

Les arrhes en droit syro-romain arabe

par Hervé TROFIMOFF

(Maître de Conférences à l'Université du Havre)

INTRODUCTION

LE COUTUMIER SYRO-ROMAIN EST-IL CONSTITUÉ DE LOIS
UNIFORMES TRADUITES EN PLUSIEURS LANGUES OU DE LOIS
SPÉCIFIQUES A DIFFÉRENTES NATIONS ?

Une grande majorité d'historiens croit en l'unité
fondamentale du coutumier syro-romain. Ils n'en considèrent les
versions arabe et arménienne que comme de simples traductions
tardives de la compilation syriaque L. et de son épitomé P. (1).

1) Parmi les auteurs partisans de l'unité des *leges saeculares* syro-romaines, citons K.G. BRUNS et E. SACHAU, *Syrisch-römisches Rechtsbuch aus dem fünften Jahrhundert*, Leipzig 1880, réédition Aalen 1961, p. 164, 166, 168 ; E. SACHAU, *Syrische Rechtsbücher*, Berlin 1907 ; W. BAARS et P. DE BOER, "Ein neugefundenes Fragment des syrisch-römischen Rechtsbuches", *Symbolae iuridicae et historicae Martino David dicatae*, t. 1, Leyde 1968, p. 48 ; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, t. 2, Munich 1975, p. 49 n. 75 ; R. TAUBENSCHLAG, "II

Refusant toute originalité aux versions arabe et arménienne, ravalées au rang de faire-valoir des textes syriaques, les commentateurs les définissent comme utiles uniquement à résoudre les quelques contradictions apparentes entre les différents textes araméens (2).

diritto provinciale romano nel libro siro-romano", *Opera minora*, t. 1, Varsovie 1959, p. 291 n. 1; W. SELB, "Probleme des Systems und des Systemvergleichs im Syrisch-römischen Rechtsbuch", *ZSS roman. Abt.* 79, 1962, p. 31, 32; "Zum Plan einer Neuedition des syrisch-römischen Rechtsbuches", *Labeo* 11, Naples 1965, p. 331; *Zur Bedeutung des syrisch-römischen Rechtsbuches*, Munich 1964, p. 201-206, 242; "Das Problem rechtlicher Bindung an den Konsenskauf im syrisch-römischen Rechtsbuch", *SDHI* 28, Rome 1962, p. 30, 46, 49, 51, 58, 60; L. MITTEIS, "Über drei neue Handschriften des syrisch-römischen Rechtsbuches", *Abh. d. Kgl. Preuss. Akad. d. Wiss.*, Berlin 1905, p. 56; *Reichsrecht und Volksrecht*, Leipzig 1891, p. 510; E. SEIDL, "Syrisch-römisches Rechtsbuch", *Realenzyklopädie der classischen Altertumswissenschaft Pauly-Wissowa*, éd. Drückenmüller, Stuttgart 1932, p. 1783, 1785; R. YARON, "Syro-romana", *Iura* 17, Naples 1966, p. 115, 124, 157; C.A. NALLINO, "Sul libro siro-romano e sul presunto diritto siriano", *Studi in onore di Pietro Bonfante*, t. 1, Milan 1930, p. 203; "Ancora il libro Siro-romano di diritto e Barhebreo", *Rivista degli Studi Orientali* 10, Rome 1925, p. 89 (in *Raccolta di scritti editi e inediti* 4, Rome 1942, p. 131); "A proposito di alcuni studi sui diritti orientali", *Riv. d. stud. or.* 9, Rome 1923, p. 57 (in *Raccolta di scritti* 4, p. 96); G. CHALON-SECRETAN, *Les arrhes de la vente sous Justinien*, Paris 1954, p. 34; F. SCHUPFER, "Le contrattazioni nel Libro del diritto siriano-romano", *Rendiconti della Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche dell'Accademia dei Lincei* vol. 5, fac. 15, Rome 1917, p. 446.

2) E. KAUFHOLD, "Über einige Handschriften der Versionen R I, R II, und R III des Syrisch-römischen Rechtsbuches", *ZSS roman. Abt.* 83, 1966, p. 350, 352-353; K.G. BRUNS et E. SACHAU, *op. cit.* p. 168; W. SELB, "Zum Plan einer Neuedition des syrisch-römischen Rechtsbuches", *Labeo* 11, Naples 1965, p. 331; "Das Problem rechtlicher Bindung...", p. 41, 49, 51, 58; L. MITTEIS, "Über drei neue Handschriften...", p. 23; E. LEVY, "Literatur, compte rendu de C.A. NALLINO, Sul libro siro-romano e sul presunto diritto siriano", *ZSS roman. Abt.*, 51, 1931, p. 549; C. FERRINI, "Beiträge zur Kenntnis des

Ainsi depuis les études des orientalistes italiens de l'avant-guerre (3), aucune recherche approfondie n'a été faite sur la version arabe indépendamment des syriaques.

sog. römisch-syrischen Rechtsbuches", *ZSS roman. Abt.* 23, 1902, p. 105 et *Opere* 1, Milano 1929, 399; V. APTOWITZER, "Die Rechtsbücher der syrischen Patriarchen und ihre Quellen", *Wiener Zeitschr. f. die Kunde des Morgenlandes* 24, Vienne 1910, p. 223.

3) E. CARUSI, *Diritto e filologia*, Bologna 1925; "Sull'arrha della vendita in diritto giustiniano", *Studi in onore di Pietro Bonfante* 4, Milan 1930, p. 502; "Sul frammento L. 38 del libro di diritto Siro-romano", *BIDR* 28, Milan 1916, p. 261, compte rendu très sévère de C.A. NALLINO, "Gli studi di E. Carusi sui Diritti Orientali", *Riv. degli St. Or.* 9, Rome 1921-23, p. 55 et *Raccolta di scritti editi e inediti* 4, Rome 1942, p. 117; C.A. NALLINO, "Ancora il Libro siro-romano di diritto e Barhebreo", *Riv. degli St. Or.* 10, 1923, p. 78-86 et *Raccolta di scritti editi e inediti* 4, Rome 1942, p. 291; "Il diritto musulmano nel Nomocanone siriano cristiano di Barhebreo", surtout "Appendice 1, Il libro siro-romano in Barhebreo" et "Appendice 2, Intorno alla redazione P del libro siro-romano", *Riv. degli St. Or.* 9, Rome 1921, p. 512, et *Raccolta di scritti editi e inediti* 4, Rome 1942, p. 214; "PARRESIA e nozze senza scrittura nel Libro siro-romano di diritto", *Riv. degli St. Or.* 10, Rome 1923, p. 58 et *Raccolta di scritti editi e inediti* 4, Rome 1942, p. 301; "Libri giuridici bizantini in versioni arabe cristiane dei sec. XII-XIII", *Rendiconti della R. Accademia dei Lincei* vol. 1, fasc. 3, Rome 1925, p. 101 et *Raccolta di scritti editi e inediti* 4, p. 324; "Apokeryxis e diseredazione nel Libro siro-romano di diritto", *Rendiconti R. Accademia dei Lincei* vol. 1, fasc. 9, Rome 1926, p. 708 et *Raccolta di scritti editi e inediti* 4, p. 383; "D'alcuni passi del libro siro-romano concernenti le successioni", *Rendiconti R. Accademia dei Lincei* vol. 1, fasc. 11, Rome 1926, p. 775 et *Raccolta di scritti editi e inediti* 4, p. 421; "Sul libro siro-romano e sul presunto diritto siriano", *Studi i. o. di P. Bonfante* 1, Milan 1930, p. 203 et *Raccolta di scritti editi e inediti* 4, p. 513; "Intorno al divieto romano imperiale dell'affratellamento e ad alcuni paralleli arabi", *Studi i. o. di S. Riccobono* 3, Palermo 1936, p. 321 et *Raccolta di scritti editi e inediti* 4, p. 585; "Il diritto successorio presso i Siri Cristiani", *Raccolta di scritti editi e inediti* 4, p. 632; A. D'EMILIA, *La compravendita nel capitolo 23 del nomocanone di Ibn al Assal, note storico-esegetiche*, Milan 1938 (5ème publication de l'Istituto di diritto romano e dei diritti del oriente mediterraneo).

Refusant toute originalité aux versions arabe et arménienne, ravalées au rang de faire-valoir des textes syriaques, les commentateurs les définissent comme utiles uniquement à résoudre les quelques contradictions apparentes entre les différents textes araméens (2).

diritto provinciale romano nel libro siro-romano", *Opera minora*, t. 1, Varsovie 1959, p. 291 n. 1; W. SELB, "Probleme des Systems und des Systemvergleichs im Syrisch-römischen Rechtsbuch", *ZSS roman. Abt.* 79, 1962, p. 31, 32; "Zum Plan einer Neuedition des syrisch-römischen Rechtsbuches", *Labeo* 11, Naples 1965, p. 331; *Zur Bedeutung des syrisch-römischen Rechtsbuches*, Munich 1964, p. 201-206, 242; "Das Problem rechtlicher Bindung an den Konsenskauf im syrisch-römischen Rechtsbuch", *SDHI* 28, Rome 1962, p. 30, 46, 49, 51, 58, 60; L. MITTEIS, "Über drei neue Handschriften des syrisch-römischen Rechtsbuches", *Abh. d. Kgl. Preuss. Akad. d. Wiss.*, Berlin 1905, p. 56; *Reichsrecht und Volksrecht*, Leipzig 1891, p. 510; E. SEIDL, "Syrisch-römisches Rechtsbuch", *Realenzyklopädie der classischen Altertumswissenschaft Pauly-Wissowa*, éd. Drückenmüller, Stuttgart 1932, p. 1783, 1785; R. YARON, "Syro-romana", *Iura* 17, Naples 1966, p. 115, 124, 157; C.A. NALLINO, "Sul libro siro-romano e sul presunto diritto siriano", *Studi in onore di Pietro Bonfante*, t. 1, Milan 1930, p. 203; "Ancora il libro Siro-romano di diritto e Barhebreo", *Rivista degli Studi Orientali* 10, Rome 1925, p. 89 (in *Raccolta di scritti editi e inediti* 4, Rome 1942, p. 131); "A proposito di alcuni studi sui diritti orientali", *Riv. d. stud. or.* 9, Rome 1923, p. 57 (in *Raccolta di scritti* 4, p. 96); G. CHALON-SECRETAN, *Les arrhes de la vente sous Justinien*, Paris 1954, p. 34; F. SCHUPFER, "Le contrattazioni nel Libro del diritto siriano-romano", *Rendiconti della Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche dell'Accademia dei Lincei* vol. 5, fac. 15, Rome 1917, p. 446.

2) E. KAUFHOLD, "Über einige Handschriften der Versionen R I, R II, und R III des Syrisch-römischen Rechtsbuches", *ZSS roman. Abt.* 83, 1966, p. 350, 352-353; K.G. BRUNS et E. SACHAU, *op. cit.* p. 168; W. SELB, "Zum Plan einer Neuedition des syrisch-römischen Rechtsbuches", *Labeo* 11, Naples 1965, p. 331; "Das Problem rechtlicher Bindung...", p. 41, 49, 51, 58; L. MITTEIS, "Über drei neue Handschriften...", p. 23; E. LEVY, "Literatur, compte rendu de C.A. NALLINO, Sul libro siro-romano e sul presunto diritto siriano", *ZSS roman. Abt.*, 51, 1931, p. 549; C. FERRINI, "Beiträge zur Kenntnis des

Ainsi depuis les études des orientalistes italiens de l'avant-guerre (3), aucune recherche approfondie n'a été faite sur la version arabe indépendamment des syriaques.

sog. römisch-syrischen Rechtsbuches", *ZSS roman. Abt.* 23, 1902, p. 105 et *Opere* 1, Milano 1929, 399; V. APTOWITZER, "Die Rechtsbücher der syrischen Patriarchen und ihre Quellen", *Wiener Zeitschr. f. die Kunde des Morgenlandes* 24, Vienne 1910, p. 223.

3) E. CARUSI, *Diritto e filologia*, Bologna 1925; "Sull'arrha della vendita in diritto giustiniano", *Studi in onore di Pietro Bonfante* 4, Milan 1930, p. 502; "Sul frammento L. 38 del libro di diritto Siro-romano", *BIDR* 28, Milan 1916, p. 261, compte rendu très sévère de C.A. NALLINO, "Gli studi di E. Carusi sui Diritti Orientali", *Riv. degli St. Or.* 9, Rome 1921-23, p. 55 et *Raccolta di scritti editi e inediti* 4, Rome 1942, p. 117; C.A. NALLINO, "Ancora il Libro siro-romano di diritto e Barhebreo", *Riv. degli St. Or.* 10, 1923, p. 78-86 et *Raccolta di scritti editi e inediti* 4, Rome 1942, p. 291; "Il diritto musulmano nel Nomocanone siriano cristiano di Barhebreo", surtout "Appendice 1, Il libro siro-romano in Barhebreo" et "Appendice 2, Intorno alla redazione P del libro siro-romano", *Riv. degli St. Or.* 9, Rome 1921, p. 512, et *Raccolta di scritti editi e inediti* 4, Rome 1942, p. 214; "PARRESIA e nozze senza scrittura nel Libro siro-romano di diritto", *Riv. degli St. Or.* 10, Rome 1923, p. 58 et *Raccolta di scritti editi e inediti* 4, Rome 1942, p. 301; "Libri giuridici bizantini in versioni arabe cristiane dei sec. XII-XIII", *Rendiconti della R. Accademia dei Lincei* vol. 1, fasc. 3, Rome 1925, p. 101 et *Raccolta di scritti editi e inediti* 4, p. 324; "Apokeryxis e diseredazione nel Libro siro-romano di diritto", *Rendiconti R. Accademia dei Lincei* vol. 1, fasc. 9, Rome 1926, p. 708 et *Raccolta di scritti editi e inediti* 4, p. 383; "D'alcuni passi del libro siro-romano concernenti le successioni", *Rendiconti R. Accademia dei Lincei* vol. 1, fasc. 11, Rome 1926, p. 775 et *Raccolta di scritti editi e inediti* 4, p. 421; "Sul libro siro-romano e sul presunto diritto siriano", *Studi i. o. di P. Bonfante* 1, Milan 1930, p. 203 et *Raccolta di scritti editi e inediti* 4, p. 513; "Intorno al divieto romano imperiale dell'affratellamento e ad alcuni paralleli arabi", *Studi i. o. di S. Riccobono* 3, Palermo 1936, p. 321 et *Raccolta di scritti editi e inediti* 4, p. 585; "Il diritto successorio presso i Siri Cristiani", *Raccolta di scritti editi e inediti* 4, p. 632; A. D'EMILIA, *La compravendita nel capitolo 23 del nomocanone di Ibn al Assal, note storico-esegetiche*, Milan 1938 (5ème publication de l'Istituto di diritto romano e dei diritti del oriente mediterraneo).

Quelques rares auteurs croient en une relative originalité des lois arabes par rapport aux syriaques, même si leur origine grecque est commune (4).

LE COUTUMIER EN TANT QUE PARAPHRASE DES CONSTITUTIONS BYZANTINES.

Certains romanistes considèrent le coutumier en bloc comme la paraphrase didactique de différentes constitutions byzantines de Théodose et Léon (5). Tout au plus ces commentaires de constitutions porteraient la marque d'usages locaux.

4) J. GILSON, *L'étude du droit romain comparé aux autres droits de l'antiquité*, Paris-Strasbourg 1899, p. 202 ; F. SCHUPFER, "Le contrattazioni nel Libro del diritto siriano-romano", *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche* 59, Milan 1917, p. 49-51, et *Rendiconti Acc. Lincei* vol. 5, fasc. 15, Rome 1917, p. 446 ; C.A. NALLINO, dans son compte rendu impitoyable de E. CARUSI, "A proposito di alcuni studi sui diritti orientali", *Rivista degli Studi Orientali* 9, Rome 1921-1923, p. 81, 88 et *Raccolta di scritti editi e inediti* 4, Rome 1942, p. 122, 131 ; F. TEWES, "Eherecht, Familienrecht und Erbrecht der Mahomedaner des hanefitischen Ritus", *Grünhuts Zeitschrift für das privat. u. öffent. Recht der Gegenwart* 13, Wien 1886, p. 527 ; W. ROBERTSON-SMITH, *Kinship and marriage in early Arabia*, Londres 1903, p. 66.

5) M. KASER, *op. cit.* p. 50, 51 ; W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung...", p. 1 ; *Zur Bedeutung...*, p. 204, 220, 222, 225, 233, 238-242, 260 ; R. YARON, *op. cit.* p. 119, 120, 156-161, 163 ; E. SEIDL, *op. cit.* p. 1786 ; F. WIEACKER et A. DIETRICH, *op. cit.* p. 505, 511 ; K. BRUNS et E. SACHAU, *op. cit.* p. 165, 173-175 ; E. VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali*, Bologne 1937, p. 51 ; "Un'ipotesi intorno all'originale greco del libro siro-romano di diritto", *Rendiconti della Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche dell'Accademia Nazion. dei Lincei*, VIII S., 8, Rome 1953, p. 21 ; "Il libro siro-romano nelle recenti ricerche", *Rendic. Accad. Naz. Lincei* 62, Rome 1964, p. 297, 313.

F. WIEACKER et A. DIETRICH (6) expliquent les quelques divergences entre les versions arméennes L., P., R1., R2., par l'originalité d'opinion des différents traducteurs et commentateurs du même recueil grec de constitutions du 5^e siècle (7). Le qualificatif de copies refusé à ces manuscrits arméens est pourtant attribué aux manuscrits arabe et arménien définis comme de vulgaires traductions d'un commentaire syriaque perdu de ce recueil grec. A. DIETRICH (8), suivant l'opinion de K.G. BRUNS (9), estime toutefois que le "pédant" traducteur arabe s'est servi en plus de l'original syriaque, d'un manuscrit grec antéjustinien inconnu des paraphraseurs arméens.

LE COUTUMIER EN TANT QUE LOI DES NESTORIENS.

C.A. NALLINO (10), approuvé par E. LEVY (11) pense que les versions syriennes ont été compilées à l'usage des *episcopales audientiae* des Nestoriens de Syrie soumis à la personnalité des lois ; et la version arabe surnommée "Vulgata", à l'usage des coptes Melchites d'Égypte, sans pour autant expliquer pourquoi

6) *Op. cit.* p. 505, 508, 511, 513.

7) Sur cet original grec, voir C.A. NALLINO, "Sul libro siro-romano...", *Raccolta di scritti...*, p. 523, 527, 535.

8) P. 513.

9) *Op. cit.* p. 165, 172.

10) "Ancora il libro siro-romano di diritto e Barhebreo"; "Sul libro siro-romano...", *Raccolta...*, 4, p. 296, 557.

11) *Op. cit.* p. 549.

Quelques rares auteurs croient en une relative originalité des lois arabes par rapport aux syriaques, même si leur origine grecque est commune (4).

LE COUTUMIER EN TANT QUE PARAPHRASE DES CONSTITUTIONS BYZANTINES.

Certains romanistes considèrent le coutumier en bloc comme la paraphrase didactique de différentes constitutions byzantines de Théodose et Léon (5). Tout au plus ces commentaires de constitutions porteraient la marque d'usages locaux.

4) J. GILSON, *L'étude du droit romain comparé aux autres droits de l'antiquité*, Paris-Strasbourg 1899, p. 202 ; F. SCHUPFER, "Le contrattazioni nel Libro del diritto siriano-romano", *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche* 59, Milan 1917, p. 49-51, et *Rendiconti Acc. Lincei* vol. 5, fasc. 15, Rome 1917, p. 446 ; C.A. NALLINO, dans son compte rendu impitoyable de E. CARUSI, "A proposito di alcuni studi sui diritti orientali", *Rivista degli Studi Orientali* 9, Rome 1921-1923, p. 81, 88 et *Raccolta di scritti editi e inediti* 4, Rome 1942, p. 122, 131 ; F. TEWES, "Eherecht, Familienrecht und Erbrecht der Mahomedaner des hanefitischen Ritus", *Grünhuts Zeitschrift für das privat. u. öffent. Recht der Gegenwart* 13, Wien 1886, p. 527 ; W. ROBERTSON-SMITH, *Kinship and marriage in early Arabia*, Londres 1903, p. 66.

5) M. KASER, *op. cit.* p. 50, 51 ; W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung...", p. 1 ; *Zur Bedeutung...*, p. 204, 220, 222, 225, 233, 238-242, 260 ; R. YARON, *op. cit.* p. 119, 120, 156-161, 163 ; E. SEIDL, *op. cit.* p. 1786 ; F. WIEACKER et A. DIETRICH, *op. cit.* p. 505, 511 ; K. BRUNS et E. SACHAU, *op. cit.* p. 165, 173-175 ; E. VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali*, Bologne 1937, p. 51 ; "Un'ipotesi intorno all'originale greco del libro siro-romano di diritto", *Rendiconti della Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche dell'Accademia Nazion. dei Lincei*, VIII S., 8, Rome 1953, p. 21 ; "Il libro siro-romano nelle recenti ricerche", *Rendic. Accad. Naz. Lincei* 62, Rome 1964, p. 297, 313.

F. WIEACKER et A. DIETRICH (6) expliquent les quelques divergences entre les versions arméennes L., P., R1., R2., par l'originalité d'opinion des différents traducteurs et commentateurs du même recueil grec de constitutions du 5^e siècle (7). Le qualificatif de copies refusé à ces manuscrits arméens est pourtant attribué aux manuscrits arabe et arménien définis comme de vulgaires traductions d'un commentaire syriaque perdu de ce recueil grec. A. DIETRICH (8), suivant l'opinion de K.G. BRUNS (9), estime toutefois que le "pédant" traducteur arabe s'est servi en plus de l'original syriaque, d'un manuscrit grec antéjustinien inconnu des paraphraseurs arméens.

