitée pour avoir la confiance de la clientèle et pour éliminer les doutes existantes de l'islamité de la mourabaha pratiquées par les banques islamiques.

¹³⁰ Arrêt de la cour de cassation n° 71843.2012, date : le 30/04/2012 (voir annexes).

C- la vente de la chose d'autrui

La compliance à l'ordre chronologique de la mourabaha est déterminant. Certaines violations sont possibles. Parfois la banque et son client signent le contrat de promesse de vente, le contrat de mourabaha et le contrat de la réception des garanties au même instant.

La faute ici est que la banque a vendu une marchandise avant de l'acheter, chose qui est interdite en islam¹³¹ bien que cette action puisse être admise en droit tunisien si le maître le ratifie ou si le vendeur acquiert ensuite la chose déjà vendue¹³².

Quelques fois le client achète le bien puis se dirige vers la banque pour souscrire un contrat de vente. Donc le client avait acheté le bien avant de signer la promesse de vente. Il est, par conséquent, en accord avec le fournisseur. À cette occasion, la banque aurait vendu un bien qu'elle ne possède pas. Cette opération constitue un financement à intérêt.

Dans d'autres cas, le client ouvre un compte courant à son nom puis reçoit des marchandises mais il est ensuite incapable de payer le prix ou une partie du prix au fournisseur. Pour sortir de ce déficit le client souscrit un contrat de mourabaha avec la banque qui paye le reste du prix. La banque n'acquiert pas les biens donc cette opération entre dans la vente de la chose d'autrui.

Une partie de la doctrine a considéré que la vente mourabaha est illégitime pour la raison que la promesse de vente constitue une vente, et que par conséquent, la banque vend ainsi une chose d'autrui¹³³.

¹³¹ في ذلك احاديث منها ما رواه احمد و ابو داود و الترمذي و النسائي, عن حكيم بن حزام قال اتيت رسول الله صلى الله عليه و سلم, فقلت ياتيني الرجل يسالني من البيع ما ليس عندي ابتاع له من السوق ثم ابيعه؟ قال "لا تبع ما ليس عندك" قال الترمذي "حديث حسن صحيح".

¹³² Article 576 du coc

¹³³ "استدل هؤلاء بالحديث, عن حكيم بن حزام قال, (اتيت رسول الله صلى الله عليه و سلم فقلت ياتيني الرجل يسالني من البيع ما ليس عندي, ابتاع له من السوق ثم ابيعه؟ قال, لا تبع ما ليس عندك). و ردا على هذه الشبهة فان وعد المصرف او الامر بالشراء ليس بيعا و لا يكون عقدا حتى عند من يقول بالالزام بالوعد لان الوعد يصدر من ارادة منفردة كما هو الحال في الخطبة فهي وعد بالزواج و لكنها ليست عقدا باتفاق الفقهاء"/عبد

Mais ce qui est interdit est de vendre quelque chose et non pas la promesse de vente car celle-ci ne constitue pas réellement une vente même si elle a un caractère contraignant.

DEUXIEME PARAGRAPHE : l'introduction de clauses prohibées

Il est vrai que le principe en droit islamique est la contrition libre des contrats et de leur continu mais sous certaines conditions à savoir l'équilibre des intérêts entre les parties de contrat.¹³⁴ C'est pourquoi certaines clauses sont prohibées telles que les clauses abusives (B) et la clause pénale (A) dans certaines conditions.

A- l'introduction de la clause pénale

La source de la nomination de cette condition comme "clause pénale" est de droit positif. Le droit islamique classique ne connaît pas ce qu'on appelle "la clause pénale".¹³⁵

L'inexécution ou le retard mis par l'un des contractants à exécuter ses obligations, entraîne pour l'autre ou pour les autres parties du contrat, une perte ou un manque à gagner. La réparation de ce dommage se résout en dommage-intérêts. Il appartient au juge saisi de l'affaire d'évaluer le montant de la réparation. Mais si les parties ont elles-mêmes prévu une sanction, cette stipulation s'appelle « une clause pénale ».

Une clause pénale est une clause contractuelle qui a pour but de déterminer à l'avance quelle sera la sanction pécuniaire applicable au cas où

المجيد عبدالله دية شبهات و ردود على بيع المرابحة الامر بالشراء كما تجريه المصارف الاسلامية، مجلة الزرقاء للبحوث و الدراسات الانسانية، المجلد التاسع-العدد الثاني، الاردن، 2009، صفحة 99

134. محمد يوسف عارف الحاج محمد، عقد الاجارة المنتهية بالتملك من التطبيقات المعاصرة لعقد الاجارة في الفقه الاسلامي
مذكورة لنيل درجة الماجستير في الفقه و التشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2003، ص. 129
135 وليد محمد على كرسون، شبهة الربا و اثرها في عقد البيع و المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2009، 444.

l'une des parties n'exécuterait pas ses obligations. Malgré sa dénomination, il s'agit d'une sanction civile prévue par les parties à un contrat. Cette clause n'est pas organisée par le législateur tunisien, au contraire des autres législations (française, allemande, italienne, égyptienne et libanaise). En revanche, elle est considérée comme valide à partir de 1960 par la jurisprudence tunisienne.¹³⁶

La clause pénale peut être révisée par le juge, à la hausse comme à la baisse¹³⁷, lorsqu'elle est manifestement excessive ou dérisoire, ce qui prouve le rôle compensatoire et non pénal de cette clause.

Les travaux de la commission de codification des lois tunisiennes (code civil et commercial) ont abouti à l'organisation de la clause pénale dans l'article 333 du projet de loi du coc. Mais Santillana, rapporteur de la commission de préparation du coc, a éliminé cet article en affirmant qu'il est contraire aux principes du droit islamique.¹³⁸ Mais ce n'est pas le même avis de conseil des Grands Savants dans le Royaume d'Arabie Saoudite, qui a validé une compensation proportionnée au dommage dans les contrats pratiqués par les banques islamiques¹³⁹, décision qui paraît conforme avec la jurisprudence tunisienne.

B- l'introduction de clauses abusives

Ce qui est contractuel n'est pas nécessairement juste.¹⁴⁰ Le principe de la liberté contractuelle permet à la partie forte d'introduire dans son contrat des clauses qui lui apportent un avantage excessif. Ce sont les clauses abusives qui ne sont pas définies par le législateur tunisien, le législateur français les définit dans l'article L. 132-1 du Code de la consommation comme suit : « Dans les

¹³⁶ المنجي طرشونة, درس في التصرف القانوني لطلبة السنة الاولى "ماجستير بحث قانون خاص, كلية الحقوق و العلوم السياسية بسوسة, 2011-2012, ص 47.

¹³⁷ Arrêt civil de la cour de cassation n° 42624 en 28 avril 1994.

¹³⁸ نذير بن عمو, الشرط الجزائي صحوة البركان, المجلة القانونية التونسية, 1996, ص 243.

¹³⁹ عبد الكريم عبد الجواد, مرجع سابق, ص 49.

¹⁴⁰ N. REKIK, les clauses abusives et la protection du consommateur, revue des études juridiques, faculté de Sfax 2000, numéro 7, page 111.

contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

Il est très fréquent qu'un professionnel fixe à l'avance un certain nombre de stipulations qui s'appliqueront de façon générale à tous les contrats particuliers qu'il conclura ultérieurement soit avec ses clients, soit avec ses fournisseurs . Ce sont les contrats types.¹⁴¹ Le contrat de mourabaha est l'un de ces contrats types car la banque fixe d'avance les stipulations nécessaires du contrat.

La banque islamique peut introduire des clauses abusives dans le contrat de mourabaha telles que les clauses d'irresponsabilité ou de non garantie. Chose qui est possible surtout que ce genre de contrat s'inclut dans les contrats d'adhésion. Le contenu des contrats bancaires échappe, le plus souvent, à la libre discussion des parties. Ainsi, ces contrats bancaires méritent, sans contestation, d'être reconnus comme de véritables contrats d'adhésion.¹⁴² Ces derniers posent le problème du risque d'une inéquitable disproportion dans les prestations parce qu'il stipule souvent des clauses imposées par la partie forte¹⁴³, apportant à celui-ci un avantage excessif et lésant ainsi les intérêts de l'autre partie.¹⁴⁴

La loi tunisienne ne contient pas une disposition générale permettant au juge d'annuler ces types de clauses sauf quelques clauses bien fixées, généralement intégrées dans des textes spéciaux, notamment dans le droit de

¹⁴¹ J. GHESTIN, droit civil : la formation du contrat, LGDJ, 3^{ème} édition 1993, p.64.

¹⁴² J-P. DOM, contrats bancaires, éditions du juris-classeur, 1998, page30.

¹⁴³ Le contrat d'adhésion suppose que l'une des parties accepte en bloc, sans possibilité de discussion, les clauses du contrat qui lui est proposé par l'autre. Autrement dit le choix de l'adhérent se réduit à conclure ou ne pas conclure le contrat dont le contenu échappe à sa volonté. " a cet élément qui répond au terme adhésion, CREPEAU (P.A.) ajoute « la rédaction unilatérale des clauses du contrat de l'offrant »". Jacques GHESTIN, précité, p. 76.

¹⁴⁴ N. REKIK, précité, p.112.

consommation.¹⁴⁵ Une intervention par le législateur pour la détermination des clauses abusives est donc nécessaire.

DEUXIEME SECTION : l'absence de certains détails

Pour que la pratique de la mourabaha soit conforme au droit islamique, elle doit renfermer toutes les conditions nécessaires. En outre la présence de certains détails est obligatoire. Ainsi l'absence de l'assurance mutuelle (paragraphe premier) et le caractère « non contraignant » de la promesse de vente, peuvent fausser toute l'opération de la mourabaha. Une démystification paraît être nécessaire alors.

PARAGRAPHE PREMIER : l'absence de l'assurance mutuelle (takaful)

Pour minimiser ses risques, le client de la banque islamique doit souscrire un contrat d'assurance compatible aux principes islamiques¹⁴⁶. C'est l'assurance mutuelle qui procède à des principes (A) bien déterminés ainsi qu'à des produits (B) spécifiques. Cette assurance diffère de l'assurance classique prohibée par la charia chose qui doit être respectée.

A- les principes de l'assurance mutuelle

L'assurance mutuelle se présente par un groupe de personnes qui souscrivent chacune une part d'un fonds. Lorsque l'un des membres demande une indemnisation légitime (en fonction du type d'assurance mutuelle à laquelle

¹⁴⁵ Parmi les articles qui précisent les clauses qui sont considérées nulles par le législateur à cause de leurs caractères abusifs : l'article 17 et l'article 10 de la loi n°117 de 7 décembre 1992 relative à la protection de consommateur ; l'article 34 et l'article 36 de la loi n°83 de 9 out 2000 relative aux échanges et au commerce électroniques.

¹⁴⁶ بالنسبة لبنك الزيتونة "ضمانا لتسديد مبلغ الدين , يلتزم الطرف الثاني(الحريف) بامضاء عقد تامين لدى شركة تامين اسلامية ما امكن , يوافق عليها الطرف الاول(البنك) ضد الحريق و جميع الاخطار لحماية العقار موضوع التمويل و ذلك بمجرد ابرام عقد البيع مرابحة و يلتزم الطرف الثاني بتعيين الطرف الاول مستفيدا من التعويضات التي قد تستحق بمقتضى ذلك العقد و بمد الطرف الاول بنسخة منه"(انظر الملاحق).

ils ont souscrit), cette dernière est prélevée sur le fonds. Entre temps, l'argent du fonds est investi dans le respect des règles islamiques sans exposer, de manière significative, les assurés au moindre risque supplémentaire. Les rendements sont ensuite partagés entre les assurés.¹⁴⁷

Ce qui distingue l'assurance islamique de l'assurance 'classique', c'est principalement l'exclusion de trois éléments qui ne sont pas conformes aux principes de la Sharia : «le riba » , « le gharar », et «le mayssar ».

L'avis qui fait pratiquement un consensus en Islam est que l'idée du Riba s'applique à toute rémunération/croissance de capital réalisée sans effort ni échange commercial. En assurance «le Riba» est présent en général dans les opérations d'investissement des primes versées par les preneurs d'assurance. Également, les sociétés d'assurances peuvent charger des pénalités de retard dans le paiement des primes sous formes d'intérêts.

Le « Gharar» se définit comme toute transaction dans laquelle il y a tromperie ou ignorance(Jahâla) de l'objet du contrat. La vente Gharar est celle dont on ne sait pas si l'objet existe ou pas, où on ne connaît pas non plus quelle est sa quantité et s'il serait possible de la livrer ou pas. Ainsi, lorsque le transfert de propriété de la marchandise (ou de la contrepartie qui est la couverture dans le cadre de l'assurance) est conditionné à un événement aléatoire et hasardeux dont notamment la survenue d'un sinistre.

Le « mayssar » ou le jeu du hasard, désigne dans le domaine économique, toute forme de contrat dans lequel le droit des parties contractantes dépend d'un événement aléatoire dont la survenance n'est pas sûre. En effet l'Islam condamne toute spéculation, pari sur l'avenir et interdit les transactions faisant intervenir les jeux de hasard et les incertitudes extrêmes.

¹⁴⁷ M. EL-GAMAL, précité, page 38.

La formule de l'assurance islamique se distingue de l'assurance 'classique' pour multiples raisons. D'abord le contrat d'assurance islamique n'est pas un contrat d'achat à un tiers de protection contre une rémunération car l'accent est mis sur la solidarité d'un groupe. Ensuite Les primes font obligatoirement l'objet d'investissement licite sous le contrôle des assurés. La formule de l'assurance islamique ne permet pas de profit car, lors de la dissolution du fonds, le solde est rétrocédé aux participants au prorata de leur participation ou encore donné à des œuvres de charité.¹⁴⁸

La différence entre l'assurance classique et l'assurance mutuelle est que dans cette dernière, l'assureur n'est pas une institution séparée de l'assuré. Les membres de l'organisation d'assurance ne cherchent pas par ailleurs, à générer des profits mais plutôt, à réduire les pertes dont certains membres pourraient être touchés. En revanche, dans le premier cas de figure, l'assurance est octroyée en échange de paiements fixes par une compagnie qui cherche à réaliser des bénéfices. De tels profits sont réalisés au détriment de l'assuré.¹⁴⁹

B- les produits de l'assurance mutuelle

Le «takaful» est un accord entre les membres d'un groupe donné et dont les intérêts sont communs, appelés participants, qui décident collectivement de se garantir les uns les autres contre un certain nombre de revers ou de pertes potentielles, clairement définies dans l'accord, par l'intermédiaire d'un fonds commun alimenté par les ressources de chacun des membres du groupe et qui doit servir à indemniser les participants.¹⁵⁰

Il existe trois modèles et plusieurs variations de la mise en pratique du Takaful : le modèle de Mudhabara, le Modèle de Wakala et enfin la Combinaison des deux modèles.

¹⁴⁸ F. GUERANGER, précité, page 188.

¹⁴⁹ M. EL-GAMAL, précité, page 38.

¹⁵⁰ F. GURANGER, précité, page 189.

Pour le modèle de Mudharabah, l'opérateur agit comme un « Mudarib» (entrepreneur) avec les participants comme fournisseurs du capital; les pertes réglées par les participants par accord préalablement convenu de participation aux bénéfices; les actifs acquis, grâce au capital avancé, demeurent la propriété de l'actionnaire appelé aussi «rabb-al-maal».

Les profits nets sont partagés entre les deux parties suivant des proportions agréées d'avance, alors que la perte sur le capital est seulement à la charge de «rabb-al-maal».

Dans le Modèle Wakalah, L'opérateur agit comme un agent, gère les fonds en lieu, place des participants et reçoit des honoraires pour les dépenses d'exploitation.

La combinaison Wakalah/Mudharabah (basée sur les honoraires/part bénéficiaire) consiste à appliquer la Wakala pour les activités d'assurance et la Mudharaba pour les bénéfices de placements.

Selon les prévisions de M. Ahmed Hadroug (le responsable du comité général des assurances), l'assurance «takaful» va prendre son envol en Tunisie et atteindra, à l'horizon de 2017, environ 10% du volume global du chiffre d'affaires de l'assurance. En 2011, ce chiffre d'affaires a été évalué à 1178 million de dinars. Le responsable estime, toutefois, que ce dernier type d'assurance ne prendra pas la place de l'assurance classique en Tunisie.

M. Hadroug a cité que la «ZitounaTakaful», lancée en 2011, est parvenue à attirer, jusqu'à présent, plus de 2109 clients avec la signature d'environ 2069 contrats.

La société a réalisé un chiffre d'affaires de 1,6 million de dinars en opérant via le réseau de la Banque Zitouna. Elle compte une agence centrale à Tunis et une autre représentation régionale à Sfax.

Deux nouvelles sociétés d'assurance islamique, baptisées "Takafulia" et "Al Amana takaful", vont, bientôt, voir le jour, a annoncé Ahmed Hadroug.

L'exercice de ce type d'assurance, basé sur la loi islamique, la solidarité et le partage des risques, est sur le point d'être prohibé pour les assureurs classiques en Tunisie en vertu d'un projet de loi en cours d'examen.

Bref une assurance mutuelle est souscrit lors de la mourabaha pour sert comme garantie en faveur du banquier ce qui minimise le risque qui le peut toucher. Chose qui rapproche les banques islamiques de plus en plus aux banques conventionnelles surtout si les parties ont prévu que la promesse de vente souscrit au début de l'opération soit contraignante.

DEUXIEME PARAGRAPHE : l'absence du caractère « non contraignant » de la promesse de vente

La forte divergence entre les opinions des jurisconsultes musulmans renferme une part d'ambiguïté. Néanmoins, elle nous aide à choisir et à distinguer entre des banques qui suivent une bonne pratique des opérations islamiques, et d'autres banques qui exploitent le nom de l'islam pour abuser et nuire aux intérêts de leurs clients par des opérations camouflées. Le caractère contraignant de la promesse de vente est controversé par la doctrine islamique classique ainsi que moderne ¹⁵¹(A), bien qu'il existe des solutions dans le COC (B).

A- la dichotomie de la doctrine musulmane

Une partie de la doctrine a déclaré la prohibition du caractère contraignant de vente et d'achat (1) une autre partie l'a contrairement admis (2).

¹⁵¹راشد الهرسي, مرجع سابق, ص19

1- l'approche de prohibition du caractère contraignant de la promesse de vente et d'achat

La promesse est celle de faire ou ne pas faire quelque chose dans le futur¹⁵². Elle peut être unilatérale ou bilatérale.

En droit islamique la promesse unilatérale est permise sous certaines conditions à savoir qu'elle ne doit pas être considérée comme une vente conclue. Si la promesse est celle d'acheter, l'achat doit intervenir au moment prévu et se conclure par l'échange d'une offre et d'une acceptation. Si celui qui a promis revient sur sa promesse d'achat, il peut être obligé d'acheter la chose ou de payer des dommages-intérêt.¹⁵³ C'est une solution semblable à celle qui est prévue par le droit tunisien¹⁵⁴.

La promesse de vente peut être aussi bilatérale. À cette occasion les deux parties s'entendent, l'une pour acheter telle chose, à tel prix, à telle période, l'autre pour la vendre. Cette promesse a donné lieu à une discussion, par les savants, sur son caractère licite. En effet, elle peut apparaître comme un contrat à terme, ce qui n'est pas permis.¹⁵⁵

La promesse croisée de vente et d'achat, non contraignante au cours de l'opération de la mourabaha, est valable chez toutes les écoles de la pensée islamique (Malékite, Chaféite, Hanafite, et Hanbalite).

Mais l'école Malékite ajoute une condition pour consolider la validité de la promesse qui est celle du « non mentionnement de la valeur du profit ».

¹⁵² G. CAUSSE BROQUET, précité, p.40.

¹⁵³ G. CAUSSE BROQUET, précité, p.40

¹⁵⁴ خليفة الخروبي, العقود المسماة, مجمع الاطرش للكتاب المختص, 2010, ص.111.

¹⁵⁵ G. CAUSSE BROQUET, précité, p.41.

L'imam chafii , l'imam Ibn el_kayém , et Ibn bez ont déclaré la validité de la mourabaha pour le compte du donneur d'ordre à condition que la promesse de vente soit non contraignante.¹⁵⁶

Ces derniers rejettent le « caractère contraignant » de la promesse bilatérale de vente au cours de l'opération de la mourabaha car l'islam a interdit deux ventes en un seul contrat, ainsi que la vente d'une chose non appropriée par le vendeur.

En revanche, Le caractère contraignant est nécessaire pour la stabilité des transactions et la protection du banquier dans le cas du refus d'achat par le client ; donc on doit analyser l'approche de ceux qui défendent le caractère contraignant.

2- l'approche de défense du caractère contraignant de la promesse de vente et d'achat

La majorité de la doctrine musulmane classique a confirmé l'approche qui prohibe le caractère contraignant de la promesse croisée de vente et d'achat lors de la mourabaha pour le compte du donneur d'ordre.

Cette prohibition a deux fondements l'un concerne l'interdiction par l'islam de deux ventes en un seul contrat et l'autre désigne de la prohibition du vente d'une chose non appropriée par le vendeur.

D'une part, les écoles Hanafite, Chaféite, et hanbalite ont mentionné la validité de la mourabaha avec une promesse de vente non contraignante.

D'autre part, l'école Malékite a mentionné la validité du caractère contraignant de la promesse de vente mais seulement pour les contrats de donation.¹⁵⁷

¹⁵⁶ جعفر بن عبد الرحمن قصاص. بيع المراجعة للأمر بالشراء, دراسة فقهية, 2011, ص. 12.
¹⁵⁷ عائشة الشرقاوي المالقي, مرجع سابق, ص. 419.

Actuellement, certaines banques islamiques prennent l'approche de la validité de la mourabaha par les écoles hanafite, hanbalite et chaféite et l'approche de la validité du caractère contraignant par l'école malékite, chose qui est inadmissible. D'où la mourabaha précédée d'une promesse contraignante ne trouve sa validité dans aucune des écoles de pensée islamique.

Malgré cela, la deuxième conférence de la banque islamique en Kuwait en 1983 a laissé le choix pour le comité de charia de chaque banque pour l'approbation ou non du caractère contraignant de la promesse de vente qui précède la mourabaha.¹⁵⁸

On doit noter enfin, qu'en droit tunisien, la promesse croisée de vente et d'achat ne vaut pas une vente et ne produit pas le transfert de la propriété. Cette disposition est contraire à celle du droit français d'où l'article 1589 du code civil français considère cette promesse comme vente.¹⁵⁹

Pour cela une banque islamique tunisienne ne peut contraindre son client à accomplir l'obligation que si l'exécution en est possible, à défaut, il pourra demander la résolution du contrat ainsi que les dommages intérêt dans les deux cas¹⁶⁰. Mais loin de ce débat, il existe de meilleures solutions en droit tunisien.

B- l'existence de solutions dans le COC

Pour éviter la dichotomie doctrinale touchant le caractère contraignant de la promesse de vente, les banques islamiques peuvent procéder à des solutions existantes dans le coc à savoir, la vente sous condition suspensive en faveur de l'une des parties (1) et les arrhes (2).

¹⁵⁸ Dans la banque islamique, la structure de gouvernance comporte un comité chargé de contrôler la conformité des pratiques avec les principes du droit musulman, c'est la comité de charia.

¹⁵⁹ خليفة الخروبي, مرجع سابق, ص. 113.

¹⁶⁰ Article 273 du coc.

1-La vente sous condition suspensive en faveur de l'une des parties

Si le banquier achète la marchandise sous condition suspensive en sa faveur, il peut restituer la marchandise au fournisseur au cas de refus d'achat de son client donneur d'ordre. Donc la vente sous condition suspensive est une solution pour échapper à la dichotomie doctrinale concernant le caractère contraignant de la promesse de vente.

Pour les banques islamiques tunisiennes cette solution trouve sa source dans l'article 700 du coc qui dispose que « la vente peut être faite à condition que l'acheteur ou le vendeur aura le droit de se départir du contrat dans un délai déterminé. Cette condition doit être expresse ; elle peut être stipulée, soit au moment du contrat, soit après, par une clause additionnelle. »

Pour plus de conformité à la charia, il est souhaitable que la durée entre la conclusion de la vente conditionnelle et l'échéance du terme extinctif n'excède pas trois jours.¹⁶¹

2-Les arrhes

La deuxième conférence de la banque islamique de Kuwait en 1983 a mentionné la validité d'arrhes dans la vente de la mourabaha.

Pour échapper à l'incertitude du caractère contraignant de la promesse, la banque peut éliminer cette phase de promesse en recevant un montant assurant l'exécution de son engagement.

Pour les banques islamiques tunisiennes cette solution peut être consolidée par les articles 303, 304 et 305 organisant les arrhes en conformité avec les règles islamiques.

L'article 304 du coc dispose que « en cas d'exécution du contrat, le montant des arrhes sera porté en déduction de ce qui est dû par la partie qui les

¹⁶¹F. DURAND et Sami HAZOUG, précité, p.36.

donne ; par exemple, du prix de vente ou loyer lorsque celui qui a donné les arrhes est l'acheteur ou le preneur ; elles seront restituées après l'exécution du contrat lorsque celui qui a donné les arrhes est le vendeur ou le bailleur. Elles seront également restituées lorsque le contrat est résilié de commun accord. »

En outre l'article 305 du COC dispose « lorsque l'obligation ne peut être exécutée ou est résolue par la faute de la partie qui a donné les arrhes, celui qui les a reçues a le droit de les retenir et ne doit les restituer qu'après la prestation des dommages alloués par le tribunal si le cas y échet ». Donc par la souscription des arrhes, le banquier est en toute sécurité.