LE COUTUMIER EN TANT QUE LOI DES NESTORIENS.

C.A. NALLINO (10), approuvé par E. LEVY (11) pense que les versions syriennes ont été compilées à l'usage des *episcopales audientiae* des Nestoriens de Syrie soumis à la personnalité des lois ; et la version arabe surnommée "Vulgata", à l'usage des coptes Melchites d'Égypte, sans pour autant expliquer pourquoi

6) *Op. cit.* p. 505, 508, 511, 513.

7) Sur cet original grec, voir C.A. NALLINO, "Sul libro siro-romano...", *Raccolta di scritti...*, p. 523, 527, 535.

8) P. 513.

9) *Op. cit.* p. 165, 172.

10) "Ancora il libro siro-romano di diritto e Barhebreo"; "Sul libro siro-romano...", *Raccolta...*, 4, p. 296, 557.

11) *Op. cit.* p. 549.

pas aux Mardaïtes et Jacobites
elle.

diffusion du coutumier a été bien
nestorien de Timothée 1^{er} (780-
ième siècle inclut le coutumier
s, car la traduction du grec en
desse du 5^e siècle (13).

COIT PROVINCIAL SYRIEN.

coutumier représente un ensemble
al, syro-dénotique indépendant,

DATATION DES DIFFÉRENTES VERSIONS DU COUTUMIER.

La version syriaque est datée de la fin du 5^e siècle, de l'époque des poussées des Sassanides contre la Syrie byzantine, par une majorité d'auteurs, à cause de l'année 468 ap. J.-C. de la loi R2. 158, en raison d'haplogies, d'anaptyxes, de lettres capitulaires, de déclinaisons de pronoms personnels typiques de l'époque, et finalement en raison de la présence d'extraits de la législation de Léon 1^{er} (457-474) à l'exclusion de celle de Zénon (474-491) (15).

St. BRASSLOFF, *Zur Kenntnis des Volksrechts in den romanisierten Ostprovinzen des römischen Kaiserreiches*, Weimar 1907, p. 70.

15) W. SELB, *Zur Bedeutung des syrisch-römischen Rechtsbuchs*, p. 257 ; R. YARON, "Syro-Romana", p. 163 ; E. SEIDL, "Syrisch-römisches Rechtsbuch", p. 1781, 1784 ; L. MITTEIS, "Über drei neue Handschriften des syrisch-römischen Rechtsbuchs", p. 30 ; W. BAARS et P. DE BOER, "Ein neugefundenes Fragment des syrisch-römischen

t pas aux Mardaïtes et Jacobites
lle.

diffusion du coutumier a été bien
nestorien de Timothée 1^{er} (780-
ième siècle inclut le coutumier
s, car la traduction du grec en
lesse du 5^e siècle (13).

COIT PROVINCIAL SYRIEN.

umier représente un ensemble
il, syro-dénotique indépendant,

DATATION DES DIFFÉRENTES VERSIONS DU COUTUMIER.

La version syriaque est datée de la fin du 5^e siècle, de l'époque des poussées des Sassanides contre la Syrie byzantine, par une majorité d'auteurs, à cause de l'année 468 ap. J.-C. de la loi R2. 158, en raison d'haplogies, d'anaptyxes, de lettres capitulaires, de déclinaisons de pronoms personnels typiques de l'époque, et finalement en raison de la présence d'extraits de la législation de Léon 1^{er} (457-474) à l'exclusion de celle de Zénon (474-491) (15).

St. BRASSLOFF, *Zur Kenntnis des Volksrechts in den romanisierten Ostprovinzen des römischen Kaiserreiches*, Weimar 1907, p. 70.

15) W. SELB, *Zur Bedeutung des syrisch-römischen Rechtsbuchs*, p. 257 ; R. YARON, "Syro-Romana", p. 163 ; E. SEIDL, "Syrisch-römisches Rechtsbuch", p. 1781, 1784 ; L. MITTEIS, "Über drei neue Handschriften des syrisch-römischen Rechtsbuchs", p. 30 ; W. BAARS et P. DE BOER "Ein neugefundenes Fragment des syrisch-römischen

t pas aux Mardaïtes et Jacobites
lle.

ffusion du coutumier a été bien
nestorien de Timothée 1^{er} (780-
ème siècle inclut le coutumier
s, car la traduction du grec en
lesse du 5^e siècle (13).

COIT PROVINCIAL SYRIEN.

umier représente un ensemble
il, syro-dénotique indépendant,

DATATION DES DIFFÉRENTES VERSIONS DU COUTUMIER.

La version syriaque est datée de la fin du 5^e siècle, de l'époque des poussées des Sassanides contre la Syrie byzantine, par une majorité d'auteurs, à cause de l'année 468 ap. J.-C. de la loi R2. 158, en raison d'haplogies, d'anaptyxes, de lettres capitulaires, de déclinaisons de pronoms personnels typiques de l'époque, et finalement en raison de la présence d'extraits de la législation de Léon 1^{er} (457-474) à l'exclusion de celle de Zénon (474-491) (15).

St. BRASSLOFF, *Zur Kenntnis des Volksrechts in den romanisierten Ostprovinzen des römischen Kaiserreiches*, Weimar 1907, p. 70.

15) W. SELB, *Zur Bedeutung des syrisch-römischen Rechtsbuchs*, p. 257 ; R. YARON, "Syro-Romana", p. 163 ; E. SEIDL, "Syrisch-römisches Rechtsbuch", p. 1781, 1784 ; L. MITTEIS, "Über drei neue Handschriften des syrisch-römischen Rechtsbuchs", p. 30 ; W. BAARS et P. DE BOER, "Ein neugefundenes Fragment des syrisch-römischen

ce dernier texte ne s'appliquerait pas aux Mardaïtes et Jacobites dont l'arabe est aussi langue rituelle.

W. SELB (12) pense que la diffusion du coutumier a été bien plus générale, même si le synode nestorien de Timothée 1^{er} (780-823 ap. J.-C.) à la fin du huitième siècle inclut le coutumier parmi ses *canones* traditionnels, car la traduction du grec en syriaque était oeuvre jacobite d'Édesse du 5^e siècle (13).

LE COUTUMIER EN TANT QUE DROIT PROVINCIAL SYRIEN.

Pour d'autres auteurs, le coutumier représente un ensemble unitaire de droit provincial oriental, syro-démotique indépendant, un Syrisches Landrecht (14).

12) "Die Aufnahme des syrisch-römischen Rechtsbuches in den Kreis der Nestorianischen Rechtsquellen", *Festschr. für E. SEIDL*, Cologne 1975, p. 162.

13) Sur ce point voir J.B. CHABOT, "Synodicon Orientale ou Recueil des synodes nestoriens", *Notices et extraits des manuscrits de la Biblioth. Nation.* t. 37, Paris 1902, et J. PARTSCH, "Neue Rechtsquellen der nestorianischen Kirche", *ZSS roman. Abt.* 30, 1907, p. 375.

14) L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig 1891, p. 346; "Über drei neue Handschriften...", p. 30; R. TAUBENSCHLAG, *op. cit.* p. 291-292, 308; C. VISMARA, "La donazione nuziale nel diritto ebraico e nelle fonti cristiane in relazione al diritto romano postclassico", *Cristianesimo e diritto romano*, Milano 1935, p. 389; D. MÜLLER, "Das syrisch-römische Rechtsbuch und Hammurabi", *Die Welt des Orients, Wissenschaftliche Beiträge zur Kunde des Morgenlandes* 19, Göttingen 1906, p. 193; V. APTOWITZER, "Die syrischen Rechtsbücher und das mosaisch-talmudische Recht", *Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaften in Wien, Philos.-Hist. Klasse*, n° 163, vol. 5, Vienne 1909, p. 2; P. KOSCHAKER, *Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis*, Leipzig 1917, p. 56;

DATATION DES DIFFÉRENTES VERSIONS DU COUTUMIER.

La version syriaque est datée de la fin du 5^e siècle, de l'époque des poussées des Sassanides contre la Syrie byzantine, par une majorité d'auteurs, à cause de l'année 468 ap. J.-C. de la loi R2. 158, en raison d'haplogies, d'anaptyxes, de lettres capitulaires, de déclinaisons de pronoms personnels typiques de l'époque, et finalement en raison de la présence d'extraits de la législation de Léon 1^{er} (457-474) à l'exclusion de celle de Zénon (474-491) (15).

St. BRASSLOFF, *Zur Kenntnis des Volksrechts in den romanisierten Ostprovinzen des römischen Kaiserreichs*, Weimar 1907, p. 70.

15) W. SELB, *Zur Bedeutung des syrisch-römischen Rechtsbuches*, p. 257; R. YARON, "Syro-Romana", p. 163; E. SEIDL, "Syrisch-römisches Rechtsbuch", p. 1781, 1784; L. MITTEIS, "Über drei neue Handschriften des syrisch-römischen Rechtsbuches", p. 30; W. BAARS et P. DE BOER, "Ein neugefundenes Fragment des syrisch-römischen Rechtsbuches", *Symbolae Iuridicae et Historicae Martino David dedicatae*, 1, Leyde 1968, p. 45 n. 3; K.G. BRUNS et E. SACHAU, *Syrisch-römisches Rechtsbuch aus dem fünften Jahrhundert*, p. 155; A. VÖÖBUS, "Die Entdeckung neuer wichtiger Quellen für das Syrisch-römische Rechtsbuch", *ZSS roman. Abt.* 89, 1972, p. 349; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, 2, p. 49; F. WIEACKER et A. DIETRICH, compte rendu de l'ouvrage de W. SELB, *Zur Bedeutung...*, *ZSS roman. Abt.* 83, 1966, p. 504, 506, 508, 511-513; W. WRIGHT, *Catalogue of the syriac manuscripts in the British Museum* t. 1, Londres 1870, p. 176; F.C. BURKITT, "The early syriac lectionary system", *Proceedings of the British Academy* 10, Londres 1921, p. 301; J.P.N. LAND, *Anecdota syriaca*, t. 1, Lugdunum Batavorum (Leyde) 1862, p. 185 et t. 2, Leyde 1868, p. 24; B. DUCATI, "Data ed origine del Libro siriano", *Rivista Storica dell'Antichità* 10, Bologne 1906, p. 461; et "Notizia di nuovi manoscritti e studi sul libro siriano-romano delle Leggi di Costantino, Teodosio e Leone", *BIDR* 17, Milan 1905, p. 191.

ce dernier texte ne s'appliquerait pas aux Mardaïtes et Jacobites dont l'arabe est aussi langue rituelle.

W. SELB (12) pense que la diffusion du coutumier a été bien plus générale, même si le synode nestorien de Timothée 1^{er} (780-823 ap. J.-C.) à la fin du huitième siècle inclut le coutumier parmi ses *canones* traditionnels, car la traduction du grec en syriaque était oeuvre jacobite d'Édesse du 5^e siècle (13).

LE COUTUMIER EN TANT QUE DROIT PROVINCIAL SYRIEN.

Pour d'autres auteurs, le coutumier représente un ensemble unitaire de droit provincial oriental, syro-démotique indépendant, un *Syrisches Landrecht* (14).

12) "Die Aufnahme des syrisch-römischen Rechtsbuches in den Kreis der Nestorianischen Rechtsquellen", *Festschr. für E. SEIDL*, Cologne 1975, p. 162.

13) Sur ce point voir J.B. CHABOT, "Synodicon Orientale ou Recueil des synodes nestoriens", *Notices et extraits des manuscrits de la Biblioth. Nation.* t. 37, Paris 1902, et J. PARTSCH, "Neue Rechtsquellen der nestorianischen Kirche", *ZSS roman. Abt.* 30, 1907, p. 375.

14) L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig 1891, p. 346; "Über drei neue Handschriften...", p. 30; R. TAUBENSCHLAG, *op. cit.* p. 291-292, 308; C. VISMARA, "La donazione nuziale nel diritto ebraico e nelle fonti cristiane in relazione al diritto romano postclassico", *Cristianesimo e diritto romano*, Milano 1935, p. 389; D. MÜLLER, "Das syrisch-römische Rechtsbuch und Hammurabi", *Die Welt des Orients. Wissenschaftliche Beiträge zur Kunde des Morgenlandes* 19, Göttingen 1906, p. 193; V. APTOWITZER, "Die syrischen Rechtsbücher und das mosaisch-talmudische Recht", *Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaften in Wien, Philos.-Hist. Klasse*, n° 163, vol. 5, Vienne 1909, p. 2; P. KOSCHAKER, *Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis*, Leipzig 1917, p. 56;

DATATION DES DIFFÉRENTES VERSIONS DU COUTUMIER.

La version syriaque est datée de la fin du 5^e siècle, de l'époque des poussées des Sassanides contre la Syrie byzantine, par une majorité d'auteurs, à cause de l'année 468 ap. J.-C. de la loi R2. 158, en raison d'haplogies, d'anaptyxes, de lettres capitulaires, de déclinaisons de pronoms personnels typiques de l'époque, et finalement en raison de la présence d'extraits de la législation de Léon 1^{er} (457-474) à l'exclusion de celle de Zénon (474-491) (15).

St. BRASSLOFF, *Zur Kenntnis des Volksrechts in den romanisierten Ostprovinzen des römischen Kaiserreiches*, Weimar 1907, p. 70.

15) W. SELB, *Zur Bedeutung des syrisch-römischen Rechtsbuches*, p. 257; R. YARON, "Syro-Romana", p. 163; E. SEIDL, "Syrisch-römisches Rechtsbuch", p. 1781, 1784; L. MITTEIS, "Über drei neue Handschriften des syrisch-römischen Rechtsbuches", p. 30; W. BAARS et P. DE BOER, "Ein neugefundenes Fragment des syrisch-römischen Rechtsbuches", *Symbolae Iuridicae et Historicae Martino David dedicatae*, 1, Leyde 1968, p. 45 n. 3; K.G. BRUNS et E. SACHAU, *Syrisch-römisches Rechtsbuch aus dem fünften Jahrhundert*, p. 155; A. VÖÖBUS, "Die Entdeckung neuer wichtiger Quellen für das Syrisch-römische Rechtsbuch", *ZSS roman. Abt.* 89, 1972, p. 349; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, 2, p. 49; F. WIEACKER et A. DIETRICH, compte rendu de l'ouvrage de W. SELB, *Zur Bedeutung...*, *ZSS roman. Abt.* 83, 1966, p. 504, 506, 508, 511-513; W. WRIGHT, *Catalogue of the syriac manuscripts in the British Museum* t. 1, Londres 1870, p. 176; F.C. BURKITT, "The early syriac lectionary system", *Proceedings of the British Academy* 10, Londres 1921, p. 301; J.P.N. LAND, *Anecdota syriaca*, t. 1, Lugdunum Batavorum (Leyde) 1862, p. 185 et t. 2, Leyde 1868, p. 24; B. DUCATI, "Data ed origine del Libro siriano", *Rivista Storica dell'Antichità* 10, Bologne 1906, p. 461; et "Notizia di nuovi manoscritti e studi sul libro siriano-romano delle Leggi di Costantino, Teodosio e Leone", *BIDR* 17, Milan 1905, p. 191.

Quelques rares auteurs font remonter ces versions mandéennes au 8^e siècle, à la charnière des empires omeyyade et abbâsside (16).

Quant à la version arabo-sabéene, ibadienne, c'est elle qui date de ce 8^e siècle selon une doctrine majoritaire représentée par A. DIETRICH (17), K. BRUNS (18), et V. CHAUVIN (19), à laquelle ne souscrivent ni L. MITTEIS (20) qui pense qu'elle serait du 12^e siècle, ni W. SELB (21) qui la fait remonter au moins au 10^e siècle, ni C.A. NALLINO (22) qui pense au 11^e siècle.

Tous les auteurs s'accordent cependant à reconnaître que le manuscrit arabe est, tout comme le syriaque L. quoique plus tardif, le commentaire direct ou par traduction syriaque interposée d'un recueil grec des constitutions remontant au 5^e siècle.

16) C.A. NALLINO, *Raccolta di scritti editi e inediti* t. 4, p. 548-550 ; "Sul libro siro-romano e sul presunto diritto siriano", *Studi in onore di Pietro Bonfante*, Milano 1930, p. 232-244 ; approuvé par E. LEVY, compte rendu de C.A. NALLINO, *Sul libro siro-romano...*, *ZSS roman Abt.* 51, 1931, p. 549, 550 n. 1 ; et par G. CHALON-SECRETAN, *Les arrhes de la vente sous Justinien*, Paris 1954, p. 33.

17) *Op. cit.* p. 513.

18) *Op. cit.* p. 165, 172.

19) "La constitution du Code Théodosien sur les Agri Deserti et le droit arabe", *Mémoires et publications de la Société des sciences, des arts et des lettres du Hainaut*, Mons 1900, p. 277.

20) *Reichsrecht und Volksrecht*, p. 544.

21) "Das Problem rechtlicher Bindung...", p. 58, p. 60 n. 99.

22) "Sul libro siro-romano e sul presunto diritto siriano", *Raccolta di scritti editi et inediti* 4, Rome 1942, p. 565 ; et "Apokeryxis e diseredazione nel Libro siro-romano di diritto", *op. cit.* p. 390.

Quelques rares auteurs font remonter ces versions mandéennes au 8^e siècle, à la charnière des empires omeyyade et abbâsside (16).

Quant à la version arabo-sabéene, ibadienne, c'est elle qui date de ce 8^e siècle selon une doctrine majoritaire représentée par A. DIETRICH (17), K. BRUNS (18), et V. CHAUVIN (19), à laquelle ne souscrivent ni L. MITTEIS (20) qui pense qu'elle serait du 12^e siècle, ni W. SELB (21) qui la fait remonter au moins au 10^e siècle, ni C.A. NALLINO (22) qui pense au 11^e siècle.

Tous les auteurs s'accordent cependant à reconnaître que le manuscrit arabe est, tout comme le syriaque L. quoique plus tardif, le commentaire direct ou par traduction syriaque interposée d'un recueil grec des constitutions remontant au 5^e siècle.

16) C.A. NALLINO, *Raccolta di scritti editi e inediti* t. 4, p. 548-550 ; "Sul libro siro-romano e sul presunto diritto siriano", *Studi in onore di Pietro Bonfante*, Milano 1930, p. 232-244 ; approuvé par E. LEVY, compte rendu de C.A. NALLINO, *Sul libro siro-romano...*, *ZSS roman Abt.* 51, 1931, p. 549, 550 n. 1 ; et par G. CHALON-SECRETAN, *Les arrhes de la vente sous Justinien*, Paris 1954, p. 33.

17) *Op. cit.* p. 513.

18) *Op. cit.* p. 165, 172.

19) "La constitution du Code Théodosien sur les Agri Deserti et le droit arabe", *Mémoires et publications de la Société des sciences, des arts et des lettres du Hainaut*, Mons 1900, p. 277.

20) *Reichsrecht und Volksrecht*, p. 544.

21) "Das Problem rechtlicher Bindung...", p. 58, p. 60 n. 99.

22) "Sul libro siro-romano e sul presunto diritto siriano", *Raccolta di scritti editi et inediti* 4, Rome 1942, p. 565 ; et "Apokeryxis e diseredazione nel Libro siro-romano di diritto", *op. cit.* p. 390.

C.A. NALLINO (23) soutient que c'est dans une version araméenne du manuscrit R.2 que la version arabe aurait puisé indirectement à la source grecque.

PROPOS DE LA PRÉSENTE ÉTUDE

Abandonnant cette version réductrice nous étudierons la spécificité du droit arabe "provincial" des arrhes par rapport aux droits romain, syriaque et hellénistique.

Nous verrons que si les versions syriaques reflètent le droit impérial vulgaire (24) des arrhes dans la vente, la version sabéenne au contenu totalement différent représente un *ius salvo iure gentis* autorisé à interpréter selon ses propres coutumes nabatéennes les constitutions byzantines pré-justiniennes communes à l'Orient.

Afin de nous persuader de l'originalité de l'institution des arrhes en droit syro-romain arabe, nous devons rappeler quelle fut leur nature en droit romain, syriaque puis grec.

23) "Sul Libro siro-romano..", *Raccolta di scritti...*, p. 532.

24) Au sens de F. WIEACKER, *Vulgarismus u. Klassizismus im Recht der ausgehenden Antike*, Heidelberg 1955, p. 27-49.

TITRE PREMIER.**NATURE JURIDIQUE DES ARRHES EN DROIT
ROMAIN, ARAMÉEN ET GREC.****CHAPITRE 1: RAPPEL DES DIFFÉRENTES CATÉGORIES
D'ARRHES EN DROIT ROMAIN.**

Selon les périodes historiques envisagées, puis sous Justinien selon les stipulations du pacte lui-même, les arrhes eurent plusieurs fonctions en droit romain, tout en conservant leur nature de contrat accessoire nommé, non réel, non translatif de propriété.

Section 1: Les arrhes preuve du contrat ou clause pénale de résiliation.

Le droit romain (25), imité ensuite par le droit burgonde (26), définit impérativement le pacte d'arrhes comme probatoire d'un contrat de vente déjà conclu, *argumentum emptionis et venditionis contractae* selon l'expression des Institutes de Justinien. Ce rôle déclaratoire des arrhes concerne avant tout,

25) Gaius, 3, 139 et Inst. 3, 23 pr. ; D. 18, 1, 35 pr. ; D. 19,1,11, 6 ; D. 14, 3, 5, 15.

26) *Lex romana Burgundorum*, 35, 6.

TITRE PREMIER.

NATURE JURIDIQUE DES ARRHES EN DROIT
ROMAIN, ARAMÉEN ET GREC.CHAPITRE I: RAPPEL DES DIFFÉRENTES CATÉGORIES
D'ARRHES EN DROIT ROMAIN.

Selon les périodes historiques envisagées, puis sous Justinien selon les stipulations du pacte lui-même, les arrhes eurent plusieurs fonctions en droit romain, tout en conservant leur nature de contrat accessoire nommé, non réel, non translatif de propriété.

Section 1: Les arrhes preuve du contrat ou clause
pénale de résiliation.

Le droit romain (25), imité ensuite par le droit burgonde (26), définit impérativement le pacte d'arrhes comme probatoire d'un contrat de vente déjà conclu, *argumentum emptionis et venditionis contractae* selon l'expression des Institutes de Justinien. Ce rôle déclaratoire des arrhes concerne avant tout,

25) Gaius, 3, 139 et Inst. 3, 23 pr. ; D. 18, 1, 35 pr. ; D. 19,1,11, 6 ; D. 14, 3, 5, 15.

26) *Lex romana Burgundorum*, 35, 6.

comme le souligne Gaius (27), la conclusion du contrat, ses conditions de formation.

G. CORNIL (28) et V. ARANGIO-RUIZ (29) en déduisent que quant aux effets de la vente obligatoire, quant à ses conditions d'exécution, les arrhes pourraient aussi y jouer un rôle de clause pénale, donnant au seul *tradens* le choix entre profiter de la peine stipulée, ou forcer à l'exécution de la vente. Ces auteurs se basent sur certaines sources romaines traitant de la *lex commissoria* (30), pour attribuer ce rôle de clause pénale (à ne pas confondre avec *arra poenalis*) aux arrhes elles-mêmes et non à la clause résolutoire pour non paiement du prix.

F. WIEACKER (31), entre autres, estime que les sources invoquées par ces auteurs sont interpolées et reflètent le droit grec de la vente au comptant. Quand les arrhes sont impérativement probatoires l'acheteur ne peut que demander l'exécution de la vente et serait débouté d'une demande au double de leur montant. Les parties en effet n'ont pas pu stipuler lors de la conclusion de leur contrat ce type d'arrangement pénal non prévu par la loi, et

27) *Institutiones* 3, 139.

28) "Die Arrha im justinianischen Recht", *ZSS roman Abt.* 48, 1928, p. 54, 66, 79 ; et "Debitum et obligatio", *Mélanges de droit romain dédiés à P.F. Girard* 1, Paris 1912, rééd. Aalen 1979, p. 425.

29) *Compravendita in diritto romano*, 2^e éd. Naples 1954, 1, p. 91 n. 1.

30) Interprétation *a contrario* de D. 18, 3, 6 pr. et CJ. 4, 54, 1 de 216 ap. J.-C. ; interprétation *a pari* de D. 18, 3, 8.

31) *Lex commissoria, Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht*, Berlin 1932, p. 87, 106.

contredisant la fonction probatoire du pacte d'arrhes. Il y aurait illégalité et absurdité, c'est-à-dire nullité du pacte adjoind.

Section 2: Les arrhes confirmation ou gage garantissant la vente.

La dation d'arrhes garantit aussi l'exécution de la vente et en renforce l'effet translatif quand elle accompagne la tradition, car, même si le prix n'est pas payé, elles constituent alors un acte assimilé à une *iusta causa* (32). Cette fonction des arrhes est proche de celle de gage soutenue par F. SENN (33), à l'imitation de H. DONEAU (34), et de J. DOMAT (35). Ce rôle pignoratif, aussi attesté dans la *Lex. Baiuv.* (36), que ces auteurs ne citent pas, fait des arrhes une garantie confirmatoire (*arrha confirmatoria, constitutoria*, Sicherungs-, Bestärkungsmittel der

32) D. 18, 1, 19 ; D. 14, 4, 5, 18 ; Gaius, 3, 139 ; Inst. 2, 1, 41.

33) "La dation des arrhes, histoire d'une sûreté réelle", *NRHDFE* 37, 1913, p. 575.

34) H. DONELLUS, *Opera omnia, Commentarius in Corpus Juris Civilis et Commentarius in Codicem cum notis Osualdi Hilligiei* (12 vol.), rééd. Lucques 1768, Rome 1827, Florence 1840, 7, *comment. in Cod., ad tit. 21, lib. 4, C. de fide instrum.*, p.1307-1316, qualifie déjà les arrhes de *cautio*.

35) *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris 1745, liv. 1, tit. 2, sec. 6, p. 41 : "Les arrhes sont comme un gage que l'acheteur donne au vendeur en argent ou en autre chose, soit pour marquer plus sûrement que la vente est faite ; ou pour tenir lieu de paiement de partie du prix".

36) 17, 3 : *Propter arras, qui donat quasi pro pignore qualemcumque rem, usque dum solvat debitum et pignus recipiat.*

contredisant la fonction probatoire du pacte d'arrhes. Il y aurait illégalité et absurdité, c'est-à-dire nullité du pacte adjoint.

Section 2: Les arrhes confirmation ou gage garantissant la vente.

La dation d'arrhes garantit aussi l'exécution de la vente et en renforce l'effet translatif quand elle accompagne la tradition, car, même si le prix n'est pas payé, elles constituent alors un acte assimilé à une *iusta causa* (32). Cette fonction des arrhes est proche de celle de gage soutenue par F. SENN (33), à l'imitation de H. DONEAU (34), et de J. DOMAT (35). Ce rôle pignoratif, aussi attesté dans la *Lex Baiuv.* (36), que ces auteurs ne citent pas, fait des arrhes une garantie confirmatoire (*arrha confirmatoria, constitutoria*, Sicherungs-, Bestärkungsmittel der

32) D. 18, 1, 19 ; D. 14, 4, 5, 18 ; Gaius, 3, 139 ; Inst. 2, 1, 41.

33) "La dation des arrhes, histoire d'une sûreté réelle", *NRHDFE* 37, 1913, p. 575.

34) H. DONELLUS, *Opera omnia, Commentarius in Corpus Juris Civilis et Commentarius in Codicem cum notis Osualdi Hilligiei* (12 vol.), rééd. Lucques 1768, Rome 1827, Florence 1840, 7, *comment. in Cod., ad tit. 21, lib. 4, C. de fide instrum.*, p.1307-1316, qualifie déjà les arrhes de *cautio*.

35) *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris 1745, liv. 1, tit. 2, sec. 6, p. 41 : "Les arrhes sont comme un gage que l'acheteur donne au vendeur en argent ou en autre chose, soit pour marquer plus sûrement que la vente est faite ; ou pour tenir lieu de paiement de partie du prix".

36) 17, 3 : *Propter arras, qui donat quasi pro pignore qualemcumque rem, usque dum solvat debitum et pignus recipiat.*

Obligation) de l'obligation principale, ce qui les rapproche de l'acompte quoiqu'il faille distinguer les deux concepts (37).

Section 3: Les arrhes pénitentielles.

I. EN DROIT CLASSIQUE ET POSTCLASSIQUE.

§ 1. Les arrhes en tant que pacte adjoint à une "lex commissoria".

En principe les arrhes romaines en droit classique n'ont qu'une fonction probatoire ou confirmatoire. Ce n'est que quand la dation d'arrhes sanctionne un pacte résolutoire adjoint de *lex commissoria* (38), qu'elle acquiert un rôle pénitentiel (*arra poenitentialis*, Reue-, Rücktrittsrecht). G. CHALON-SECRETAN (39) parle abusivement de fonction pénale des arrhes en droit classique, cette peine convenue permettant de sortir d'un contrat obligatoire. En vérité cette fonction de dédit relève non des arrhes, mais du pacte adjoint de *lex commissoria*. Il convient donc de parler non de rôle pénal, mais pénitentiel puisque le

37) P.G. THOLOSANUS, *Syntagma juris universi*, Colonia Allobrogum, 1623, liv. 8, ch. 7, p. 236 : *Arrhabo, pecunia quae in emtionibus primo dependitur, ad fidem faciendam, his que emta sunt persoluendis, in quo differt a pignore, nam pignus, pro mutua pecunia data et debito facto opponitur, ut tandiu sit apud creditorem, quamdiu pecunia apud debitorem, ut arrhabo futurae emtionis quasi testimonium.* J. PARTSCH, dans son compte rendu de D. Pappulias, *Arrha*, Regensburg 1911, paru dans *Göttingische Gelehrte Anzeigen*, Göttingen 1911, p. 716 et *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, p. 272 soutient au contraire que le concept d'arrhes confirmatoires et de gage sont identiques.

38) D. 18, 3, 6 ; 8 ; C. 4, 54, 1 de 216 ap. J.-C.

39) *Les arrhes de la vente sous Justinien*, Paris 1954, p. 9. A la p. 14 l'auteur ne fait plus la confusion.

contrat est parfait. En outre, même si la nullité de la vente est rétroactive en vertu de la *lex commissoria*, la perte des arrhes est due à la non exécution du contrat de vente qui était parfait au moment de sa conclusion, et non pas à un supposé effet pénitentiel du pacte d'arrhes lui-même. On ne peut donc pas parler de pénalité.

§ 2. *Interprétation de F. SENN.*

F. SENN (40) croit que, dès l'époque classique, les arrhes eurent une fonction pénitentielle provenant non de la *lex commissoria* éventuellement jointe au *pactum arrhale* (41), mais du contrat d'arrhes qui aurait cet effet même sans elle. Notons que cet effet pénitentiel se retrouve à la *lex Wisigoth.* 3, 1, 3, "*De non revocandis datis arrhis*", mais l'auteur ne la cite pas comme argument de continuité de l'institution. Le *pactum arrhale* (et non pas la *l. c.*) aurait ensuite été présumé tacitement dans toute vente sous Justinien (42).

40) *Op. cit.* p. 606.

41) L'expression *pactum arrhale* se retrouve au CJ. 4, 49, 3. Le CJ. 4, 21, 17 parle de *contractus dationis arrharum* et les termes imités du grec *contractus arrabonicus* sont employés par J. CUJAS, *Opera quae de jure fecit et edi voluit* (4 tom. en 1 vol.), éd. P. ALBERT et A. PERNET, Genève 1609, tom. 4, *Observationum et emendationum* (en 28 liv.), lib. 11, cap. 17, p. 263 ; *Opera Omnia in decem tomos distributa*, éd. C.A. FABROT, Paris 1658, tom. 3, *Operum priorum quae de jure fecit sive Observationum libri* 28, liv. 11, cap. 17, p. 334 ; tom. 4, *Operum postumorum quae de jure reliquit, recitationes solemnes, ad D. 18, 1, 35*, p. 744 ; tom. 5, *Operum postumorum quae de jure reliquit, sive Codex Justinianus id est ad Codicem Justinianum recitationes solemnes, ad CJ 4, 21, 17*, p. 298.

42) P. SENN, *op. cit.* p. 578 et 618.

contrat est parfait. En outre, même si la nullité de la vente est rétroactive en vertu de la *lex commissoria*, la perte des arrhes est due à la non exécution du contrat de vente qui était parfait au moment de sa conclusion, et non pas à un supposé effet pénitentiel du pacte d'arrhes lui-même. On ne peut donc pas parler de pénalité.

§ 2. *Interprétation de F. SENN.*

F. SENN (40) croit que, dès l'époque classique, les arrhes eurent une fonction pénitentielle provenant non de la *lex commissoria* éventuellement jointe au *pactum arrhale* (41), mais du contrat d'arrhes qui aurait cet effet même sans elle. Notons que cet effet pénitentiel se retrouve à la *lex Wisigoth.* 3, 1, 3, "*De non revocandis datis arrhis*", mais l'auteur ne la cite pas comme argument de continuité de l'institution. Le *pactum arrhale* (et non pas la *l. c.*) aurait ensuite été présumé tacitement dans toute vente sous Justinien (42).

40) *Op. cit.* p. 606.

41) L'expression *pactum arrhale* se retrouve au CJ. 4, 49, 3. Le CJ. 4, 21, 17 parle de *contractus dationis arrharum* et les termes imités du grec *contractus arrabonicus* sont employés par J. CUJAS, *Opera quae de jure fecit et edi voluit* (4 tom. en 1 vol.), éd. P. ALBERT et A. PERNET, Genève 1609, tom. 4, *Observationum et emendationum* (en 28 liv.), lib. 11, cap. 17, p. 263 ; *Opera Omnia in decem tomos distributa*, éd. C.A. FABROT, Paris 1658, tom. 3, *Operum priorum quae de jure fecit sive Observationum libri* 28, liv. 11, cap. 17, p. 334 ; tom. 4, *Operum postumorum quae de jure reliquit, recitationes solemnes, ad D. 18, 1, 35*, p. 744 ; tom. 5, *Operum postumorum quae de jure reliquit, sive Codex Justinianus id est ad Codicem Justinianum recitationes solemnes, ad CJ 4, 21, 17*, p. 298.

42) P. SENN, *op. cit.* p. 578 et 618.

II. LES ARRHES PÉNITENTIELLES BYZANTINES.

En droit byzantin, selon les stipulations du pacte d'arrhes, celles-ci peuvent conserver leur rôle probatoire classique, ou acquérir une nouvelle fonction pénitentielle (43). Cette faculté de dédit discrétionnaire moyennant dommages-intérêts fixés forfaitairement suppose que le contrat de vente soit parfait, et assorti par le pacte adjoint d'arrhes d'une condition résolutoire potestative ouverte aux deux parties. Ce rôle pénitentiel ne joue pas pour les contrats *in scriptis* en attendant l'écrit, car imparfaits, et n'est pas reconnu sans conteste pour les contrats *sine scriptis*. Nous ne rentrerons pas dans la polémique sur la contradiction apparente entre les deux textes latins, Inst. 3, 23 pr. et CJ. 4, 21, 17.

Pour DONEAU (44); K.V.SAVIGNY (45); E. CARUSI (46); M.MASSEI (47); P.COLLINET (48); V.ARANGIO-RUIZ (49), les

43) Inst. 3, 23 pr. ; CJ. 4, 21, 17 (528 ap. J.-C.) ; Par. Théoph. 3, 23 pr. ; Bas. 22, 1, 76 (*Scol. Theod.* = HEIMBACH 2, p. 502) ; 19, 1, 11, 6 ; 33 ; *Ecloga Privata aucta*, 9, 5 ; *Prochiron*, 14, 1 (reproduit dans *Epanagoge* 23, 2 ; *Harmenopulos* 3, 3 ; *Prochiron auctum* 15, 1 ; et *Epanagoge aucta* 21, 1) ; *Prochiron* 2, 1 (qui a valeur générale et ne traite pas seulement de l'*arrha sponsalicia*).

44) *Opera omnia, Commentaria ad Cod. tit. 21 lib. 4 Cons. 17, de fide instrum.*, rééd. Florence 1846, c. 1307 s. n. 16-21.

45) *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts*, Berlin 1851-53, rééd. Aalen 1986, par. 77, 1 ; par. 79 et *Droit des obligations*, trad. GÉRARDIN, 2, Paris p. 437.

46) "Sull'arra della vendita in diritto giustiniano", *Studi in onore di Pietro Bonfante* 4, Milan 1930, p. 549.

47) "L'arra nella compravendita", *BIDR* 48, 1941, p. 376.

48) *Études historiques sur le droit de Justinien 1*, Paris 1912, p. 91.

arrhes ont une fonction pénale dans la vente *in scriptis* avant la rédaction de l'instrument, et pénitentielle (voire confirmatoire en même temps ce qui n'est pas contradictoire pour ces deux derniers auteurs) dans la vente *sine scriptis* avant l'exécution du contrat de vente parfait.

Selon G. BOISSONADE⁽⁵⁰⁾, les arrhes byzantines n'ont pas de fonction pénitentielle, mais une fonction pénale dans les contrats *in scriptis* avant la rédaction de l'écrit, et une fonction probatoire de la perfection du contrat dans les contrats sans écrits. D'une part l'auteur pense à une erreur de transcription du rédacteur des Institutes relativement à la vente sans écrit (*celebrata* au lieu de *celebranda*), le dédit ne pouvant être admis que pour une vente non parfaite, une vente en devenir, ou pour une promesse de vente. D'autre part il interprète la formule *sive in scriptis sive sine scriptis* de CJ. 4, 21, 17 comme relative non pas au contrat de vente, mais au contrat de dation d'arrhes.

D'après un autre courant fortement représenté⁽⁵¹⁾, les arrhes justiniennes sont toujours pénales (*arra poenalis, contractu*

49) *La compravendita in diritto romano* 1, Naples 1952-1954, p. 104.

50) "De l'effet des arrhes dans la vente sous Justinien", *RHDFE*, Paris, mars 1866, p. 3.

51) R.J. POTHIER, *Pandectae Justinianae in novum ordinem Digestae*, éd. FOURNIER (3 tom.), Paris 1818, 2, ad lib. 18 tit. 1 art. 2, de *arrhis*, p. 157 ; et *Traité du contrat de vente*, Orléans 1762, rééd. Paris 1844, tom. 1, 6^e part., ch. 1, n. 508 ; VINNIUS, *Divi Justiniani sacratissimi principis Institutionum sive elementorum juris libri quatuor* 2, rééd. Paris 1808, p. 127, in lib. 3, 23 pr. et *Partitiones juris* 2, 24 ; *In quatuor libros Institutionum imperialium, Commentarius academicus*, Herbornae 1699, lib. 3, p. 180-181 ; J. VOET, *Commentarius ad Pandectas*, éd. DE Tournes (2

arrhes ont une fonction pénale dans la vente *in scriptis* avant la rédaction de l'instrument, et pénitentielle (voire confirmatoire en même temps ce qui n'est pas contradictoire pour ces deux derniers auteurs) dans la vente *sine scriptis* avant l'exécution du contrat de vente parfait.

Selon G. BOISSONADE (50), les arrhes byzantines n'ont pas de fonction pénitentielle, mais une fonction pénale dans les contrats *in scriptis* avant la rédaction de l'écrit, et une fonction probatoire de la perfection du contrat dans les contrats sans écrits. D'une part l'auteur pense à une erreur de transcription du rédacteur des Institutes relativement à la vente sans écrit (*celebrata* au lieu de *celebranda*), le dédit ne pouvant être admis que pour une vente non parfaite, une vente en devenir, ou pour une promesse de vente. D'autre part il interprète la formule *sive in scriptis sive sine scriptis* de CJ. 4, 21, 17 comme relative non pas au contrat de vente, mais au contrat de dation d'arrhes.

D'après un autre courant fortement représenté (51), les arrhes justiniennes sont toujours pénales (*arra poenalis, contractu*

49) *La compravendita in diritto romano* 1, Naples 1952-1954, p. 104.

50) "De l'effet des arrhes dans la vente sous Justinien", *RHDFE*, Paris, mars 1866, p. 3.

51) R.J. POTHIER, *Pandectae Justinianae in novum ordinem Digestae*, éd. FOURNIER (3 tom.), Paris 1818, 2, ad lib. 18 tit. 1 art. 2, de *arrhis*, p. 157 ; et *Traité du contrat de vente*, Orléans 1762, rééd. Paris 1844, tom. 1, 6^e part., ch. 1, n. 508 ; VINNIUS, *Divi Justiniani sacratissimi principis Institutionum sive elementorum juris libri quatuor* 2, rééd. Paris 1808, p. 127, in lib. 3, 23 pr. et *Partitiones juris* 2, 24 ; *In quatuor libros Institutionum imperialium, Commentarius academicus*, Herbornae 1699, lib. 3, p. 180-181 ; J. VOET, *Commentarius ad Pandectas*, éd. DE TOURNES (2

imperfecto data, pacto imperfecto adiecta), les contrats *sine scriptis* mentionnés n'étant pas des ventes parfaites, mais des promesses de ventes futures, des *faciendae emptiones* (52) voire des avant-contrats (Klagloser Vorvertrag) à l'image du droit provincial grec selon certains.

Pour F. SENN (53), les arrhes ont une fonction vraiment pénitentielle sous Justinien, elles permettent de dissoudre un contrat parfait, *sine* ou même *cum scriptura* car ce dernier contrat a été rendu lui aussi parfait par la remise des arrhes. Les arrhes

vol.), Colonia Allobrogum 1769, lib. 18, 1, 25, p. 622 ; A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht* 2, Erlangen 1884, rééd. Aalen 1965, p. 422 ; CALOGIROU, *Die Arrha im Vermögensrecht in Berücksichtigung der Ostraka und Papyri*, Leipzig 1911, p. 161 ; J. PARTSCH ne partageant pas les idées de D. PAPPULIAS dont il fait le compte rendu de l'ouvrage *Arrha*, Regensburg 1911, dans *Götting. Gelehrte Anzeigen* 1911, p. 721 et *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, p. 278 ; F. PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale*, Weimar 1950, p. 344 ; F. WIEACKER, *Lex commissoria, Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht*, Berlin 1932, p. 107 ; M. TALAMANCA, *L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*, Milan 1953, p. 81 ; E. LEVY, "Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs", *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel*, Leipzig 1931, p. 108 ; BERGOLD, *Geschichte und Wesen des Arrabons*, Erlangen 1933, p. 83 ; G. CHALON-SECRETAN, *Les arrhes de la vente sous Justinien*, Paris 1954, p. 58.

52) R.J. POTHIER, *Pandectae...*, p. 157 : *Jure Justiniano, etiam alium ob finem Arrhae dantur ; scilicet nondum perfecto contractu, ut qui eas dedit, et qui eas accepit, teneatur contractum perficere : ita ut si, qui dedit recuset, amittat Arrhas, si contra recuset is qui accepit, reddat duplicato* ; J. VOET, *Comment.*, p. 622 : *Quandoque tamen etiam in indicium emtionis inchoatae, ac ulterius in scriptis aut aliter secundum partium voluntatem perficiendae. Posteriore casu recedi ab emtione inchoata potest sub dispendio arrharum, quas quis dederit, vel restitutione duplicatarum, si acceperit.*

53) "La dation des arrhes, histoire d'une sûreté réelle", *NRHDFE* 37, 1913, p. 579, 621.

auraient donc à cette époque un effet confirmatoire, réel, en même temps que pénitentiel, ce qui était déjà la thèse de P.G. THOLOSANUS (54).