Ces solutions intégrées dans le COC reflètent une approche très large du droit positif tunisien qui peut former une base juridique du contrat de la mourabaha. Le droit commun contient des principes élastiques à savoir la liberté contractuelle qui peut servir comme base juridique pour la mourabaha. Mais l'absence d'une loi spéciale organisant les opérations financières islamiques peut créer un obstacle devant l'accès à ces opérations ; Ce qui nous ramène à étudier la conformité partielle, de la mourabaha, avec les règles de la loi positive.

Conclusion de la première partie :

La mourabaha est un type de vente reposant, à l'origine, sur la confiance qui lie les parties. La banque achète le bien puis le revend à son client. Ce dernier doit avoir eu préalablement connaissance du prix du revient ainsi que des modalités et des circonstances de la première vente. L'acquisition du bien par le banquier doit être préalable à la revente au client.

Ainsi le pivot de dispersion de la mourabaha avec d'autres types de financement est principalement « la vente ». Toute dénaturation de cette dernière reflète une mourabaha illicite à l'égard du droit musulman. Cette illicéité a pour effet la fuite d'un nombre majeur de la clientèle.

Mais l'effet de non-conformité de la mourabaha avec le droit positif est plus intense ; car il bloque l'accès même à ce financement et peut produire des sanctions. Ainsi, il serait utile de s'interroger sur le degré de conformité de la pratique de la mourabaha au droit positif ?

Deuxième partie :
La conformité partielle, de la
mourabaha, aux règles de la loi positive

« Nous adapterons notre environnement juridique pour que la stabilité et l'innovation de notre place financière puisse bénéficier à la Finance Islamique et rendre ses activités aussi bienvenues à Paris qu'elles le sont à Londres et sur d'autres places », déclarait Christine Lagarde (directrice générale du Fonds monétaire international « FMI » et ancienne ministre en France) en juillet 2008.¹⁶² Pour sa part, le ministre des Finances par intérim, Slim BESBES a indiqué que malgré l'introduction relativement précoce par rapport à nos voisins africains de la finance islamique puisque la première banque islamique a été créée en Tunisie en 1983, nous enregistrons un retard flagrant et la finance islamique ne représente que 2,5% de tout le système financier. « Un grand travail nous attend. Il faut mettre en place les structures permettant de mobiliser des ressources et attirer des capitaux », a expliqué Slim BESBES¹⁶³. En effet, selon le ministre, jusqu'à ce jour, la finance islamique ne trouve de la place ni dans les banques classiques ni dans les circuits officiels. La finance islamique est une opportunité pour capter ce genre de capitaux.

Slim BESBES a recommandé, dans ce cadre, de relever le principal défi empêchant le développement de la finance islamique en Tunisie dont l'absence d'un cadre juridique adéquat. Une fois ce défi est levé, beaucoup de travail reste encore à faire, notamment à travers la formation et la création.

Lorsqu'elles fonctionnent dans le cadre juridique du système financier traditionnel, les banques islamiques peuvent rencontrer des difficultés à plusieurs niveaux. En Tunisie, bien que le droit commun constitue un contexte favorable à l'application de la mourabaha (chapitre premier), de multiples lois spéciales constituent des obstacles flagrants pour l'accès à cette opération (deuxième chapitre).

¹⁶² S. BOUSTANY, précité p. 11.

¹⁶³ www.africanmanager.com

CHAPITRE PREMIER : le droit commun : un contexte favorable à l'application de la mourabaha

Le contrat de mourabaha a des racines islamiques lointaines, aujourd'hui il est présenté comme remplaçant du prêt à intérêt prohibé par la charia. Le droit commun contient en général des dispositions élastiques qui peuvent entourer multiples matières. La charia constitue l'une des sources du droit commun. Ainsi il existe plusieurs interactions entre les deux branches. En conséquence, le droit commun peut constituer une base primordiale pour la pratique du contrats de la mourabaha (section première) mais certainement insuffisante (deuxième section) vu la diversité de détails qui s'introduisent dans ces contrats.

SECTION PREMIER : le droit commun : une base juridique primordiale pour le contrat de la mourabaha

Pour confirmer que le droit commun est une base juridique primordiale pour le contrat de la mourabaha, on essaye d'identifier la place existante du droit islamique dans le droit commun (paragraphe premier) pour fixer les interactions entre les deux matières et pour confirmer la possibilité d'introduire la mourabaha de source islamique dans le droit positif. Puis on continue par la détermination de rôle fondamental de règles générales (deuxième paragraphe) qui servent comme bases juridiques à la pratique de la mourabaha. Mais l'importance du droit commun comme source primordiale ne peut pas cacher la consolidation prévue par la législation fiscale (troisième paragraphe).

PARAGRAPHE PREMIER : la place existante du droit musulman dans le droit commun

Le droit musulman est-il codifiable ? La question n'a concerné que cette partie du fiqh appelée muamalat. Les ibadat, touchant l'exercice du culte et le rituel à observer, ont été écartées des préoccupations des codificateurs.¹⁶⁴

« L'exemple topique est fourni par la Turquie ottomane, seul pays islamique qui a essayé de codifier et de promulguer comme loi d'Etats des parties du droit religieux. Il s'agit de la mejella, couvrant le droit des contrats et des obligations et la procédure civile promulguée en tant que code civil Ottoman en 1877 »¹⁶⁵

En Tunisie Santillana construit son exposé lors de la codification, abondamment argumenté islamiquement, autour de ces deux idées maitresses : d'abord que le but de la loi en islam, comme dans les autres systèmes de droit, soit l'utilité sociale et que par suite la loi musulmane ne se tient pas à l'écart de la vie pratique.¹⁶⁶

Mise à part la matière du statut personnel, où les influences religieuses sont les plus perceptibles pour des raisons bien établies par les comparatistes, l'islam garde, aussi bien, une empreinte théorique en matière d'obligation d'une importance telle qu'elle puisse être de nature à nuancer des idées bien reçues, non seulement s'agissant des sources d'inspiration du coc mais aussi et surtout

¹⁶⁴ S. DEROICHE BEN ACHOUR, Aux sources du droit moderne tunisien :la législation tunisienne en période coloniale, thèse pour le doctorat d'Etat en droit, ,faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 14 janvier 1996, p.126.

¹⁶⁵ S. DEROICHE BEN ACHOUR,précité, p.126.

¹⁶⁶ S. DEROICHE BEN ACHOUR,précité, p.133.

relativement à la configuration et à l'agencement des textes compris dans le même code.¹⁶⁷

Plusieurs arguments sont à la base d'affirmer les sources islamiques du droit commun. En effet « au plan juridique, comme au plan politique le protectorat français s'est laissé glisser dans le fond juridique local non sans le finaliser et l'instrumentaliser pour servir le projet colonial »¹⁶⁸. D'où une commission de codification des usages et coutumes en cours dans le domaine civil et pénal est mise en place. Le 26 avril 1861 est promulgué, en même temps que la constitution, "qanun al jinayat wa lahkam al orfia". En avril 1864, est promulgué le code de commerce, "qanun al-tijara".¹⁶⁹

Aussi le choix de Santillana comme principal rédacteur du c.o.c. prouve la recherche de racines islamiques dans la rédaction du code car c'est un spécialiste dans le droit musulman. D'où dès l'installation en Tunisie, l'attention du gouvernement du protectorat a été appelée sur l'utilité que présenterait une codification générale des lois musulmanes.¹⁷⁰ Le travail préparé par Santillana est présenté à des jurisconsultes musulmans tunisiens et fini par l'existence de multiples dispositions inspirées par le droit islamique.¹⁷¹

¹⁶⁷ N. BEN AICHA, la notion de « neutralité confessionnelle » dans l'article 4 du code des obligations et des contrats, centenaire du c.o.c. : 1906-2006, 2006, p.159.

¹⁶⁸ S. DEROICHE BEN ACHOUR, précité, p.112.

¹⁶⁹ S. DEROICHE BEN ACHOUR, précité, p.114.

¹⁷⁰ Rapport Benoit sur la codification générale des lois musulmanes (1901) existe dans les annexes du thèse de doctorat de SANA BEN ACHOUR (ouvrage précité).

¹⁷¹ 2006, ص. 193. حاتم عبد الحميد الرواتي, مجلة الالتزامات والعقود و الاسلام, مانوية مجلة الالتزامات والعقود 1906-2006,

Parmi les exemples cités et qui sont de sources islamiques : l'article 61 relative à la lésion, l'article 94 relative à la responsabilité sur le dommage causé par un animal, l'article 150 relative à l'échéance de toutes les obligations à la mort du débiteur, les articles 229, 230, 231 et 235 relative à la délégation, l'article 103 relative à l'abus de droit, les articles 513/515/516/525/530/534/535/541/546/550/553/554/560/562 qui constituent des dispositions inspirées par le code Ottoman ; L'article 1253 et l'article 4 du c.o.c.

DEUXIEME PARAGRAPHE: le rôle fondamental de règles générales du droit commun

Le rôle fondamental de règles générales du droit commun se présume par l'importance de la liberté contractuelle (A) ainsi que la possibilité de l'emploi de règles générales de la vente (B) comme des bases juridiques pour la conclusion de toute forme de contrat.

A-L' importance de la liberté contractuelle

"La liberté contractuelle satisfait l'intérêt général et la justice par le jeu de la concurrence. Pour favoriser les échanges nécessaires au développement économique il faut écarter toutes les entraves à la liberté contractuelle. C'est le principe du « laisser faire, laisser passer » que complète implicitement le laisser contracter".¹⁷²

Du côté du fond, la liberté contractuelle consiste en ce que chaque personne a le droit de se contracter ou de ne pas se contracter ainsi que les parties ont toute liberté de stipuler le contenu du contrat. Du côté de la forme, elle aboutit au principe du consensualisme qui prétend que les contrats se constituent dès l'accord de volontés. Le principe de la liberté contractuelle est développé au cours du 19^{ème} siècle, c'est pourquoi il est intégré dans le COC tunisien promulgué en 1906.¹⁷³

Dans le droit tunisien il n'y a pas une obligation juridique de contracter ou de ne pas contracter et puisque le consentement est un élément essentiel du contrat donc personne ne peut contraindre quelqu'un à le faire.

La volonté des parties leur permet de constituer les contrats dans la forme qu'elles désirent. C'est le principe de consensualisme de contrats. En droit

¹⁷² J. GHESTIN, droit civil : la formation du contrat, LGDJ, 3^{ème} édition 1993, p.29.

¹⁷³ محمد الزين, النظرية العامة للالتزامات: العقد, مطبعة الوفاء, 1997, ص.39.

tunisien l'article deux du c.o.c. fixant les éléments nécessaires pour la validité des obligations ne requise aucune forme donc le principe en droit tunisien est le consensualisme des contrats.

En outre le principe en droit tunisien est que les parties soient libres de fixer le contenu du contrat d'où elles ont la liberté de contourner toutes les règles juridiques supplétives à l'exception de règles juridiques impératives en rapport avec l'ordre public.¹⁷⁴

« Les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou dans les cas prévus par la loi ». ¹⁷⁵

Donc le contenu du contrat tient lieu de loi pour les parties contractuelles, pour le juge qui doit respecter la volonté des parties, ainsi que pour la loi, par le principe de la non-rétroactivité de la loi ; d'où s'il existera une réforme législative modifiant la loi au cours de laquelle naît le contrat, rien ne changera et le contrat restera valable même après la réforme législative.

En conséquence, les parties du contrat de la mourabaha peuvent stipuler le contenu du contrat en toute liberté. La banque islamique a le choix de choisir ses clients de contracter avec eux ou de ne pas contracter. Le principe de la liberté contractuelle constitue un acquis très important pour l'activité des banques islamiques et pour la souscription des contrats de la mourabaha. Et c'est la même solution prévue par la doctrine française car il n'existe pas de texte français explicite pouvant encadrer ces contrats.¹⁷⁶

¹⁷⁴ المنجي طرشونة, مرجع سابق, ص.10.

¹⁷⁵ Article 242 du coc.

¹⁷⁶ I. ZEYYAD CEKICI, le cadre juridique français des opérations de crédit islamique, revue de droit bancaire et financier français, mars-avril 2011, p.34.

La liberté contractuelle est consolidée par l'article 559 du COC qui dispose que « tout rapport de droit est présumé valable et conforme à la loi, jusqu'à preuve contraire ». Les juristes musulmans ont déjà dégagé une règle similaire pour la licéité de nouvelles modes de financement ; selon cette règle « les contrats et leurs conditions sont licites à la limite qu'ils ne soient pas prohibés par le coran et la sunna ».¹⁷⁷

Les parties doivent bien rédiger leurs contrats conformément aux préceptes de charia et en respectant l'ordre public tunisien. Toutes les conditions et toute possibilité survenant doivent être prises en compte. « Une formule d'un contrat détaillé »¹⁷⁸ est obligatoire.

Le comité de la charia de la banque islamique de développement est en accord avec la formule détaillée et même annexée des contrats. d'où il a conseillé de « rédiger les contrats et conventions de manière détaillée de telle façon que ces contrats et conventions intègrent toutes les clauses et conditions que les contrats doivent contenir ainsi que les effets y découlant notamment les droits et obligations des parties. Une copie des références objet d'accord entre les parties doit être jointe au contrat ; telles que les décisions des académies du fiqh relatives au contrat à savoir l'Académie Islamique du Fiqh relevant de la ligue du monde Musulman, l'Académie Islamique du Fiqh relevant de l'Organisation de la Conférence Islamique , l'Académie des juristes musulmans d'Amérique du Nord et le Conseil Européen de la Fatwa et des Recherches ».

¹⁷⁷ عبد الستار الخويلدي. دور الصناعة المالية الإسلامية المعاصرة في احياء النصوص المهجورة: مجلة الالتزامات والعقود التونسية اساس التطبيقات المعاصرة في المعاملات المالية الإسلامية, مجلة القضاء والتشريع, ماي 2011, صفحة 52.
" كان السند القرآني للفتوى قوله تعالى (قل لا اجد ما اوحى به محرما على طاعم يطعمه , الا ان يكون ميتة او دما مسفوحا او لحم خنزير...) (سورة الانعام الاية 145) و تفسيره للاية نقول الفتوى : فالاية اhlحلت الطعام و جاءت بنص صريح واضح المحرمات بعد اداة الاستثناء(الا). و عززت الفتوى مضمون الاية بالاحاديث التالية (المسلمون عند شروطهم الا شرطاً احل حراماً او حرم حلالاً) و قوله صلى الله عليه و سلم (انما البيع عن تراض)"

¹⁷⁸ A. KHOULDI, la finance islamique moderne et droit positif, RJL juin 2011, page 29.

Bref la liberté contractuelle est un acquis précieux pour développer la pratique de la mourabaha dans la banque islamique. Mais ce n'est pas le seul acquis car les règles générales de la vente servent comme base juridique importante pour la vente mourabaha.

B- La possibilité de l'emploi de règles générales de la Vente

La mourabaha est un contrat de vente ; le législateur tunisien a réglementé ce dernier contrat dès la promulgation du code des obligations et des contrats en 1906 et l'a défini comme « un contrat par lequel l'une des parties transmet la propriété d'une chose ou d'un droit à l'autre contractant, contre un prix que ce dernier s'oblige à lui payer ».¹⁷⁹ On présume donc que le cadre général du contrat de la mourabaha est présent dans la loi tunisienne.

Le coc a bien déterminé le régime juridique de la vente. Il contient la nature et les éléments constitutifs de la vente ainsi que ses effets.

« La vente est parfaite entre les parties, dès qu'il y a consentement des contractants, l'un pour vendre, l'autre pour acheter, et qu'ils sont d'accord sur la chose, sur le prix et sur les autres clauses du contrat ».¹⁸⁰ Donc le principe est que la vente est un contrat consensuel mais ce principe contient des limites¹⁸¹ présentées par l'article 581 du coc qui dispose que «lorsque la vente a pour objet des immeubles, des droits immobiliers ou autres choses susceptibles d'hypothèques, elle doit être faite par écriture ayant date certaine, d'après la loi, et elle n'a d'effet, au regard des tiers, que si elle est enregistrée à la recette des finances, sous réserve des dispositions spéciales aux immeubles immatriculés ».

¹⁷⁹ Article 564 du c.o.c.

¹⁸⁰ Article 580 du c.o.c.

¹⁸¹ خليفة الخروبي, مرجع سابق, ص. 65.

« L'acheteur acquiert de plein droit la propriété de la chose vendue, dès que le contrat est parfait par le consentement des parties ».¹⁸²

Dans un premier lieu, l'acheteur est soumis à deux obligations principales celle de payer le prix et celle de prendre livraison de la chose.¹⁸³ Dans un deuxième lieu, le vendeur est tenu de délivrer la chose vendue et de se charger de la garantie.¹⁸⁴

La garantie que le vendeur doit à l'acquéreur a deux objets. Le premier est la jouissance ainsi que la possession paisible de la chose vendue. Le second, est les défauts de cette chose (garantie pour les vices rédhibitoires).¹⁸⁵

Les banques islamiques échappent souvent de la dernière obligation. En effet, quoique la banque Zitouna insiste dans le contrat de vente mourabaha qu'elle soit assumé de toutes les garanties¹⁸⁶; on remarque qu'il y a un document contenant une obligation pour le client d'assumer les défauts de la chose vendue¹⁸⁷. Ce document constitue une déclaration de volonté par le client d'assumer la responsabilité de tout défaut de la chose, mais l'exemplaire est préparé par la banque ce qui prouve l'adhésion dans le contrat de la mourabaha.

L'échappe de garantie de défauts de la chose n'est pas prohibé par la législation tunisienne d'où l'article 670 du coc dispose que « le vendeur ne

¹⁸² Article 583 du c.o.c.

¹⁸³ Article 675 du c.o.c.

¹⁸⁴ Article 591 du c.o.c.

¹⁸⁵ Article 630 du COC

¹⁸⁶ ينص الفصل الثاني من احد عقود المراجعة المبرم بين بنك الزيتونة و حريفة على ما يلي "يقر الطرف الاول ان مشتري العقار المتمثل في(..) الكائن في(..) موضوع الرسم العقاري عدد(..) المسمى (..) مساحتها الجمالية (..) موضوع عقد الشراء العقار المبرم بين الطرفين الاول و(..) هو الطرف الثاني الذي قبل و تبعاً لذلك فقد باع الطرف الاول الى الطرف الثاني الذي قبل بذلك , تحت جميع الضمانات الفعلية و القانونية , كامل العقار المنصوص عليه في الفقرة السابقة"(انظر الملاحق).

¹⁸⁷ ينص التصريح من طرف الحريف على ما يلي : " اني الموقع أسفله صاحب بطاقة التعريف الوطنية الصادرة في ..تحت عدد .. حسب عقد الوكالة الممضى بيني و بين مصرف الزيتونة في ... لشراء السيارة من نوع ... المضبوط في عقد الوكالة المذكور أعلمكم أنني قبلت اليوم السيارة المذكورة وأنني قمت بفحصها فوجدتها موافقة لمواصفات وشروط البيع وأشهد أنه لا توجد بها أية عيوب وأنني اتحمل تبعات العيوب لو ظهرت فإن ذلك يعد تقصيراً مني واني أرقب منكم أن توقعوا معي عقدا البيع النهائي حسبما جاء في عقد التواعد بالبيع لتمويل عملية مراجعة الذي أمضيناه في تاريخ"(انظر الملاحق).

répond pas des vices de la chose, ou de l'absence des qualités requises :

- 1) s'il les a déclarés ;
- 2) s'il a stipulé qu'il ne serait tenu d'aucune garantie ».

Mais cet échappe réduit le risque assumé par les banques islamiques et rapprochent ces dernières peu à peu des banques conventionnelles. Le risque est le pivot de différence entre les deux établissements ; la vente mourabaha est venue remplacer le prêt à intérêt et si cette vente est dépourvue de tout risque, elle devient un simple détour formel du prêt à intérêt.

Une autre clause est introduite dans l'un des exemplaires préparé par la banque Zitouna qui prive la première vente de toute intérêt et par la suite elle risque de vider toute l'opération de la mourabaha de son utilité. La banque islamique et le fournisseur dans la première vente demandent du conservateur, lors de l'immatriculation d'immeuble, d'inscrire directement cet immeuble pour le compte de l'acheteur final.¹⁸⁸

L'article 305 du CDR dispose que « tout droit réel ne se constitue que par le fait et du jour de son inscription sur le livre foncier. L'annulation d'une inscription ne peut être opposable aux tiers acquéreurs de droit sur l'immeuble de bonne foi et en vertu des inscriptions portées sur le livre ». Donc le droit réel ne se possède que par l'immatriculation.

Malgré l'existence d'un contrat de vente entre la banque islamique et le fournisseur et d'un autre contrat entre le client et la banque ; le banquier enregistre directement la propriété chez le conservateur en faveur du client ; Ce

¹⁸⁸ ينص احد عقود "شراء عقار في إطار عملية مرابحة" في فصله الثامن على أن " يلتزم الطرفان أو من حل محلهم بالامضاء على أي عقد توضيحي أو تكميلي و توفير أي وثيقة تكون ضرورية لتسجيل هذا العقد لدى القباضة المالية أو ترسمه بالسجلات العقارية و يطلب الطرفان من حافظ الملكية العقارية أن يتم الترسيم مباشرة لفائدة المقتني النهائي بمقتضى عقد المرابحة على أن تتولى البائعة القيام بكل الاجراءات اللازمة لاستخراج رسم عقاري مستقل للمبيع و تحمل مصاريف ذلك على المشتري النهائي "

qui met en doute le transfert de la propriété à la banque islamique car cette dernière institution financière doit s'approprier de la chose avant sa vente pour qu'elle soit conforme aux préceptions de la charia.

Bref, les règles générales de la vente peuvent être utilisées pour les opérations de la mourabaha mais ces règles paraissent être insuffisantes vue la spécialité de ces contrats et leur large référence à la charia. En attendant les réformes nécessaires, le législateur a consolidé la base primordiale de la mourabaha (le droit commun) par une réforme en droit fiscal.

TROISIEME PARAGRAPHES : la consolidation prévue par la législation fiscale pour l'imposition de la mourabaha

La fiscalité n'est pas souvent adaptée à une finance basée sur le transfert de la propriété des sous-jacents utilisés par les contrats nommés. Les différentes mutations des sous-jacents de la mourabaha génèrent des coûts qui peuvent impacter la compétitivité de ces instruments financiers. Un réajustement des dispositions fiscales pour supprimer certains surcoûts au niveau de la TVA et l'enregistrement est un préalable à toute intégration de la finance islamique.¹⁸⁹

En France Lors de la table ronde organisée le 19 juin 2008, il avait été observé que sur le plan fiscal, le recours aux formules de la murabaha est très désavantageux. Ces formules reposent sur une double mutation rendant les opérations passibles d'une double taxation. Une même opération financée dans le cadre de la finance conventionnelle subirait une seule imposition d'où un prix de revient inférieur facturé au client.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Y. EL-HAZZAOUNI, précité, page 156.

¹⁹⁰ S. BOUSTANY, précité, p.52.

« Le Royaume-Uni, pionnier dans ce domaine, avait très tôt supprimé le double droit de timbre pour ces opérations. Il conviendrait de circonscrire le bénéfice de ce régime aux seules personnes morales. L'exonération vaudrait sur les droits de mutation au sens large : droit d'enregistrement et diverses taxes applicables dans le régime de la TVA». ¹⁹¹

La Tunisie a essayé d'adapter sa législation fiscale aux contraintes de la finance islamique. Cette adaptation paraît être nécessaire après la progression de l'utilisation des instruments islamiques en Tunisie surtout après la constitution de la « banque zitouna ».

En effet la loi numéro 2011 -7 du 31 décembre 2011, portant loi de finances pour l'année 2012 introduit pour la première fois le concept de la finance islamique dans le droit tunisien .la dernière loi de finance a instauré un certain alignement entre les produits financiers islamiques et leur équivalent en finance classique. Cet alignement visera ainsi à assurer une certaine équité fiscale entre les banques islamiques et les banques classique¹⁹² pour l'imposition de bénéfices (A), de droits d'enregistrement (B), ainsi que de TVA (C).

A- l'imposition de bénéfices

Dans le traitement fiscal de la finance conventionnelle, l'intérêt rémunérant les crédits bancaires classiques est d'une part qualifié comme un frais financier déductible du résultat fiscal de l'entreprise cliente, et d'autre part qualifié comme un bénéfice imposable entre les mains de la banque conventionnelle.

¹⁹¹ S. BOUSTANY, précité, p.53.

¹⁹² H. REZGUI et I. MENCHAWI, quelle normalisation comptable pour la finance islamique en Tunisie, la revue comptable et financière n° 96- deuxième trimestre 2012, page55.

Bien que les opérations de la mourabaha ne soient pas rémunérées par des intérêts, et que la contrepartie du crédit soit qualifiée plutôt de « marge bénéficiaire », le législateur s'est contenté de procéder à une extension du régime fiscal de l'intérêt à la dite marge bénéficiaire, si bien que les doutes entretenus sur l'islamité des crédits islamiques se sont accentués. Ainsi, la marge bénéficiaire perçue par la banque islamique à l'occasion de la conclusion des contrats mourabaha, est déductible du résultat imposable de l'entreprise cliente ainsi elle est aussi imposable entre les mains de la banque.¹⁹³

Le législateur a accepté que la marge de profit¹⁹⁴ réalisée par la banque islamique soit traitée au regard de l'imposition des bénéfices comme étant un intérêt perçue par une banque classique et non comme une plus-value découlant d'une opération de vente.¹⁹⁵

Une difficulté est aperçue dans le droit français concernant le temps de l'imposition de l'opération de la mourabaha. En matière de vente à tempérament, le prix est acquis au jour de la formation du contrat et son imposition ne pourra être postérieure à la date de remise du bien objet du contrat. Il y a alors taxation en une seule fois et par anticipation, alors qu'en matière de prêt à intérêt celle-ci intervient au gré de l'exigibilité successive des diverses annuités de l'emprunt. Le conseil d'Etat a considéré l'opération de la mourabaha comme une vente et a approuvé l'administration lorsque celle-ci, ayant requalifié une opération de financement en vente à tempérament, s'est opposée à ce que l'acquéreur procède à la moindre déduction.

¹⁹³ Hajer DEROUICH, le régime fiscal des produits de financement islamique, mémoire Pour l'obtention du Diplôme de Mastère Professionnel en Droit et Fiscalité de l'Entreprise, faculté de droit de Sfax, 2012/2013, p. 62.

¹⁹⁴ À titre d'exemple, la marge pratiquée par la banque Zitouna pour l'achat d'un bien immobilier devrait se situer autour de 4 à 5% par an sur la base du coût d'achat. Le taux de marge sera fixe pendant toute la période de remboursement et sera calculé sur la base du coût initial d'achat du bien. Source : www.banquezitouna.com

¹⁹⁵ Hajer DEROUICH, précité, p.67.

Cependant cette analyse est écartée par l'administration dans sa doctrine la plus récente. L'administration estime qu'à l'égard de la structure « économique » de cette opération, il convient d'« assimiler » la fraction de prix de vente rémunérant le différé de paiement à un intérêt. Elle pose alors que celle-ci doit être imposée entre les mains du financier, au fur et à mesure des échéances du contrat, et que, chez l'acquéreur final, elle constitue une charge déductible.¹⁹⁶

Enfin, les dispositions de la loi de finance de l'année 2012 s'appliquent aux contrats de la mourabaha conclus avant le premier janvier 2012 ; mais celles-ci ne peuvent pas aboutir à la restitution des montants payés avant l'entrée en vigueur de la loi des finances pour l'année 2012.¹⁹⁷

B- les droits d'enregistrement

La durée du contrat, la simplicité de procédures utilisées et le risque propre à l'opération de la mourabaha expliquent la compétitivité de cet instrument. Toutefois, le cadre fiscal peut gêner cette compétitivité s'il n'est adapté aux contraintes de mutations liées aux mécanismes de l'opération pour éviter la double taxation correspondant à la double vente qui doivent se réaliser pour tirer profit de cet instrument.¹⁹⁸ La loi de finance pour l'année 2012 a considéré la mourabaha comme une vente donnant lieu à un transfert de propriété et alors elle est soumise au droit d'enregistrement. Donc le coût étant entièrement répercuté sur le client de la banque, au cours de la mourabaha pour l'acquisition d'un immeuble est plus cher qu'un crédit classique. Cependant, les contrats de la mourabaha lorsqu'ils concernent la constitution ou la mutation

¹⁹⁶ F. DURAND et S. HAZOUG, précité, p 37.

¹⁹⁷ F. CHOYAKH, commentaire des mesures fiscales de la loi de finances complémentaire pour l'année 2012, infos juridiques n°138/139 juillet/aout 2012, p.28.

¹⁹⁸ Y. el HAZZAOUNI, précité, p.60.

d'un droit réel immobilier et lorsqu'ils sont établis par les banques islamiques au profit de leurs clients sont exonérés des droits de mutation proportionnels dans un souci d'équité fiscale entre les deux types de banque.¹⁹⁹

C- la TVA

S'agissant de la TVA, les intérêts sur certains prêts accordés par les banques classiques ne sont pas soumis à la TVA. À cet égard, et dans un souci d'équité fiscale, le législateur exonère les marges bénéficiaires sur les ventes de la mourabaha de la taxe sur la valeur ajoutée.²⁰⁰ Ceci montre que le législateur tunisien assimile les marges commerciales des banques islamiques aux intérêts financiers d'un financement opéré par une banque conventionnelle.²⁰¹ Or une telle qualification est prohibée par le droit musulman. Dans ce sens, on remarque que le droit fiscal interne et le droit musulman sont deux matières distinctes l'une de l'autre. rien n'empêche, dans l'absolu, qu'une même opération soit qualifiée de prêt à intérêt en droit fiscal et de vente en droit musulman, même s'il faut bien reconnaître que la marge de manœuvre pourra s'avérer particulièrement réduite en pratique.²⁰²

Le législateur tunisien a fait un grand effort pour améliorer la législation fiscale pour qu'elle s'adapte mieux aux banques islamiques. La raison est que ces derniers fournissent des revenus importants pour l'Etat vu la progression

¹⁹⁹ H. REZGUI et I. MENCHAWI, précité, page 55.

²⁰⁰ Les assujettis à la TVA déduisent le montant de la TVA relative aux acquisitions nécessaires à leur activité auprès des établissements de crédit dans le cadre des contrats de vente mourabaha. pour bénéficier du droit à déduction, le contrat de vente doit porter la mention du montant de la TVA supportée par l'établissement de crédit au titre de ses acquisitions réalisées dans le cadre de ces contrats.

La retenue à la source de 50% de la TVA ne s'applique pas aux contrats de vente mourabaha conclus par l'établissement de crédit.

Est exonérée de la TVA, la marge de l'établissement de crédit (soit la différence entre le prix de cession et le prix d'acquisition) au titre des opérations réalisées par les établissements de crédit dans le cadre des contrats de vente mourabaha.

²⁰¹ H. REZGUI et I. MENCHAWI, précité, page 55.

²⁰² F. DURAND et S. HAZOUG, précité, page 37.

continu de la finance islamique partout dans le monde. Mais le mouvement législatif est encore insuffisant et mérite d'autres interventions vu la spécificité de la mourabaha.

DEUXIEME SECTION : le droit commun : une base juridique insuffisante pour le contrat de la mourabaha

Au-delà du discours idéologique de légitimation, il faut reconnaître qu'un effort a été fait pour rechercher dans le droit musulman tous les éléments susceptibles de trouver leur place dans le droit moderne²⁰³. Cette place est existante dans le droit commun tunisien mais elle n'est pas absolue car c'est le droit positif qui limite ses contours ce qui prouve la relativité de cette place (paragraphe premier).

C'est vrai que le contrat de la mourabaha est un contrat de vente mais certainement il renferme multiples spécificités qui rendent les règles générales du droit commun insuffisantes (deuxième paragraphe).

PARAGRAPHE PREMIER : la relativité de la place du droit musulman en droit commun

Le droit positif et le droit musulman ; « De tels rapprochements doivent autant que possible être relativisés. Non seulement parce que le contexte historique ainsi que les sous-bassements idéologiques sont nettement distincts et de surcroît contingents mais aussi et surtout pour une raison fondamentale tenant au fait que le droit musulman classique est par principe considéré comme étant un système plurilégislatif alors que les ordres juridiques des pays occidentaux sont à la fois étatisés et laïcisés. A l'heure actuelle, la Tunisie occupe une place

²⁰³ S. DEROICHE BEN ACHOUR, précité, p.125.

intermédiaire »²⁰⁴. Pour en confirmer, on signale que Le législateur colonial a réservé des sorts différents au statut personnel et au statut réel. Alors qu'il reconnaît le maintien du droit musulman dans le domaine du statut personnel, il n'hésite pas, dans le domaine du statut réel à apporter des modifications de forme et de contenu²⁰⁵.

Lors de la préparation du COC, La tâche de la commission de Santillana n'est pas de faire table rase du passé, des solutions classiques du droit musulman, mais plutôt de les faire cadrer avec l'esprit du temps et dans le respect des principes fondamentaux musulmans.²⁰⁶

Santillana a indiqué dans son rapport qu'il s'est bien basé sur les droits européens lors de la rédaction du COC et qu'il n'a pas hésité à signaler le caractère éparpillé du droit musulman et l'absence de l'esprit de synthèse de celui-ci. Aussi même la présentation du travail de Santillana à des jurisconsultes musulmans était une tâche secondaire.²⁰⁷ En outre plusieurs dispositions de COC sont en contradiction avec le droit islamique.²⁰⁸

« Actuellement, les articles 1095 et suivants du COC consacrent le principe de la licéité de prêt à intérêt. Il peut apparaître que dans la conception orthodoxe de l'islam toute stipulation d'intérêts, quel qu'en soit le taux, équivaut à une usure. Si tel est le cas réellement, encore que cette conception peut être nuancée, une importante distance séparerait l'islam des solutions consacrées par le COC d'ailleurs, la rigueur de la prohibition coranique de l'usure est bien connue »²⁰⁹.

²⁰⁴ N. BEN AICHA, précité, p.145.

²⁰⁵ S. DEROICHE BEN ACHOUR, précité, p.129.

²⁰⁶ S. DEROICHE BEN ACHOUR, précité, p.134.

²⁰⁷ حاتم عبد الحميد الروائبي, مرجع سابق, ص.203.

²⁰⁸ حاتم عبد الحميد الروائبي, مرجع سابق, ص.209.

²⁰⁹ N. BEN AICHA, précité, p.160.

En conséquence malgré la place existante du droit islamique dans le droit commun, elle reste une existence relative encadrée par le droit positif et ne peut jamais le dépasser. La contradiction de quelques dispositions de droit commun avec le droit islamique constitue l'argument le plus fréquent tel que la légitimité du prêt à intérêt. Cette légitimité ne nous empêche pas de chercher des bases dans le droit commun pour l'opération de la mourabaha fournie par les jurisconsultes musulmans comme remplaçant principal du prêt à intérêt.

DEUXIEME PARAGRAPHE : l'insuffisance de règles générales du droit commun

« La liberté est l'âme des contrats. L'accord mutuel des volontés tient lieu de "loi" aux parties ; et si le législateur intervient, ce n'est guère que pour mieux assurer à ces volontés toute l'efficacité et toute la liberté désirables »²¹⁰. L'importance de la liberté contractuelle en droit tunisien est alertée dès la promulgation du coc en 1906 mais certainement avec des limites (A).

Le droit tunisien contient nécessairement de multiples dispositions organisant les contrats les plus utilisables à savoir le contrat de la vente. Ces dispositions peuvent être utilisées par les parties des contrats de la mourabaha, mais elles sont insuffisantes (B).

A- les limites de la liberté contractuelle

La liberté contractuelle n'est jamais absolue. Le législateur intervient pour l'encadrer. Cet encadrement a généralement un but protecteur.

²¹⁰ S. GINOSSIER, liberté contractuelle et respect des droits des tiers, LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE : R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, 1963, p.5.

Parfois le législateur prévoit des règles qui limitent la liberté de se contracter ou de ne pas se contracter. On cite quelques exemples à savoir l'assurance obligatoire, l'abstention de vente, la préemption et le droit de priorité à l'achat.

Dans d'autres cas et pour des motifs de protection, le législateur oblige une forme bien déterminée du contrat. Ce formalisme est introduit, ou bien comme un élément de validité de contrat ou bien comme un moyen de preuve.

En outre, l'ordre public constitue un régulateur du contenu du contrat. La liberté contractuelle est limitée par l'ordre public. Ce dernier prend au moins deux formes l'un négatif et l'autre positif. D'un côté L'ordre public négatif se présume par les contrats prohibés ou les clauses non admises à savoir les contrats qui ont un objet ou une cause illicite. De l'autre côté l'ordre public positif se traduit par l'intervention du législateur pour déterminer le contenu de quelques contrats tels que le contrat d'assurance, le contrat de travail et le contrat de transport et de manière générale, les contrats d'adhésion.²¹¹

Les parties du contrat de la mourabaha sont la banque et son client ; la banque est la partie la plus forte économiquement ; par conséquent elle peut introduire dans le contrat des clauses abusives qui minimisent les droits de son client. Donc le contrat de la mourabaha peut être considérée parmi les contrats d'adhésion ainsi le législateur doit intervenir pour fixer le contenu de ces contrats et pour empêcher tout abus.

B- l'insuffisance des règles générales de la vente :

La transposition des contrats de la mourabaha en droit positif est une tâche largement difficile surtout en l'absence d'une loi spéciale organisant la

²¹¹ المنجي طرشونة, مرجع سابق, ص. 12.

matière. Ces contrats ont un caractère ramifié. En droit musulman les opinions des jurisconsultes sont variées. A cette occasion une lacune ou un vide concernant l'application de la mourabaha met le juge dans une situation délicate. S'il applique les règles du droit positif il y aura le risque de vider les contrats utilisés de leur objet et s'il se refait au droit musulman ce sera très difficile de choisir la solution vu la vague doctrine islamique et le caractère éparpillé des textes.

Les opérations bancaires posent, en l'absence d'une réglementation légale spéciale, des problèmes d'ordre pratique qui concernent notamment le régime juridique applicable²¹², sachant que les pratiques de la finance islamique en Tunisie se sont manifestées depuis les années 80 par la signature de l'Etat Tunisien de plusieurs conventions²¹³, à savoir la convention de financement participatif conclue avec « Beit Ettamwil Tounsi-Saoudi » (Al-Baraka Banque).

Ce dernier, filiale du groupe « Dalla Al Baraka », créé le 15 juin 1983 et désigné par l'appellation B.E.S.T Bank est soumis à la loi de 2001 relative aux établissements de crédits, ainsi qu'à la loi du 12 juillet 1976 modifiée par la loi de 1985 relative aux établissements financiers travaillant essentiellement avec les non-résidents.²¹⁴ Le 27 juin 1984, la B.E.S.T. Bank a été autorisée à travailler avec les résidents suite à une convention qu'elle a signée avec le gouvernement Tunisien.

Pour ce qui est des opérations avec les non-résidents, la B.E.S.T. Bank est libre d'avoir des transactions en devises convertibles avec les non-résidents, sans limitation et sans conditions ou autorisation délivrée par les autorités

²¹²N. HAMROUNI, la banque islamique, infos juridique n°154/155 avril 2013, p.14.

²¹³M. BAROUNI, la finance islamique : un nouveau mécanisme de financement de l'économie, conjoncture n°264, p.10.

²¹⁴S. ROMDHANA, naissance et développement des banques islamiques, infos juridique n°58/59 – décembre 2008, p.24.

monétaires , soit pour le dépôt de capitaux , soit pour leur transfert sur n'importe quel compte et dans n'importe quelle banque . D'autre part, la loi autorise cette institution à jouer le rôle d'intermédiaire agréé à savoir l'exécution des opérations se rapportant au commerce extérieur.²¹⁵

Quant aux transactions avec les résidents, la B.E.S.T. Banque est autorisée à recevoir des dépôts en dinars tunisiens dans des limites déterminées et à utiliser ces dépôts dans des opérations et des projets en Tunisie. Elle peut également accorder aux résidents des financements en devises convertibles conformément à la réglementation en vigueur.²¹⁶ Donc la B.E.S.T. Banque ne peut pas financer les personnes, dont dépendent, pour l'usage domestique ou personnel.

Aujourd'hui tout est différent ; Avec l'apparition de Banque Zitouna qui a développé une gamme de produits dirigés vers le financement de n'importe quel domaine. En plus Bank Al-Baraka a obtenu dernièrement l'agrément de la banque centrale pour devenir une banque «Onshore»²¹⁷. Alors la présente législation est insuffisante et la promulgation d'une loi spéciale en la matière paraît être nécessaire.

Le développement de l'industrie islamique intéresse de nombreux Etats. Les uns ont déjà aménagé leur réglementation, les autres sont en train de le faire. Dans les pays comme le Pakistan, le Soudan ou l'Iran, le système bancaire est entièrement islamisé. Dans d'autres pays, le système bancaire est dual, à savoir

²¹⁵M. BEN AMOR, les principaux contrats de financement du commerce extérieur utilisés par les banques islamiques : cas de "Beit Ettamouil Saoudi Tounsi", diplôme d'études supérieures en droit du commerce international, année 1987-1988, p.16.

²¹⁶M. BEN AMOR, précité, p.16.

²¹⁷ M.TISS, finance islamique : une révolution financière en Tunisie, l'économiste maghrébin, novembre 2012, p.16.

la coexistence des banques conventionnelles et des banques islamiques comme en Malaisie, en Turquie, dans les pays du Golfe, et en Grande-Bretagne.²¹⁸

Les contrats de la mourabaha sont nécessairement utilisés par les banques islamiques dans les pays qui ont complètement islamisé leur finance ainsi que les pays qui utilisent un système hybride.

Chaque contrat utilisé par les banques doit avoir une base juridique chose qui a poussé multiples pays à disposer des lois nécessaires à savoir :

1) La loi n°28 de 1977 relative à la constitution de « la Banque Egyptienne Islamique de Fayçal »

2) La loi relative aux sociétés moudaraba (commandite) de 1980 au Pakistan.

3) La loi relative aux banques non usuraires de 1983 en Iran.

4) La loi n°276 de 1983 relative aux « banques islamiques » en Malaisie.

5) La loi des banques, institutions financière et sociétés d'investissement islamiques de 1985 aux Emirats Arabes Unis.

6) La loi d'organisation de secteur bancaire de 1991 au Soudan.

7) La loi de 1996 relative aux banques islamiques au Yémen.

8) La loi de 2000 relative aux banques en Jordanie.

9) La loi de 2003 en Koweït.

10) La loi n°575 du 11 février 2004 relative à « la constitution de banques islamique » au Liban.

²¹⁸ I. ZAYED CEKICI, précité, page 31.

11) La loi de 2005 relative aux banques islamiques en Turquie.

12) La législation fiscale de 23 juillet 2010 en France.

La pratique de la finance islamique depuis plus d'un quart de siècle, les opportunités de croissance de cette industrie et l'absence de banque centrale qui chapote la finance islamique sont autant de défis qui ont rendu nécessaire, la création des structures qui encadrent l'industrie et tentent d'uniformiser les pratiques dans l'intérêt de la clientèle et des institutions financières islamiques elles-mêmes.²¹⁹

Ces structures sont appelées par monsieur A.KHOULDI comme des « institutions d'encadrement, de régulation et de standardisation ».Elles sont nombreuses, on cite à titre d'exemples :

1) L'organisation de comptabilité et d'audit pour les institutions financières islamiques (OCAIFI) qui a été créé en 26 février 1990 et enregistrée au Royaume de Bahreïn le 27 mars 1991 en tant qu'institution internationale à but non lucratif et disposant de la personnalité morale. Cette organisation a pour mission d'émettre des normes de gouvernance en matière de comptabilité compatibles avec la charia à l'intention d'institutions financières islamiques ainsi que les normes réglementant les produits de la finance islamique.

2) Le conseil général des banques et institutions financières islamiques (CIBAFI) qui est une organisation internationale autonome à but non lucratif constituée en 2001. Son siège est au Bahreïn et il a plusieurs tâches à savoir : la fourniture des informations relatives aux banques islamiques et aux institutions financières et organisations islamiques ; l'assurance d'une formation adéquate pour le personnel appartenant aux institutions financières islamiques et tous

²¹⁹A. KHOULDI, précité, p. 18.

ceux qui désirent acquérir les connaissances en la matière ; l'uniformisation des Fatwas en matière de la finance islamique et surtout la standardisation des contrats des institutions financières islamiques.

3) L'agence internationale islamique de notation dont le siège est à Bahreïn a commencé ses activités en 2005. C'est une institution spécialisée dans l'évaluation des activités des institutions financières islamiques en tenant compte de la spécificité quant aux opérations accomplies par ces institutions et aux risques tant généraux que particuliers qu'elles rencontrent.

4) Le conseil des services financiers islamiques est créé en 2002 par certaines banques centrales. Cet organe est chargé principalement de promouvoir la finance islamique en éditant des normes de prudence et de transparence en particulier l'adaptation des normes internationales aux principes de la charia et la coordination avec les autorités monétaires sur les questions concernant l'industrie financière islamique. Par la création de cette institution monsieur A. KHOULDI affirme qu' « on a facilité les contacts entre l'industrie financière islamique et les banques centrales, lesquelles banques assurent la supervision des banques de tout le système bancaire ».²²⁰

Le mouvement législatif international ainsi que les différentes institutions précitées présument la nécessité d'une réglementation à l'instar de ces pays concernant les produits financiers islamiques.²²¹ A l'initiative du ministère de la finance une commission nationale pour développer le système législatif de l'industrie de la finance islamique a été construite en février 2012.²²²

²²⁰ A. KHOULDI, précité, page 20.

²²¹ L'objectif général de cadre juridique est, d'une part, de permettre la commercialisation des produits islamiques, d'autre part d'assurer une concurrence loyale entre les financiers islamiques et conventionnels, car la régulation du système et afin de promouvoir la finance islamique ne doit pas fausser la concurrence entre intervenants financiers, mais au contraire assurer une harmonisation entre ces derniers.

²²² Cette commission est composée par des représentants des ministères concernés avec des spécialistes et des représentants de la Banque Centrale de Tunisie. La commission nationale est décomposée en plusieurs sous-

Cette commission a fini par déclarer la nécessité d'introduire une réglementation des contrats, utilisés par les banques islamiques, dans le coc. En attendant ses réformes, on doit signaler qu'il existe multiples anomalies dans des lois spéciales qui constituent des obstacles flagrants à l'opération de la mourabaha.

commissions à savoir la sous-commission de Zakat , la sous-commission de Soukuk ,la sous-commission d'assurance mutuelle (takaful) et la sous-commission des contrats de financement.

DEUXIEME CHAPITRE : les lois spéciales : des obstacles flagrants à l'opération de la mourabaha

Les contrats de la mourabaha sont récemment utilisés par les banques islamiques. ces dernières institutions constituent aussi une innovation tant pour le droit positif que pour le droit musulman d'où il n'y a pas de règles bien précises .donc même avec l'existence d'un droit commun encadreur, certaines ambiguïtés sont encore présentes vu l'inadaptation des lois spéciales à la pratique de la mourabaha. On cherche alors la conformité de la mourabaha avec le droit bancaire (section première) ainsi que les entraves de certaines règles du droit foncier (deuxième section).

SECTION PREMIERE: de la conformité de la mourabaha avec le droit bancaire

Pour chercher la conformité de la mourabaha avec le droit bancaire on doit analyser la place de cette opération dans la loi de 2001 relative aux établissements de crédit²²³ (paragraphe premier) ainsi que la possibilité d'appliquer la loi de 1999 relative aux taux d'intérêt excessifs²²⁴ (deuxième paragraphe).

²²³Loi n°2001-65 du 10 juillet 2001 relative aux établissements de crédit telle que modifiée et complétée par la loi n°2006-19 du 2 mai 2006.

²²⁴LOI N° 99-64 DU 15 JUILLET 1999, RELATIVE AUX TAUX D'INTERET EXCESSIFS, JORT numéro 57 de 16 juillet 1999.

PARAGRAPHE PREMIER : de la conformité de la mourabaha avec la loi de 2001 relative aux établissements de crédit

Comme l'on a déjà vu, l'opération de la mourabaha peut être conforme aux règles générales du droit tunisien ainsi qu'aux préceptions de la charia, vu les avantages du principe de la liberté contractuelle d'une part et le mouvement novatoire des jurisconsultes musulmans d'autre part. On a admis la validité de ce contrat en droit civil car on a prétendu que ce contrat est souscrit par des personnes physiques qui ont toute la liberté de s'engager conformément à l'article 242 du COC; en revanche ce contrat est utilisé par des banques qui portent l'appellation de « banques islamiques », vu l'origine plus au moins musulman de leurs produits. Alors l'opération de la mourabaha doit être conforme aux dispositions du droit bancaire tunisien chose qui est douteuse car le droit bancaire tunisien n'avait pas reconnu aux établissements de crédit une liberté totale dans l'exercice de leurs activités. Ainsi l'article 2 de la loi n°2001-65 du 10 juillet relative aux établissements de crédit dispose que « Est considérée comme établissement de crédit, toute personne morale qui exerce, à titre de profession habituelle, les opérations bancaires.

Les opérations bancaires comprennent :

- la réception des dépôts du public quelles qu'en soient la durée et la forme ;
- l'octroi de crédits sous toutes leurs formes ;
- l'exercice, à titre d'intermédiaire, des opérations de change ;
- la mise à la disposition de la clientèle et la gestion des moyens de paiement.

L'établissement de crédit peut aussi effectuer les opérations liées à son activité telles que le conseil et l'assistance en matière de gestion de patrimoine,

de gestion financière, d'ingénierie financière et d'une manière générale tous les services destinés à faciliter la création, le développement et la restructuration des entreprises.

L'établissement de crédit peut, en outre, prendre des participations au capital d'entreprises existantes ou en création conformément aux conditions définies aux articles 21 et 22 de la présente loi ». Deux questions se posent ; la mourabaha est-elle une opération de crédit ? Et est-il possible pour les banques de procéder par l'opération de mourabaha ?

A- la mourabaha est-elle une opération de crédit ?