D'autres auteurs (55), définissent aussi l'*arrha* justinienne comme *poenitentialis*, droit de repentir accompagnant une *emptio perfecta, in scriptis* après rédaction de l'instrument, et *sine scriptis* après accord des volontés. Pour ces auteurs, la dation d'arrhes, le *pactum arrhale* fait présumer une *lex commissoria* désormais tacite, avec renonciation anticipée des parties à poursuivre le résiliant en exécution de la vente ou en dédommagement au-delà de la pénitence des arrhes (56).

54) *Syntagma juris universi*, Colonia Allobrogum, 1623, liv. 25, ch. 17, p. 174 : *Et ex placito datur extra substantiam contractus arrha, quae addit probationem futurae emtionis, vel contractae, et convenisse de pretio. Verum hoc efficit arrhae datio, ut liceat poenitere post factam emtionem, antequam pretium et res tradantur : cum poena tamen, ut si emtor poeniteat arrhas datas perdat, si venditor, duplicet easdem emtori.*

55) J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, rééd. Paris 1745, livre 1, titre 2, "du contrat de vente", section 6, des conditions et autres pactes, n° 5, p. 41 ; R.Th. TROPLONG, *Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code* (27 vol.), Paris 1837, 1, p. 169 ; J. ORTOLAN, *Explication historique des Institutes* 2, Paris 1857, p. 243 ; K.G. BRUNS, *Syrisch-römisches Rechtsbuch aus dem fünften Jahrhundert*, Leipzig 1880, rééd. Aalen 1961, p. 219 ; L. MITTEIS et U. WILCKEN, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, Leipzig et Berlin 1912 (2 tom.), tom. 2, p. 186 n. 4 ; D. PAPPULIAS, *Arrha*, Regensburg 1911, d'après le compte rendu de J. PARTSCH, *Götting. Gelehrte Anzeigen* 1911, p. 713, et *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, p. 262 ; G. CORNIL, "Die Arrha im justinianischen Recht", *ZSS roman. Abt.* 48, 1928, p. 81.

56) P.G. THOLOSANUS, *l. c.* suite : *Nulla tamen alia sit petitio ejus quod interest, quando quis resiliit arrhis datis : nam accipiendo, vel dando arrhis, hoc conventum videtur, ut liceat poenitere tantummodo cum jactura, vel duplicatione arrharum, et si nihil de hoc in arrharum traditione dictum.*

auraient donc à cette époque un effet confirmatoire, réel, en même temps que pénitentiel, ce qui était déjà la thèse de P.G. THOLOSANUS (54).

D'autres auteurs (55), définissent aussi l'*arrha* justinienne comme *poenitentialis*, droit de repentir accompagnant une *emptio perfecta, in scriptis* après rédaction de l'instrument, et *sine scriptis* après accord des volontés. Pour ces auteurs, la dation d'arrhes, le *pactum arrhale* fait présumer une *lex commissoria* désormais tacite, avec renonciation anticipée des parties à poursuivre le résiliant en exécution de la vente ou en dédommagement au-delà de la pénitence des arrhes (56).

54) *Syntagma juris universi*, Colonia Allobrogum, 1623, liv. 25, ch. 17, p. 174 : *Et ex placito datur extra substantiam contractus arrha, quae addit probationem futurae emtionis, vel contractae, et convenisse de pretio. Verum hoc efficit arrhae datio, ut liceat poenitere post factam emtionem, antequam pretium et res tradantur : cum poena tamen, ut si emtor poeniteat arrhas datas perdat, si venditor, duplicet easdem emtori.*

55) J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, rééd. Paris 1745, livre 1, titre 2, "du contrat de vente", section 6, des conditions et autres pactes, n° 5, p. 41 ; R.Th. TROPLONG, *Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code* (27 vol.), Paris 1837, 1, p. 169 ; J. ORTOLAN, *Explication historique des Institutes* 2, Paris 1857, p. 243 ; K.G. BRUNS, *Syrisch-römisches Rechtsbuch aus dem fünften Jahrhundert*, Leipzig 1880, rééd. Aalen 1961, p. 219 ; L. MITTEIS et U. WILCKEN, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyrskunde*, Leipzig et Berlin 1912 (2 tom.), tom. 2, p. 186 n. 4 ; D. PAPPULIAS, *Arrha*, Regensburg 1911, d'après le compte rendu de J. PARTSCH, *Götting. Gelehrte Anzeigen* 1911, p. 713, et *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, p. 262 ; G. CORNIL, "Die Arrha im justinianischen Recht", *ZSS roman. Abt.* 48, 1928, p. 81.

56) P.G. THOLOSANUS, *l. c.* suite : *Nulla tamen alia sit petitio ejus quod interest, quando quis resiliit arrhis datis : nam accipiendo, vel dando arrhis, hoc conventum videtur, ut liceat poenitere tantummodo cum jactura, vel duplicatione arrharum, et si nihil de hoc in arrharum traditione dictum.*

Rompant avec l'opinion doctrinale majoritaire, G. CORNIL (57) soutient que l'acquéreur peut préférer l'exécution forcée de la vente parfaite à la pénalité de dédit des arrhes, reprenant ainsi l'opinion du glossateur bolognais AZO (58). R. MONIER (59) l'approuve à propos des ventes *sine scriptis* seules parfaites, mais considère l'*arrha* dans la vente *in scriptis* en attendant l'écrit comme *poenalis*. L'exécution forcée de la vente en dépit du versement des arrhes, n'est en fait expressément ouverte qu'en droit wisigoth et au seul profit du *tradens* (60).

Sic qui emtionem tueri vult, non potest actione ex emto, quia eligendo sibi prejudicium fecit, et sibi viam praeclusit.

57) *Op. cit.* p. 85.

58) *Summa in Codicem*, Glose du CJ. 4, 21, 17, rapportée par A. CONTIUS et D. GOTHOFREDUS, *Codicis Justiniani praelectio*, liv. 12, Lyon 1604, imp. p. Frellon, ad CJ. 4, 21, 17, p. 798.

59) *Manuel de droit romain* 2, Paris 1954, p. 141.

60) *Cod. Euric.* c. 297 b ; *Lex. Wisig.* 5, 4, 6 ; *Lex Bajuv.* : *pretium cogatur implere, quod placuit emptori.*

CHAPITRE 2: LES ARRHES EN DROIT ARAMÉEN.

Les textes étant des plus ambigus, voire contradictoires, les hypothèses les plus diverses concernant les arrhes syriaques ont été défendues.

SOUS-CHAPITRE 1 : NATURE JURIDIQUE DES ARRHES SYRIAQUES SELON LES DIFFÉRENTS AUTEURS.

Même si les définitions des arrhes syriaques sont des plus variées, allant jusqu'à imaginer une évolution historique dont l'institution conserverait des traces, aucune différence particulière entre le droit araméen et le droit arabe n'est reconnue sur cette question par les auteurs que nous allons étudier.

Section 1: La thèse des arrhes confirmatoires ou pénitentielles.

Selon une très forte majorité d'interprètes, la vente syriaque est parfaite dès la rencontre des consentements ⁽⁶¹⁾, en dépit de l'absence de paiement du prix ou de remise de la chose. Cette plate-forme communément admise ne laisse aux exégètes des

61) Voir L. 38, P. 18, P. 21, R1. 13, R2. 20, R3. 38 in K.G.BRUNS, *Syrisch-römisches Rechtsbuch aus dem fünften Jahrhundert*, Leipzig 1880, rééd. Aalen 1961.

CHAPITRE 2: LES ARRHEs EN DROIT ARAMÉEN.

Les textes étant des plus ambigus, voire contradictoires, les hypothèses les plus diverses concernant les arrhes syriaques ont été défendues.

SOUS-CHAPITRE 1 : NATURE JURIDIQUE DES ARRHEs SYRIAQUES SELON LES DIFFÉRENTS AUTEURS.

Même si les définitions des arrhes syriaques sont des plus variées, allant jusqu'à imaginer une évolution historique dont l'institution conserverait des traces, aucune différence particulière entre le droit araméen et le droit arabe n'est reconnue sur cette question par les auteurs que nous allons étudier.

Section 1: La thèse des arrhes confirmatoires ou pénitentielles.

Selon une très forte majorité d'interprètes, la vente syriaque est parfaite dès la rencontre des consentements⁽⁶¹⁾, en dépit de l'absence de paiement du prix ou de remise de la chose. Cette plate-forme communément admise ne laisse aux exégètes des

61) Voir L. 38, P. 18, P. 21, R1. 13, R2. 20, R3. 38 in K.G. BRUNS, *Syrisch-römisches Rechtsbuch aus dem fünften Jahrhundert*, Leipzig 1880, rééd. Aalen 1961.

manuscrits syriaques que le choix entre une conception confirmatoire ou pénitentielle des arrhes.

I. LES PARTISANS DES ARRHEs A LA FOIS CONFIRMATOIRES ET PÉNITENTIELLES.

§ 1. Thèse du choix des parties entre arrhes confirmatoires et pénitentielles.

Selon E. SCHÖNBAUER⁽⁶²⁾, les arrhes pourraient selon les circonstances de conclusion du contrat, voire selon la stipulation des parties, avoir tantôt une fonction confirmatoire et probatoire, tantôt une fonction pénitentielle. Ainsi, le manuscrit L. 38 présenterait cette fonction déclaratoire⁽⁶³⁾, alors que les L. 51, R1. 22, R2. 32, R2. 99, R3. 51 seraient consacrés au rôle pénitentiel. Le P. 21, et éventuellement le L. 38 reconstruit, consacrerait successivement les deux fonctions, le principe de la perfection de la vente par la rencontre des consentements prouvée par la remise des arrhes, et l'exception du dédit moyennant la perte de celles-ci par l'acheteur, ou leur restitution au double par le vendeur.

62) E. SCHÖNBAUER, *Beiträge zur Geschichte des Liegenschaftsrechts im Altertum*, Leipzig 1924, p. 9.

63) Ce rôle de consécration de la perfection de la vente provient des retranscriptions de L. 38, puis de R2. 20 proposées successivement par E. SACHAU et K.G. BRUNS, *Syrisch-römisches Rechtsbuch...*, p. 203 et 216, puis W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung an den Konsenskauf im syrisch-römischen Rechtsbuch", *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 28, Rome 1962, p. 40, approuvé par R. YARON, "Syro-romana", *Iura* 17, 1966, p. 144.

§ 2. *Le cumul des arrhes probatoires et pénitentielles.*

W. SELB (64) considère que les arrhes syriaques sont à l'image des romaines du droit classique et postclassique, probatoires et affectées d'une *lex commissoria* présumée (65). La vente est parfaite et peut être annulée rétroactivement par la partie désirant résilier celle-ci, moyennant leur perte en ce qui concerne l'acquéreur, et le remboursement du double quant au vendeur. Cette thèse, la plus moderne et la plus documentée car bénéficiant des recherches philologiques et juridiques antérieures, semble la plus crédible.

II. LES PARTISANS DES ARRHES IMPÉRATIVEMENT PÉNITENTIELLES.

E. CARUSI (66) prétend que les parties n'ont pas de liberté de choix entre arrhes confirmatoires et pénitentielles, et ne peuvent pas non plus cumuler celles-ci, les arrhes syriaques étant

64) "Das Problem rechtlicher Bindung an den Konsenskauf im syrisch-römischen Rechtsbuch", *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Rome 1962, p. 49, 57, 61-64 ; R. YARON "Syro-romana", *Iura* 17, 1966, p. 144.

65) D. 18, 3, 6; 8 ; D. 14, 3, 5, 15 ; C.J. 4, 54, 1 de Caracalla en 216 ap. J.-C. et C.J. 4, 45, 2 de Dioclétien en 293 ap. J.-C.

66) "Sull'arrha della vendita in diritto giustiniano", *Stud. Bonfante* 4, 1930, p. 510 ; "Sul frammento L. 38 del libro di diritto siro-romano", *BIDR* 28, Milan 1914-1916, p. 261-328 ; *Diritto e filologia*, Bologne 1925, p. 133. Critique trop sévère de C.A. NALLINO, "A proposito di alcuni studi sui diritti orientali", *Raccolta di scritti editi e inediti*, Rome 1942, p. 123-128 ; "Gli studi di E. Carusi sui diritti orientali", *Rivista degli Studi Orientali* 9, Rome 1921-1923, p. 84-86. Exposé de la thèse de CARUSI par W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung...", p. 34, 48, 61.

§ 2. *Le cumul des arrhes probatoires et pénitentielles.*

W. SELB (64) considère que les arrhes syriaques sont à l'image des romaines du droit classique et postclassique, probatoires et affectées d'une *lex commissoria* présumée (65). La vente est parfaite et peut être annulée rétroactivement par la partie désirant résilier celle-ci, moyennant leur perte en ce qui concerne l'acquéreur, et le remboursement du double quant au vendeur. Cette thèse, la plus moderne et la plus documentée car bénéficiant des recherches philologiques et juridiques antérieures, semble la plus crédible.

II. LES PARTISANS DES ARRHEs IMPÉRATIVEMENT PÉNITENTIELLES.

E. CARUSI (66) prétend que les parties n'ont pas de liberté de choix entre arrhes confirmatoires et pénitentielles, et ne peuvent pas non plus cumuler celles-ci, les arrhes syriaques étant

64) "Das Problem rechtlicher Bindung an den Konsenskauf im syrisch-römischen Rechtsbuch", *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Rome 1962, p. 49, 57, 61-64; R. YARON "Syro-romana", *Iura* 17, 1966, p. 144.

65) D. 18, 3, 6; 8; D. 14, 3, 5, 15; C.J. 4, 54, 1 de Caracalla en 216 ap. J.-C. et C.J. 4, 45, 2 de Dioclétien en 293 ap. J.-C.

66) "Sull'arrha della vendita in diritto giustiniano", *Stud. Bonfante* 4, 1930, p. 510; "Sul frammento L. 38 del libro di diritto siro-romano", *BIDR* 28, Milan 1914-1916, p. 261-328; *Diritto e filologia*, Bologne 1925, p. 133. Critique trop sévère de C.A. NALLINO, "A proposito di alcuni studi sui diritti orientali", *Raccolta di scritti editi e inediti*, Rome 1942, p. 123-128; "Gli studi di E. Carusi sui diritti orientali", *Rivista degli Studi Orientali* 9, Rome 1921-1923, p. 84-86. Exposé de la thèse de CARUSI par W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung...", p. 34, 48, 61.

toujours par essence pénitentielles, à l'image du droit byzantin (67), et de notre art. 1590 C. civ.

Pour le romaniste italien, cet effet pénitentiel n'est pas résolutoire de la vente parfaite, comme la *lex commissoria*, mais suspend la vente pendant le temps de validité de la condition du non usage par une des parties de son droit de dédit. La peine des arrhes aurait donc pour fonction de dissuader le titulaire de l'option de dédit d'en faire usage. De telles arrhes pénitentielles d'une vente sous condition suspensive, très proches des arrhes pénales accompagnant une promesse unilatérale de vente ou d'achat, doivent néanmoins en être distinguées car avec elles le contrat de vente est formé, même s'il n'a pas encore d'effets. Quoique prétende l'auteur, si ces arrhes ne sont pas confirmatoires de la conclusion d'une vente parfaite, elles peuvent néanmoins être aussi considérées comme probatoires de sa suspension. N'accordant foi qu'au L. 38, l'auteur nie que le *ius poenitendi* soit ouvert aux deux parties, ne l'accordant qu'à l'acheteur auteur de la dation d'arrhes moyennant la perte de celles-ci. Il est donc amené à écarter les manuscrits L. 51 et P. 21 qui attribuaient ce droit aussi bien au *tradens* qu'à l'*accipiens*.

67) C.J. 4, 21, 17 de Justinien en 529 ap. J.-C.

III. LES PARTISANS DES ARRHES EXCLUSIVEMENT CONFIRMATOIRES.

Une autre tendance fortement majoritaire interprète les manuscrits syriaques en faveur d'arrhes confirmatoires (68). Ces auteurs considèrent les manuscrits L. 38, L. 51, P. 21 et R2. 20 évoquant un dédit de l'acquéreur comme décrivant une novation du contrat par *mutuus dissensus*, le vendeur acceptant amialement la résolution proposée en conservant les arrhes à titre de dédommagement. Si le vendeur n'accepte pas amialement ce retrait, il peut forcer l'acquéreur à prendre la chose en imputant l'acompte des arrhes sur le reste du prix. L'ambiguïté fondamentale des P. 21 et L. 38 qui pourraient aussi bien présenter une conception pénitentielle des arrhes, résolutoires d'un contrat de vente parfait est expliquée par des interpolations des textes.

68) K.G. BRUNS, *Syrisch-römisches Rechtsbuch aus dem 5ten Jahrhundert*, Leipzig 1880, rééd. Aalen 1961, p. 216-221, exposé de la thèse de BRUNS par W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung...", p. 42-43, 59 ; C.A. NALLINO, "Sul libro siro-romano e sul presunto diritto siriano", *Studi Bonfante* 1, p. 203 et in *Raccolta di scritti editi e inediti* 4, p. 513 ; "A proposito di alcuni studi sui diritti orientali", *Riv. di Stud. Orient.* 9, Rome 1921-1923, p. 84-86 et in *Raccolta di scritti editi e inediti* 4, Rome 1942, p. 126-128 ; "Gli studi di E. Carusi sui diritti orientali", *Riv. di Stud. Orient.* 9, 1921-1923, p. 577 s. ; 10, 1925, p. 89 et 131, thèse présentée par W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung...", p. 33, 52 ; SEGRÈ, "Note sulla compravendita in diritto greco e romano", *Aegyptus* 10, 1929, p. 240 ; G. CORNIL, "Die Arrha im justinianischen Recht", *ZSS roman. Abt.* 48, 1928, p. 74, 80 ; J. GILSON, *L'étude du droit romain comparé aux autres droits de l'antiquité*, Paris-Strasbourg 1899, p. 211-215, 221, thèse exposée par SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung...", p. 46, 61.

III. LES PARTISANS DES ARRHEs EXCLUSIVEMENT CONFIRMATOIRES.

Une autre tendance fortement majoritaire interprète les manuscrits syriaques en faveur d'arrhes confirmatoires⁽⁶⁸⁾. Ces auteurs considèrent les manuscrits L. 38, L. 51, P. 21 et R2. 20 évoquant un dédit de l'acquéreur comme décrivant une novation du contrat par *mutuus dissensus*, le vendeur acceptant amiablement la résolution proposée en conservant les arrhes à titre de dédommagement. Si le vendeur n'accepte pas amiablement ce retrait, il peut forcer l'acquéreur à prendre la chose en imputant l'acompte des arrhes sur le reste du prix. L'ambiguïté fondamentale des P. 21 et L. 38 qui pourraient aussi bien présenter une conception pénitentielle des arrhes, résolutoires d'un contrat de vente parfait est expliquée par des interpolations des textes.

68) K.G. BRUNS, *Syrisch-römisches Rechtsbuch aus dem 5ten Jahrhundert*, Leipzig 1880, rééd. Aalen 1961, p. 216-221, exposé de la thèse de BRUNS par W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung...", p. 42-43, 59; C.A. NALLINO, "Sul libro siro-romano e sul presunto diritto siriano", *Studi Bonfante* 1, p. 203 et in *Raccolta di scritti editi e inediti* 4, p. 513; "A proposito di alcuni studi sui diritti orientali", *Riv. di Stud. Orient.* 9, Rome 1921-1923, p. 84-86 et in *Raccolta di scritti editi e inediti* 4, Rome 1942, p. 126-128; "Gli studi di E. Carusi sui diritti orientali", *Riv. di Stud. Orient.* 9, 1921-1923, p. 577 s.; 10, 1925, p. 89 et 131, thèse présentée par W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung...", p. 33, 52; SEGRÈ, "Note sulla compravendita in diritto greco e romano", *Aegyptus* 10, 1929, p. 240; G. CORNIL, "Die Arrha im justinianischen Recht", *ZSS roman. Abt.* 48, 1928, p. 74, 80; J. GILSON, *L'étude du droit romain comparé aux autres droits de l'antiquité*, Paris-Strasbourg 1899, p. 211-215, 221, thèse exposée par SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung...", p. 46, 61.

Section 2: La thèse des arrhes translatives ou pénales.

Le point commun à cette conception des arrhes, est que la vente syriaque serait un contrat réel dont la perfection exige le versement du prix, la tradition de la chose, voire le versement des arrhes. Certains juristes pensent en effet que les arrhes ont un effet translatif, leur versement rendant la vente parfaite avec transfert de propriété au *tradens*. D'autres estiment que les arrhes sont la clause pénale jointe à une promesse unilatérale de vente, ou à un avant-contrat de réflexion. Dans tous les cas la leçon de la vente contrat non consensuel et des arrhes translatives de propriété, ou pénalité d'un avant-contrat préparatoire à la vente, n'étant pas directement contenue dans les manuscrits syriaques (L. 38, L. 51, P. 18, P. 21, R2. 20, R3. 38), les auteurs prétendant en faire découler de telles institutions sont amenés à interpréter très librement ces sources.