L'opération de crédit est l'une des opérations bancaires. Ces dernières comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que les services bancaires de paiement.²²⁵

Le contrat de la mourabaha implique de multiples traits communs avec les contrats de crédit. Ces derniers ont un caractère contractuel qui appelle l'application du droit général des obligations ce qui facilite la solution des difficultés non réglées spécialement dans les conventions particulières. Ils ont un caractère commercial ou mixte et ce sont des contrats de droit privé librement aménageable.²²⁶ Mais est ce que le contrat de la mourabaha, utilisé par les banques islamiques résulte une opération de crédit ?

Les opérations de crédit présentent deux caractéristiques générales : d'une part, elles sont lucratives pour le banquier : elles ont un coût qui sera supporté par les emprunteurs. D'autre part, elles sont très nombreuses et comme l'affirme

²²⁵ P. NEAU-LEDUC, droit bancaire, éditions DALLOZ, Paris, 2010, p.135.

²²⁶ C. GAVALDA et J. STOUFFLET, droit bancaire : institutions-comptes-opérations-services, Editions Litec, 1994, p.177.

Vasseur, si « tout prêt est une opération de crédit, toute opération ne se ramène pas à un prêt ».²²⁷

Le crédit n'est pas une opération juridique de droit commun, contrairement au prêt par exemple²²⁸. D'après l'article 4 de la loi n°2001-65 du 10 juillet 2001 relative aux établissements de crédit « Constitue une opération de crédit au sens de la présente loi, tout acte par lequel une personne, agissant à titre onéreux, met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement ou toute autre garantie. Sont réputées des opérations de crédit, les opérations de leasing et d'affacturage. Ces dispositions ne sont pas applicables aux crédits consentis par les entreprises commerciales à leurs clients pour fournitures ou prestations de services, ainsi que les prêts des maisons mères en faveur de leurs filiales ».

D'après cet article deux caractéristiques distinctes sont présumées pour qualifier l'opération comme une opération de crédit ; la première est le caractère onéreux cette opération, et la deuxième est celle de la mise à disposition des fonds au profit de la clientèle.

L'article 4 de la loi précitée dispose que l'opération doit être « à titre onéreux », d'après l'article 533 du COC « lorsque la loi s'exprime en termes généraux il faut l'entendre dans le même sens ». Alors la loi n'a pas fixé la forme et la manière de tirer profit d'où le législateur n'a pas exigé que la rémunération du crédit soit sous forme d'intérêt. Pour cela le caractère onéreux de crédit peut englober les opérations utilisés par les banques islamiques et notamment la mourabaha qui tire un profit de la vente.

Jusqu'ici la mourabaha peut constituer une opération de crédit, pour que cette qualification soit complète ; la banque, en utilisant la mourabaha, doit

²²⁷ T. BONNEAU, droit bancaire, Editions Montchrestien, Paris, 1996, p.33.

²²⁸ P. NEAU-LEDUC, précité, p.225.

mettre des fonds à la disposition de la clientèle. Mais, on se demandera si, réellement, la banque islamique met des fonds à la disposition de sa clientèle ?

La réponse n'est pas évidente car les fonds concernés ne semblent pas être des biens meubles et immeubles²²⁹ (comme celle au cours de mourabaha) mais ce sont des crédits pécuniaires (deniers). En outre la citation « met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne » paraît être différente de la vente exercée par les banques islamiques.

Bref la banque islamique ne met pas des fonds à la disposition de sa clientèle mais elle vend des biens meubles et immeubles à cette dernière donc la mourabaha ne constitue pas une opération de crédit en se basant sur la définition disposée par l'article 4 de la loi de 2001.

Donc l'achat de biens pour le motif de les vendre au cours d'une opération de mourabaha n'est pas conforme avec la pratique de l'opération de crédit.

Pourtant, l'opération de la mourabaha est couramment exercée par la banque « Zitouna », alors même que sa conformité à la loi de 2001 est douteuse.

B-Est-il possible pour les banques de procéder à l'opération de la mourabaha ?

« La profession de banquier est l'une des celles qui touchent le plus l'ordre public économique et financier. C'est pour cela que l'Etat tient à contrôler les conditions d'accès à la profession »²³⁰. l'article 7 de la loi de 2001 dispose que « Quiconque entend constituer une société pour se livrer, en qualité de banque ou d'établissement financier, aux opérations bancaires énumérées à l'article 2 de la présente loi, doit, préalablement à l'exercice de son activité en Tunisie, obtenir l'agrément conformément aux conditions fixées par la présente

²²⁹ D'après les articles 1 et 2 du code de droits réels « les biens sont toutes choses qui ne sont pas hors du commerce par leur nature ou par disposition de la loi et qui peuvent faire l'objet d'un droit ayant une valeur pécuniaire. Les biens sont meubles ou immeubles »

²³⁰T. BEN NASR, droit bancaire tunisien, La Maghrébine pour l'impression et la publicité, Tunis 2009, p.37.

loi ». En conséquence, il y a deux formes d'agrément l'un pour l'exercice de l'activité de banquier et l'autre pour se livrer à la profession d'établissement financier.²³¹

La banque islamique est agréée en qualité de banque²³². Cet agrément suffit-il pour qu'elle exerce les opérations de la mourabaha ?

L'agrément ne suffit pas pour exercer toute opération d'où l'article 14 dispose qu'« il est interdit à tout établissement de crédit agréé d'utiliser des procédés de nature à créer un doute dans l'esprit des tiers quant à la catégorie d'établissement de crédit à laquelle il appartient ».

Aujourd'hui le doute entourant la clientèle de la banque islamique est remarquable en ce sens la conformité de produits financiers islamiques à la législation tunisienne est douteuse.

L'établissement de crédit en tant que banque n'est pas libre d'exercer n'importe quelle activité. Il n'est autorisé à exercer que les opérations bancaires indiquées à titre limitatif par l'article 2 de la loi de 2001.

Cette restriction de l'activité des banques conventionnelles est d'ailleurs renforcées²³³ par l'article 24 de la loi de 2001 qui prévoit qu'« Il est interdit aux établissements de crédit de s'adonner, directement et à titre habituel, à des opérations qui ne relèvent pas du domaine des opérations bancaires sauf dans les cas et conformément aux conditions fixées par décret.

Ces opérations doivent présenter une importance limitée par rapport à l'ensemble des opérations exercées, à titre habituel, par l'établissement de crédit et ne doivent ni empêcher, ni restreindre ou fausser le jeu de la Concurrence au détriment des entreprises qui les exercent à titre habituel ».

²³¹L'établissement de crédit est autorisé à exercer son activité, en qualité de banque ou d'établissement financier, par arrêté du ministre des finances pris sur rapport de la banque centrale de Tunisie (article 8 de la loi de 2001).

²³²M. KAMMOUN, le contrat de financement islamique d'ijara, mémoire pour l'obtention du diplôme de master en droit public et du commerce international, faculté de droit de sfax, 2012-2013, p.67.

²³³M. KAMMOUN, précité, p.68.

Bref, la banque ne peut exercer que les opérations bancaires citées par la loi de 2001. L'opération de la mourabaha ne peut être assimilée à une opération de crédit par la suite, elle n'est pas une opération bancaire conformément à l'article 4 de la loi de 2001. Donc la pratique de l'opération de la mourabaha et même avec la présence d'un agrément pour les banques islamiques constitue une violation de la loi de 2001.

Une intervention législative pour spécialiser les opérations utilisées par les banques islamiques est nécessaire, car ces opérations constituent de plus en plus des produits concurrentiels aux opérations de banques conventionnelles.

Les banques islamiques peuvent se référer à la loi de 2001 relative aux établissements de crédit, mais cette loi ayant servi à l'octroi des autorisations particulières pour les banques islamiques actuelles, ne peut pas constituer un cadre juridique adéquat, complet et permanent répondant à un exercice attractif de l'industrie financière islamique en général et de l'activité bancaire islamique en particulier, d'où la nécessité de la promulgation d'une loi homogène pour l'exercice de l'activité bancaire islamique tout en faisant de larges références à la loi n°2001-65 du 10 juillet 2001 dans tout ce qui n'est pas réglementé par un texte spécial.²³⁴

Donc des règles juridiques ainsi que des mesures de contrôle²³⁵ sont nécessaires à constituer pour assurer une protection efficace des adhérents à la finance islamique vu l'utilisation croissante de ses instruments.²³⁶

« Il n'est pas logique de concevoir deux cadres réglementaires, un pour les banques traditionnelles et un autre pour les banques islamiques », affirme

²³⁴ A. KHOULDI, précité, 36.

²³⁵ La banque centrale réglemente et supervise les opérations des différentes banques secondaires afin d'assurer le bon fonctionnement du système monétaire et bancaire par le respect de ses réglementations et directives. Les banques islamiques comme les autres banques conventionnelles sont soumises aux mêmes réglementations.

²³⁶ N. DEKLI, finance islamique : principe et règle de partage, l'économiste maghrébin, du 16 au 30 mai 2012, p.34.

monsieur Chelly AYARI le gouverneur de la banque centrale de Tunisie.²³⁷ Cette opinion paraît être contraire à ce que la majorité des pays qui ont un système bancaire dual l'ont suivi²³⁸ ; en outre monsieur A. KHOULDI a conseillé de produire un autre système juridique en parallèle avec la loi de 2001 relative aux établissements de crédit. le plus important est que la Tunisie est en train de produire un système juridique concernant la finance islamique, d'où une commission nationale chargée du dispositif juridique de la finance islamique est créée en février 2012 dans le cadre du développement de la finance islamique afin de le mieux intégrer dans le tissu économique et financier .Cette commission est chargée d'étudier les expériences comparées afin de lever les principaux défis et obstacles auxquels le développement de cette industrie pourrait faire face. la commission avait entre autres comme rôle , de trouver des solutions compatibles avec la situation du secteur financier tunisien et de mettre en place un cadre juridique adéquat.²³⁹

DEUXIEME PARAGRAPHE : De l'applicabilité de la loi de 1999 relative aux taux d'intérêt excessifs :

« Le coût du crédit dépend naturellement du montant de la somme prêtée et de la durée de prêt »²⁴⁰. Le taux d'intérêt est fixé par le COC dans les articles 1096 jusqu'aux 1103 ainsi que par la loi de 1999 relative aux taux d'intérêt excessifs ; en outre plusieurs circulaires et décrets organisent la matière²⁴¹.

²³⁷ M.TISS, précité, p.17.

²³⁸ La seule loi qui a disposé des règles communes pour les deux types des banques islamiques et traditionnelles est celle la loi n°28 du 2008 en Jordanie.

²³⁹ M.TISS, précité, p.17

²⁴⁰ S. SABATHIER, droit du crédit, ELLIPSES, 2007, p.122.

²⁴¹ Décret n° 2000-462 du 21 février 2000 fixant les modalités de calcul du taux d'intérêt effectif global et du taux d'intérêt effectif moyen et leur mode de publication ;

Au cours de la mourabaha ce n'est pas la notion d'intérêt qui est utilisée mais plutôt c'est la notion du profit. Comme toute institution financière le but de la banque islamique est d'atteindre une rémunération mais à la limite qu'elle doit être conforme aux perceptions de l'islam. L'intérêt déclaré non conforme à la « charia » est écarté par les banques islamiques et il est remplacé par le profit qui résulte de la vente mourabaha.

Cette notion du profit, non organisée par le législateur tunisien, risque de produire des abus. D'où, la banque islamique peut présenter des profits au cours de la vente mourabaha plus élevés que le taux d'intérêt fixé par la législation tunisienne car les dispositions du coc concerne le taux d'intérêt et non le profit produit par les banques islamiques.

Pour enfreindre tout détour par la banque islamique aux dispositions législatives et pour protéger la clientèle de tout abus sous le nom de l'islam, on doit chercher une disposition protectrice de toute violation de la loi. A cette occasion on s'interroge sur la possibilité d'appliquer la loi de 1999 relative aux taux d'intérêt excessifs.²⁴²

Le premier al. de l'article premier de la loi de 1999 dispose que : « Constitue un prêt consenti à un taux d'intérêt excessif, tout prêt conventionnel consenti à un taux d'intérêt effectif global qui excède, au moment où il est consenti, de plus du cinquième le taux effectif moyen pratiqué au cours du

Circulaire aux banques n°87-47 du 23 Décembre 1987 portant modalités d'octroi, de contrôle et de refinancement des crédits telle que modifiée par les textes subséquents et notamment par la circulaire n°99-02 du 26 Janvier 1999 ;

Circulaire n° 91-22 du 17 décembre 1991 relative à la réglementation des conditions de banque ;

Circulaire aux banques n° 2000-03 du 27 mars 2000 relative à la fixation des crédits soumis au même taux d'intérêt excessifs et des commissions bancaires entrant dans le calcul des taux d'intérêt effectifs globaux,

²⁴² En France « les taux d'intérêts dits débiteurs, c'est-à-dire dus par client, ainsi que les "commissions" et "dates de valeur" étaient libres. La seule limite à la fixation des taux d'intérêts est la loi du 28 décembre 1966 sur l'usure, telle que modifiée plusieurs fois et notamment en 1989 » : C. GAVALDA et J. STOUFFLET, précité, p.180.

semestre précédent par les banques et les établissements financiers pour des opérations de même nature ». On présume par cette disposition que la marge bénéficiaire excessive produite par la banque ne concerne que le prêt à intérêt. Ainsi le profit de la vente mourabaha n'est pas concerné par cette législation.

On continue par le même article qui dispose ensuite que :

« La Banque Centrale de Tunisie détermine les opérations qui obéissent au même taux d'intérêt excessif ».

Donc c'est à la Banque Centrale de la Tunisie, de considérer la mourabaha parmi les opérations qui obéissent au même taux d'intérêt excessif et empêcher toute violation par les banques islamiques.

Mais même en l'absence d'une déclaration de la banque centrale on trouve la solution dans l'alinéa trois du même article qui dispose que : « Les opérations de ventes avec facilités de paiement sont assimilées à des prêts conventionnels et sont soumises aux dispositions de la présente loi ».

Le prix de la vente mourabaha comporte une marge bénéficiaire en faveur de la banque. Ce prix sera réglé sous forme d'échéances payables aux dates et selon la périodicité prédéterminée par les parties. Les échéances sont payables par fractions périodiques. Généralement, elles sont payables par prélèvement d'office sur le compte bancaire de l'acquéreur.

Bref la vente mourabaha est une vente avec facilités, par conséquent les dispositions de la loi de 1999 sont applicables à de telles opérations.

Le profit est ainsi assimilé aux taux d'intérêt. Donc Pour la détermination du profit effectif global de la mourabaha, il est tenu compte en plus des profits, des frais, commissions ou rémunérations de toute nature, directes ou indirectes intervenues dans la vente, sauf celles exceptées par décret.²⁴³ C'est le décret n°2000-462 du 21 février 2000 fixant les modalités de calcul du taux d'intérêt

²⁴³ Article 2 de la loi de 1999 relative aux taux d'intérêt excessifs.

effectif global et du taux d'intérêt effectif moyen et leur mode de publication qui dispose dans son article 4 que : « Sont exclus du calcul du taux d'intérêt effectif global, les impôts, droits, frais et commissions prélevés par le prêteur en qualité de percepteur au profit de l'État ou de tout autre organisme conformément à la législation et la réglementation en vigueur. Sont également exclus du calcul du taux d'intérêt effectif global, les commissions et frais prélevés par le prêteur pour son propre compte et n'ayant pas de lien direct ou indirect avec les opérations découlant de l'octroi de crédit ».

La loi relative aux taux d'intérêt excessif présente ainsi une définition large de l'intérêt.²⁴⁴ Chaque banque islamique, qui dépasse le pourcentage de la valeur de profit mentionnée pour le taux d'intérêt, est soumise aux mêmes sanctions de l'article 5 de la loi de 1999 qui dispose que : « Quiconque consent à autrui un prêt à un taux d'intérêt excessif est puni d'un emprisonnement de 6 mois et d'une amende allant de trois mille à dix mille dinars ou de l'une de ces deux peines seulement. En cas de récidive, cette sanction est portée au double. Lorsque le contrevenant est une personne morale, les peines prévues ci-dessus sont applicables, personnellement et selon le cas, aux présidents directeurs généraux, directeurs, gérants et en général à toute personne reconnue responsable et ayant qualité pour représenter la personne morale. Les complices sont punis des mêmes peines. Le tribunal peut ordonner la publication intégrale, ou par extraits, de sa décision dans les journaux quotidiens qu'il désigne et les frais qui en découlent seront à la charge du condamné ».

Bref, le droit bancaire ne semble pas être un contexte favorable pour la pratique de la mourabaha. Ainsi de multiples réformes sont nécessaires pour empêcher les difficultés devant l'accès à la mourabaha. Mais le droit bancaire ne renferme pas l'unanimité des obstacles, car le droit foncier comprend des dispositions qui constituent une partie de ces obstacles.

²⁴⁴عبدالله الهاللي, مرجع سابق, ص. 758.

DEUXIEME SECTION : Les entraves de certaines règles du droit foncier

Aujourd'hui les banques islamiques en Tunisie essayent d'élargir leurs domaines d'intervention et de financer toute personne pour n'importe quel besoin. Le banquier met à la disposition de la clientèle le libre choix de la chose qu'il veut s'approprier. Cette liberté peut être confrontée à des lois spéciales bloquant l'exercice de l'opération de la mourabaha dans les banques islamiques. D'où des lois spéciales peuvent constituer des entraves devant l'accès de l'appropriation de la chose voulue qu'elle soit meuble (paragraphe premier) ou immeuble (deuxième paragraphe).

PARAGRAPHE PREMIER : les entraves en rapport avec les meubles :

Les biens sont meubles soit par leur nature soit par détermination de la loi.²⁴⁵ D'un côté Sont meubles par nature, les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit par eux-mêmes, soit par l'effet d'une force étrangère.²⁴⁶ D'un autre côté, sont meubles par détermination de la loi, les créances, les droits réels et les actions portant sur des meubles ainsi que les parts sociales, les actions et les obligations émises par toutes sociétés soient propriétaires d'immeubles.²⁴⁷ Lors de la vente mourabaha de quelques types de meubles certaines difficultés peuvent naître à savoir la vente du fonds de commerce (A) et la vente des moyens de transport (B).

²⁴⁵ Article 13 du c.d.r.

²⁴⁶ Article 14 du c.d.r.

²⁴⁷ Article 15 du c.d.r.

A- le cas de fonds de commerce

Lors de la vente mourabaha du fonds de commerce certaines difficultés peuvent naître en rapport avec les procédures suivies ou en relation avec la nature spécifique des activités dans certains fonds de commerce.

La vente du fonds de commerce est soumise à certaines procédures à savoir la publicité. « Toute cession de fonds de commerce sera dans la quinzaine de sa date, publiée, à la diligence de l'acquéreur, sous forme d'extraits, dans un journal officiel de la république tunisienne »²⁴⁸. en outre « à partir de la vente et jusqu'à l'expiration d'un délai de vingt jours après la publication au journal officiel de la république tunisienne, l'acquéreur est tenu de laisser en dépôt, au domicile élu, un des originaux de l'acte de vente, si l'acte a été dressé sous seing privé, ou en expédition, si l'acte est authentique. Il est tenu de les communiquer à tout créancier ou opposant. Ceux-ci peuvent en prendre, sans déplacement, communication et copie. »²⁴⁹.

« dans les vingt jours au plus tard suivant l'insertion au journal officiel de la république tunisienne, tout créancier du précédent propriétaire, que sa créance soit ou non exigible, peut former, au domicile élu, par acte extrajudiciaire ou par lettre recommandée avec avis de réception, opposition au paiement du prix. »²⁵⁰

Normalement, les dispositions des articles 191, 192, 193 et 194 du C.C. seront applicables à toute vente donc pour la vente mourabaha elles seront appliquées à la première vente entre la banque islamique et le fournisseur et aussi à la deuxième vente entre l'établissement de crédit et son client.

Vu le temps réduit entre les deux ventes et l'intention de la banque de vendre rapidement le fonds de commerce, les dispositions dernières doivent être

²⁴⁸ Article 191 du c.c.

²⁴⁹ Article 192 du c.c.

²⁵⁰ Article 193 du c.c.

appliquées seulement sur la première vente d'où la vente entre la banque et son client est exclue de ces dispositions.

Autre difficulté est celle de vente des fonds de commerce à des activités spéciales. Ces dernières sont celles qui ne peuvent être appropriées que par les personnes qui ont le droit d'exercer la profession tel que les pharmaciens et les opticiens, d'après les lois organisant ces professions la banque ne peut pas s'approprier de ces fonds car elle ne renferme pas la spécialité concernée, donc les conditions d'appropriation doivent être renfermées par le client de la banque et non par la banque elle-même, d'où une réforme législative paraît être nécessaire pour combler cette insuffisance.

B- le cas de moyens de transport

La cession des véhicules nécessite certaines procédures à savoir le changement de la carte grise²⁵¹.

Pour faciliter la vente mourabaha entre la banque et son client, ces procédures doivent être faites une seule fois parce que la banque n'a pas l'intention s'approprier des véhicules achetés.

De même pour la vente des avions et des navires qui nécessite certaines procédures d'enregistrement. Ces dernières doivent être faites une seule fois lors de la mourabaha dans un but de concision des procédures et de création d'une certaine égalité entre les banques islamiques et les banques conventionnelles.

²⁵¹Des formalités de carte grise doivent être remplies lorsque l'on achète un véhicule, qu'il soit neuf ou d'occasion. Lorsque l'on achète un véhicule neuf, il est obligatoire de faire faire une carte grise, aussi appelée certificat d'immatriculation, dans les 15 jours suivant l'achat du véhicule. En cas d'achat d'un véhicule d'occasion, il convient de vérifier que le vendeur effectue bien les formalités de vente du véhicule en remettant à l'acheteur tous les documents nécessaires à la demande du certificat d'immatriculation. L'acheteur dispose d'un délai d'un mois à compter de la date d'achat du véhicule d'occasion pour effectuer les formalités de carte grise.

DEUXIEME PARAGRAPHE : les entraves en rapport avec les immeubles :

Par principe, Est immeuble toute chose fixe qu'on ne peut déplacer sans dommages²⁵².les biens sont immeubles ou par leur nature ou par leur destination ou par l'objet auquel ils s'appliquent²⁵³ . Pour certains immeubles leur vente en mode de mourabaha est confrontée par des entraves résultant de quelques lois spéciales. C'est le cas des immeubles agricoles (A) ainsi que le cas des immeubles en indivision (B).

A- le cas des immeubles agricoles :

Parmi les lois, qui organisent les immeubles agricoles et constituent des entraves devant le financement par les contrats de la mourabaha, est la loi n°89-43 du 8 mars 1989, relative aux conditions d'exercice des activités agricoles par les sociétés anonymes.

Dans l'article 4, la dernière loi dispose que « les sociétés anonymes peuvent accéder à la propriété des terres à usage agricole lorsqu'elles répondent aux conditions suivantes :

_avoir la nationalité tunisienne conformément aux dispositions du décret-loi n°61-14 du 30 aout 1961.

_avoir leur capital représenté en totalité par des titres nominatifs détenus par des personnes physiques de nationalité tunisienne.

²⁵² Article 3 du c.d.r.

²⁵³ Article 4 du c.d.r.

Les parts de fondateurs ou de bénéficiaires prévus par l'article 122 du code de commerce ne peuvent être détenues que par des personnes physiques de nationalité tunisienne. »

Selon la loi n°2001-65 du 10 juillet 2001 relative aux établissements de crédit, la banque est une société anonyme où il peut exister parmi les fondateurs de leur capital, des personnes morales. La conservation de la propriété foncière a mis en doute la conformité de la mourabaha, exercée par les banques islamiques, aux dispositions de la loi de 1989 car parmi les fondateurs du capital des banques islamiques, il existe des personnes morales. Ce doute se confirme bien avec le jugement de première instance de Sfax au cours duquel, le tribunal a considéré le contrat de vente où l'une des parties est la banque islamique al-baraka, qu'il est nul car l'objet de la vente est un immeuble agricole. Le tribunal, et en se basant sur l'article 4 de la loi de 1989, affirme que les actions de la banque islamique, en tant que société anonyme, sont non nominatives donc la banque ne peut pas s'approprier des immeubles immobilier. En outre le capital de la banque al-baraka est constitué par des personnes morales qui n'ont pas la nationalité tunisienne par conséquent le contrat de vente est nul.²⁵⁴

La loi de 1989 est une loi principalement protectrice des immeubles agricoles contre l'appropriation des sociétés anonymes comportant des étrangers. En revanche dans l'opération de la mourabaha la propriété ne s'installe pas en faveur de la banque d'où elle est obligée de céder ces immeubles à ses clients demandeurs d'ordre. Pour cela la conservation de la propriété foncière doit appliquer les dispositions de la loi de 1989 aux clients de la banque et non à la banque elle-même, d'où une réforme législative paraît être nécessaire.

²⁵⁴ Jugement n°7164 de la cour de la première instance de Sfax 2 en 24/04/2013(Voir annexes).

B- le cas d'un immeuble en indivision :

Un immeuble peut être à la propriété de plusieurs personnes, c'est le cas d'indivision. L'article 104 du C.D.R. dispose qu' « Est considéré comme indivisaire :

- 1) tout copropriétaire indivis d'un immeuble ou tout cohéritier relativement à un immeuble successoral;
- 2) le superficiaire relativement au sol vendu;
- 3) le propriétaire du sol relativement à la superficie vendue;
- 4) le copropriétaire divis d'une maison d'habitation non soumise au statut de la copropriété des immeubles divisés par étages ou par appartements. »²⁵⁵

Tout propriétaire a le droit de préemption ou droit de retrait. Ce droit est « l'acte par lequel un indivisaire se substitue, dans les cas et selon les conditions prévues par les articles suivants, à celui qui a acquis d'un autre indivisaire; tout ou partie de sa quote-part. »²⁵⁶, mais un copropriétaire ne peut pas exercer le droit de retrait à l'encontre de son copropriétaire²⁵⁷.

Au cours de la vente mourabaha la banque ne constitue pas un copropriétaire mais son client peut l'être. Dans un tel cas, tout autre copropriétaire peut agir contre la banque par une préemption. Ainsi le risque touchant la banque est que, Le retrayant peut se substituer dans tous les droits et obligations du banquier à l'égard du vendeur bien que le client de la banque soit un copropriétaire²⁵⁸. Ainsi une réforme législative paraît être nécessaire ; si le client de la banque est un copropriétaire dans l'immeuble qu'il désire acheter, ses autres copropriétaires doivent être exclus du droit de préemption contre

²⁵⁵ Article 103 de CDR

²⁵⁶ Article 103 du CDR

²⁵⁷ Article 107 du CDR

²⁵⁸ Cette possibilité exige la présence au moins trois copropriétaires. Le premier va acheter le part du deuxième par l'introduction d'un financement d'une banque islamique mais le troisième utilise son droit de préemption contre la banque qui doit acheter la part concerné par la vente.

banque dans la perspective de lancer une égalité entre les banques islamiques et les banques conventionnelles.

Cette difficulté est présentée pour la première fois en Tunisie à la banque Zitouna d'où après que cette dernière a acheté une part d'un immeuble en indivision et l'a vendu à un copropriétaire ; un autre copropriétaire a essayé de rembourser à la banque son prix d'acquisition et les loyaux coûts du contrat²⁵⁹, pour bénéficier de la préemption. C'est une entrave pour l'exercice de la mourabaha par les banques islamiques.

²⁵⁹Le Procès-verbal de l'offre d'argent existe dans les annexes.

Conclusion Générale

La pratique licite de la mourabaha implique le respect des règles de droit musulman ainsi que la conformité avec les règles de droit positif. Plusieurs manifestations sont à l'origine de la violation de ces règles ; soit par le détournement de quelques principes islamiques soit par les anomalies que contient le droit positif.

Pour combler les insuffisances et rendre efficace l'opération de la mourabaha, la banque islamique doit vraiment éviter quelques prohibitions telles que le détournement de la vente et sa dénaturation. Aussi des réformes législatives sont nécessaires pour créer un environnement adéquat à la pratique de la mourabaha et pour fournir une certaine égalité entre les banques conventionnelles et les banques islamiques.

Bien que le rôle traditionnel de la banque ne soit pas celui d'effectuer des opérations d'achat et de revente, la murabaha est communément utilisée afin de contourner la prohibition du taux d'intérêt et elle semble assez facile de s'introduire dans le système juridique tunisien.

Annexes

ANNEXE 1 :

**Une statistique de l'utilisation de la
mourabaha**

Institution	Financement total(Million \$ US)	Murabaha	Mushsaraka	Mudaraba	Leasing	Autres modes	Total
Banque Islamique al- Baraka//invest	119	82	7	6	2	3	100
Banque islamique du Bahrein	320	93	5	2	0	1	100
Faïsal Islamic Bank, Bahreïn	945	69	9	6	11	5	100
Banque Islamique du Bangladesh	309	52	4	17	14	14	100
Banque Islamique de Dubai	1300	88	1	6	0	6	100
Faïsal Islamic Bank, Egypte	1364	73	13	11	3	0	100
Banque Islamique de Jordanie	574	62	4	0	5	30	100
Kuwait Finance House	2454	45	20	11	1	23	100
Islam Malaysia Bank Berhad	580	66	1	1	7	24	100
Banque Islamique du Qatar	598	73	1	13	5	8	100
Moyenne simple	8563	70	7	7	5	11	100
Moyenne pondérée		66	10	8	4	12	100

Source : Iqbal, Munawar, et al. (1998) / Document périodique n°4 de la Banque
Islamique De Développement Institut Islamique de Recherches Et De Formation

ANNEXE 2 :

Exemplaires des contrats de la mourabaha

من جهة

2/ السيد الجنسية، مولود في ب صاحب بطاقة التعريف الوطنية/ جواز السفر/ شهادة الإقامة عدد الصادر (ة) في بتاريخ ، والقاطن ب
يشار إليه فيما يلي بـ "الطرف الثاني"

من جهة أخرى

تمهيد

حيث طلب الطرف الثاني من الطرف الأول بان يمول له شراء سيارة نوع و يشار إليها في ما يلي بـ "السيارة" و ذلك في حدود ثمن شراء جملي قدره دينار. و حيث وافق الطرف الأول على تمويل شراء السيارة عن طريق عملية مرابحة.

المادة الأولى: التمهيد

يعتبر التمهيد جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد.

المادة الثانية: التواعد بالبيع

فور تسلم الطرف الثاني السيارة بصفته وكيلاً للطرف الأول يوافق الطرف الأول على بيعها له مع تقسيط الثمن و يلتزم الطرف الثاني بشرائها وفق أحكام هذه المادة.

المادة الثالثة: التسليم والضمان

بما أن الطرف الأول ما كان ليشتري السيارة لو لم يتعهد الطرف الثاني بشرائها منه بعد ذلك و انه لم يوكل غيره لاقتنائها لارتباط مصلحته بذلك، فقد تم الاتفاق بين الطرف الأول و الطرف الثاني على أن السيارة موضوع عقد البيع النهائي هي ما سيقع تسلمه من الطرف الثاني بصفته وكيلاً دون أن يتحمل في ذلك الطرف الأول أي مسؤولية قد تنشأ عن الإخلال بأي التزام يتعلق بحالة السيارة سواء كان هذا الالتزام مفروضاً بموجب القانون أو جرى به العرف

المادة الرابعة: الثمن

حدد ثمن بيع السيارة موضوع هذا العقد من الطرف الأول إلى الطرف الثاني بمبلغ قدره دينار ويتكون من:

- ثمن شراء السيارة أي ديناراً و المتكون من:

• دينار و هو ما قدمه الطرف الثاني كتسبقة على ثمن بيع السيارة و لا يستحق الطرف الأول عليه ربحاً.

• دينار و هو باقي الثمن الجملي للشراء.

- مع إضافة هامش ربح قدره دينار أي أن نسبة العائد من رأس المال تبلغ سنوياً % و بذلك فإن النسبة السنوية للربح الجملي على رأس المال لا تتعدى النسبة القصوى المسموح بها قانوناً يوم البيع حسب مقتضيات القانون عدد 64 لسنة 1999 المؤرخ في 15/07/1999 و للنصوص التطبيقية التابعة له و خاصة منها الأمر عدد 462 لسنة 2000 المؤرخ في 21/02/2000.

لا يأخذ ثمن البيع هذا بعين الاعتبار الادعاءات و الضرائب و المصاريف التي قد يكون الطرف الثاني ملزماً بأدائها بمقتضى القانون.

المادة الخامسة: أداء الثمن

يلتزم الطرف الثاني بأداء كامل باقي ثمن البيع مع هامش الربح على تكون مستحقة الدفع من تاريخ عقد البيع النهائي. و إذا كان التسديد على مرات متعددة فإن ثمن البيع يستحق على كل مرة كما لو كان عملية مستحقة بذاتها.

يقع تمثيل المبالغ المستحقة عن ثمن البيع بواسطة سند قرض يلتزم الطرف الثاني بتحريره لفائدة الطرف الأول يوم إبرام عقد البيع النهائي.

يؤكد الطرف الثاني معرفته النامة و إدراكه بخصوصية عمل مصرف الزيتونة وفق ما نص عليه قانونه الأساسي و العقود المعتمدة لديه و الاطلاع عليها و قبولها، و يقر بصفة نهائية لا رجعة فيها أن المقصود بـ "القرض" في السند المذكور و في كل المراسلات و الوثائق المتعلقة به و أينما ورد، هو الدين المتولد عن عقد هذا العقد و المتمثل في ثمن البيع أصلا و الربح المتفق عليه كما تم تحديده بالمادة الرابعة أعلاه.

و يلتزم الطرف الثاني بتوفير المبالغ اللازمة لخلاص أقساط ثمن البيع في أجالها، و يرخص للطرف الأول اقتطاع مبالغها من حسابه المفتوح على دفاتره.

المادة السادسة: المماطلة

ينجر عن كل مماطلة في سداد أي قسط من أقساط ثمن بيع السيارة في أجله تحمل الطرف الثاني غرامات تحتسب بداية من تاريخ استحقاق كل قسط إلى تمام الوفاء و بإضافة نسبة 2% إلى الشروط المالية المتفق عليها دون المس بحق الطرف الأول في المطالبة بكامل ثمن البيع حالا.

و يأذن الطرف الثاني للطرف الأول صراحة و بصفة لا رجعة فيها باقتطاع مبالغ الغرامات من حسابه المفتوح على دفاتره.

تدرج الغرامات المستخلصة بحساب خاص بعد طرح الاداءات الموظفة عليها و تصرف في أوجه النفق العام بتوجيه من هيئة الرقابة الشرعية.

المادة السابعة: الرهن

تحقيقا و ضمانا للوفاء بتسديد كل المبالغ التي قد تتخلد في ذمة الطرف الثاني لفائدة الطرف الأول إلى حدود مبلغ قدره ، يرصد الطرف الثاني لفائدة الطرف الأول رهنا بلا قيد على البطاقة الرمادية للسيارة الحاملة للمواصفات التالية:

الصانع:

نوع السيارة:

عدد الفاتورة الأولية:

تاريخ الفاتورة الأولية:

و يتعهد الطرف الثاني بتجديد الامتياز المذكور إذا اقتضت الحاجة إلى ذلك حسب القوانين الجاري بها العمل و يتعهد بمد الطرف الأول بالبطاقة الرمادية للسيارة المذكورة و بإمضاء كل كتب تكميلي للغرض. و يعتبر تردد الطرف الثاني في القيام باللازم مماطلة ينجر عنها سقوط الأجل و استحقاق ثمن البيع حالا.

المادة الثامنة: التأمينات

ضمانا لتسديد مبلغ الدين، يلتزم الطرف الثاني بإمضاء عقد تأمين لدى شركة تأمين إسلامية ما أمكن، يوافق عليها الطرف الأول ضد جميع الأخطار لحماية السيارة و الضمانات المرصودة و ذلك بمجرد تسلم السيارة و إبرام عقد البيع النهائي. و يلتزم الطرف الثاني بتعيين الطرف الأول مستفيدا من التعويضات التي قد تستحق بمقتضى ذلك العقد و بمد الطرف الأول بنسخة منه.

و في صورة حدوث كارثة يتعهد الطرف الثاني أو ورثته بإعلام الطرف الأول في اقرب الأجال. و يقر الطرف الثاني و من الآن انه يحيل و يتنازل لفائدة الطرف الأول، ومو تخصيصه بالأولوية و الامتياز عنه شخصا و عن الغير، عن كل المبالغ التي قد يستحقها من المؤسسة المؤمنة للسيارة في حالة حدوث كارثة، و ذلك في حدود المبالغ المتبقية من الدين و ما يتبعه بذمة الطرف الثاني حسب الحساب المقدم من الطرف الأول.

كما يلتزم الطرف الثاني بإبرام عقد تأمين شخصي لتغطية الالتزامات لفائدة الطرف الأول و ذلك عن كامل مدة استخلاص الدين بما يضمن الوفاء بالديون في حالة الوفاة أو العجز النهائي الكلي أو النسبي أو العجز الوقتي أو الكلي عن العمل، و بمد الطرف الأول بصورة من العقد.

كما يتعهد الطرف الثاني بمد الطرف الأول بكل عقد تأمين يطالب به الطرف الأول حسب ما يقتضيه العرف أو بكل ملحق في ظرف شهر من مطالبة الطرف الأول.

المادة التاسعة: التقارير و الوثائق

يتعهد الطرف الثاني، ان كان غير أجير، أن يقدم التقارير و الوثائق الآتية للطرف الأول:

أ- تقرير عن سير العمل أو أي تقرير أو معلومات أخرى يطلبها الطرف الأول حسب العرف الجاري به العمل من وقت لآخر.

ب- تقرير عن المركز المالي للطرف الثاني و نتائج عملياته في السنة المالية المنتهية مصحوبا ببيان الحسابات المراجعة و القوائم المالية عن السنة المنتهية، و يقدم هذا التقرير بعد 90 يوما من نهاية كل سنة مالية على أقصى تقدير.

المادة العاشرة: تأكيدات الطرف الثاني

- 10.1 يؤكد الطرف الثاني انه لم يقم بإصدار شيكات بدون رصيد كما انه لم يصدر ضده أي منع لاستعمال الشيكات.
- 10.2 يؤكد الطرف الثاني انه لا يوجد أي مانع قانوني أو إداري يحول دون التمتع بالتمويل المذكور.
- 10.3 يؤكد الطرف الثاني معرفته التامة بالبند الواردة في اتفاقية التعامل بحساب مفتوح للأشخاص الطبيعيين التي أبرمها مع الطرف الأول و الالتزام بما جاء بها.

المادة الحادية عشرة: الإخلال بالالتزامات و استحقاق الدين، حالا

- يعتبر أن الطرف الثاني قد اخل بالتزاماته بموجب هذه الاتفاقية في الحالات التالية:
- إذا فشل في أن يؤدي بالكامل أي مبلغ مستحق بموجب عقد البيع و لا يعتبر قبول الطرف الأول بجزء من المبلغ المستحق تنازلا عن اعتبار الطرف الثاني مخلا بالتزامه بأداء كامل المبلغ المستحق.
 - إذا ما تبين أن أي من البيانات أو التأكيدات التي قدمها غير صحيحة في أمر جوهري في الوقت التي قدمت فيه

- في حالة إفلاس الطرف الثاني
- في حالة توقف الطرف الثاني عن ممارسة نشاطه جزئيا أو كلياً، و مهما كان سبب التوقف.
- في حالة فسخ عقد أو عقود التأمين دون موافقة الطرف الأول أو في صورة تغيير بند منها.
- في حالة عدم احترام الالتزامات المنصوص عليها بعقد البيع.
- في حالة عدم الإداء بالضمانات المذكورة في المادة السابقة من هذا العقد أو عدم القيام بالاجراءات القانونية اللازمة لترسيم الضمانات لفائدة الطرف الأول.
- يترتب عن الإخلال بالالتزامات سقوط الأجل و استحقاق ثمن البيع حالا، مع احتفاظ الطرف الأول بحق القيام بأي تتبع في صورة حصول أي ضرر مادي أو معنوي.

المادة الثانية عشرة: توطين المداخل

يلتزم الطرف الثاني بتوطين جميع مداخله بحسابه المفتوح على دفاتر الطرف الأول لضمان خلاص الدين.

المادة الثالثة عشرة: تنفيذ الاتفاقية

- 13.1 لا يحق للطرف الثاني المطالبة باستعمال التمويل الممنوح له إلا بعد الترسيم النهائي للرهن المنصوص عليه بهذا العقد
- 13.2 المدة المقررة مبدئياً لتنفيذ هذا الاتفاق هي أشهر من تاريخ تحرير هذا العقد و في صورة عدم مطالبة الطرف الثاني باستعمال التمويل الممنوح له خلال هذه المدة، فإنه يحق للطرف الأول أن لا يستجيب لطلب تنفيذ العقد بدون أي تعليل و لا يخول هذا العدول للطرف الثاني الحق في طلب أي تعويض مهما كانت صيغته.
- 13.3 إن عدم قيام الطرف الأول باستعمال أو التمسك بأي حق من حقوقه الثابتة بموجب عقد التمويل أو تأخره في أي من ذلك أو عدم استعماله أو تمسكه بأي جزء مقرر له ضد الطرف الثاني أو تأخره في ذلك لا يخل بذلك الحق أو الجزاء و لا يجوز أن يفسر على أنه تنازل عنه.

المادة الرابعة عشرة: الاختصاص القانوني - الاختصاص القضائي

يخضع هذا العقد لمقتضيات القانون التونسي.
جميع النزاعات التي من الممكن أن تقوم بين الطرفين و الناشئة عن تأويل أو تنفيذ أو فسخ هذا العقد تكون من نظر محاكم تونس العاصمة دون سواها.

المادة الخامسة عشرة: محل المخابرة

- 15.1 من أجل تحقيق الغرض من عقد التمويل يعين الطرفان محل مخابرتهم في العناوين المذكورة أعلاه.
- 15.2 إن كافة المراسلات و الإخطارات و الإعلانات القضائية التي ترسل من أحد الأطراف إلى الآخر على عنوانه السالف الذكر في الفقرة السابقة، يعتبر صحيحاً و منتجاً لأثاره القانونية ما لم يخطر أحد الأطراف الآخر كتابياً بأي تعديل قد يطرأ على ذلك العنوان.

المادة السادسة عشرة: الاداءات و المصاريف

يتحمل الطرف الثاني جميع الاداءات و المعاليم الناجمة عن إبرام و تنفيذ عقد التمويل حسب القوانين و الترتيب الجاري بها العمل.
و يأذن الطرف الثاني الطرف الأول باقتطاع هذه المعاليم و الاداءات من حسابه المفتوح لدى دفاتر الطرف الأول.

حرر هذا العقد في نسختين أصليتين

الطرف الثاني

الطرف الأول

إلى السيد المدير العام
لمصرف الزيتونة

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

إنني الموقع أسفله صاحب بطاقة التعريف الوطنية الصادرة في تحت عدد حسب عقد الوكالة الممضي بيني وبين مصرف الزيتونة في لشراء السيارة من نوع المضبوط في عقد الوكالة المذكور أعلمكم أنني قبلت اليوم السيارة المذكورة واني قمت بفحصها فوجدتها موافقة لمواصفات و شروط البيع و اشهد انه لا توجد بها أية عيوب و أنني أتحمل تبعات العيوب لو ظهرت و اعترف بأنها لو ظهرت فان ذلك يعد تقصيرا مني و أنني ارغب منكم ان توقعوا معي عقد البيع النهائي حسبما جاء في عقد التواعد بالبيع لتمويل عملية مرابحة الذي أمضيناه في تاريخ

كتب هذا في

عقد شراء عقار في إطار عملية مرابحة

بين الممضيين أسفله :

1/ السيد (...)، (... الجنسية، مولود في (...) ب (...) صاحب بطاقة التعريف الوطنية/ جواز السفر/ شهادة الإقامة عدد (...) الصادر(ة) في (...) بتاريخ (...، والقاطن ب (...) يشار إليه فيما يلي بـ "الطرف الأول"،

من جهة

2/ مصرف الزيتونة، شركة خفية الاسم، رأس مالها سبعون مليون دينار، مقرها الاجتماعي بشارع جودة الحياة عدد 2 الكرم 2015 تونس، مرسمة بالسجل التجاري تحت عدد B 24162142009 , و معرفها الجبائي عدد 1120822H, يمثلها في الإمضاء على هذا العقد السيد (...) بصفته (...) بمقتضى (...) (.....)

و يشار إليه فيما يلي بالطرف الثاني،

من جهة أخرى

التمهيد

حيث استقرّ على ملك السيد () جميع العقار موضوع الرّسم عدد (...) الذي يسمح (...). والكائن ب (...) / جميع (...../.....) جزء فقط علي الشياح تؤخذ من المنابات الراجعة له في العقار موضوع الرسم عدد (...) الذي يسمح (.....) والمجزأ إلي (...). والكائن ب (...). و حيث أن الطرف الثاني، و في إطار عملية تمويل بالمrabحة طبقا لمقتضيات قانونه الأساسي، عبر عن رغبته في اقتناء العقار المذكور بناءا علي طلب طرف آخر سيتم التعريف به لاحقا. و حيث صرح الطرفان أن عملية البيع موضوع هذا العقد تندرج في إطار آلية تمويل شراء عقارات بالمrabحة وأن البائع يوافق علي حلول المستفيد النهائي من عملية الشراء محل المصرف في جميع الحقوق و الالتزامات الناشئة عن هذا العقد . فقد تم الاتفاق و التراضي على ما يلي:

الفصل الأول: موضوع العقد

. باع الطرف الأول و أحال تحت جميع الضمانات القانونية و الفعلية إلى الطرف الثاني الذي قبل جميع العقار موضوع الرّسم عدد (...) الذي يسمح (...). والكائن ب (...) / جميع (...../.....) جزء فقط علي الشياح تؤخذ من المنابات الراجعة له في العقار موضوع الرسم عدد (...) الذي يسمح (.....) والمجزأ إلي (...). والكائن ب (...).

الفصل الثاني: الثمن

حدد ثمن بيع العقار المذكور من الطرف الأول إلى الطرف الثاني بمبلغ قدره (.....) قبض منها البائع مبلغ قدره (.....) و الباقي وقدره (.....) يقع تسديده دفعة واحدة حال تسجيل هذا العقد لدي القباضة المالية بواسطة (تحويل بنكي بالحساب المفتوح لدي بنكتحت عدد / صك بنكي)

الفصل الثالث: وصف العقار

يتمثل المبيع في :

وتعفي إدارة الملكية العقارية من كل وصف وتحديد وتشخيص ومن كل العبارات التي لا علاقة لها بالترسيم وخصوصا ما تم التنصيص عليه صلب هذا الفصل و يطلب منها إدراج هذا العقد وفقا للفصل الأول منه

الفصل الرابع: التحويل والتسلم

يتم تحويل المشتري أو من حل محله مباشرة بالعقار المبيع حال إمضاء هذا العقد /.....

الفصل الخامس: انجرار الملكية

انجرت ملكية العقار إلى الطرف الأول بموجب (...)

الفصل السادس: القيود و التحملات و الاداءات

يصرح الطرف الأول بأن العقار موضوع هذا الكتب خلو من جميع التحملات أو الرهون، عدى (...). و يلتزم الطرف الأول بمد الطرف الثاني بشهادة رفع يد بخصوص جميع الرهون و التحملات المسلطة على الرسم العقاري عدد (...) و ذلك حال الإمضاء على هذا العقد. كما يصرح بأنه تم خلاص المعاليم البلدية لدي القباضة البلدية /المالية ب (...).
حسب شهادة الإبراء المؤرخة في (...).

الفصل السابع: تسجيل العقد

يتمتع تسجيل هذا العقد بالامتيازات و الإعفاءات المسندة بموجب التشريع الجبائي أو التشريع المتعلق بتشجيع الاستثمارات أو بموجب نصوص خاصة التي تبقي نافذة المفعول تطبيقا لموجبات الفصل 28 من قانون المالية لسنة 2012

الفصل الثامن : التزامات الاطراف

يلتزم الطرفان أو من حل محلهم بالإمضاء على أي عقد تكميلي أو توضيحي وتوفير أي وثيقة تكون ضرورية لتسجيل هذا العقد لدي القباضة المالية أو ترسيمه بالسجلات العقارية

الفصل التاسع: محل المخابرة

- من أجل تحقيق الغرض من هذا العقد عين الطرفان محل مخابراتهما في العناوين المذكورة أعلاه.

الفصل العاشر: : الاختصاص القانوني-الاختصاص القضائي

يخضع هذا العقد لمقتضيات القانون التونسي.وتكون جميع النزاعات التي من الممكن أن تقوم بين الطرفين و الناشئة عن تأويل أو تنفيذ أو فسخ هذا العقد من نظر محاكم تونس العاصمة (محكمة تونس 1) دون سواها

الفصل الحادي عشر: تحرير العقد

تطبيقا لموجبات الفصلين 377 مكررو 377 ثالثا من مجلة الحقوق العينية قام بتحرير هذا العقد الأستاذالمحامي لديالكائن مكتبه ب.....صاحب بطاقة تعريف عددالذي يشهد انه اطلع علي الرسم العقاري عددو انه اطلع الاطراف المتعاقدة بالوضعية القانونية وانه لا يوجد أي مانع قانوني للتحرير
كما يشهد الطرف الثاني انه أسند توكيلا لمحضر هذا العقد للقيام بجميع الإجراءات واستخراج جميع الوثائق و الإمضاء بدلا عنه علي أي وثيقة أو كتب تكميلي يكون ضروريا لتسجيل هذا العقد لدي القباضة المالية أو ترسيمه بالسجلات العقارية

إمضاء مصرف الزيتونة

إمضاء البائع

عقد شراء عقار في إطار عملية مرابحة

بين الممضيين أسفله :

1/ الشركة (...)، شركة (... رأس مالها (... دينار، مقرها الاجتماعي كائن بـ (...)، مرسمة بالسجل التجاري تحت عدد (... B و معرفها الجبائي عدد (... لها صفة الباعث العقاري و المرخص لها في ذلك طبق القرار الصادر من وزير التجهيز و الاسكان و التهيئة الترابية عدد (... بتاريخ (... يمثلها في الإمضاء على هذا العقد (... السيد (...)