I. LES ARRHEs PUREMENT PÉNALES.

Un fort courant orientaliste⁽⁶⁹⁾ considère que dans les textes syriaques L. 38, et surtout L. 51, P. 21, les arrhes ont une

69) PAPPULIAS, *Geschichtliche Entwicklung der Arrha im Obligationenrecht*, Leipzig 1911, p. 79; J. PARTSCH dont cette première thèse figure dans le compte rendu approuvé de l'ouvrage cité de Pappulias in *Göttingische Gelehrte Anzeigen* 1911, p. 713, rééd. in *Aus nachgelassenen und kleineren Schriften*, Berlin 1931, p. 262, 268, 275; E. SACHAU, *Syrische Rechtsbücher*, tom. 1, Berlin 1907, p. 190, revenant sur sa première transcription de L. 38 proposée en collaboration avec K.G. BRUNS. Sur cette seconde interprétation, voir la critique de W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung an den Konsenskauf im syrisch-römischen Rechtsbuch", *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 28, Rome 1962, p. 31; G. CHALON-SECRETAN, *Les arrhes de la vente sous*

fonction pénale destinée à dissuader de la sortie d'un avant-contrat qui sinon n'aurait aucune force obligatoire, ce qui rapproche la vente syriaque de l'orientale, notamment la grecque.

II. LES ARRHES PUREMENT TRANSLATIVES.

Fr. SCHUPFER (70), interprétant L. 38, P. 18, R2. 20, R3. 38, considère que sans le paiement des arrhes, du prix, ou la remise de la chose, l'accord des parties sur la chose et le prix ne constitue qu'une promesse unilatérale de vente. Celle-ci n'engage que le vendeur et crée à la charge de l'acheteur une "Schuld ohne Haftung", obligation non exécutoire, ne le liant pas encore en l'autorisant seul à se désister. Elle confère en outre au *tradens* un *ius ad rem* qu'il peut concrétiser en droit de propriété s'il lève l'option en payant le prix complet.

Le versement d'arrhes prévu au L. 38 d'après le romaniste italien est la preuve d'une promesse d'achat unilatérale du *tradens*. Elle a pour effet de lier à son tour l'acquéreur par une obligation de faire, celle de payer le prix. Toutefois la vente n'est

Justinien, Paris 1954, p. 34 ; A. ESMEIN, "Un traité de droit syro-romain du 5ème siècle", *Mélanges d'Histoire du Droit et de Critique*, Paris 1886. Voir l'exposé de ces thèses par W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung...", p. 59.

70) "Le contrattazioni nel diritto siriano-romano. Contributo alla dottrina del debito e della responsabilità", *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche* 59, 1917, p. 161-163 ; et *Rendiconti della Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche dell'Accademia dei Lincei*, Rome 1917, vol. 15, fasc. 5; commenté par W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung...", p.49-51.

fonction pénale destinée à dissuader de la sortie d'un avant-contrat qui sinon n'aurait aucune force obligatoire, ce qui rapproche la vente syriaque de l'orientale, notamment la grecque.

II. LES ARRHES PUREMENT TRANSLATIVES.

Fr. SCHUPFER⁽⁷⁰⁾, interprétant L. 38, P. 18, R2. 20, R3. 38, considère que sans le paiement des arrhes, du prix, ou la remise de la chose, l'accord des parties sur la chose et le prix ne constitue qu'une promesse unilatérale de vente. Celle-ci n'engage que le vendeur et crée à la charge de l'acheteur une "Schuld ohne Haftung", obligation non exécutoire, ne le liant pas encore en l'autorisant seul à se désister. Elle confère en outre au *tradens* un *ius ad rem* qu'il peut concrétiser en droit de propriété s'il lève l'option en payant le prix complet.

Le versement d'arrhes prévu au L. 38 d'après le romaniste italien est la preuve d'une promesse d'achat unilatérale du *tradens*. Elle a pour effet de lier à son tour l'acquéreur par une obligation de faire, celle de payer le prix. Toutefois la vente n'est

Justinien, Paris 1954, p. 34 ; A. ESMEIN, "Un traité de droit syro-romain du 5ème siècle", *Mélanges d'Histoire du Droit et de Critique*, Paris 1886. Voir l'exposé de ces thèses par W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung...", p. 59.

70) "Le contrattazioni nel diritto siriano-romano. Contributo alla dottrina del debito e della responsabilità", *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche* 59, 1917, p. 161-163 ; et *Rendiconti della Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche dell'Accademia dei Lincei*, Rome 1917, vol. 15, fasc. 5; commenté par W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung...", p.49-51.

pas parfaite pour autant malgré cet échange de promesses unilatérales, malgré cette obligation de donner prise par le vendeur et acceptée par le *tradens*. Seul le paiement du prix et la remise de la chose auront cet effet réel. C'est dire que si l'acquéreur décide de ne plus acheter, le vendeur dispose d'une créance qui est *in solutione*, celle de parfaire la vente en réclamant le reste du prix. Les arrhes ne sont pas *in facultate solutionis*, retrouvant là un effet pénal, mais une *datio in solutum*, un *aliud pro alio* que le vendeur peut refuser s'il préfère forcer l'acquéreur à acheter. Quand le vendeur désire poursuivre le *tradens* en exécution de la vente, il doit le mettre en demeure moyennant *καταγραφή* selon la procédure décrite dans les textes araméens. Le montant des arrhes s'impute alors sur le prix, sauf préjudice subi par le vendeur du fait du retard à exécution et lui permettant alors de les garder. La nature des arrhes est donc essentiellement translative, et non pénale, sauf *mutuus dissensus* du vendeur acceptant de ne pas poursuivre l'exécution de la vente, ou accord préalable des parties lors de la conclusion du pacte.

Partant de prémisses très semblables, P. DE FRANCISCI⁽⁷¹⁾ estime que la dation d'arrhes a un effet réel rendant le contrat parfait en interdisant tout dédit unilatéral aux parties.

71) "Ancora dei diritti orientali mediterranei", *Archivio Giuridico* 88, éd. Mucchi, Modène, p. 26.

III. THÈSE DE LA COHABITATION DES ARRHES PÉNALES AVEC DES ARRHES CONFIRMATOIRES.

§ 1. *Le choix entre les arrhes pénales et les arrhes confirmatoires.*

J. PARTSCH, revenu sur sa conception des arrhes purement translatives (72), M. MASSEI (73), et L. MITTEIS (74) pensent que deux thèses d'apparence contradictoire cohabitèrent dans le coutumier syro-romain, celle d'influence grecque des arrhes pénales affectant des ventes imparfaites, que l'on retrouve au P. 21, L. 51, éventuellement au deuxième paragraphe du L. 38, et celle des arrhes confirmatoires d'un contrat de vente parfait par la rencontre des consentements, d'origine romaine, présente au L. 38, surtout dans son premier paragraphe. Cette évolution historique de l'institution se détachant de ses sources orientales pour se romaniser aurait pour conséquence d'accorder aux parties le choix de stipuler l'une ou l'autre forme d'arrhes concurremment présentes dans le coutumier.

72) "Mitteilungen aus der Freiburger Papyrussammlung, 2", *Sitzber. Heidelb. Akad. Wiss., Phil.-Hist. Classe*, 10, 1916, p. 18.

73) "L'arra nella compravendita", *Bullettino dell'Istituto di diritto Romano*, 48, Milan 1941, p. 125.

74) *Reichsrecht und Volksrecht*, Leipzig 1891, p. 507 ; "Über drei neue Handschriften des syrisch-römischen Rechtsbuches", *Abh. d. Kgl. Preuss. Akad. d. Wiss.*, Berlin 1905, p. 56. Présentation de la thèse de MITTEIS par W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung...", p. 43, 45 et 59.

III. THÈSE DE LA COHABITATION DES ARRHES PÉNALES AVEC DES ARRHES CONFIRMATOIRES.

§ 1. *Le choix entre les arrhes pénales et les arrhes confirmatoires.*

J. PARTSCH, revenu sur sa conception des arrhes purement translatives (72), M. MASSEI (73), et L. MITTEIS (74) pensent que deux thèses d'apparence contradictoire cohabitèrent dans le coutumier syro-romain, celle d'influence grecque des arrhes pénales affectant des ventes imparfaites, que l'on retrouve au P. 21, L. 51, éventuellement au deuxième paragraphe du L. 38, et celle des arrhes confirmatoires d'un contrat de vente parfait par la rencontre des consentements, d'origine romaine, présente au L. 38, surtout dans son premier paragraphe. Cette évolution historique de l'institution se détachant de ses sources orientales pour se romaniser aurait pour conséquence d'accorder aux parties le choix de stipuler l'une ou l'autre forme d'arrhes concurremment présentes dans le coutumier.

72) "Mitteilungen aus der Freiburger Papyrussammlung, 2", *Sitzber. Heidelb. Akad. Wiss., Phil.-Hist. Classe*, 10, 1916, p. 18.

73) "L'arra nella compravendita", *Bullettino dell'Istituto di diritto Romano*, 48, Milan 1941, p. 125.

74) *Reichsrecht und Volksrecht*, Leipzig 1891, p. 507; "Über drei neue Handschriften des syrisch-römischen Rechtsbuches", *Abh. d. Kgl. Preuss. Akad. d. Wiss.*, Berlin 1905, p. 56. Présentation de la thèse de MITTEIS par W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung...", p. 43, 45 et 59.

§ 2. *Le cumul des arrhes pénales et confirmatoires.*

CALOGIROU (75) rejoint par J. PARTSCH ayant encore changé d'avis attribue un droit de dédit à l'acquéreur seul et non pas aux deux parties (76). Le romaniste allemand, partisan d'une synthèse des arrhes probatoires et pénales, estime que quand le prix n'est pas payé, mais que des arrhes pénales sont versées, un avant-contrat suspensif à terme de la vente prend place, dans lequel le vendeur est lié, mais pas l'acheteur. Le vendeur doit mettre en demeure l'acquéreur de se décider à l'expiration du délai convenu et peut alors proposer sa chose à un tiers en conservant les arrhes du *tradens*. Sans le paiement du prix, la vente ne produit pas d'effet réel. La dation des arrhes produit de son côté une obligation de faire, unilatéralement à la charge de l'*accipiens* des arrhes, conserver la chose durant le temps convenu. J. PARTSCH (77) parle de *ius ad rem* au profit du *tradens*. Les arrhes sont *in facultae solutionis* quand l'acquéreur décide de ne pas donner suite, et *in obligatione* en tant

75) *Die Arrha im Vermögensrecht*, Leipzig 1911, p. 106, 148. Exposé de sa thèse par W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung...", p. 44-45, 59.

76) "Mitteilungen aus der Freiburger Papyrussammlung, 2", *Sitzber. Heidelb. Akad. Wiss., Phil.-Hist. Classe*, 10, 1916, p. 18; "Die griechische Publizität der Grundstücksverträge im Ptolemäerrechte", *Festschrift für Otto Lenel zum 50-jährigen Doctorjubiläum überreicht von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg i. Br.*, Leipzig 1921, rééd. Francfort 1987, p. 127 et 140. Exposé de cette théorie par W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung...", p. 46.

77) "Mitteilungen...", *l. c.*

qu'acompte quand il confirme la vente. *In solutione* les arrhes sont le paiement de l'immobilisation de la chose.

IV. COHABITATION DES ARRHES TRANSLATIVES ET DES ARRHES PÉNALES OU PÉNITENTIELLES.

§ 1. *Le cumul des arrhes constitutives de la vente et pénales.*

B. FRESE (78) et M. TALAMANCA (79) considèrent que les arrhes orientales peuvent à la fois être translatives de propriété, c'est-à-dire rendre la vente parfaite par leur versement, et pénales, c'est-à-dire constituer une pénalité pour celui décidé à sortir du contrat parfait. Il n'y a pas incompatibilité car le retrait du *tradens* suppose l'accord du vendeur préférant se contenter de la peine des arrhes. A l'inverse l'acquéreur pourrait préférer la peine du double des arrhes à l'exécution de la vente.

§ 2. *Cumul des arrhes constitutives et pénitentielles.*

R. TAUBENSCHLAG (80) considère que la vente syriaque ne serait pas parfaite par le seul consentement en l'absence de versement du prix. Les arrhes, distinctes de l'acompte sur le prix

78) "Zur Lehre vom gräko-ägyptischen Kauf", *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 30, Stuttgart-Heidelberg 1913, p. 140 ; *Aus dem gräko-ägyptischen Rechtsleben. Eine papyrologische Studie*, Halle 1909.

79) *L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*, Milan 1953, p. 39, 42 ; "Arrha", in *Novissimo Digesto Italiano*, tom. 1, liv. 2, Turin 1958, p. 1001.

80) "Il diritto provinciale romano nel libro siro-romano", *Opera Minora*, 1, Varsovie 1959, p. 307-308.

qu'acompte quand il confirme la vente. *In solutione* les arrhes sont le paiement de l'immobilisation de la chose.

IV. COHABITATION DES ARRHES TRANSLATIVES ET DES ARRHES PÉNALES OU PÉNITENTIELLES.

§ 1. *Le cumul des arrhes constitutives de la vente et pénales.*

B. FRESE (78) et M. TALAMANCA (79) considèrent que les arrhes orientales peuvent à la fois être translatives de propriété, c'est-à-dire rendre la vente parfaite par leur versement, et pénales, c'est-à-dire constituer une pénalité pour celui décidé à sortir du contrat parfait. Il n'y a pas incompatibilité car le retrait du *tradens* suppose l'accord du vendeur préférant se contenter de la peine des arrhes. A l'inverse l'acquéreur pourrait préférer la peine du double des arrhes à l'exécution de la vente.

§ 2. *Cumul des arrhes constitutives et pénitentielles.*

R. TAUBENSCHLAG (80) considère que la vente syriaque ne serait pas parfaite par le seul consentement en l'absence de versement du prix. Les arrhes, distinctes de l'acompte sur le prix

78) "Zur Lehre vom gräko-ägyptischen Kauf", *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 30, Stuttgart-Heidelberg 1913, p. 140; *Aus dem gräko-ägyptischen Rechtsleben. Eine papyrologische Studie*, Halle 1909.

79) *L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*, Milan 1953, p. 39, 42; "Arrha", in *Novissimo Digesto Italiano*, tom. 1, liv. 2, Turin 1958, p. 1001.

80) "Il diritto provinciale romano nel libro siro-romano", *Opera Minora*, 1, Varsovie 1959, p. 307-308.

ont pour effet de former la vente, mais ce contrat est assez déséquilibré puisque cette vente parfaite a entraîné transfert de propriété sous condition résolutoire au profit de l'acquéreur seul, en liant unilatéralement le vendeur qui ne peut plus vendre à un tiers, alors que l'acquéreur peut se dédire pénitentiellement en les perdant. Le retrait du *tradens* doit être constaté par une ὑπογραφή et lui fait perdre rétroactivement tout droit sur la chose.

§ 3. *Choix entre arrhes translativo-pénitentielles et arrhes pénales.*

F. WIEACKER (81) et W. FELGENTRÄGER (82) reconnaissent l'imperfection de la vente syriaque sans le versement du prix et son caractère inexécutoire. Ils résolvent les ambiguïtés des manuscrits et leurs contradictions apparentes en accordant deux fonctions concurrentes aux arrhes, selon l'intention des parties. Une fonction pénitentielle, résolutoire, forme de *lex commissoria* permettant de sortir rétroactivement d'un contrat que leur versement a rendu parfait (Rücktrittsrecht). Les arrhes sont alors un acompte sur le prix et représentent une partie non négligeable de celui-ci (L. 38, P. 21, par. 1). Les arrhes peuvent aussi jouer un rôle pénal (Reurecht mit Arrhalverlust), le pacte d'arrhes portant sur une somme symbolique n'ayant alors valeur que

81) *Lex commissoria, Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht*, Berlin 1932, p. 103 n. 2.

82) *Antikes Lösungsrecht*, coll. *Romanistische Beiträge zur Rechtsgeschichte* n° 6, Berlin - Leipzig 1933, p. 85.

d'avant-contrat préparatoire à une vente, avec une clause pénale prévoyant les indemnités dues en cas de retrait des négociations (L. 51, P. 21 par. 2).

Sans nous interroger sur les rapprochements que l'on peut faire entre le droit syriaque des arrhes attesté dans ces extraits, et la codification justinienne postérieure qui leur accorde une fonction pénitentielle, nous constaterons simplement l'absence d'influence des arrhes syriaques sur les arrhes postnabatéennes qui ont une toute autre nature.

SOUS-CHAPITRE 2 : DISTINCTIONS FAITES PAR CERTAINS AUTEURS ENTRE ARRHERS SYRIAQUES ET ARRHERS ARABES.

J. GILSON⁽⁸³⁾ considère que les manuscrits syriaques représentent la fonction confirmatoire des arrhes alors que les manuscrits arabes et arméniens défendent une forme pénitentielle de celles-ci, sous l'influence de coutumes locales. Même si notre définition de la nature des arrhes arabes est légèrement différente de celle de cet auteur, nous reconnaissons son immense mérite à être un des premiers et des seuls à avoir soutenu l'originalité des manuscrits arabes et arméniens par rapport aux syriaques.

83) *L'étude du droit romain comparé aux autres droits de l'antiquité*, Paris-Strasbourg 1899, p. 215, 216, 222-224, thèse résumée par W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung...", p. 46.

d'avant-contrat préparatoire à une vente, avec une clause pénale prévoyant les indemnités dues en cas de retrait des négociations (L. 51, P. 21 par. 2).

Sans nous interroger sur les rapprochements que l'on peut faire entre le droit syriaque des arrhes attesté dans ces extraits, et la codification justinienne postérieure qui leur accorde une fonction pénitentielle, nous constaterons simplement l'absence d'influence des arrhes syriaques sur les arrhes postnabatéennes qui ont une toute autre nature.

SOUS-CHAPITRE 2 : DISTINCTIONS FAITES PAR CERTAINS AUTEURS ENTRE ARRHERS SYRIAQUES ET ARRHERS ARABES.

J. GILSON⁽⁸³⁾ considère que les manuscrits syriaques représentent la fonction confirmatoire des arrhes alors que les manuscrits arabes et arméniens défendent une forme pénitentielle de celles-ci, sous l'influence de coutumes locales. Même si notre définition de la nature des arrhes arabes est légèrement différente de celle de cet auteur, nous reconnaissons son immense mérite à être un des premiers et des seuls à avoir soutenu l'originalité des manuscrits arabes et arméniens par rapport aux syriaques.

83) *L'étude du droit romain comparé aux autres droits de l'antiquité*, Paris-Strasbourg 1899, p. 215, 216, 222-224, thèse résumée par W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung...", p. 46.

C.A. NALLINO⁽⁸⁴⁾ constatant quelques particularités dans les textes arabes sur la vente considère qu'il s'agit d'erreurs de traductions du modèle syriaque, explicables par d'anciens particularismes locaux arabes, voire par l'influence du *bay al-khiyâr* musulman. L'orientaliste italien estime qu'en l'absence d'arrhes Ar. 20, dont nous reparlerons, ne lie que le vendeur et lui permet de se délier de sa promesse de vente en mettant en demeure l'acheteur éventuel de se décider. Si celui-ci opte pour la vente, un document écrit sera nécessaire pour constater l'accord des volontés et réaliser le transfert de propriété. De même les textes arabes font passer le paiement du prix avant la remise de la chose, les syriaques procédant à l'inverse. On notera qu'il est dommage que le brillant orientaliste italien n'ait pas directement abordé les divergences entre les arrhes syriaques et arabes qu'il n'aurait pas pu expliquer par l'influence du droit musulman, les arrhes y étant strictement prohibées.

CHAPITRE 3 : LES ARRHERS EN DROIT GREC.

Le droit grec des arrhes est celui qui se rapproche le plus du droit syro-arabe. La vente grecque, comme l'arabe est imparfaite

84) "A proposito di alcuni studi sui diritti orientali", *Raccolta di scritti editi e inediti*, 4, Rome 1942, p. 131 ; "Gli studi di E. Carusi sui Diritti Orientali", *Rivista degli Studi Orientali* 9, Rome 1921-1923, p. 88, 89 ; cité par W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung...", p. 53.

sans le versement du prix ou acte assimilé, les arrhes y ont une fonction pénale de dissuasion du retrait.

Section 1 : Le droit grec classique et hellénistique.

L'extrait du traité *Sur les lois* de Théophraste (décédé vers 284 av. J.-C.) reproduit pas J. Stobée⁽⁸⁵⁾ au 5^e siècle ap. J.-C. est diversement interprété. Selon certains comme F. SENN⁽⁸⁶⁾, L. MITTEIS et U. WILCKEN⁽⁸⁷⁾, ainsi que G. CORNIL⁽⁸⁸⁾, le droit grec primitif distinguerait l'effet réel de la vente, le transfert de propriété qui n'était effectif qu'avec le paiement du prix, de son effet obligatoire qui suivait la rencontre des consentements. Cet effet obligatoire serait conditionné résolument par un droit réciproque de dédit ouvert aux deux parties en cas de versement d'arrhes. Selon une majorité d'autres lectures⁽⁸⁹⁾, la vente

85) *Anthologie* liv. 4, dans éd. WACHSMUTH et HENSE, 1909, cap. 2, par. 20, p. 129 ; ou dans *Florilegium* (Le livre 4 de l'*Anthologie* est aussi appelé *Sermones* ou *Anthologion*), éd. Th. GAISFORD, 1850 ; ou dans *Inscriptiones Graecae... ad ius pertinentes*, éd. ARANGIO-RUIZ et OLIVERI, ch. 44, p. 240.

86) "Histoire d'une sûreté réelle, la dation des arrhes", *NRHDFE*, Paris 1913, p. 596.

87) *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde* 2, Leipzig-Berlin 1912, p. 174, 181.

88) "Die Arrha im justinianischen Recht", *ZSS roman Abt.* 48, 1928, p. 69.

89) F. PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale*, p. 91, 138 ; G. CHALON-SECRETAN, *Les arrhes de la vente sous Justinien*, Paris 1954, p. 25 ; J. PARTSCH, c.r. de D. PAPPULIAS, dans *Göttingische Gelehrte Anzeigen* 1911, p. 713 et *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, p. 262 ; CALOGIROU, *Die arrha im Vermögensrecht*, 1911, p. 119.

sans le versement du prix ou acte assimilé, les arrhes y ont une fonction pénale de dissuasion du retrait.

Section 1 : Le droit grec classique et hellénistique.

L'extrait du traité *Sur les lois* de Théophraste (décédé vers 284 av. J.-C.) reproduit pas J. Stobée (85) au 5^e siècle ap. J.-C. est diversement interprété. Selon certains comme F. SENN (86), L. MITTEIS et U. WILCKEN (87), ainsi que G. CORNIL (88), le droit grec primitif distinguerait l'effet réel de la vente, le transfert de propriété qui n'était effectif qu'avec le paiement du prix, de son effet obligatoire qui suivait la rencontre des consentements. Cet effet obligatoire serait conditionné résolument par un droit réciproque de dédit ouvert aux deux parties en cas de versement d'arrhes. Selon une majorité d'autres lectures (89), la vente

85) *Anthologie* liv. 4, dans éd. WACHSMUTH et HENSE, 1909, cap. 2, par. 20, p. 129 ; ou dans *Florilegium* (Le livre 4 de l'*Anthologie* est aussi appelé *Sermones* ou *Anthologion*), éd. Th. GAISFORD, 1850 ; ou dans *Inscriptiones Graecae... ad ius pertinentes*, éd. ARANGIO-RUIZ et OLIVERI, ch. 44, p. 240.

86) "Histoire d'une sûreté réelle, la dation des arrhes", *NRHDFE*, Paris 1913, p. 596.

87) *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde* 2, Leipzig-Berlin 1912, p. 174, 181.

88) "Die Arrha im justinianischen Recht", *ZSS roman Abt.* 48, 1928, p. 69.

89) F. PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale*, p. 91, 138 ; G. CHALON-SECRETAN, *Les arrhes de la vente sous Justinien*, Paris 1954, p. 25 ; J. PARTSCH, c.r. de D. PAPPULIAS, dans *Göttingische Gelehrte Anzeigen* 1911, p. 713 et *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, p. 262 ; CALOGIROU, *Die arrha im Vermögensrecht*, 1911, p. 119.

grecque originaire n'a d'effet réel et obligatoire qu'avec le paiement du prix. La simple rencontre des volontés (προαίρεσις) ne produit qu'un *debitum* (ὀφειλοῦσης dans le P.S.B. 5315 d'époque byzantine), pas d'*obligatio*, n'engendre qu'un avant-contrat de négociation (πωλεῖν) dont la cause efficiente (κυρία, πείθεσθαι) est la dation d'arrhes (90). Le paiement du prix sera la cause efficiente du futur contrat de vente (ὠνή - πρᾶσις) emportant transfert de propriété (παραχώρησις). L'avant-contrat de vente peut inclure une stipulation de transfert de possession (παράδωσις), mais garantit surtout par la clause pénale des arrhes l'indisponibilité de la chose entre les mains de l'*accipiens* durant le délai convenu.

On peut admettre que le rôle des arrhes soit de dissuader du retrait d'un contrat non obligatoire, mais douter que la vente grecque postclassique ait atteint le degré d'abstraction nécessaire à une subtile théorie de la cause et une bipartition du rapport d'obligation, abstraction inutile en outre si les effets réels et obligatoires ne sont pas dissociés dans le temps comme le croient ces auteurs.

Section 2 : Période ptolémaïque.

Il est admis par tous les interprètes que la rétractation du vendeur était jugée plus sévèrement que celle de l'acquéreur puisque le *tradens* se désistant perdait ses arrhes alors que

90) F. PRINGSHEIM, p. 354, pense lui que la dation d'arrhes est la cause du contrat de vente.

l'accipiens dans le même cas devait payer à celui-ci une indemnité du montant du prix de la chose, et ceci encore à l'époque ptolémaïque (voir *P. Ent.* 2 et 34 de 217 av. J.-C.). *L'accipiens* défendeur à l'action en justice (δίκη βεβαιώσεως) du *tradens* pouvait préférer céder la chose moyennant le prix plutôt qu'en payer le prix complet et la conserver. F. PRINGSHEIM ⁽⁹¹⁾ et G. CHALON-SECRETAN ⁽⁹²⁾ pensent que pratiquement, par la sévérité même de la peine de la rétractation, la dation des arrhes attribuait un *ius ad rem* au *tradens*.

Si on adopte la position de F. SENN on doit conclure en une évolution des droits hellénistique et ptolémaïque, en un abandon de la dissociation de la vente en deux moments, les effets obligatoire et réel devenant réunis et provoqués par un événement unique, le paiement du prix, dès l'époque chrétienne. On peut aussi penser que la fonction pénitentielle des arrhes n'eut pas à faire place à une fonction pénale qui leur fut de tout temps reconnue, mais qui fut plus largement ouverte à *l'accipiens* quand la peine des arrhes fut équilibrée.

Section 3: Période chrétienne.

F. PRINGSHEIM ⁽⁹³⁾ recense 57 papyrus égyptiens de l'époque chrétienne traitant des arrhes grecques, dont 37 sont

91) P. 353.

92) P. 29 et 32.

93) *Op. cit.* p. 383 n. 2.

l'accipiens dans le même cas devait payer à celui-ci une indemnité du montant du prix de la chose, et ceci encore à l'époque ptolémaïque (voir *P. Ent.* 2 et 34 de 217 av. J.-C.). *L'accipiens* défendeur à l'action en justice (δίκη βεβαιώσεως) du *tradens* pouvait préférer céder la chose moyennant le prix plutôt qu'en payer le prix complet et la conserver. F. PRINGSHEIM⁽⁹¹⁾ et G. CHALON-SECRETAN⁽⁹²⁾ pensent que pratiquement, par la sévérité même de la peine de la rétractation, la dation des arrhes attribuait un *ius ad rem* au *tradens*.

Si on adopte la position de F. SENN on doit conclure en une évolution des droits hellénistique et ptolémaïque, en un abandon de la dissociation de la vente en deux moments, les effets obligatoire et réel devenant réunis et provoqués par un événement unique, le paiement du prix, dès l'époque chrétienne. On peut aussi penser que la fonction pénitentielle des arrhes n'eut pas à faire place à une fonction pénale qui leur fut de tout temps reconnue, mais qui fut plus largement ouverte à *l'accipiens* quand la peine des arrhes fut équilibrée.

Section 3: Période chrétienne.

F. PRINGSHEIM⁽⁹³⁾ recense 57 papyrus égyptiens de l'époque chrétienne traitant des arrhes grecques, dont 37 sont

91) P. 353.

92) P. 29 et 32.

93) *Op. cit.* p. 383 n. 2.

présentés⁽⁹⁴⁾. Dans tous ces actes, des arrhes sont versées alors que l'éventuel document (obligatoire pour les immeubles) par lequel le vendeur transmet son titre de propriété ne sera rédigé que lors du versement complet du prix. *L'ὠνή - πρᾶσις* n'est pas parfaite. L'acheteur perd ses arrhes s'il ne veut plus acheter la chose alors que le vendeur est prêt à *l'ὁμολογία*, aux *συγχωρήσεις*, à la *μετεπιγραφή*, à la *καταγραφή*; inversement le vendeur les restitue au double s'il ne veut plus céder la chose alors que l'acheteur en propose le reste du prix, ce qui correspond aussi à la loi de Rhodes, 3^e part., ch. 19⁽⁹⁵⁾.

Certains auteurs⁽⁹⁶⁾ considèrent qu'aux D. 18, 3, 6; 8 et CJ. 4, 54, 1 (216 ap. J.-C.), les faits rapportés sont une vente grecque imparfaite sans paiement du prix auxquels le jurisconsulte Scaevola et l'empereur Caracalla apportent une

94) Parmi ceux énumérés p. 383, on peut citer : *P. Lond.* 2, 204 (*Greek Papyri in the British Museum*), n° 143 de 97 ap. J.-C.; *B.G.U.* (*Aegyptische Urkunden aus d. kön. Mus. zu Berlin, Griech. Urk.*) 446, l. 16-18, de Fayoun 158 ap. J.-C., cité par MITTEIS et WILCKEN, *Grundzüge u. Chrestomathie der Papyruskunde* 2, p. 294, n° 257; *P. Lond.* 2, 334 (Papyrus 334 de Londres, *Greek Papyri in the British Museum*, 2, p. 211, n° 334) cité par MITTEIS et WILCKEN, *op. cit.* 2, p. 295 n° 258, de Tavestis 166 ap. J.-C.; *CPR* 1, 19 (*Corpus Papyrorum Raineri* 1, n° 19), cité par MITTEIS et WILCKEN, 2, p. 76 n° 69, de 330 ap. J.-C.; *PSB.* 5315 de l'époque byzantine. Il faut rajouter à la liste de la p. 383, *P. Ryl.* 2, 164, de 171 ap. J.-C., cité par PRINGSHEIM, p. 363 n. 5; *P. Grenf.* 2, 67, de 237 ap. J.-C., cité par PRINGSHEIM, p. 390 n. 5, 392 n. 2; *P. Oxy.* 140 de 550 ap. J.-C., in PRINGSHEIM, p. 391 n. 5, 393 n. 1.

95) W. ASHBURNER, *The Rhodian Sea-Law*, Oxford 1909, rééd. Aalen 1976, p. 97, 207, append. p. 98.

96) F. WIEACKER, p. 86 et 104; CALOGIROU, p. 13; J. PARTSCH, c. r. de D. PAPPULIAS, *Götting. Gelehrte Anzeigen* 1911, p. 723 et *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, p. 267; E. LEVY, p. 133; MASSEI, p. 365; M. TALAMANCA, p. 60.

solution romaine supposant une *lex commissoria* au profit des vendeurs impayés et une clause pénale leur permettant de conserver les arrhes versées considérées alors comme acomptes. D'autres auteurs s'élèvent contre cette interprétation (97).

97) F. SENN, p. 610 ; G. CORNIL, p. 81 ; V. ARANGIO-RUIZ, *Compravendita* 1, p. 91 n. 1, pour qui les arrhes romaines peuvent avoir l'effet de clauses pénales. Voir G. CHALON-SECRETAN, p. 9, 45 et 70.

solution romaine supposant une *lex commissoria* au profit des vendeurs impayés et une clause pénale leur permettant de conserver les arrhes versées considérées alors comme acomptes. D'autres auteurs s'élèvent contre cette interprétation (97).

97) F. SENN, p. 610 ; G. CORNIL, p. 81 ; V. ARANGIO-RUIZ, *Compravendita* 1, p. 91 n. 1, pour qui les arrhes romaines peuvent avoir l'effet de clauses pénales. Voir G. CHALON-SECRETAN, p. 9, 45 et 70.

TITRE SECOND.

LE DROIT SYRO-ARABE DES ARRHES.

CHAPITRE 1: PRÉSENTATION DES MANUSCRITS ARABES.

Nous proposons la traduction suivante de Ar. 32 : "Chapitre 32 : Quand un homme propose à un autre un prix pour une chose que celui-ci vend, et lui donne comme arrhes une somme déterminée de drachmes, jusqu'à ce qu'il revienne avec le prix complet, quand le vendeur ne respecte pas son engagement et ne lui vend pas la chose, alors notre coutume ordonne qu'il lui rende les arrhes et encore une fois la même somme. Si par contre l'acheteur ne veut plus acheter, il a perdu ses arrhes" (98).

Une version fidèle de Ar. 98, texte à peu près semblable au précédent, donne : "Chapitre quatre-vingt-dix-huit: Quand un homme achète une chose d'un autre et lui remet des drachmes comme arrhes, jusqu'à ce qu'il revienne et lui paye alors tout le reste du prix, et que le vendeur accepte les arrhes, mais ne respecte pas l'engagement et ne lui remet pas la chose achetée, alors notre coutume oblige ce vendeur à rendre le double des

98) "al-bâb al-thânî wa al-thalâthun : Ayyamâ Rajulin sâma Rajulan bi-chayIn mimmâ yuchtara wa A'tâHu 'OuRbunan daRâHima ma'doudatan Ilâ an ya'Uda IlayHi bi-jamî'i al-thamani fa-radaRa biHi al-bâIU wa lam yabi' fa-sunnatunâ ta'muRu an yaRudda al-'OuRbuna wa mithlaHu fa-In kâna al-muchtaRî lâ yhibbu an yactaRî fa-Qad adhâ'a 'OuRbunaHu".

arrhes que l'acheteur lui a remises. Si par contre, l'acheteur se retire, il perd ses arrhes" (99).

Ces deux textes sont communément ⁽¹⁰⁰⁾ admis comme la traduction sans originalité des manuscrits syriaques P. 21 et L. 51 ⁽¹⁰¹⁾, au point d'avoir été invoqués par certains pour servir d'arguments à leur interprétation des textes syriaques ⁽¹⁰²⁾.

99) "al bâb al-thâmin wa al-tis'Oun : In IchtaRâ Rajulun mîn Rajulin chaAn faA'tâHu 'OuRbunan daRâHima ilâ an ya'Uda fa-yûwaffiHi baQiyyata al-thamani wa ya'khutha thâlika al-chay'a fa-radaRa biHi al-bâ'U wa lam yusallim al-bâ'U IbayHi chaAn, fasunntunâ turRmuHu dhi'fa al-'OuRbuni al-lathî kâna a'tâHu al-muchtaRî wa In IstaQâla al-muchtaRî fa-Qad dhâ'A 'OuRbunuHu".

100) K. BRUNS et G. SACHAU, *op. cit.* p. 87, 217 ; W. SELB, "Probleme des Systems und des Systemvergleichs im Syrisch-römischen Rechtsbuch", *ZSS roman. Abt.*, 79, 1962, p. 35 ; "Das Problem rechtlicher Bindung...", *SDHI* 28, 1962, p. 58.

101) Ces deux textes, au contraire de L. 38, autre texte araméen, ne soulèvent pas de problèmes de traduction : P. 21 : "A propos de la vente d'une chose et de la location d'une possession : Quand une personne achète une chose ou prend en location une possession et verse comme arrhes une somme d'argent déterminée, alors il n'est pas permis à l'acheteur ou au vendeur de se retirer. Si par contre le vendeur se retire, alors il doit donner le double des arrhes qu'il a reçues. Et quand l'acheteur ne veut plus acheter, alors les arrhes qu'il a versées ne lui sont pas restituées". L. 51 : "Quand un homme achète une chose et donne comme arrhes une somme d'argent et que le vendeur se retire, la loi ordonne que celui-ci doit restituer le double de la somme d'argent qu'il a reçue comme arrhes. Si au contraire, l'acheteur se retire, il perd ses arrhes".

102) W. SELB, "Rechtlicher Bindung...", p. 30, 41, 43, 51, 53, 63, nous cite une liste d'auteurs ayant ainsi agi : E. SACHAU, K. BRUNS, F. SCHUPFER, C.A. NALLINO, F. WIEACKER. W. SELB ne se refuse à cette facilité que parce qu'il considère les manuscrits arabes comme trop tardifs pour être fiables.

arrhes que l'acheteur lui a remises. Si par contre, l'acheteur se retire, il perd ses arrhes" (99).

Ces deux textes sont communément (100) admis comme la traduction sans originalité des manuscrits syriaques P. 21 et L. 51 (101), au point d'avoir été invoqués par certains pour servir d'arguments à leur interprétation des textes syriaques (102).

99) "al bâb al-thâmin wa al-tis'Oun : In IchtaRâ Rajulun mîn Rajulin chaAn faA'tâHu 'OuRbunan daRâHima ilâ an ya'Uda fa-yûwaffiHi baQiyata al-thamani wa ya'khutha thâlika al-chay'a fa-radaRa biHi al-bâ'U wa lam yusallim al-bâ'U IbayHi chaAn, fasunntunâ turRmuHu dhi'fa al-'OuRbuni al-lathî kâna a'tâHu al-muchtaRî wa In IstaQâla al-muchtaRî fa-Qad dhâ'A 'OuRbunuHu".

100) K. BRUNS et G. SACHAU, *op. cit.* p. 87, 217 ; W. SELB, "Probleme des Systems und des Systemvergleichs im Syrisch-römischen Rechtsbuch", *ZSS roman. Abt.*, 79, 1962, p. 35 ; "Das Problem rechtlicher Bindung...", *SDHI* 28, 1962, p. 58.

101) Ces deux textes, au contraire de L. 38, autre texte araméen, ne soulèvent pas de problèmes de traduction : P. 21 : "A propos de la vente d'une chose et de la location d'une possession : Quand une personne achète une chose ou prend en location une possession et verse comme arrhes une somme d'argent déterminée, alors il n'est pas permis à l'acheteur ou au vendeur de se retirer. Si par contre le vendeur se retire, alors il doit donner le double des arrhes qu'il a reçues. Et quand l'acheteur ne veut plus acheter, alors les arrhes qu'il a versées ne lui sont pas restituées". L. 51 : "Quand un homme achète une chose et donne comme arrhes une somme d'argent et que le vendeur se retire, la loi ordonne que celui-ci doit restituer le double de la somme d'argent qu'il a reçue comme arrhes. Si au contraire, l'acheteur se retire, il perd ses arrhes".

102) W. SELB, "Rechtlicher Bindung...", p. 30, 41, 43, 51, 53, 63, nous cite une liste d'auteurs ayant ainsi agi : E. SACHAU, K. BRUNS, F. SCHUPFER, C.A. NALLINO, F. WIEACKER. W. SELB ne se refuse à cette facilité que parce qu'il considère les manuscrits arabes comme trop tardifs pour être fiables.

CHAPITRE 2 : LA NOTION JURIDIQUE D'ARRHES EN DROIT SYRO-ROMAIN ARABE.

En droit arabe, la vente avec arrhes est imparfaite, ce qui implique que certaines fonctions que les arrhes eurent en droit romain ou byzantin lui sont étrangères.

SOUS-CHAPITRE 1 : LES CONDITIONS DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ DANS LA VENTE ARABE.

Celles-ci sont posées par le manuscrit Ar. 20 dont nous proposons la traduction suivante : "Chapitre 20 : S'il existe entre deux personnes une convention à titre onéreux, ou l'achat d'une maison, ou d'une bête, ou d'une terre, ou de toutes autres choses dans le commerce et que les deux parties se mettent d'accord sur un prix déterminé et sur l'exécution de la convention, quand alors elles se séparent, sans que l'acheteur ne donne des arrhes au vendeur, ni au comptant le prix total de la chose ou même une partie de celui-ci, quand rien de plus n'est survenu, si ce n'est la convention et l'accord, alors notre coutume dit que le vendeur ne doit pas vendre cette chose à un autre acheteur avant qu'il n'expose ces nouvelles conditions à la personne qui avait proposé un prix. Quand par contre celui-ci refuse ces propositions et ne veut plus acheter, alors le vendeur peut vendre la chose à qui il veut ; mais il doit être rédigé entre eux un document, dans lequel le vendeur exprime ce qui s'est passé entre lui et le premier acheteur, et quel est le prix sur lequel

ils s'étaient mis d'accord. Ensuite il prend le prix accepté par le deuxième acheteur et lui remet la chose devant témoins" (103).

Le texte présente l'effet restreint de l'accord des volontés tant que le prix n'est pas payé (104). Le texte arabe indique qu'il y a eu seulement accord sur le montant du prix, *al-muwâfaQati*, *al-taRâdhî*, *emptio* incomplète ne constituant pas une *iusta causa traditionis*, puisque sans *solutio*, sans *satisfactio*, sans versement effectif, *lâ nâQadaHu al-thamana*, sans accord sur des facilités de paiement *ba'dhaHu*, ou sur la présentation de sûretés, sans promesse de payer *fidem emptoris sequi*. Notre loi arabe suit l'"Entgeltlichkeitsprinzip" (105) en le rattachant au contrat de vente, *in solutione obligationis*, et non pas au contrat de tradition réelle, d'Übereignung, comme les Romains. Le droit arabe

103) "al-bâb al-IchRun : In kânât bayna Rajulayni mubâya'atun aw chaRiya manzilan aw dâbbatan aw aRdhan aw rayRa thâlika mimmâ yubâ'U, wa tawâfaqâ 'alâ thamanin ma'Rufin wa taRâdhaw bi-thâlika thumma IftaRaQou min rayRi an yadfa'A al-muchtaRî ilâ al-bâ'IT 'OuRbunan wa lâ nâQadaHu al-thamana aw ba'dbaHu wa lam yakun akthaRa mina al-muwâfaQati wa al-taRâdhî fa-Inna sunnatânâ ta'muRu allâ yabîA thâlika al-chayA min Rajulin âkhaRa hattâ ya'RudhaHu 'alâ sâhibiHi al-lathî sâwamaHu fa-yabî'aHu minHu fa-In Huwa IstaQâla wa lam yuRid al-chaRiya fa-hînaIthin yabî'U chayyaHu liman ahabba wa lakin yakunu baynaHum kitâbun yukhbiRu fiHi al-ba'U bi-mâ kâna baynaHu wa bayna al-muchtaRî al-awwad wa bi-al-lathî tawâfaQâ 'alayHi mina al-thamani thumma yaqbidhu mina al-muchtaRî wa yadfa'U IlayHi chayyaHu 'alâ Ru'ûsi al-chuHûdi".