و يشار إليها فيما يلي بـ "الباعث العقاري"
من جهة

2/ مصرف الزيتونة، شركة خفية الاسم، رأس مالها سبعون مليون دينار، مقرها الاجتماعي بشارع جودة الحياة عدد 2 الكرم 2015 تونس، مرسمة بالسجل التجاري تحت عدد B 24162142009 , و معرفها الجبائي عدد 1120822H, ممثل في شخص رئيسها ومديرها العام السيد عز الدين خوجة أو مدير فرعها في المنستير السيد نزار عياد بمقتضى تفويض مسند له من المدير العام مسجل بقباضة المنستير بتاريخ 2012/12/20 (وصل عدد M 039712 تسجيل عدد 12806195)

من جهة أخرى

و يشار إليه فيما يلي بالطرف الثاني،

التمهيد

حيث أن شركة (...) مالكة للعقار (...) الكائن ب (...)، والذي يمسح (...) مترا مربعا موضوع الرسم العقاري عدد (...) انجرت ملكيته لها بالشراء بمقتضى (...).
حيث تولت شركة (...) إنجاز (...) تحت اسم " (...)", يتمثل في (...) متكونة من (...) طبقا لخصة البناء المسلمة من بلدية (...) بتاريخ (...) حث عدد (...). و حيث تبين أن الباعث العقاري قد تحصل من بلدية (...) على محضر تطابق الأشغال بمقتضى المحضر المؤرخ في (...) الذي تضمن أن كامل البناء مطابقة للأمتلة المرخص فيها حسب قرار رخصة البناء المذكورة أعلاه.
و حيث أن الطرف الثاني، و في إطار عملية تمويل بالمrabحة طبقا لمقتضيات قانونه الأساسي، عبر عن رغبته في اقتناء العقار المذكور بناء على طلب طرف آخر سيتم التعريف به لاحقا.
و حيث صرح الطرفان أن عملية البيع موضوع هذا العقد تندرج في إطار آلية تمويل شراء عقارات بالمrabحة وأن البائع يوافق على حلول المستفيد النهائي من عملية الشراء محل المصرف في جميع الحقوق و الالتزامات الناشئة عن هذا العقد .
فقد تم الاتفاق و التراضي على ما يلي:

الفصل الأول: موضوع العقد

باع وأحال وسلم مع جميع الضمانات الفعلية والقانونية الباعث العقاري، للطرف الثاني الذي قبل، جميع (...) والمتكون من (...) مساحته الجمالية (...) متر مربع تقريبا، مع حق انتفاع واستعمال لماوى السيارة عدد (...، ومناياتها المشاعة الراجعة لها في الأجزاء المشتركة، من المركب العقاري " (...)" والمشييدة على الرسم العقاري عدد (...) و المسمى " (...)", والكائنة ب (...). وتعفي الأطراف إدارة الملكية العقارية من الوصف والتحديد والتشخيص ومن كل العبارات التي تحول دون الترسيم.

الفصل الثاني: الثمن

حدد ثمن بيع العقار المذكور من الباعث العقاري إلى المصرف بمبلغ قدره (...) يقع تسديده تسديده كآتي:
تسبقة و قدرها (...) تم دفعها للباعث العقاري
و الباقي و قدره (...) يقع دفعه مباشرة للباعث العقاري وحال تسجيل هذا العقد بواسطة تحويل بنكي بحسابه المفتوح لدى (...) فرع (...) تحت عدد.....

الفصل الثالث: التحويل والتسلم

يتم تحويل المشتري فور الإمضاء على عقد البيع وبعد تحويل مبلغ (...) بحساب الباعث العقاري/ تسلم الباعث العقاري الصك البنكي.

الفصل الرابع: انجرار الملكية

انجرت ملكية العقار إلى الطرف الأول بموجب (...)

الفصل الخامس: القيود والتحملات و الاداءات

يصرح الطرف الأول بأن العقار موضوع هذا الكتب خلو من جميع التحملات أو الرهون، عدى (...). ويلتزم الباعث العقاري بمد المصرف بشهادة رفع يد جزئي(الشقة المباعة) بخصوص جميع الرهون و التحملات المسجلة على الرسم العقاري عدد (...) و ذلك حال الإمضاء على هذا العقد.

الفصل السادس : التزامات الباعث العقاري

يلتزم الباعث العقاري بالتقديم للطرف الثاني نسخة من محضر انتهاء الأشغال و نسخة من رخصة الأشغال منجزة من طرف المصالح البلدية و نسخة من شهادة في المطابقة و حسن انجاز الأشغال محررة من طرف المهندس المعماري او مكتب المراقبة المكلف بمتابعة المشروع وذلك في أجل أقصاه تاريخ إبرام هذا العقد.

يقر الباعث العقاري انه قام بإيداع مطلب للتقسيم لدى ديوان قيس الأراضي و رسم الخرائط تحت عدد (...) بتاريخ (...), وصل خلاص عدد (...), مصاريف التقسيم عدد (...) بتاريخ (...).

كما يلتزم الباعث العقاري بالقيام بكل ما يستلزمه النظر في مطلب التقسيم و إتمام الإجراءات القانونية والترتيبية اللازمة لإقامة رسم عقاري مستقل للعقار موضوع عقد البيع هذا و تقديم مطلب التسجيل إلى إدارة الملكية العقارية حسب ما يقتضيه القانون.

الفصل السابع : تسجيل العقد

يتمتع تسجيل هذا العقد بالامتيازات و الإعفاءات المسندة بموجب التشريع الجبائي أو التشريع المتعلق بتشجيع الاستثمارات أو بموجب نصوص خاصة التي تبقى نافذة المفعول تطبيقا لموجبات الفصل 28 من قانون المالية لسنة 2012

الفصل الثامن : التزامات الاطراف

يلتزم الطرفان أو من حل محلهم بالإمضاء على أي عقد تكميلي أو توضيحي وتوفير أي وثيقة تكون ضرورية لتسجيل هذا العقد لدي القبضة المالية أو ترسيمه بالسجلات العقارية

و يطلب الطرفان من حافظ الملكية العقارية أن يتم الترسيم مباشرة لفائدة المقتني النهائي بمقتضى عقد المراجعة على أن تتولى البائعة القيام بكل الإجراءات اللازمة لاستخراج رسم عقاري مستقل للمبيع، وتحمل مصاريف ذلك على المشتري النهائي.

الفصل التاسع : محل المخابرة

من أجل تحقيق الغرض من هذا العقد عين الطرفان محل مخابرتهم في العناوين المذكورة أعلاه.

الفصل العاشر : الاختصاص القانوني-الاختصاص القضائي

يخضع هذا العقد لمقتضيات القانون التونسي. وتكون جميع النزاعات التي من الممكن أن تقوم بين الطرفين و الناشئة عن تأويل أو تنفيذ أو فسخ هذا العقد من نظر محاكم تونس العاصمة (محكمة تونس 1) دون سواها

الفصل الحادي عشر : تحرير العقد

تطبيقا لموجبات الفصلين 377 مكرر و 377 ثالثا من مجلة الحقوق العينية قام بتحرير هذا العقد الأستاذ المحامي لدي الكائن مكتبه ب..... صاحب بطاقة تعريف عدد الذي يشهد انه اطلع علي الرسم العقاري عدد ووجود رهن موظف عليه لفائدة بقيمة و انه اطلع الاطراف المتعاقدة بالوضعية القانونية وانه لا يوجد أي مانع قانوني للتحرير

إمضاء مصرف الزيتونة

المحامي

إمضاء البائع

عقد بيع مرابحة مع تقسيط الثمن

مشفوع برهن على عقار

بين الممضيين أسفله :

1/ مصرف الزيتونة، شركة خفية الاسم رأس مالها سبعون مليون دينار، مقرها الاجتماعي بشارع جودة الحياة عدد2 الكرم 2015 تونس، مرسمة بالسجل التجاري تحت عدد B 24162142009 , و مغرفها الجبائي عدد 1120822H, يمثلها في الإمضاء على هذا العقد السيد (.....) بصفته (.....) بمقتضى (.....)

من جهة

و يشار إليه فيما يلي بالطرف الأول،

2/ السيد (...), (...) الجنسية، مولود في (...) ب (...) صاحب بطاقة التعريف الوطنية عدد (...) الصادر(ة) في (...) بتاريخ (...), والقاطن ب (...)

من جهة أخرى

و يشار إليه فيما يلي بالطرف الثاني،

التمهيد:

تنفيذا لاتفاق الطرفين علي تمويل شراء عقار عن طريق بيع بالمرابحة مع تقسيط الثمن و في إطار نشاط المصرف وطبقا لقانونه الأساسي فقد تم الاتفاق و التراضي على ما يلي :

الفصل الأول: موضوع العقد

. باع الطرف الأول و أحال تحت جميع الضمانات القانونية و الفعلية إلى الطرف الثاني الذي قبل جميع العقار موضوع الرّسم عدد (...) الذي يسمح (...). والكاين ب (...). / جميع (...). جزء فقط علي الشياح تؤخذ من المناوبات الراجعة له في العقار موضوع الرسم عدد (...). الذي يسمح (...). والمجزأ إلي (...). والكاين ب (...).

الفصل الثاني: الثمن

حدد ثمن بيع العقار المذكور من الطرف الأول إلى الطرف الثاني بمبلغ قدره (...). قبض منها البائع مبلغ قدره (...).

و الباقي وقدره (...). يقع تسديده بالكيفية الآتي بيانها بالفصل الثامن من هذا العقد و يصرح الطرف الأول أن الربح العائد له بعد طرح تكلفة الشراء هو (...) ديناراً و أن نسبة العائد من رأس المال تبلغ سنوياً (...).% و بذلك فإن النسبة السنوية للربح الجملي على رأس المال لا تتعدى النسبة القصوى المسموح بها قانوناً يوم البيع حسب مقتضيات القانون عدد 64 لسنة 1999 المؤرخ في 1999/07/15 و للنصوص التطبيقية التابعة له و خاصة منها الأمر عدد 462 لسنة 2000 المؤرخ في 2000/02/21. ولا يأخذ ثمن البيع هذا بعين الاعتبار الأداءات و الضرائب و المصاريف التي قد يكون الطرف الثاني ملزماً بأدائها بمقتضى القانون.

الفصل الثالث: وصف العقار

يتمثل المبيع في :

وتعفي إدارة الملكية العقارية من كل وصف وتحديد وتشخيص ومن كل العبارات التي لا علاقة لها بالتسجيل وخصوصاً ما تم التنصيص عليه صلب هذا الفصل و يطلب منها إدراج هذا العقد وفقاً للفصل الأول منه

الفصل الرابع: التقليب و الروية

يعترف الطرف الثاني أنه قام بتقليب العقار موضوع هذا البيع و قبله على الحالة التي هو عليها بدون أي تحفظ. وكيفما تم وصفه بالفصل الثالث من هذا العقد

الفصل الخامس: : التحفيز

. يتم تحفيز المشتري أو من حل محله مباشرة بالعقار المبيع حال إمضاء هذا العقد /.....

الفصل السادس: إنجرار الملكية

إنجرت ملكية هذا العقار إلى الطرف الأول بموجب عقد البيع المؤرخ في (...) المسجل في (...).

الفصل السابع: تسجيل العقد

يتمتع تسجيل هذا العقد بالمعلوم القار تطبيقاً لموجبات الفصل 23 من مجلة التسجيل و الطابع الجبائي كيف ما تم تنقيحه بقانون المالية لسنة 2012 .

الفصل الثامن: أداء الثمن

يلتزم الطرف الثاني بأداء كامل ثمن البيع إلى الطرف الأول على النحو التالي:

- دفعة أولى و قدرها (...) ديناراً، قام الطرف الثاني بدفعها كتسبقة.

- الباقي و قدره (...) ديناراً، يقوم الطرف الثاني بدفعه على مدى (...) سنوات على أقساط شهرية عددها (...) بداية من تاريخ.....

يقع تمثيل المبالغ المستحقة عن ثمن البيع بواسطة سند قرض، يقوم الطرف الثاني بتحريره لفائدة الطرف الأول.

يؤكد الطرف الثاني معرفته التامة و إدراكه بخصوصية عمل مصرف الزيتونة وفق ما نص عليه قانونه الأساسي و العقود المعتمدة

لديه و الإطلاع عليها و قبولها، و يقر بصفة نهائية لا رجعة فيها أن المقصود ب"القرض" في السند المذكور و في كل المراسلات و

الوثائق المتعلقة به و أينما ورد، هو الدين المتولد عن هذا العقد و المتمثل في ثمن البيع أصلاً و الربح المتفق عليه كما تم تحديده

بالفصل الثالث أعلاه.

و يلتزم الطرف الثاني بتوفير المبالغ اللازمة لخلاص أقساط ثمن البيع في آجالها و يرخّص للطرف الأول اقتطاع مبالغها من حسابه

المفتوح على دفاتره

الفصل التاسع: الضمانات

لضمان خلاص الدين المتخذ في ذمة الطرف الثاني و قدره (...) ديناراً ، يسند لفائدة الطرف الأول رهنا عقارياً من الدرجة الأولى

بلا قيد ولا احتراز على :

جميع العقار موضوع الرسم عدد (...) الذي يمسح (...). والكائن ب (...) / جميع (...) / جزء فقط على الشياخ تؤخذ من

المنايات الراجعة له في العقار موضوع الرسم عدد (...) الذي يمسح (...) والمجزأ إلي (...) والكائن ب (...).

الفصل العاشر: الإخلال بالالتزامات و استحقاق الدين حالا

يعتبر أن الطرف الثاني قد أخل بالتزاماته بموجب هذه الاتفاقية في الحالات التالية:

-إذا فشل في أن يؤدي بالكامل أي مبلغ مستحق بموجب هذا العقد. و لا يعتبر قبول الطرف الأول بجزء من المبلغ المستحق تنازلاً عن

اعتبار الطرف الثاني مخلاً بالتزامه بأداء كامل المبلغ المستحق.

- إذا ما تبين أن أياً من البيانات أو التأكيدات التي قدمها في هذا العقد غير صحيحة في أمر جوهري في الوقت التي قدمت

فيه.

-في حالة عدم إعلام الطرف الأول عند حصول أي تعديلات في الهيكل التنظيمي للشركة أو مؤثرات خارجية مثل الوفاة أو

انسحاب أحد الشركاء أو التعديل في اتفاقية الشركاء، و لذلك يجب أن يتم إخطار الطرف الأول مباشرة بواسطة رسالة مضمونة

الوصول ترسل إلى المقر الرئيسي للطرف الأول.

-في حالة إفلاس الطرف الثاني أو التصفية قضائياً كانت أو بالحسنى.

-في حالة توقف الطرف الثاني عن ممارسة نشاطه جزئياً أو كلياً، و مهما كان سبب التوقف.

-في حالة عدم قيام الطرف الثاني بتحيين تسجيله بالدفتر التجاري.(للمهنيين و للمؤسسات)

-في حالة فسخ عقد أو عقود التأمين دون موافقة الطرف الأول أو في صورة تغيير بند منها.

-في حالة عدم احترام الالتزامات المنصوص عليها بهذا العقد.

-في حالة عدم الإدلاء بالضمانات المذكورة في الفصل الرابع من هذا العقد أو عدم القيام بالإجراءات القانونية اللازمة لترسيم

الضمانات لفائدة الطرف الأول.

يترتب عن الإخلال بالالتزامات سقوط الأجل و استحقاق ثمن البيع حالاً، مع احتفاظ الطرف الأول بحق القيام بأي تتبع في صورة

حصول أي ضرر مادي أو معنوي.

الفصل الحادي عشر: ترسيم البيع و الرهن

يلتزم الطرفان أو من حل محلهم بالإمضاء على أي عقد تكميلي أو توضيحي و توفير أي وثيقة تكون ضرورية لتسجيل هذا العقد أو

ترسيمه بالسجلات العقارية

الفصل الثاني عشر الاداءات و المصاريف

مصاريف التحرير و التسجيل بالقباضة المالية و الترسيم بإدارة الملكية العقارية المتعلقة بهذا العقد و بجميع الوثائق التي تكون ضرورية لذلك محمولة على الطرف الثاني

الفصل الثالث عشر: محل المخابرة

من أجل تحقيق الغرض من هذا العقد عين الطرفان محل مخابرتهما في العناوين المذكورة أعلاه.

الفصل الرابع عشر: الاختصاص القانوني- الاختصاص القضائي

يخضع هذا العقد لمقتضيات القانون التونسي. و تكون جميع النزاعات التي من الممكن أن تقوم بين الطرفين و الناشئة عن تأويل أو تنفيذ أو فسخ هذا العقد من نظر محاكم تونس العاصمة (تونس 1) دون سواها.

الفصل الخامس عشر محرر العقد

تطبيقا لموجبات الفصلين 377 مكررو 377 ثالثا من مجلة الحقوق العينية قام بتحرير هذا العقد الأستاذ المحامي لدي الكائن مكتبه ب..... صاحب بطاقة تعريف عدد الذي يشهد انه اطلع علي الرسم العقاري عدد و انه اطلع الاطراف المتعاقدة بالوضعية القانونية وانه لا يوجد أي مانع قانوني للتحرير
كما يشهد الطرف الثاني انه أسند توكيلا لمحرر هذا العقد للقيام بجميع الإجراءات واستخراج جميع الوثائق و الإمضاء بدلا عنه علي أي وثيقة أو كتب تكميلي يكون ضروريا لتسجيل هذا العقد لدي القباضة المالية أو ترسيمه بالسجلات العقارية

ANNEXE 3 :

**Un jugement de la cour de première
instance**

الجمهورية التونسية
وزارة العدل وحقوق الإنسان
المحكمة الابتدائية بصفاقس 2

تخليص القاضي السيد: رؤوف عبد اللاوي

حكم ابتدائي مدني

عدد القضية: 7164

تاريخ الحكم: 2013/04/24

الحمد لله،

باسم الشعب،

أصدرت المحكمة الابتدائية بصفاقس 2 عند انتصابها بقصر العدالة للقضاء في
المادة العمومية المنعقدة يوم 2013/04/24
برئاسة السيدة: لبنى الرقيق وكيل رئيس المحكمة وعضوية القاضيين السيدين:
وليد الأشطر ورؤوف عبد اللاوي الممضين عقبه وبمساعدة كاتبة المحكمة
السيد: ياسين بلغيث

الممضي أسفله

الحكم الآتي بيانه:

المدعي: ، مقره طريق تونس كلم 1.5 صفاقس نائبه
الأستاذ محمد المزغني الكائن بـ 20 شارع الهادي شاكر صفاقس.

من جهة

المدعى عليه: بنك البركة لتونس (بيت التمويل التونسي السعودي سابقا) في
شخص ممثله القانوني مقره الإجتماعي 88 شارع الهادي شاكر تونس
نائبها الأستاذة هاجر عبد الكافي العفاس الكائن مقرها بـ 13 شارع فرحات
حشاد صفاقس.

من جهة أخرى

عريضة الدعوى

بمقتضى عريضة الدعوى المؤرخة في 20/05/2011 والمبلغة للمدعي عليه بواسطة عدل التنفيذ بصفاقس الأستاذ نبيل الفخفاخ حسب رقيمه عدد 19559 مرفوقا بما يفيد خلاص المعاليم القانونية والمتضمنة التتبيه عليه للحضور لدى هذه المحكمة بالجلسة المنعقدة يوم 14/06/2011 للنظر في الدعوى المرفوعة ضده والآتي بيان موضوعها.

موضوع الدعوى

يعرض نائب المدعي أنه على ملك منوبه جميع العقار الفلاحي موضوع الرسم العقاري عدد 33650 صفاقس وأن الخصيصة تولت تثبتت العقار المذكور وشرائه بموجب حكم التثبيت عدد 113 الصادر عن المحكمة الابتدائية صفاقس 2 في 09/03/2010 و أن العقار السالف الذكر فلاحي وذلك حسب ما تثبتته شهادة الملكية ومنع القانون التونسي ملكية الأراضي الفلاحية على الشركات الخفية الإسم بعض الاستثناءات وبموجب القانون عدد 5 لسنة 1964 ملكية الأراضي الفلاحية على غير الأفراد من ذوي الجنسية التونسية ونص الفصل 4 من القانون عدد 43 لسنة 1989 المؤرخ في 08/03/1989: يمكن للشركات الخفية الإسم الحصول على ملكية الأراضي الفلاحية إذا كانت تستجيب للشروط التالية: - أن يكون لها الجنسية التونسية ، - أن يكون كامل رأسمالها متكونا من أسهم اسمية يمسكها أشخاص ماديون من ذوي الجنسية التونسية ، - ولا يمكن أن يمسك حصص التأسيس... وأن الخصيصة مؤسسة بنكية وبالتالي فإن أسهمها غير اسمية علاوة على أن جزءا هاما من مالكيها ليسوا من الذوات الطبيعية وليسوا بحاملي الجنسية التونسية وأن التسمية القديمة للخصيصة تؤكد أن جانبا هاما من رأسمالها ملك لأشخاص من ذوي الجنسية السعودية وأن شراء الخصيصة للعقار الفلاحي موضوع الرسم العقاري عدد 33650 باطل لمخالفته

لصريح أحكام الفصل 4 من القانون عدد 43 لسنة 1989 المؤرخ في 1989/03/08 ويحق تبعا لذلك طلب إبطال حكم التثبيت عملا بأحكام الفصل 427 م م ت وتكبد منوبه أتعاب تقاضي وإشراف محاماة وحق له طلب تعويضها إياها لذا فهو يطلب وعملا بأحكام الفصل 427 م م ت والقانون عدد 5 لسنة 1964 والفصل 4 من القانون عدد 43 لسنة 1989 المؤرخ في 1989/03/08 الحكم بإبطال حكم التثبيت عدد 113 الصادر بتاريخ 2010/03/09 وإبطال جميع الأعمال الناتجة عنه والإذن لحافظ الملكية العقارية بالتشطيب عليه بموقع ترسيمه بالرسم العقاري عدد 33650 صفاقس وتغريم الخصيمة في شخص ممثلها القانوني بألف دينار أتعاب تقاضي وأجرة محاماة وحمل المصاريف عليها.

الإجراءات

وبموجب ذلك رسمت القضية بكتابة المحكمة بالدفتر المعد لنوعها تحت عدد 7164 ونشرت بالجلسة التحضيرية المحدد موعدها بالإستدعاء وفيها طلبت الأستاذة عبد الكافي التأخير وفوض الأستاذ المزغني النظر . ثم تتالى نشر القضية بعدة جلسات اقتضاها سيرها العادي آخرها جلسة المرافعة المنعقدة يوم 2013/04/03 وبها تمسكت عبد الكافي وطلب الأستاذ المزغني التمديد.

وإثر ذلك تم حجز القضية للمفاوضة والتصريح بالحكم بالجلسة المبين تاريخها بالطالع وبها وبعد الإطلاع على أوراق القضية والمفاوضة طبق القانون صرح علنا بالحكم بالحكم الآتي بيانه سندنا ونصا.

المستندات

حيث كانت الدعوى تهدف إلى الحكم طبق ما جاء بعريضة افتتاحها .
وحيث وجوابا على الدعوى لاحظت نائبة المطلوبة أن المدعي أسس دعواه على أحكام الفصل 427 م م ت إلا أنه بالرجوع للفصل 437 م م ت يتضح أن الدعاوي المعارضة يجب تقديمها في أجل يبتدئ من تاريخ إيداع

كراس الشروط بكتابة المحكمة وينتهي قبل انعقاد جلسة التثبيت بعشرة أيام وإلا سقط حق القيام بها كما سبق للمدعي القيام بقضية الإعتراض على كراس الشروط ولم يثر فيها إلا مسألة الثمن كما تمسكت نائبة المطلوبة أن الدعوى اتصل بها القضاء وبصفة احتياطية إعتبار أن العقار ليس له الصبغة الفلاحية وبذلك فإن الدعوى غير مؤسسة واقعا وقانونا وطلبت رفضها .

وحيث تمسك نائب المدعي بالإضافة إلى عريضة دعواه بأن القيام على أحكام الفصول 437 و 438 متناقض بإعتبار أنه لا يمكن القيام بالدعوى المعارضة إلا في أجل يبتدئ من تاريخ إيداع كراس الشروط لكتابة المحكمة وينتهي قبل انعقاد جلسة التثبيت بعشرة أيام وإلا سقط القيام بها.

المحكمة

حيث استهدفت الدعوى طلب الحكم بإبطال حكم التثبيت عدد 113 الصادر بتاريخ 2010/03/09 وبإبطال جميع الأعمال الناتجة عنه والإذن لحافظ الملكية العقارية بالتشطيب عليه بموقع ترسيمه بالرسم العقاري عدد 33650 صفاقس.

وحيث نص الفصل 4 من القانون عدد 43 لسنة 1989 المؤرخ في 1989/03/08 على أنه يمكن للشركات الخفية الإسم الحصول على ملكية الأراضي الفلاحية إذا كانت تستجيب للشروط التالية:

- أن يكون لها الجنسية التونسية...
- أن يكون كامل رأسمالها متكونا من أسهم اسمية يمسكها أشخاص ماديون من ذوي الجنسية التونسية...

وحيث وبقطع النظر عن دفعوعات المدعى عليها فقد تمسك نائب المدعي بعدم أحقية المطلوبة في إمتلاك أرض فلاحية في تونس نظرا لكونها مؤسسة بنكية ومن غير المعقول أن تكون أسهمها إسمية إضافة إي جنسيتها السعودية.