104) Contra E. GILSON, *op. cit.*, p. 211, 213, 218, qui, se basant sur l'incomplète traduction de E. SACHAU, *op. cit.* p. 84, considère que la vente arabe serait parfaite "dès que les parties ont convenu de la chose et du prix", sous réserve d'un droit unilatéral de l'acheteur de résilier le contrat quand il n'a pas versé d'arrhes, exception au principe consensuel inconnue des manuscrits syriaques.

105) Sur lui voir M. KASER, "Stellvertretung und notwendige Entgeltlichkeit", *ZSS roman. Abt.* 91, 1974, p. 160 ; *Das römische Privatrecht* 2, München 1975, § 242, p. 279.

ils s'étaient mis d'accord. Ensuite il prend le prix accepté par le deuxième acheteur et lui remet la chose devant témoins" (103).

Le texte présente l'effet restreint de l'accord des volontés tant que le prix n'est pas payé (104). Le texte arabe indique qu'il y a eu seulement accord sur le montant du prix, *al-muwâfaQati, al-taRâdhî, emptio* incomplète ne constituant pas une *iusta causa traditionis*, puisque sans *solutio*, sans *satisfactio*, sans versement effectif, *lâ nâQadaHu al-thamana*, sans accord sur des facilités de paiement *ba'dhaHu*, ou sur la présentation de sûretés, sans promesse de payer *fidem emptoris sequi*. Notre loi arabe suit l'"Entgeltlichkeitsprinzip" (105) en le rattachant au contrat de vente, *in solutione obligationis*, et non pas au contrat de tradition réelle, d'Übereignung, comme les Romains. Le droit arabe

103) "al-bâb al-IchRun : In kânat bayna Rajulayni mubâya'atun aw chaRiya manzilan aw dâbbatan aw aRdhan aw rayRa thâlika mimmâ yubâ'U, wa tawâfaqâ 'alâ thamanin ma'Rufin wa taRâdhaw bi-thâlika thumma IftaRaQou min rayRi an yadfa'A al-muchtaRî ilâ al-bâl'I 'OuRbunan wa lâ nâQadaHu al-thamana aw ba'dbaHu wa lam yakun akthaRa mina al-muwâfaQati wa al-taRâdhî fa-Inna sunnatânâ ta'muRu allâ yabîA thâlika al-chayA min Rajulin âkhaRa hattâ ya'RudhaHu 'alâ sâhibiHi al-lathî sâwamaHu fa-yabî'aHu minHu fa-In Huwa IstaQâla wa lam yuRid al-chaRiya fa-hînaIthin yabî'U chayyaHu liman ahabba wa lakin yakunu baynaHum kitâbun yukhbiRu fîHi al-bâl'U bi-mâ kâna baynaHu wa bayna al-muchtaRî al-awwad wa bi-al-lathî tawâfaQâ 'alayHi mina al-thamani thumma yaqbidhu mina al-muchtaRî wa yadfa'U IlayHi chayyaHu 'alâ Ru'ûsi al-chuHûdi".

104) Contra E. GILSON, *op. cit.*, p. 211, 213, 218, qui, se basant sur l'incomplète traduction de E. SACHAU, *op. cit.* p. 84, considère que la vente arabe serait parfaite "dès que les parties ont convenu de la chose et du prix", sous réserve d'un droit unilatéral de l'acheteur de résilier le contrat quand il n'a pas versé d'arrhes, exception au principe consensuel inconnue des manuscrits syriaques.

105) Sur lui voir M. KASER, "Stellvertretung und notwendige Entgeltlichkeit", *ZSS roman. Abt.* 91, 1974, p. 160; *Das römische Privatrecht* 2, München 1975, § 242, p. 279.

méconnaît la distinction entre *causa proxima* (106), objektiver Rechtsgrund comme celui du par. 812 BGB (107), Rechtfertigungsgrund (108), la cause du contrat de tradition, *emptio* elle-même — et *causa remota*, äußerer Rechtsgrund, Bestimmungsgrund, la *solutio* cause de l'obligation, de *emptio*. La *solutio*, la *satisfactio*, le versement est pour eux la cause à la fois de la vente et du transfert de propriété.

En payant le prix convenu, *thamanin ma'Rufin* (ou en le consignnant avec mise en demeure au vendeur de l'accepter : *offerre pretium* est assimilé à *accipere pretium* (109)) avant que le vendeur n'ait trouvé et agréé un autre acquéreur (et non avant qu'il ne lui ait dénoncé les nouvelles conditions), l'acheteur arabe (*al-muchtaRî*) rendrait la vente parfaite (*Ijâzatou al-bay'T*).

106) P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 2, Rome 1928, p. 181.

107) H. SIBER, *Schuldrecht*, Leipzig 1931, p. 170.

108) B. WINSCHIED, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt 1906, rééd. Aalen 1963, 2. Bd. § 423, p. 882 n. 8; et 1. Bd. § 172, p. 890 n. 16a.

109) D. 19, 1, 13, 8; D. 13, 5, 17; D. 22, 1, 7; D. 46, 3, 30; 72 pr.

SOUS-CHAPITRE 2 : LA NATURE JURIDIQUE DU CONTRAT D'ARRHES EN DROIT SYRO-ARABE.

Section 1 : Le refus par le droit arabe des arrhes translatives ou confirmatoires.

Ar. 20 distingue précisément les arrhes 'OuRbunan, de l'acompte *ba'dhaHu al-thamana*, qui seul serait un acte assimilé au paiement et rendrait la vente parfaite (110). Les arrhes arabes n'ont donc pas l'effet réel de l'acompte, et n'ont d'autre fonction probatoire que de montrer que le transfert de propriété n'a justement pas eu lieu. Cet effet probatoire de la non perfection du contrat est admis pour les ventes justinianéennes *in scriptis* par J. VOET (111), E. JAGEMANN (112) et A. BECHMANN (113), l'*arrha poenalis pacto imperfecto data* y étant *confirmatoria* non du futur contrat de vente, mais d'un *pactum praeparatorium de contrahendo, de emendo vendendo*, du pré-contrat.

Le texte dit aussi que les arrhes n'ont pas été versées par l'acquéreur. Cette circonstance serait toutefois indifférente à lui

110) Cette distinction est aussi très nettement posée par Dioclétien au CJ. 4, 45, 2 (293 ap. J.-C.), mais les arrhes y sont la preuve du contrat et l'acompte un commencement d'exécution.

111) *Commentarius ad Pandectas*, tom. 1, éd. de Tournes (2 tom.), Colonia Allobrogum, lib. 18, 1, 27, p. 622: *Quandoque tamen etiam in indicium emtionis inchoatae, ac ulterius in scriptis...*

112) *Die Daraufrage (arrha)*, Berlin 1873, p. 111.

113) *Der Kauf nach gemeinem Recht*, tom. 2, Erlangen 1884, rééd. Aalen 1965, p. 420.

SOUS-CHAPITRE 2 : LA NATURE JURIDIQUE DU
CONTRAT D'ARRHES EN DROIT SYRO-ARABE.

Section 1 : Le refus par le droit arabe des arrhes
translatives ou confirmatoires.

Ar. 20 distingue précisément les arrhes *'OuRbunan*, de l'acompte *ba'dhaHu al-thamana*, qui seul serait un acte assimilé au paiement et rendrait la vente parfaite (110). Les arrhes arabes n'ont donc pas l'effet réel de l'acompte, et n'ont d'autre fonction probatoire que de montrer que le transfert de propriété n'a justement pas eu lieu. Cet effet probatoire de la non perfection du contrat est admis pour les ventes justinianéennes *in scriptis* par J. VOET (111), E. JAGEMANN (112) et A. BECHMANN (113), l'*arrha poenalis pacto imperfecto data* y étant *confirmatoria* non du futur contrat de vente, mais d'un *pactum praeparatorium de contrahendo, de emendo vendendo*, du pré-contrat.

Le texte dit aussi que les arrhes n'ont pas été versées par l'acquéreur. Cette circonstance serait toutefois indifférente à lui

110) Cette distinction est aussi très nettement posée par Dioclétien au CJ. 4, 45, 2 (293 ap. J.-C.), mais les arrhes y sont la preuve du contrat et l'acompte un commencement d'exécution.

111) *Commentarius ad Pandectas*, tom. 1, éd. de Tournes (2 tom.), Colonia Allobrogum, lib. 18, 1, 27, p. 622: *Quandoque tamen etiam in indicium emtionis inchoatae, ac ulterius in scriptis...*

112) *Die Daraufgabe (arrha)*, Berlin 1873, p. 111.

113) *Der Kauf nach gemeinem Recht*, tom. 2, Erlangen 1884, rééd. Aalen 1965, p. 420.

faire acquérir la propriété de la chose comme le prouvent les autres sources arabes, Ar. 32 et Ar. 98.

Section 2 : Le régime juridique des arrhes arabes.

Les arrhes arabes ont en effet une fonction pénale, sanction du droit de retrait unilatéral des parties à une vente imparfaite. Cette *arrha* arabe est *poenalis legalis* et non pas *conventionalis*.

I. PORTÉE JURIDIQUE DE L'OBLIGATION DÉCOULANT DU
CONTRAT D'ARRHES.

Le contrat arabe d'arrhes ne fait pas naître d'*obligatio ad dandum* comme le ferait un contrat de vente avec paiement du prix ni d'obligation juridique *ad emptionem faciendum* comme le feraient des arrhes pénitentielles garantissant un contrat de vente parfait. L'obligation de faire la vente qui en découle est naturelle, la vente n'est pas *in obligatione*, mais *in potestativa condicione*. Le *debitum* sans obligation de la vente est assuré par le *pactum arrhale* qui n'emporte lui que ses propres obligations pénales. Cette distinction étudiée par O. V. GIERKE (114), a été faite pour le droit grec des arrhes par J. PARTSCH (115), dont la thèse est résumée par F. PRINGSHEIM (116) : "The greek agreement

114) *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht*, Breslau 1910, rééd. Aalen 1969, p. 343.

115) C.r. de D. PAPPULIAS, *Götting. Gelehrte Anzeigen* 1911, p. 723 et *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, p. 267.

116) *The Greek Law of Sale*, Weimar 1950, p. 346.

created duties only, not liabilities, and the arra added an independent liability, remote from any obligation to deliver the goods and to pay the price". Nous pouvons la transposer sans réserves au droit syro-arabe. Le versement des arrhes, à la différence de l'acompte, n'est pas l'acte juridique cause efficiente de l'obligation à la vente. Les arrhes arabes ne peuvent accompagner qu'une vente imparfaite, sans *obligatio*, sans Schuld et dont elles constituent le seul *debitum*, la seule Verpflichtung, Haftung, sous forme de peine adjointe (et non pas sous forme d'obligation résoluble ce qui serait le cas de l'*arrha poenitentialis*). La vente arabe avec arrhes est une *obligatio* sans son propre *debitum* et les arrhes qui l'accompagnent sont un *debitum* sans sa propre *obligatio*.

II. NATURE DES DROITS ACCORDÉS AUX PARTIES PAR LE PACTE D'ARRHES.

§ 1. L'expectative de l'acquéreur éventuel.

A l'image du droit grec ⁽¹¹⁷⁾, le *tradens* syro-arabe n'a pas de *ius ad rem*, ce qui distingue nos institutions orientales du droit

117) F. WIEACKER, *Lex commissoria, Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht*, Berlin 1932, p. 91 et 97 ; F. PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale*, Weimar 1950, p. 341. Contra J. PARTSCH, *P. Freib.* 2, 1916, p. 19 et *Festschrift*, p. 127, mais le manuscrit égypto-hellénistique BGU 446 de Fayoun 158 ap. J.-C. nous semble prouver suffisamment l'absence de *ius ad rem* du *tradens*.

created duties only, not liabilities, and the arra added an independent liability, remote from any obligation to deliver the goods and to pay the price". Nous pouvons la transposer sans réserves au droit syro-arabe. Le versement des arrhes, à la différence de l'acompte, n'est pas l'acte juridique cause efficiente de l'obligation à la vente. Les arrhes arabes ne peuvent accompagner qu'une vente imparfaite, sans *obligatio*, sans *Schuld* et dont elles constituent le seul *debitum*, la seule *Verpflichtung*, *Haftung*, sous forme de peine adjointe (et non pas sous forme d'obligation résoluble ce qui serait le cas de l'*arrha poenitentialis*). La vente arabe avec arrhes est une *obligatio* sans son propre *debitum* et les arrhes qui l'accompagnent sont un *debitum* sans sa propre *obligatio*.

II. NATURE DES DROITS ACCORDÉS AUX PARTIES PAR LE PACTE D'ARRHES.

§ 1. L'expectative de l'acquéreur éventuel.

A l'image du droit grec (117), le *tradens* syro-arabe n'a pas de *ius ad rem*, ce qui distingue nos institutions orientales du droit

117) F. WIEACKER, *Lex commissoria, Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht*, Berlin 1932, p. 91 et 97 ; F. PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale*, Weimar 1950, p. 341. Contra J. PARTSCH, *P. Freib.* 2, 1916, p. 19 et *Festschrift*, p. 127, mais le manuscrit égypto-hellénistique BGU 446 de Fayoun 158 ap. J.-C. nous semble prouver suffisamment l'absence de *ius ad rem* du *tradens*.

romain des arrhes probatoires qui semble en accorder un au futur acquéreur (118).

Ce *tradens* n'a qu'une simple expectative, *Anwartschaftrecht*, *facultas ad rem alienam* qu'il peut transmettre. Cette transmission peut s'effectuer non seulement à cause de mort, mais aussi, comme en droit grec, par cession à un tiers (παραχώρησις) moyennant un prix (παραχωρητικὸν ἀργύριον) généralement supérieur aux arrhes versées (119). Une cession par l'*accipiens* de l'expectative de vendre ne se conçoit pas sans la vente de la chose et ne peut pas donner lieu à acte ou prix distinct.

§ 2. La question de la propriété des arrhes remises au vendeur potentiel.

L'expectative de l'acquéreur en puissance est semblable à celle de l'*accipiens* sur la somme des arrhes.

a) L'absence de "ius in re" du vendeur sur les arrhes en droit arabe.

Les textes arabes indiquent que la propriété des arrhes n'a pas été transmise purement et simplement au vendeur comme l'aurait été un acompte sur le prix. La simple promesse de vendre n'engageant ni obligatoirement (si ce n'est par obligation naturelle), ni réellement le vendeur, ne rendant pas la chose

118) CJ. 4, 49, 3 (Dioclétien 293 ap. J.-C.).

119) *P.S.I.* 4, 382 de 248 av. J.-C. ; *P. Tebt.* 2, 423 du 3^e siècle ap. J.-C.

indisponible, ne peut pas constituer la cause, la "consideration" au sens anglais, d'un transfert de propriété des arrhes. On peut tout au plus imaginer que le transfert de propriété des arrhes est assorti de la condition suspensive de la perfection de la vente ou du non exercice de son droit de retrait par le *tradens* seul. En cas de retrait de l'*accipiens*, le *tradens* conserverait la propriété de ses arrhes et deviendrait en outre créancier d'une somme égale à elles, *alterum tantum, restitutio dupli*. Par le pacte d'arrhes, l'*accipiens* devient détenteur des arrhes et titulaire sur elles d'une *facultas ad rem alienam* différente d'un *ius ad rem* et a fortiori du *ius in re aliena* du créancier gagiste. On ne devrait d'ailleurs pas parler de *tradens* ou de dation d'arrhes en droit arabe, ces termes supposant un transfert de propriété de celles-ci.

b) *Comparaison avec le droit de propriété du vendeur romain sur les arrhes versées.*

Les arrhes n'ont donc pas la même nature qu'en droit romain. Alors qu'en droit romain la propriété des arrhes est transmise résolutoirement au vendeur (120), en droit arabe, le vendeur n'acquiert que le *ius detinendi* des arrhes qui se retrouvent *sine causa apud venditorem* s'il ne donne pas suite à la vente. L'*obligatio restituendi* de l'*accipiens* est fondée non sur un droit personnel du *tradens* mais sur son droit réel à la propriété des arrhes.

120) D. 19, 1, 11, 6 ; CJ. 4, 54, 1 ; CJ. 4, 49, 3 ; D. 23, 3, 9 ; CJ. 4, 6, 2. Voir POTHIER, *Traité du contrat de vente*, n° 497.

indisponible, ne peut pas constituer la cause, la "consideration" au sens anglais, d'un transfert de propriété des arrhes. On peut tout au plus imaginer que le transfert de propriété des arrhes est assorti de la condition suspensive de la perfection de la vente ou du non exercice de son droit de retrait par le *tradens* seul. En cas de retrait de l'*accipiens*, le *tradens* conserverait la propriété de ses arrhes et deviendrait en outre créancier d'une somme égale à elles, *alterum tantum, restitutio dupli*. Par le pacte d'arrhes, l'*accipiens* devient détenteur des arrhes et titulaire sur elles d'une *facultas ad rem alienam* différente d'un *ius ad rem* et a fortiori du *ius in re aliena* du créancier gagiste. On ne devrait d'ailleurs pas parler de *tradens* ou de dation d'arrhes en droit arabe, ces termes supposant un transfert de propriété de celles-ci.

b) *Comparaison avec le droit de propriété du vendeur romain sur les arrhes versées.*

Les arrhes n'ont donc pas la même nature qu'en droit romain. Alors qu'en droit romain la propriété des arrhes est transmise résolutoirement au vendeur (120), en droit arabe, le vendeur n'acquiert que le *ius detinendi* des arrhes qui se retrouvent *sine causa apud venditorem* s'il ne donne pas suite à la vente. L'*obligatio restituendi* de l'*accipiens* est fondée non sur un droit personnel du *tradens* mais sur son droit réel à la propriété des arrhes.

120) D. 19, 1, 11, 6 ; CJ. 4, 54, 1 ; CJ. 4, 49, 3 ; D. 23, 3, 9 ; CJ. 4, 6, 2. Voir POTHIER, *Traité du contrat de vente*, n° 497.

Un courant romaniste fortement minoritaire (121), prétend que la propriété des arrhes n'est pas transmise au vendeur en droit romain, ce qui en rapprocherait donc l'institution syro-arabe. L'argumentation est spécieuse et pour partie *post quem ad quod*. En cas de vente annulée par *contrarius consensus*, l'*actio empti* seule accordée au *tradens* par le D. 19, 1, 11, 6, d'après ces auteurs (122), ne serait pas suffisante à lui faire récupérer la propriété des arrhes si celle-ci avait été transmise au vendeur. Le *mutuus dissensus* en effet n'est efficace que si la vente est imparfaite, il n'annule que l'obligation, mais laisse subsister le transfert de propriété par tradition (CJ. 4, 45, 1; 2), ce qui vaut pour les arrhes et pour l'objet de la vente. Il faudrait donc une *condictio sine causa* pour récupérer les arrhes, or les textes ne l'accordent pas dans ce cas précis (123). Selon ces auteurs, la

121) WESTPHAL, *De arrha romana*, Berlin 1871, p. 56 ; E. JAGEMANN, *Die Daraufgabe (arrha)*, Berlin 1873, p. 48.

122) J. CUJAS, *Opera Omnia in decem tomos distributa*, ed. C.A. FABROT, Paris 1658, tom. 5, *Operum postumorum quae de jure reliquit, sive Codex Justinianus id est ad Codicem Justinianum Recitationes Solemnes*, p. 299, estime, lui, que la *condictio sine causa* n'est pas refusée au *tradens* désireux de récupérer ses arrhes en cas de résolution de la vente par *mutuus dissensus* : *Nunc quaeramus quid sit juris, si venditio perfecta sit, et ab ea recedatur. Distinguo, aut mutuo consensu ab ea receditur, aut ex una tantum parte. Si mutuo consensu, arrae repetentur actione ex empto, vel condicione sine causa*. Toutefois l'auteur se montre moins catégorique dans son tom. 4, *Operum postumorum quae de jure reliquit, recitationes solemnes, ad D. 18, 1, 35*, p. 744, où il n'accorde qu'une *actio empti* utile à l'acquéreur dans ce cas : *Quod si utriusque consensu dissoluta sit emptio, utili actione ex empto agit emptor ad repetendam arram*.

123) Par contre, selon le même fragment, en cas de vente annulée pour motif légal ou exécutée, l'*animus possidendi* continue malgré cette annulation ou exécution, ce qui justifie l'usage d'une *condictio sine causa* pour récupérer les arrhes versées.

propriété des arrhes romaines n'a donc pas été tradée, elles ne sont que détenues par l'*accipiens*, puisque l'*actio empti* aboutissant *ad dissolvendam emptionem* supprime le fondement de leur détention (et tout motif d'enrichissement sans cause) et aboutit à leur restitution.

On peut rétorquer contre cette théorie qu'il n'est pas certain que le fragment cité refuse formellement la *condictio sine causa* au *tradens* et que, quand bien même cela serait, on peut expliquer l'effet restitutoire de l'*actio empti*, non pas par la nature des droits de l'*accipiens* sur les arrhes, mais par le jeu du *mutuus dissensus* impliquant de la part de l'*accipiens* renonciation volontaire *ex nunc* à tout *animus possidendi* sur les arrhes reçues. La contrariété du consentement présume donc qu'au moment de la remise du pacte d'arrhes, l'*accipiens* avait sur elles l'opposé d'une *affectio tenendi*, c'est-à-dire un *animus domini* auquel il a ensuite volontairement renoncé.

§ 3. Caractère alternatif de l'expectative des parties.

Les arrhes arabes, comme les arrhes pénales et pénitentielles romaines laissent aux deux parties une *facultas alternativa*, exécuter le contrat ou payer leur prix au cocontractant. Le *vendere pollicitus venditionem recusans* est obligé à *arrham in duplo restituere*, alors que l'*emere pactus ab emptione recedens* perd celles qu'il a versées. Toutefois le *petitum* des parties au contrat ne peut être ni alternatif (demande judiciaire d'exécution de la vente ou du paiement de la peine), ni facultatif (demande

propriété des arrhes romaines n'a donc pas été tradée, elles ne sont que détenues par l'*accipiens*, puisque l'*actio empti* aboutissant *ad dissolvendam emptionem* supprime le fondement de leur détention (et tout motif d'enrichissement sans cause) et aboutit à leur restitution.