وحيث ولئن صدر حكم تحضير يطالب المدعي بأن يدلي بنسخة قانونية من القانون الأساسي للمدعى عليها فإنه تعذر عليه تنفيذه .

وحيث كان حريا بالمطلوبة أن تدلي بنسخة قانونية من قانونها الأساسي لإثبات توفر شروط إمتلاكها للأراضي الفلاحية بتونس لو كانت حريصة طالما وأنه من الطبيعي أن الإدلاء به يكون متاحا لها على عكس المدعي.

وحيث في غياب القانون الأساسي فإن دفعوعات المطلوبة بقيت مجردة وأن دفعوعات المدعي تبقى الأسلم بالرجوع إي التسمية القديمة للمطلوبة أي بيت التمويل السعودي التونسي بما ينم عن كون جنسية المطلوبة سعودية أو على

الأقل جنسية أحد الأشخاص من ما يكون أسهمها غير تونسية وبالتالي مخالفة لأحكام الفصل 4 المذكور .

وحيث تكون الدعوى والحالة ما ذكر في طريقها واتجه الحكم لصالح الدعوى وإبطال حكم التثبيت عدد 113 المؤرخ في 9 مارس 2010 وإلغاء جميع آثاره والإذن لحافظ الملكية العقارية بالتشطيب على الترسيم المتعلق به .
وحيث بذل المدعي مصاريف تقاضي وأجرة محاماة كان في غنى عنها لولا دعوى الحال واتجه تعويضه عن ذلك.
وحيث تحمل المصاريف القانونية على المحكوم عليها وفق مقتضيات الفصل 128 من م م م ت.

لذاول هذه الأسباب:

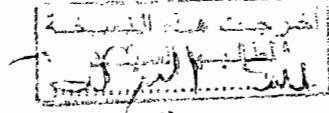
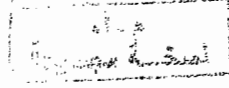
قضت المحكمة ابتدائيا بإبطال حكم التثبيت عدد 113 المؤرخ في 9 مارس 2010 وإلغاء جميع النتائج المترتبة عنه والإذن لحافظ الملكية العقارية بالتشطيب على الترسيم المتعلق به والوارد بالرسم العقاري عدد 33650 صفاقس وتغريم المدعى عليها للمدعي بثلاثمائة دينار لقاء الأتعاب وأجرة محاماة وحمل المصاريف القانونية عليها.

وحرر في تاريخه

ANNEXE 4 :

Deux arrêts de la cour de cassation

الحمد لله



أصدرت محكمة التعقيب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المضمن تحت عدد 43130

بتاريخ 2009/10/24 المقدم من الاستاذ عبد المؤمن الطاهري

في حق : بنك التمويل التونسي السعودي في ش م ق

(ضد : 1)

(2)

محاميهم الاستاذ الحبيب الوسلاقي

طعنا في القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس تحت

عدد 70942/77546 بتاريخ 23 افريل 2009 والقاضي نهائيا بقبول

الاستئناف شكلا وفي الاصل باقرار الحكم الابتدائي مع تعديل نصه وذلك

بالترفع في معين باقي ثمن العقار المبنت الى (98.903.820د) كالزام

المستأنف بنك التمويل التونسي السعودي بان يؤدي للمستأنف محي الدين

زراعي (1400.000د) لقاء اجرة الاختبار و (300.000د) لقاء اتعاب

التقاضي واجرة محاماة معدلة واعفاء هذا الاخير من معلوم الخطية وتخطئة

المستأنف بنك التمويل بمعلوم الخطية وحمل المصاريف القانونية عليه .

والواقع الاعلام به بتاريخ 2009/10/07 بواسطة عدل التنفيذ

الاستاذ خميس الرطبي حسب رقيمه عدد 17893 .

وبعد الاطلاع على مذكرة مستندات الطعن المبلغة نسخة منها

للمعقب ضدهما بتاريخ 2009/11/21



وبعد الاطلاع على الوثائق التي اوجب الفصل 102 م 3 م 3 تقديمها وعلى رأي النيابة العمومية الرامي الى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه اصلا .

وبعد الاطلاع على تقرير الرد المقدم من الاستاذ الوصلاحي في حق المعقب ضدهما .

وبعد الاطلاع على الحكم المطعون فيه وعلى جميع اوراق الملف والمفاوضة طبق القانون صرح بما يلي :

من حيث الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع صيغه وموجباته القانونية واتجه قبوله شكلا

من حيث الاصل :

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها القرار المنتقد وجميع الاوراق التي انبنى عليها قيام المدعي في الاصل (المعقب ضده الاول) لدى الطور الابتدائي عارضا بواسطة محاميه انه سبق للمطلوب في الاصل (المعقب الان) ان استصدر ضده أمر بالدفع تحت عدد 45364 بتاريخ 30 ماي 2000 من المحكمة الابتدائية بتونس يقضي بالزامه باداء مبلغ (96.543.260د) معين عدد 45 سند مع الفوائض القانونية (20.500د) معلوم محضر الانذار بالدفع و 100.000د اجرة محاماة وقد تم اقرار الامر بالدفع استثنافيا بتاريخ 16 ماي 2001 تحت عدد 76059 واعتمادا على ذلك الامر بالدفع تولى المطلوب اجراء عقلة تنفيذية على العقار الراجع للمدعي والمسجل تحت عدد 81701 بين عروس وتم بيعه بالمزاد العلني وتبتيته لفائدة المدعى عليه بثمن قدره (195.930.000د) لذلك طلب الحكم بالزام المطلوب بان يؤدي له :

1) باقي ثمن العقار بعد طرح الدين وقدره (99.296.240د) .

(2) الفائض القانوني الجاري على ذلك المبلغ من يوم 2003/7/28

الى تمام الوفاء

(3) (40.200د) معلوم محضر التنبيه

(4) (500.000د) اتعاب تقاضي واجور محاماة .

وحيث وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت المحكمة الابتدائية بتونس حكمها عدد 25/6730 بتاريخ 2007/12/04 والقاضي ابتداءً بالزام البنك المدعى عليه في ش م ق بان يؤدي للمدعي المبالغ المالية التالية :

(1) (41.660.577د) معين باقي ثمن العقار المبنت مع الفائض

القانوني الجاري على المبلغ المذكور بداية من 2003/7/28 الى تمام الوفاء

(2) (40.200د) لقاء مصروف محضر التنبيه بالدفع عدد 6131

بتاريخ 2005/12/9

(3) (300.000د) لقاء اتعاب تقاضي واجور محاماة وحمل

المصاريف القانونية على المدعى عليه

وحيث استأنف المدعي في الاصل الحكم المشار اليه بواسطة محاميه الذي تمسك بان الحكم الابتدائي جانب الصواب لما اعتبر ان للبنك الحق في خصم فوائض التأخير والحال انه لا وجود بالامر بالدفع لما يفيد امكانية الزامه باداء فوائض التأخير وطلب تعديل الحكم الابتدائي وذلك بالترفيغ في المبلغ الاصلي المحكوم به الى (98.903.820د) واثام نص الحكم الابتدائي وذلك بالزام المستأنف ضده باداء اجرة الاختبار كالزامه باداء الف دينار بعنوان أجور محاماة عن هذا الطور .

وحيث استأنف المدعى عليه الحكم المشار اليه بواسطة محاميه الذي

تمسك بان الدين الغير متنازع فيه المؤيد بالقرار الاستئنافي عدد 76059

يبلغ (96.543.260د) وان حساب الفوائد يكون في خصوص المدة من

يوم 01 جانفي 1991 الى يوم البتة في 28 ماي 2003 . وان نسبة

الفائض هي ما بين (16.5000 و 12.5000) كما ان المصاريف بلغت (6908.620د) وبالتالي فان المجموع يصبح (199.148.044د) وطلب نقض الحكم الابتدائي والقضاء مجددا بعدم سماع الدعوى بناء على ان الدين المتخلد بذمة المستانف عليه يفوق ثمن التثبيت وعرضيا انتداب خبير مختص في الديون البنكية لاعادة اجراء الحساب بناء على محتوى المطاعن والمؤيدات وتغريم المستانف ضده بالف دينار لقاء الاتعاب والحماية عن الطورين .

وحيث اصدرت محكمة الدرجة الثانية حكمها المضمن نصه بالطالع استنادا الى : أنه اتضح بالاطلاع على مظروفات الملف انه لم يقع التنصيص على فوائض التأخير في اتفاقية التمويل سند الامر بالدفع ولا في ملحقاتها ولا في سندات الامر المحسمة للدين وهو الامر الذي اكده الخبير المنتدب بالطور الابتدائي بتنصيصه صلب تقريره المضاف على انه لم يقع التنصيص على فوائض التأخير لا في اتفاقية التمويل ولا في ملحقاتها ولا في سندات الامر ومن جهة اخرى فان الامر بالدفع الذي اجريت بموجبه العقلة لم يتضمن الزام المطلوب باداء فوائض التأخير واعتمادا على ما جاء بالاختبار فان المبلغ الواجب دفعه من قبل المستانف البنك يصبح (98.903.820د) اعتمادا على عدم خصم فوائض التأخير .

وحيث تعقب المحكوم ضده القرار الاستثنائي بواسطة محاميه ناسبا

له:

المطعن الاول :

مخالفة احكام الفصل 481 م ا ع :

قولا ان ما ذهب اليه الخبير من ان ما ورد بالامر بالدفع من كونه اصل دين ليس الا الاصل والفوائض ثم حرمان الطاعن من الفوائض القانونية وعدم احتسابها ثم اعتماد الحكمين الابتدائي والاستثنائي على هذه المعطيات

امر مخالف للفصل 481 م ا ع اعتبارا وان مبلغ دين الطاعن من حيث الاصل اتصل به القضاء وكذلك بخصوص احقيته للفوائض القانونية .

المطعن الثاني :

مخالفة احكام الفصول 103 - 110 - 112 و 123 م م م ت :
قولا أن الخبير المنتدب ارتكب خطأين حين اعتبر ان اصل الدين يشمل كذلك الفوائض وحين لم يحدد مقدار الفوائض من تاريخ الحلول الى تاريخ التثبيت مثلما ورد بالمأمورية مكتفيا بما اصل للدين حسب الحكم سند العقلة معتبرا انه يمثل الاصل والفوائض الامر الذي جعل اعمال الخبير مخالفة للفصل 110 فقرة 2 الذي يفرض عليه ان يبين رأيه الفني بغاية الايضاح والاسباب التي بني عليها وان اعتماد المحكمة على اعمال خبير لم يلتزم بنص المأمورية فيه مخالفة لجميع الفصول المذكورة ويجعل الحكم عديم التعليل .

المطعن الثالث :

مخالفة احكام الفصل 1100 م ا ع :

قولا ان الامر بالدفع نص على فوائض قانونية دون تحديد نسبتها وفي غياب أي اتفاق بين الطرفين على النسبة فان احكام الفصل 1100 م ا ع تحدد ذلك وبناء على ذلك تم احتساب الفوائض القانونية بواسطة عدل التنفيذ محمد بن بشير بن الشيخ احمد حسب رقيمه 613 وعلى اساس ان الاحتساب يتم من تاريخ الحلول الى تاريخ التثبيت واعتمادا على الفصل المذكور وعلى مراسلة البنك المركزي فكان مبلغها الجملي يساوي (94.370.246د) وذلك خلافا لما قضى به الحكم المعقب .

المطعن الرابع : هضم حقوق الدفاع :

قولا ان المعقب تمسك امام محكمة الطور الاستثنائي بجملة من الدفعات اهمها ان المرجع في احتساب الدين هو السند التنفيذي والفصل 1100 م ا ع كما تمسك بدفعات بخصوص تبرير عديد المصاريف ومخالفة

الاختبار لنص ومنطوق المأمورية وللфصل 1100 م ا ع غير ان المحكمة لم تذكر أغلب هذه المطاعن ولم تجب عليها .
وطلب بناء على ذلك قبول مطلب التعقيب شكلا وفي الاصل نقض الحكم المطعون فيه مع الاحالة او دونها .

المحكمة

عن المطعن الاول :

حيث وخلافا لما تمسك به الطاعن فان اعتماد محكمة الحكم المعقب على نتيجة الاختبار لتحديد الفوائض القانونية لا يعتبر خرقا لقاعدة اتصال القضاء ضرورة وان الامر بالدفع والحكم الاستثنائي القاضي باقراره لم يحدد تلك المصاريف وبالتالي فان تكليف خبير لتحديد ما كان امرا ضروريا في اطار اعمال تقصي الحقيقة من طرف المحكمة ولا يعد ذلك خرقا لاحكام الفصل 481 م ا ع وتعين رد هذا المطعن .

عن المطعن الثاني والثالث :

حيث ان تقدير الوقائع والاختبارات واستخلاص النتائج منها من مشمولات محكمة الاصل طالما كان تقديرها معلا ومؤسسا على تطبيق سليم للقانون وطالما ان محكمة الحكم المطعون فيه قد عللت قضاءها بخصوص اعتمادها الفرضية الثانية التي اقترحها الخبير والتي استبعدت بموجبها فوائض التأخير لعدم التنصيص عليها صلب الامر بالدفع او اتفاقية التمويل او ملحقاتها او سندات الامر فان حكمها تأسيسا على ذلك كان سليم المبني وله مأخذ صحيح من الاوراق وتكون قد احسنت التعليل وبررت قضاءها بصفة قانونية سواء بخصوص احتساب الفائدة او نسبتها وان محضر احتساب الفوائض القانونية الذي قدمه الطاعن لهذه المحكمة لتدعيم طعنه بخصوص كيفية احتساب الفائض التجاري لا يمكن الاستناد اليه باعتباره مؤيد جديد

عن المطعن الرابع :

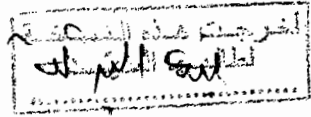
ولهاته الاسباب

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى بتاريخ 12 فيفري 2010 عن
الدائرة المدنية التاسعة عشرة برئاسة السيدة حنيفة المعزون وعضوية
المستشارين السيدة ليلي جفال والسيد طارق الحناشي. بمحضر المدعي العام
السيدة سلوى النهدي بمساعدة كاتب الجلسة السيد جلال الدين العنتير .

وحرر في تاريخه

[illegible]

١٠
 ١١
 ١٢
 ١٣
 ١٤
 ١٥
 ١٦
 ١٧
 ١٨
 ١٩
 ٢٠
 ٢١
 ٢٢
 ٢٣
 ٢٤
 ٢٥
 ٢٦
 ٢٧
 ٢٨
 ٢٩
 ٣٠
 ٣١
 ٣٢
 ٣٣
 ٣٤
 ٣٥
 ٣٦
 ٣٧
 ٣٨
 ٣٩
 ٤٠
 ٤١
 ٤٢
 ٤٣
 ٤٤
 ٤٥
 ٤٦
 ٤٧
 ٤٨
 ٤٩
 ٥٠
 ٥١
 ٥٢
 ٥٣
 ٥٤
 ٥٥
 ٥٦
 ٥٧
 ٥٨
 ٥٩
 ٦٠
 ٦١
 ٦٢
 ٦٣
 ٦٤
 ٦٥
 ٦٦
 ٦٧
 ٦٨
 ٦٩
 ٧٠
 ٧١
 ٧٢
 ٧٣
 ٧٤
 ٧٥
 ٧٦
 ٧٧
 ٧٨
 ٧٩
 ٨٠
 ٨١
 ٨٢
 ٨٣
 ٨٤
 ٨٥
 ٨٦
 ٨٧
 ٨٨
 ٨٩
 ٩٠
 ٩١
 ٩٢
 ٩٣
 ٩٤
 ٩٥
 ٩٦
 ٩٧
 ٩٨
 ٩٩
 ١٠٠



71843.2012 عدد القضية

ريشه 2012-04-30

أصدرت محكمة التعقيب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المضمن تحت عدد
15993 بتاريخ 2012/2/14 المقدم من طرف الاستاذ
عبد المؤمن الطاهري في حق :

بنك البركة لتونس في شخص ممثله القانوني

ضد :

محاميه الاستاذ سامي القطي

محاميه الاستاذ فوزي الماجري .



طعنا في القرار الاستئنافي المدني الصادر عن محكمة
الاستئناف بتونس تحت عدد 7170/4163 بتاريخ
2011-11-1

والقاضي بقبول الاستئنافين الاصيلين والاستئناف العرضي
شكلا وفي الاصل باقرار الحكم الابتدائي المطعون فيه واجراء العمل
به وتخطية المستانفين بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليهما
وتغريمهما متضامين للمستانف ضده الاول بخمسمائة دينار لقاء
اتعاب التقاضي واشراف المحاماة .

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب
ضدهما بواسطة عدل التنفيذ السيدين محمد بن عياد ومريم بوجناح
بتاريخ 7 مارس 2012 الرقيمين 33764 و 43262.

وبعد الاطلاع على القرار المنتقد ومحضر الاعلام به بواسطة
العدل المنفذ السيد شكري الفقي بتاريخ 12/1/27 .

وبعد الاطلاع على تقرير الرد على مستندات التعقيب
المقدمين من طرف الاستاذين فوزي الماجري وسامي القطي الرامي
الى طلب الرفض اصلا والحجز.

وبعد الاطلاع على ملحوظات المدعي العام لدى هذه
المحكمة بتاريخ 2012/4/16 والرامية الى طلب النقص والاحالة .

وبعد الاطلاع على كافة اوراق القضية .

وبعد المداولة القانونية صرح بما يلي :

من حيث الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب اوضاعه وصيغته القانونية فاتجّه
قبوله من هذه الناحية .

من حيث الاصل :

حيث تفيد وقائع القضية كما اثبتها القرار المنتقد والاوراق
التي انبنى عليها قيام المدعي في الاصل معقب ضده الاول لدى
ابتدائية تونس وذكر ان المدعى عليه في الاصل معقب ضده الثاني
اقتنى منه وحدة لعصر الزيتون سلسلة متواصلة بثمن قدره 85 الف
دينار طبق الفاتورة رقم 10.2005 على ان يتم دفع الثمن بواسطة
تحويل بنكي من المطلوبة الثانية الطاعنة الان وتم التسليم وتحوز بها
فعلا ودخلت حيز الاستغلال منذ ذلك التاريخ طبق ما يتبين من
وصل التسليم المؤرخ في 2005/11/9 ومحضر المعاينة المحرر

بواسطة عدل التنفيذ شكري بتاريخ 2006/1/3 حسب رقيمه
عدد 539 وقد اجرى المدعي اختبارا ماذونا به قضائيا بواسطة
الخبير الطاهر منصوري والذي اثبت ان جميع الاجزاء المكونة
للمعصرة مطابقة لما جاء في عقد اتفاق الطرفين وفاتورة البيع بعد
تشغيل جميع الاجزاء ومتابعة رحي الزيتون تبين ان المعصرة
تشتغل بانتظام وتقوم بعملها على احسن وجه وهي مطابقة
للمواصفات الفنية لمعصرة زيتون سلسلة متواصلة واجزائها مطابقة
للاتفاق المبرم بين الطرفين - وقد صادقت المطلوبة الثانية الطاعنة
الان على تحويل شراء الة عصر الزيتون من المدعى عليه الثاني
واسندته توكيلا بغاية التفاوض وابرام العقود مع المزودين مؤرخ
في 2005/9/21 واسندها المطلوب الاول في المقابل عقد رهن
عقاري ورهن على المعدات مؤرخ في 2005/9/21
و 2005/10/7 والعقد الثاني بالحجة العادلة مؤرخ في
2005/10/17 وقد تلدد المطلوبان في خلاص ثمن الة عصر
الزيتون مما اضطر المدعي للتنبيه على المطلوبة الثانية بضرورة تسريح
معين القرض المصادق عليه بواسطة عدل منفذ انور الحاج جلول
بتاريخ 2006/1/26 رقيمه عدد 5761 الا انها تخلفت عن ذلك.
لذا وعملا بالفصول 242 و 580 و 675 من م ا ع طلب
القضاء بالزام المطلوبين متضامين باداء المبالغ التالية :

- 85 الف دينار بعنوان ثمن البيع.

- الفائض القانوني الجاري على المبلغ المذكور بداية من تاريخ

التسليم الموافق ليوم 2005/11/9 الى تمام الوفاء .

- 265,000 دينار بعنوان اجرة الاختبار العدلي عدد

. 64955

-اجرة رقيم محضر التنبيه عدد 5761 وهذا الرقيم .

-الف دينار بعنوان اتعاب تقاضي واجرة محاماة مع الاذن

بالنفاذ العاجل لثبوت الدين وحمل المصاريف القانونية على المحكوم عليهما .

وحيث وباستيفاء الاجراءات قضت محكمة الدرجة الاولى بالزام المدعى عليهما بان يؤديا لفائدة المدعي بالتضامن فيما بينهما مبلغا قدره 85 الف دينار لقاء ثمن الالة موضوع البيع مع الفائض القانوني الجاري على المبلغ المذكور بداية من تاريخ محضر التنبيه المؤرخ في 2006/1/26 الى تمام الوفاء كالزامهما باداء 265,000 دينار لقاء اجرة الاختبار العدلي وحمل المصاريف القانونية عليهما وتغريمهما لفائدة المدعي بـ 300 دينار لقاء اتعاب التقاضي واجرة المحاماة ورفض الطلب فيما زاد على ذلك.

وحيث استأنف المحكوم ضدتهما حكم البداية .

وبعد الترافع واستيفاء الاجراءات قضت محكمة الدرجة الثانية بالاقرار وفق ما تم تدوين نصه .

فتعقبته الطاعنة ناسبة اليه المطاعن التالية :

المطعن الاول : مخالفة احكام الفصول 240 و 241 من

م ١ ع :

قولا بان التزاع في اصله قائم بين طرفي عقد بيع المعدات وهما البائع توفيق القطي والمشتري محمد الفاضل المديني وقد حصل خلاف بينهما موضوعه مدى تسليم المعدات في الاجال وطبق المواصفات المتفق عليها بينهما - وعليه فالطاعن يعتبر غيرا بالنسبة لذلك العقد ومهمته الوحيدة كانت تمويل تلك العملية وحرر عقد تواعد في الغرض بينه وبين معاقده محمد الفاضل المديني فعقد البيع

المعدات ليس بالعقد الثلاثي الاطراف بل هو عقد رابط بين بائع
ومشتري فمحكمتي الاصل اعتبرت ان مبدأ القوة الملزمة للالتزام
تسحب على طرفيه وكان حريا بالبنك المطلوب الاستجابة لاتفاق
التمويل - كما تمسكت بمقتضيات الفصل 675 من ا ع الذي
ينص على ان التزام المشتري منحصر في امرين وهما دفع الثمن
وقبض المبيع.

فعقد التمويل يهم الطاعنة ومحمد الفاضل المديني فقط .

اما عقد البيع فيهم البائع والمشتري فقط وهما توفيق القطي
ومحمد الفاضل المديني فقط.

ولان عملية البيع تمت ام لم تتم امر لا يهم الا طرفي عقد
البيع اما ان تعتبر المحكمة انها عملية تامة الشروط بين طرفيها
وتلزم الطاعن بتبعاتها فان فيه مخالفة لمبدأ قانوني اساسي وهو الاثر
النسي للعقود.

فقد نصت احكام الفصل 240 من ا ع على ما يلي "لا
يلزم العقد الا العاقدين و لا ينجز منه للغير ضرر ولا نفع الا في
الصور التي نص عليها القانون."

كما تنص احكام الفصل 241 من ا ع على ما يلي
"الالتزامات لا تجري احكامها على المتعاقدين فقط بل تجري ايضا
على ورثتهم وعلى من ترتب له حق منهم ما لم يصرح بخلاف
ذلك..." .

وحيث ان الطاعن ليس من ورثة المديني ولم يترتب له حق

وهكذا يتضح مما تقدم ان الطاعن لم يكن طرفا في العقد الرابط بين البائع والمشتري لانه في الاصل ليس الا ممول لعملية شراء عند اتفاق الطرفين على البيع نهائيا وعليه فانه لا يمكن باي حال اعتباره طرفا في عملية الشراء وجعل القوة الالزامية لعقد البيع تنسحب عليه وبالتالي لا يمكن محاسبة البنك بوقائع قانونية هو ليس طرفا فيها كالحجج التي اعدّها الخصوم لانفسهم من معاينات واختبارات والمتعلقة بالتسليم وبالسلامة من العيوب .

وحيث طالما سحبت محكمة الحكم المطعون فيه اثار عقد البيع على الطاعن والذي هو غيرا في عقد البيع فقد خالفت مبدا الاثر النسبي للعقد وهو ما يبرر طلب نقض الحكم المطعون فيه لهذا السبب وحده.

المطعن الثاني : في مخالفة احكام الفصل 242 من م ا ع :

قولا بان المحكمة اعتبرت انه "خلافا لما ذهب اليه البنك فلقد اتفق مع المستانف ضده محمد الفاضل المديني على تمويل شراء معصرة الزيت وقد نص الفصل 10 من عقد التمويل على شروط استعمال التمويل وهي الترسيم النهائي للضمانات المنصوص عليها بالعقد وتقديم ما يفيد القيام باجراءات اعادة تسجيل بالسجل التجاري وقد ادلى المستانف ضده الاول ما يفيد تنفيذ الشرطين المذكورين وبالتالي تحقق التسليم ."

وقد اعتبرت محكمة الاصل وفي اطار فهمها لعقد التمويل ان الطاعن ملزم بدفع الثمن . و انه وخلافا لما ذهبت اليه المحكمة فانه بالرجوع لعقد التمويل المذكور نجد جملة من الشروط الواجب توفرها لحصول عملية التمويل اولها ما ورد بالمادة الاولى من "فور

وحيث تمحورت منازعة الطاعن بخصوص سقوط التزامه
لمرور ثلاثة اشهر المتفق عليها طالما انه لم يتلق اذنا من معاقده
باستعمال التحويل.

وحيث استبان رجوعا لمظروفات الملف واسانيد القرار
المطعون فيه ان المادة العاشرة من عقد التمويل المبرم بين طرفيه تضمن
ثلاثة شروط لتنفيذ الاتفاقية حققت المحكمة توافر شرطي الترسيم
النهائي للضمانات المنصوص عليها بالعقد وتقديم ما يفيد القيام
باجراءات اعادة التسجيل بالسجل التجاري واستخلصت تلدد
الطاعن عن تنفيذ عقد التمويل وتولت تطبيق الفصل 273 مدني .

وحيث ومن منظور اخر فان الطاعن تمسك بعد تلقيه الاذن
من معاقده المعقب ضده الثاني بتنفيذ عملية التمويل طبق ما تقتضيه
المادة العاشرة من الاتفاقية وانه بمجرد تلقيه الاذن بتاريخ
2010/2/27 تولى تنزيل المبلغ المتفق عليه بحساب المعقب ضده
الاول الا ان محكمة القرار المطعون فيه تجاوزت الدفع بتنفيذ التمويل
وانزال المبلغ بحساب المستفيد منه وانتهت باقرار الحكم الابتدائي في
شان المعقب ولم تتول النظر في هذا الدفع ومناقشته والرد عليه وهو
بالتاكيد دفع جوهري له تاثير على وجه الفصل ما يصير قضاءها
خارقا للقانون متسما بضعف التعليل هاضما لحقوق الدفاع
فاستوجب من ثمة النقض .

ولهذه الاسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا ونقض
الحكم المطعون فيه واحالة ملف القضية على محكمة الاستئناف

بتونس لاعادة النظر فيها من جديد بهيئة اخرى واعفاء الطاعن من
الخطية وارجاع المال المؤمن اليه.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى بجلسة يوم
2012/04/30 عن الدائرة المدنية الاولى برئاسة السيد محمد
صالح بن حسين وعضوية المستشارتين السيدتين حياة البصلي وعبلة
بن شعبان ومحضر المدعي العام السيدة سلوى النهدي وبمساعدة
كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

وحرر في تاريخه

بشأنات خلية التفتيش
بمقتضى كتاب محكمة الاستئناف
السيد...
وحرر في...
في...
محكمة التفتيش

2013 - 6 - 6



Handwritten signature and circular official stamp.

1) عن المطعن الاول المستمد من خرق الفصلين 240 و

241 من م ا ع :

حيث خلافا لما ابداه الطاعن فانه لا تثريب على محكمة الموضوع فيما انتهت اليه لما اعتبرت الطاعن ملزما بموجب عقد التمويل الرابط بينه وبين المشتري المعقب ضده الثاني طالما ان قضاءها على ذلك المنوال تسنده الوقائع الثابتة بمليف القضية ولا يجوز في هذا الصدد الدفع بمخالفة الفصلين 240 و 241 من م ا ع ضرورة ان التزام المشتري المعقب ضده بشراء المبيع جاء نتيجة موافقة الطاعن على تحويل عملية الشراء وما كان للعقد ان يبرم لولا تعهد الطاعن بتمويل عملية الشراء.

وحيث ان ما اثاره المعقب في غير طريقه باعتباره ممول لعملية الشراء تنسحب عليه القوة الالزامية لعقد البيع ما يجعل المنحى الذي انتحته محكمة القرار المنتقد في طريقه واقعا وقانونا وتعين رده.

2) عن المطعنين الثاني والثالث لوحدة القول فيهما :

حيث اوجب القانون تسبيب الاحكام ببيان ما اقنع المحكمة فيما انتهت اليه وجعلها تتجه في حكمها الاتجاه الذي اطمانت اليه وشمل الاسباب والحجج القانونية والادلة الواقعية ليضمن لمحكمة الموضوع عناية في تقدير ادعاءات الخصوم وفهم ما احاط بها من مسائل قانونية حتى يتسنى لهذه المحكمة اجراء ما لها من حق الرقابة على حسن تطبيق القانون .

ANNEXE 5 :

Procès-verbal d'une offre d'argent

1. مائة و ثمانون ألف ديناراً (180.000.000 د) بعنوان ثمن المبيع.
2. أربعمائة ديناراً (400.000 د) بعنوان أجره تحرير العقد.
3. إحدى عشرة ألف و أربعمائة و أربعة و ثمانون ديناراً (11.484.000 د) بعنوان تسجيل بالقباضة المالية،
4. ألف و ثمانمائة و ثمانية ديناراً (1.808.000 د) معلوم التسجيل بإدارة الملكية العقارية،

أي ما قدره جملياً مائة و ثلاثة و تسعون ألف و ستمائة و إثنين و تسعون ديناراً (193.692.000 د) و المعروضة نقداً و ذلك قصد قبضها مني على معنى الفصل 115 من مجلة الحقوق المدنية و في صورة رفضك المبالغ المعروضة عليك فأني سأتولى تأمينها على ذمتك بصندوق الودائع و الأمان بصفة قانونية و سأرفع دعوى في الشفعة ضدك قصد إحلالي ملكك في المبيع المذكور مع تحميلك جميع المصاريف بها فلي ذلك أجور المحاماة لدى كل طور من أطوار التقاضي،

و ما التما القبول فاجابته في خمس مئة لهما القانوني، بعد عرض المبالغ المالية الممنولة

اعلاه بما يلي، لقد تم التفاوض في العقار و اتفقوا قبول اموال المصروف

/ / / / / / /

الرقم
16500
5333
15000
15000
1900
1000
4000
2000
323

أمره : الثاني و سفوح دبا اوميد ٩٣٣ هـ

سجل بديانسة العقود العدلية


العقد المبرم

01 NOV 2012

16186

3344

القضايا



إذ: بناءً للحضور بالجلسة لدى المحكمة الابتدائية بأريانة

الحمد لله،
في اليوم الثاني من شهر ربيع الأول سنة الفين و إثني عشرة
و على الساعة التاسعة من صباح يوم الاثنين
و بطلب من السيد
الاستاذة فائدة بن سلامة الدائن مكتبها بعدد 15 عدد شارع الجمهورية بالحمامات،

أنا،

توجهت إلى:

1/ مصرف الزينونة في شخص ممثله القانوني، شركة خفية الاسم، سجلها التجاري = 24162142009
B عدد الكائن مقرها بشارع جودة الحياة عدد الكرم 2015 تونس ابن حليم و خالطيم،

2/ القاطنة بسكرة سيدي فرج أريانة 2006 ابن حليم و خالطيم

3/ القاطن بعدد 06 نهج علي بلخوجة المرسى الغربية تونس
ابن حليم و خالطيم

4/ القاطنة بعدد 06 نهج علي بلخوجة المرسى الغربية تونس
ابن حليم و خالطيم

واستدعيهم للحضور لدى جناب السادة رئيس و أعضاء المحكمة الابتدائية بأريانة المنتهتين للقضاء في المادة
الإستحقاقية بمقر المحكمة المذكورة و ذلك على الساعة التاسعة من صبيحة يوم الإثنين الموافق للعاشر من شهر
ديسمبر سنة الفين و إثني عشرة (10 / 12 / 2012) للنظر في الدعوى الآتي بيان موضوعها.
و بعد أن سلحت للمتوجه إليهم نظيرا من هذا الرقيم إلى جانب صور شمسية من المؤيدات التالية:
- نسخة من الرسم العقاري عدد 55521 عدد تونس،
- نسخة من عقد البيع،
- نسخة من محضر عرض مال رقيم الأستاذة نسيمه الدهماني عدد 34456 عدد المؤرخ 2012/10/30.
- نسخة من وصل تأمين ثمن البيع مع المصاريف،










موضوع الدعوى






Bibliographiques

Les ouvrages en langue française :

Les ouvrages généraux :

-  AMMAR (A), la crise financière du 21^{ème} siècle, GLOBAL Edition, Tunis, 2009.
-  BEN NASR (T), droit bancaire tunisien, La Maghrébine pour l'impression et la publicité, Tunis 2009.
-  BONNEAU (T), droit bancaire, éd. Montchrestien, Paris, 1996.
-  GAVALDA (G) et STOUFFLET (J), droit bancaire : institutions-comptes-opérations-services, éd. Litec, 1994.
-  GHESTIN (J), droit civil : la formation du contrat, LGDJ, 3ème éd. 1993.
-  GINOSSIER (S), liberté contractuelle et respect des droits des tiers, LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE : R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, 1963.
-  NEAU-LEDUC (P), droit bancaire, éd. DALLOZ, Paris, 2010.
-  NERET (J), le sous-contrat, LGDJ, 1979.
-  TEYSSIE (B), les groupes de contrats, LGDJ, 1975.

Les ouvrages spéciaux :

-  BOURGHEDA (M), la finance islamique à la française ; le financement islamique : une alternative à la finance conventionnelle, éd. Bruno Leprince 2009.
-  CAUSSE-BROQUET (G), la finance islamique, éd. Point Delta, Liban, 2012.
-  DE CHARRETTE (H), la finance islamique à la française, éd. Bruno Leprince, 2009.

- 📖 EL HAZZAOUNI (Y), finance islamique : fondements, mécanismes et apports, éd. BOUREGREG, 2011.
- 📖 EL OMARI ALAOUI (S.M) et MAFTAH (S), la finance islamique au Maroc : les voies de la normalisation, 2012.
- 📖 EL-GAMAL (M), la banque et la finance islamiques, éd. DEBOECK, 2012.
- 📖 GUERANGER (F), finance islamique, DUNOD, PARIS, 2009.
- 📖 IQBAL (M) et ALI JARHI (M), banques islamiques : réponses à des questions fréquemment posées, King Fahd National Library Cataloging-in-Publication Data, Jeddah, 2001.
- 📖 JOUABER-SNOUSSI (K), la finance islamique, La Découverte, 2012.
- 📖 MAOULA CHAAR (A), chari'a et institutions financières islamiques, la finance islamique à la française, éd. Bruno Leprince, 2009.
- 📖 PARIGI (S), des banques islamiques, éd. RAMASY 9, rue du cherche-Midi, 75006 Paris, 13 septembre 1989.
- 📖 UIMY (M), la finance islamique, éd. SEFI, 2008.

📖 **Les articles :**

- 📖 ACHI (F) et FORGET (E), la gouvernance des comités charia, revue de droit bancaire et financier français, mars-avril 2011, p.27.
- 📖 BARBULESCO (L), l'économie islamique dans ses rapports avec l'économie globale et en particulier avec le mouvement de libéralisation, RTD, 1990, p. 39.
- 📖 BAROUNI (M), la finance islamique : un nouveau mécanisme de financement de l'économie, conjoncture n°264 , p.10.
- 📖 BEN AICHA (N), la notion de « neutralité confessionnelle » dans l'article 4 du code des obligations et des contrats, centenaire du COC : 1906-2006, 2006, p.141.



- BOURABIAT (F), finance islamique en France : éclairage sur les nouvelles opportunités offertes aux investisseurs, revue de droit bancaire et financier français juillet aout 2009, p. 14.
- CHOYAKH (F), commentaire des mesures fiscales de la loi de finances complémentaire pour l'année 2012, infos juridiques n°138/139 juillet/aout 2012, p.18.
- DEKLI (N), finance islamique : principe et règle de partage, l'économiste maghrébin, du 16 au 30 mai 2012, p.33.
- DOM (J-P), contrats bancaires, éd. du j-cl, 1998, p.1.
- DURAND (F) et HAZOUG (S), la mourabaha, revue de droit bancaire et financier français, mars-avril 2011, p.34.
- GRANGEREAU (P) et HAROUN (M), financements de projets et financements islamiques : Quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil, revue banque et droit français n° 97 – septembre-octobre 2004, p.54.
- HAMROUNI (N), la banque islamique, infos juridiques n° 154/155 Avril 2013, p.12.
- KHOULDI (A), « La finance islamique moderne et droit positif », RJL, n°6, Juin 2011, p.9.
- KHOULDI (A), le leasing en droit tunisien : essai d'analyse technique et juridique, RJL décembre 1995, p5.
- LASSERRE CAPDEVILLE (J), la finance islamique : une finance douteuse, revue de droit bancaire et financier français, septembre octobre 2009, p.19.
- PARLENI (G), regards pragmatiques sur la finance islamique, revue de droit bancaire et financier français, 2012, p.76.
- REKIK (N), les clauses abusives et la protection du consommateur, revue des études juridiques, faculté de Sfax 2000, numéro 7, page 111.

- ☞ REZGUI (H) et MENCHAWI (I), quelle normalisation comptable pour la finance islamique en Tunisie, la revue comptable et financière n° 96-deuxième trimestre 2012, p.55.
- ☞ ROMDHANA (S), Naissance et développement des banques islamiques, infos juridiques n° 58/59 – décembre 2008, p.24.
- ☞ STORCK (M) et ZEYYAD CEKICI (I), les sukuk : aspects de droit français et de droit musulman, revue de droit bancaire et financier français Mars-Avril 2011, p. 38.
- ☞ TISS (M), finance islamique : une révolution financière en Tunisie , l'économiste maghrébin , novembre 2012, p.16.
- ☞ ZEYYAD CEKICI (I), le cadre juridique français des opérations de crédit islamique, revue de droit bancaire et financier français Mars-Avril 2011, p.31.





Les séminaires :

- ☞ MOHAMDEN (S-M), la mourabaha comme mode d'intervention dans les banques islamiques, actes de séminaire, Nouakchott 11-15 jourmad thani 1413 (5-9 décembre 1992), institut islamique de recherches et de formation, banque islamique de développement : djeddah Arabie saoudite, première édition : 1996, p.124.
- ☞ Moulay ZEIN (M) , comparaison des modes de financement des banques islamiques et des banques classiques, séminaire conjointement organisé par l'institut islamique de recherches et de formation et de la banque al-baraka mauritanienne islamique, Nouakchott, 5-9 décembre 1992).

Les thèses :

-  DEROICHE BEN ACHOUR (S), Aux sources du droit moderne tunisien : la législation tunisienne en période coloniale, thèse pour le doctorat d'Etat en droit, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 14 janvier 1996.
-  MAOTE (M), la création d'un droit bancaire islamique, thèse de doctorat en droit, faculté de droit, sciences politique et gestion, université de la ROCHELLE, 9/12/2011.

Les mémoires :

-  AMRI (M), les contrats de financement dans la banque islamique, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme du Master en Droit international et comparé, UNIVERSITE DE TOULOUSE I SCIENCES SOCIALES ANNEE UNIVERSITAIRE 2008-2009.
-  BANNAMARA (S), finance islamique et capital-risque, université LAVAL, faculté des sciences de l'administration, 2008.
-  BEN AMOR (M), les principaux contrats de financement du commerce extérieur utilisés par les banques islamiques : cas de beit ettamwil saoudi tounsi, diplôme d'études supérieures droit de commerce international, faculté des sciences juridiques politiques et sociales de Tunis, 1987-1988.
-  BOSTANI (S), l'établissement d'une banque islamique en France, Mémoire pour le Master de droit européen comparé « Droit Européen Comparé », UNIVERSITE PARIS II PANTHEON-ASSAS, septembre 2010.

- ☞ DEROUICH (H), le régime fiscal des produits de financement islamique, mémoire Pour l'obtention du Diplôme de Mastère Professionnel en Droit et Fiscalité de l'Entreprise, faculté de droit de Sfax, 2012/2013.
- ☞ KAMMOUN (M), le contrat de financement islamique d'ijara, mémoire pour l'obtention du diplôme de master en droit public et du commerce international, faculté de droit de Sfax, 2012-2013.

المراجع باللغة العربية

المراجع العامة:

- خليفة الخروبي، العقود المسماة، مجمع الاطرش للكتاب المختص، 2010.
- خليفة الخروبي، قانون مدني: اوصاف الالتزام، منشورات مجمع الاطرش للكتاب المختص، 2008.
- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، دار الفكر، بيروت، 1985.
- علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
- محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات: العقد، مطبعة الوفاء، 1997.
- محمد بن اسماعيل الامير الصنعاني، سبل السلام الى بلوغ المرام، دار بن الجوزي، 1997.
- المنجي طرشونة، درس في التصرف القانوني لطلبة السنة الاولى "ماجستير بحث قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية بسوسة، 2011-2012.
- يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، قطر، 1991.

المراجع الخاصة:

- احمد محمد سعد، الفوائد التأخيرية : دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، مصر، 1976.
- جعفر بن عبد الرحمان قصاص، بيع المرابحة للأمر بالشراء، دراسة فقهية، 2011.
- حسين شحاتة، التمويل بالمرابحة كما تقوم بها المصارف الإسلامية بين الواجب والواقع، القاهرة، ماي، 2003.
- سيد قطب، تفسير آيات الربا، دار الشروق، الطبعة الرابعة عشرة، 2010.
- عائشة الشرقاوي المالقلي، البنوك الإسلامية التجربة بين الفقه و القانون المركز، الثقافي العربي، الدار البيضاء، 2000.

- فادي محمد الرفاعي, المصارف الاسلامية, منشورات الحلبي الحقوقية, لبنان, 2004.
- محمد بوجلال, البنوك الاسلامية مفهومها, تطورها, نشاطها, مع دراسة تطبيقية على مصرف اسلامي, المؤسسة الوطنية للكتاب, الجزائر, 1990.
- وليد محمد علي كرسون, شبهة الربا و اثرها في عقد البيع و المعاملات المالية المعاصرة, دار الفكر الجامعي, الاسكندرية, 2009.

المقالات:

- حاتم عبد الحميد الرواتبى, مجلة الالتزامات و العقود و الاسلام, مانوية مجلة الالتزامات و العقود 1906-2006, 2006, ص193.
- عبد الستار الخويلدي, دور الصناعة المالية الاسلامية المعاصرة في احياء النصوص المهجورة: مجلة الالتزامات و العقود التونسية اساس التطبيقات المعاصرة في المعاملات المالية الإسلامية, ق.ت, ماي 2011, صفحة 41.
- عبد الكريم عبد الجواد, المقاصد الشرعية من عقد الاجارة المنتهية بالتمليك كعقد مطبق في المصارف الاسلامية, حلقة بحث, الأكاديمية العربية للعلوم المالية و المصرفية, جامعة دمشق, سوريا, 2008/06/19.
- عبد المجيد عبدالله دية, شبهات و ردود على بيع المرابحة الامر بالشراء كما تجريه المصارف الاسلامية, مجلة الزرقاء للبحوث و الدراسات الانسانية-المجلد التاسع-العدد الثاني, الاردن, 2009, صفحة 99.
- عبدالله الهلالي, الفائدة في القانون التونسي بين المدلول الاسمي و المدفوع الفعلي, مجموعة دراسات مهدات الى الاستاذ محمد العربي هاشم, شركة اوربيس للطباعة, تونس, 2006, ص. 753.
- نذير بن عمرو, الشرط الجزائي صحوة البركان, م.ق.ت, 1996, ص.240.

المذكرات:

- راشد الهرسي, القرض و المصارف الاسلامية, رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص, كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس, 2008/2009.

- طه مبارك ، البيوع في البنك الاسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال ،كلية الحقوق والعلوم سياسية بتونس ، جامعة المنار, 2010/2009.
- محمد عبد الرؤوف حمزة, دراسة عن المراجعة كأهم الأساليب المستخدمة في المصارف الاسلامية ,بحث تمهيدي لنيل درجة الماجستير في الاقتصاد و المصارف الاسلامية ,جامعة سانت كليمنتس , الشارقة, 2006- 2007 .
- محمد يوسف عارف الحاج محمد, عقد الاجارة المنتهية بالتمليك من التطبيقات المعاصرة لعقد الاجارة في الفقه الاسلامي , مذكرة لنيل درجة الماجستير في الفقه و التشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس ,فلسطين , 2003 .

Table des Matières

Dédicace

Remerciements

Liste des abréviations

Introduction Générale..... 1

Partie Première: L'obéissance relative, de la mourabaha, aux principes de la loi islamique 10

CHAPITRE PREMIER : la pratique licite de la mourabaha en droit islamique 11

SECTION PREMIERE : la notion de la mourabaha 12

PARAGRAPHE PREMIER : l'étendue de la pratique de la mourabaha 12

A-les racines de la mourabaha dans le droit musulman classique :..... 13

B- la prédominance de la mourabaha dans les banques islamiques : 15

DEUXIEME PARAGRAPHE : la différenciation de la pratique mourabaha des autres modes de financement 18

A- la mourabaha et le prêt à intérêt :..... 18

1- la différence des procédures..... 18

2- la convergence des résultats..... 22

B- la mourabaha et autres modes de financement islamiques 23

1- la mourabaha et la location-vente : 23

2- le salam, l'istisna et la mourabaha 25

DEUXIEME SECTION : les conditions de la pratique de la mourabaha 27

PARAGRAPHE PREMIER : les conditions objectives 27

A- la connaissance du prix 27

1- la connaissance par l'acquéreur du Prix d'acquisition initial 28

2- la connaissance par l'acquéreur de la marge bénéficiaire 28

B- La validité du premier contrat 29

DEUXIEME PARAGRAPHE : les conditions procédurales 30

A-La phase de la promesse de vente 31

1-La demande d'achat : 31

2- La souscription de la promesse de vente 32

B- la phase de la vente..... 33

1-La souscription de la première vente : 33

2- La souscription de la deuxième vente (la mourabaha) : 34

DEUXIEME CHAPITRE : la déviation de la pratique de la mourabaha 37

SECTION PREMIERE : le détournement de certains contrats 38

PARAGRAPHE PREMIER : le détournement de la vente 38

A- le caractère fictif de la vente 38

B- l'absence de la vente..... 39

C- la vente de la chose d'autrui 41

DEUXIEME PARAGRAPHE : l'introduction de clauses prohibées	42
A- l'introduction de la clause pénale.....	42
B- l'introduction de clauses abusives.....	43
DEUXIEME SECTION : l'absence de certains détails	45
PARAGRAPHE PREMIER : l'absence de l'assurance mutuelle (takaful).....	45
A- les principes de l'assurance mutuelle.....	45
B- les produits de l'assurance mutuelle	47
DEUXIEME PARAGRAPHE : l'absence du caractère « non contraignant » de la promesse de vente.....	49
A- la dichotomie de la doctrine musulmane	49
1- l'approche de prohibition du caractère contraignant de la promesse de vente et d'achat	50
2- l'approche de défense du caractère contraignant de la promesse de vente et d'achat	51
B- l'existence de solutions dans le COC.....	52
1-La vente sous condition suspensive en faveur de l'une des parties.....	53
2-Les arrhes	53
Conclusion de la première partie :.....	55
Deuxième partie :La conformité partielle, de la mourabaha, aux règles de la loi positive.....	56
CHAPITRE PREMIER : le droit commun : un contexte favorable à l'application de la mourabaha.....	58
SECTION PREMIER : le droit commun : une base juridique primordiale pour le contrat de la mourabaha	58
PARAGRAPHE PREMIER : la place existante du droit musulman dans le droit commun	59
DEUXIEME PARAGRAPHE: le role fondamental de règles générales du droit commun	61
A-l'importance de la liberté contractuelle.....	61
B- la possibilité d'utiliser les règles générales de la Vente.....	64
TROISEME PARAGRAPHE : la consolidation prévue par la législation fiscale pour l'imposition de la mourabaha.....	67
A- l'imposition de bénéfices	68
B- les droits d'enregistrement	70
C- la TVA	71
DEUXIEME SECTION : le droit commun : une base insuffisante pour le contrat de la mourabaha.....	72
PARAGRAPHE PREMIER : la relativité de la place du droit musulman en droit commun	72
DEUXIEME PARAGRAPHE : l'insuffisance des règles générales du droit commun	74
A-les limites de la liberté contractuelle.....	74

B- l'insuffisance des règles générales de la vente :.....	75
DEUXIEME CHAPITRE : les lois spéciales : des obstacles flagrants à l'opération de la mourabaha	82
SECTION PREMIERE: de la conformité de la mourabaha avec le droit bancaire	82
PARAGRAPHE PREMIER : de la conformité de la mourabaha avec la loi de 2001 relative aux établissements de crédit.....	83
A- la mourabaha est-elle une opération de crédit ?.....	84
B-Est-il possible pour les banques de procéder à l'opération de la mourabaha ?	86
DEUXIEME PARAGRAPHE : De l'applicabilité de la loi de 1999 relative aux taux d'intérêt excessifs :	89
DEUXIEME SECTION : Les entraves de certaines règles du droit foncier	93
PARAGRAPHE PREMIER: les entraves en rapport avec les meubles.....	93
A- le cas de fonds de commerce.....	94
B- le cas de moyens de transport.....	95
DEUXIEME PARAGRAPHE : les entraves en rapport avec les immeubles :	96
A- le cas des immeubles agricoles :	96
B- le cas d'un immeuble en indivision :	98
Conclusion Générale	100
Annexes.....	102
Bibliographie.....	145