On peut rétorquer contre cette théorie qu'il n'est pas certain que le fragment cité refuse formellement la *condictio sine causa* au *tradens* et que, quand bien même cela serait, on peut expliquer l'effet restitutoire de l'*actio empti*, non pas par la nature des droits de l'*accipiens* sur les arrhes, mais par le jeu du *mutuus dissensus* impliquant de la part de l'*accipiens* renonciation volontaire *ex nunc* à tout *animus possidendi* sur les arrhes reçues. La contrariété du consentement présume donc qu'au moment de la remise du pacte d'arrhes, l'*accipiens* avait sur elles l'opposé d'une *affectio tenendi*, c'est-à-dire un *animus domini* auquel il a ensuite volontairement renoncé.

§ 3. Caractère alternatif de l'expectative des parties.

Les arrhes arabes, comme les arrhes pénales et pénitentielles romaines laissent aux deux parties une *facultas alternativa*, exécuter le contrat ou payer leur prix au cocontractant. Le *vendere pollicitus venditionem recusans* est obligé à *arrham in duplo restituere*, alors que l'*emere pactus ab emptione recedens* perd celles qu'il a versées. Toutefois le *petitum* des parties au contrat ne peut être ni alternatif (demande judiciaire d'exécution de la vente ou du paiement de la peine), ni facultatif (demande

principale d'exécution judiciaire de la vente et subsidiaire, à défaut, de la peine des arrhes), mais ne peut avoir qu'un seul objet, la peine des arrhes. Il y a *una res in obligatione et petitione* et *duae res in solutione*. Aucune des parties ne peut forcer l'autre judiciairement à exécuter la vente.

III. CARACTÈRES JURIDIQUES DU PACTE D'ARRHES.

Le contrat arabe d'arrhes est un contrat réel au sens romain, c'est-à-dire qu'il suppose pour son existence et sa validité que la somme des arrhes ait été versée à l'*accipiens*. Une promesse de versement ne suffirait pas à le faire naître. Ce serait aussi le cas dans le droit des Thuriens d'après Théophraste⁽¹²⁴⁾, ainsi qu'en droit grec chrétien⁽¹²⁵⁾, la somme des arrhes devant être remise dès la conclusion et au plus tard le jour même⁽¹²⁶⁾. Les sources latines attestent aussi du versement de la somme des arrhes en tant que condition d'existence du contrat⁽¹²⁷⁾.

Le contrat d'arrhes est l'accessoire de celui de vente dont il doit assurer l'exécution. Toutefois, les obligations pénales du contrat d'arrhes sont indépendantes de celles, inexistantes, du

124) *Char.*, éd. F. WIMMER chez Firmin Didot, Paris 1866, 97, b. 6; 7.

125) *P.S.B.* 7533, 4 de 160-161 ap. J.-C.; *C.P.R.* 19 de 330 ap. J.-C.; *P. Mich.* 2, 123 du 1^{er} siècle ap. J.-C.; *P. Oxy.* 299 du 1^{er} siècle ap. J.-C.; *B.G.U.* 1624 du 3^e siècle ap. J.-C.; *P. Lond.* 2, p. 297 n° 239, de 346 ap. J.-C.; *B.G.U.* 947 de l'époque byzantine.

126) Voir F. PRINGSHEIM p. 350, 399.

127) *D.* 18, 3, 6 pr.; 8 pr.; *D.* 19, 1, 11, 6; *D.* 14, 3, 5, 15; *Gaius* 3, 139; *Cod. Eur.* 297; *C.J.* 4, 21, 17 pr.; *Inst.* 3, 23 pr.

contrat de vente imparfait. La conclusion du contrat réel d'arrhes et le versement de celles-ci ne peuvent pas constituer la cause efficiente du contrat de vente futur, seul un acompte sur le prix le pourrait. V. ARANGIO-RUIZ (128) pense pourtant que ce serait le cas en droit grec en traduisant ainsi l'inscription citée : *Conventionem, quae arra interposita facta sit, iustam causam esse rei transferendae*. Il est suivi par F. PRINGSHEIM (129) qui, traduisant à sa manière certaines sources (130), parle de cause efficiente résolutoire, la vente pouvant tout de même ne pas être exécutée par les deux parties. Le droit arabe de la vente avec *in diem addictio* dans Ar. 20 nous montre au contraire qu'une condition ne peut affecter que la modalité d'exécution d'une obligation, et non pas le fondement de son existence, de sa validité. Une cause conditionnée étant une cause nulle, le pacte d'arrhes ne peut pas causer la vente, d'autant plus que les obligations de ces deux contrats sont indépendantes.

IV. LA QUESTION DE LA REMISE DE L'OBJET A VENDRE AU TRADENS DES ARRHES.

Le droit romain qui considère normal que le vendeur potentiel remette la chose à son cocontractant au pacte d'arrhes se pose la question de la définition juridique des actions ouvertes au vendeur pour récupérer son bien quand l'acquéreur renonce à la

128) *Inscr. graec.* 246.

129) *The Greek Law of Sale*, p. 354, 387.

130) Théophraste, *Char.*, 5, 4, et *B.G.U.* 1624 du 3^e siècle ap. J.-C.

contrat de vente imparfait. La conclusion du contrat réel d'arrhes et le versement de celles-ci ne peuvent pas constituer la cause efficiente du contrat de vente futur, seul un acompte sur le prix le pourrait. V. ARANGIO-RUIZ (128) pense pourtant que ce serait le cas en droit grec en traduisant ainsi l'inscription citée : *Conventionem, quae arra interposita facta sit, iustam causam esse rei transferendae*. Il est suivi par F. PRINGSHEIM (129) qui, traduisant à sa manière certaines sources (130), parle de cause efficiente résolutoire, la vente pouvant tout de même ne pas être exécutée par les deux parties. Le droit arabe de la vente avec *in diem addictio* dans Ar. 20 nous montre au contraire qu'une condition ne peut affecter que la modalité d'exécution d'une obligation, et non pas le fondement de son existence, de sa validité. Une cause conditionnée étant une cause nulle, le pacte d'arrhes ne peut pas causer la vente, d'autant plus que les obligations de ces deux contrats sont indépendantes.

IV. LA QUESTION DE LA REMISE DE L'OBJET A VENDRE AU TRADENS DES ARRHES.

Le droit romain qui considère normal que le vendeur potentiel remette la chose à son cocontractant au pacte d'arrhes se pose la question de la définition juridique des actions ouvertes au vendeur pour récupérer son bien quand l'acquéreur renonce à la

128) *Inscr. graec.* 246.

129) *The Greek Law of Sale*, p. 354, 387.

130) Théophraste, *Char.*, 5, 4, et *B.G.U.* 1624 du 3^e siècle ap. J.-C.

vente. Certains auteurs croient que c'est par une action personnelle, *actio venditi*, que le vendeur romain réclame sa chose livrée par "tradition" (131). D'autres croient en la nécessité d'une action réelle. Les textes entretiennent l'ambiguïté (132).

Dans les arrhes grecques, la possession (παράδωσις) de la chose avec garantie d'éviction de celle-ci était souvent remise au *tradens* dès qu'il avait payé les arrhes (133). F. PRINGSHEIM (134) en profite pour prétendre que la dation des arrhes est aussi la cause du contrat de remise de possession. Le droit grec accorde une ἐκδικασία personnelle au vendeur pour récupérer sa chose tant que le prix n'en est pas payé.

Les sources arabes indiquent formellement que la possession de la chose objet du projet de vente n'a pas été remise au futur acquéreur. Le problème de la restitution au vendeur de l'objet de la vente par l'acquéreur renonçant à celle-ci est donc étranger à ce système juridique. La propriété de la chose n'étant pas non plus transmise sous condition résolutoire au *tradens* lors du pacte d'arrhes, il n'y a pas lieu d'imaginer un *constitutum possessorium* de l'*accipiens* s'il en avait conservé la détention.

Si la chose avait été malgré tout livrée à l'acquéreur éventuel en vertu d'une clause contractuelle d'essai, la propriété n'étant

131) F. SENN, *op. cit.* p. 612.

132) CJ. 4, 54, 1 (216 ap. J.-C.); CJ. 4, 49, 3 (290 ap. J.-C.); D. 39, 6, 42; D. 18, 3, 7.

133) *B.G.U.* 446 de Fayoun 158 ap. J.-C.; *B.G.U.* 1127.

134) P. 368.

pas transmise, le vendeur se contenterait d'une action personnelle contre le *tradens* détenteur du bien. Cette action personnelle ne serait pas celle du contrat de vente comme en droit romain, puisque le contrat arabe d'arrhes n'est pas un pacte adjoint à une vente parfaite. Les actions du contrat principal imparfait ne peuvent pas servir à assurer l'exécution du pacte accessoire d'arrhes. Il faut cependant remarquer que le contrat d'arrhes arabes reste dans la dépendance du contrat de vente dont il sanctionne l'imperfection, car la nullité de la vente en devenir ôterait au *pactum arrhale* sa cause efficiente et partant rejaillirait sur lui.

V. LA RESTITUTION DES ARRHES AU *TRADENS* EN CAS D'INEXÉCUTION NON FAUTIVE DE LA VENTE.

En droit romain classique, l'acquéreur a une *condictio sine causa* pour répéter son anneau d'or remis à titre de gage (135), ou éventuellement une *actio praescriptis verbis* (136). En cas de *lex commissoria*, ou d'arrhes accompagnant un contrat de vente parfait, il aurait l'*actio empti* (137). Le manuscrit *P. Columb.*

135) D. 19, 1, 11, 6 ; D. 12, 6, 1 ; D. 12, 7, 1.

136) D. 19, 5, 17, 5.

137) D. 19, 1, 11, 6 ; D. 14, 3, 5, 15 ; CJ. 4, 49, 3 (Dioclétien 290 ap. J.-C.) ; CJ. 4, 45, 2, 1 (Dioclétien 293 ap. J.-C.). Voir M. MASSEI, p. 326 ; E. LEVY, *ZSS roman. Abt.* 42, 1921, p. 503 ; J. VOET, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 18, 1, 25, p. 622 : *Sin aliis in rebus, post impletum emtionis venditionis contractum id, quod arrhae nomine datum fuerat, actione ex empto vel condictione sine causa per dantem repeti posse...* ; J. CUJAS, *Opera omnia in decem tomos distributa*, éd. C.A. FABROT, Paris 1658, tom. 5 *Operum postumorum quae de jure*

pas transmise, le vendeur se contenterait d'une action personnelle contre le *tradens* détenteur du bien. Cette action personnelle ne serait pas celle du contrat de vente comme en droit romain, puisque le contrat arabe d'arrhes n'est pas un pacte adjoint à une vente parfaite. Les actions du contrat principal imparfait ne peuvent pas servir à assurer l'exécution du pacte accessoire d'arrhes. Il faut cependant remarquer que le contrat d'arrhes arabes reste dans la dépendance du contrat de vente dont il sanctionne l'imperfection, car la nullité de la vente en devenir ôterait au *pactum arrhale* sa cause efficiente et partant rejaillirait sur lui.

V. LA RESTITUTION DES ARRHES AU *TRADENS* EN CAS D'INEXÉCUTION NON FAUTIVE DE LA VENTE.

En droit romain classique, l'acquéreur a une *condictio sine causa* pour répéter son anneau d'or remis à titre de gage (135), ou éventuellement une *actio praescriptis verbis* (136). En cas de *lex commissoria*, ou d'arrhes accompagnant un contrat de vente parfait, il aurait l'*actio empti* (137). Le manuscrit *P. Columb.*

135) D. 19, 1, 11, 6 ; D. 12, 6, 1 ; D. 12, 7, 1.

136) D. 19, 5, 17, 5.

137) D. 19, 1, 11, 6 ; D. 14, 3, 5, 15 ; CJ. 4, 49, 3 (Dioclétien 290 ap. J.-C.) ; CJ. 4, 45, 2, 1 (Dioclétien 293 ap. J.-C.). Voir M. MASSEI, p. 326 ; E. LEVY, *ZSS roman. Abt.* 42, 1921, p. 503 ; J. VOET, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 18, 1, 25, p. 622 : *Sin aliis in rebus, post impletum emtionis venditionis contractum id, quod arrhae nomine datum fuerat, actione ex emto vel condicione sine causa per dantem repeti posse...* ; J. CUJAS, *Opera omnia in decem tomos distributa*, éd. C.A. FABROT, Paris 1658, tom. 5 *Operum postumorum quae de jure*

Inv. n° 551 = *P.S.B.* 7533 de 161 ap. J.-C. indique que l'anneau d'or remis par le *tradens* copte lui est restitué après le paiement du prix de l'esclave, car il perd la qualification d'arrhes quand la vente est devenue parfaite (138).

Les arrhes arabes sont toujours constituées par une somme d'argent qui s'imputera sur le prix de vente, ce qui est aussi la règle en droit romain (139), ou wisigoth quand les arrhes y sont en monnaie (140).

Le problème de leur restitution à l'acquéreur ne peut donc pas se poser en cas de paiement du prix, c'est-à-dire d'exécution du contrat principal de vente dont la condition d'*in diem addictio* est rendue défailante par son titulaire décidé à ne pas en faire usage. L'*in diem addictio* étant une condition suspensive négative (ne pas trouver de meilleur prix), la vente est en effet réputée acquise quand cette condition n'est pas réalisée.

La question de la restitution des arrhes au *tradens* suppose donc un cas d'inexécution, de non réalisation de l'obligation principale en devenir potestatif, ce qui est différent de l'annulation d'une obligation principale déjà née, même si les

reliquit, sive Codex Justinianus id est ad Codicem Justinianum recitationes solemnes, ad CJ 4, 21, 17, p. 298 : Repetuntur autem arrae actione ex empto, vel condicione sine causa, non vindicantur: ex arrali pacto personale dumtaxat actionem paciscentibus parari, non paratur ergo realis.

138) Voir F. PRINGSHEIM, p. 403.

139) "*reliqua pecunia*" : D. 18, 3, 6; 8.

140) "*pretium tempore definito perconpleat*" : *Lex Wisig.* 5, 4, 6.

effets sont identiques. En droit romain l'annulation d'un contrat de vente parfait auquel a été joint le versement d'arrhes pénitentielles entraîne celle du pacte adjoint d'arrhes ⁽¹⁴¹⁾ en vertu de l'adage "*accessorium potest infirmare principale*". Nos arrhes arabes pénales accessoires d'un futur contrat principal *infirmatus* doivent elles être rendues au *tradens* pour un autre motif, à savoir que l'inexécution de la vente rend leur conservation inéquitable et donne droit à une action judiciaire issue du pacte d'arrhes lui-même. On ne pourrait pas parler d'absence de cause pour motiver cette répétition car le versement des arrhes, à la différence de l'acompte, n'est pas la cause efficiente du contrat de vente ⁽¹⁴²⁾.

Parmi les cas d'inexécution du contrat principal, on peut citer le *contrarius consensus* des parties décidées à ne plus le réaliser ⁽¹⁴³⁾, voire l'illégalité, la nullité, ou l'impossibilité d'exécution du contrat de vente pour force majeure, perte de l'objet de la vente à venir ⁽¹⁴⁴⁾. Ces hypothèses ne joueraient

141) D. 46, 3, 43 (à propos d'une sûreté) ; D. 14, 3, 5, 15.

142) Au D. 19, 1, 11, 6, Ulpien accorde la *condictio sine causa* au *tradens* pour récupérer en cas de contrat de vente exécuté l'anneau d'or qu'il a remis en gage, la dation d'arrhes n'ayant alors plus de cause. Cette solution n'est pas extensible par analogie à nos arrhes arabes.

143) CJ. 4, 45, 2. Au D. 19, 1, 11, 6, Julien accorde l'*actio empti* pour récupérer des arrhes en cas de résolution par *contrarius consensus* ou autre cause d'un contrat de vente parfait, et Ulpien y rajoute la *condictio sine causa*. WESTPHAL, *op. cit.*, et E. JAGEMANN, *op. cit.* soutiennent malgré ce fragment que seule l'*actio empti* sert à récupérer les arrhes du contrat de vente annulé par *mutuus dissensus*, la *condictio sine causa* étant réservée aux cas de nullité, de *lex commissoria*, ou d'exécution du contrat principal de vente.

144) CJ. 5, 1, 3.

effets sont identiques. En droit romain l'annulation d'un contrat de vente parfait auquel a été joint le versement d'arrhes pénitentielles entraîne celle du pacte adjoit d'arrhes (141) en vertu de l'adage "*accessorium potest infirmare principale*". Nos arrhes arabes pénales accessoires d'un futur contrat principal *infirmatus* doivent elles être rendues au *tradens* pour un autre motif, à savoir que l'inexécution de la vente rend leur conservation inéquitable et donne droit à une action judiciaire issue du pacte d'arrhes lui-même. On ne pourrait pas parler d'absence de cause pour motiver cette répétition car le versement des arrhes, à la différence de l'acompte, n'est pas la cause efficiente du contrat de vente (142).

Parmi les cas d'inexécution du contrat principal, on peut citer le *contrarius consensus* des parties décidées à ne plus le réaliser (143), voire l'illégalité, la nullité, ou l'impossibilité d'exécution du contrat de vente pour force majeure, perte de l'objet de la vente à venir (144). Ces hypothèses ne joueraient

141) D. 46, 3, 43 (à propos d'une sûreté) ; D. 14, 3, 5, 15.

142) Au D. 19, 1, 11, 6, Ulpian accorde la *condictio sine causa* au *tradens* pour récupérer en cas de contrat de vente exécuté l'anneau d'or qu'il a remis en gage, la dation d'arrhes n'ayant alors plus de cause. Cette solution n'est pas extensible par analogie à nos arrhes arabes.

143) CJ. 4, 45, 2. Au D. 19, 1, 11, 6, Julien accorde l'*actio empti* pour récupérer des arrhes en cas de résolution par *contrarius consensus* ou autre cause d'un contrat de vente parfait, et Ulpian y rajoute la *condictio sine causa*. WESTPHAL, *op. cit.*, et É. JAGEMANN, *op. cit.* soutiennent malgré ce fragment que seule l'*actio empti* sert à récupérer les arrhes du contrat de vente annulé par *mutuus dissensus*, la *condictio sine causa* étant réservée aux cas de nullité, de *lex commissoria*, ou d'exécution du contrat principal de vente.

144) CJ. 5, 1, 3.

pas si une telle nullité était provoquée de mauvaise foi par une des parties désireuse de se soustraire à la vente. Dans ce cas la peine des arrhes serait appliquée au responsable, à moins que la partie lésée ne préfère forcer à exécution.

Un autre cas qui soulèverait le problème de la restitution des arrhes serait celui d'une clause temporaire de dédit sans indemnité, le tout affectant soit le *pactum arrhale*, soit la vente projetée. L'incompatibilité de cette stipulation avec le pacte d'arrhes est réglée par l'antériorité de la conclusion d'un pacte par rapport à l'autre. Le second censé annuler le premier reçoit seul effet. Notre hypothèse implique donc que la stipulation de dédit ait été prise après le pacte d'arrhes qu'elle annule par *mutuus dissensus*.

Une action réelle issue du contrat d'arrhes afin de récupérer celles-ci est exclue pour cause de non transmission de propriété à l'*accipiens* de la somme remise par le *tradens*. Une action personnelle du contrat de vente est aussi impensable car celui-ci n'est pas un contrat parfait. Ce serait par l'action du pacte d'arrhes évoquée que le *tradens* en réclamerait la restitution, comme en droit grec (145).

145) C.P.R. 19, 21 (= MITTEIS-WILCKEN, *Chrest.* 69) de 330 ap. J.-C. ; P. Oxy. 140, 28 de 550 ap. J.-C. Voir F. PRINGSHEIM, p. 405 et 408. La solution est évidemment différente en droit romain, J. CUJAS, *Opera quae de jure fecit et edi voluit*, 4, éd. P. ALBERT et A. PERNET (4 tom. en 1 vol.), Genève 1609, *Observationum et emendationum* (28 livres), lib. 11, cap. 17, p. 263 ; et in *Opera omnia in decem tomos distributa*, éd. C.A. FABROT, tom. 3, *Operum priorum quae de jure fecit sive Observationum libri 28*, Paris 1658, lib. 11, cap. 17, p. 334 : *Repetuntur autem arrae actione ex empto, vel condictione sine causa, non vindicantur...*

SOUS-CHAPITRE 3 : CONDITIONS DE VALIDITÉ DU PACTE D'ARRHES.

Le pacte d'arrhes comportant des obligations pénales en cas de non exécution de la vente, il importe que les parties à ce futur contrat en aient défini au préalable toutes les conditions. Un avant-projet détaillé, voire le projet définitif, sans effet obligatoire, devait être conclu entre elles dans un document indépendant (146), ou dans l'ὁμολογία ἀρραβῶνος elle-même (147).

Le projet de vente ou le pacte d'arrhes lui-même devait indiquer la date à laquelle la vente projetée devrait avoir lieu. A défaut d'une telle indication, certains manuscrits grecs fixent un délai maximum qui peut être réduit à la demande du *tradens* (148), d'autres stipulent un délai d'un mois (149).

Pactum arrale quod datione arrarum sumpsit effectum... ideoque ex eo datur actio personalis non realis, sicut ex venditione.

146) *P. Cair. Zen.* 59446 (III^e s. av. J.-C.); *P. Lond.* 3, p. 142 n° 1229, de 145 ap. J.-C. nous donnent des exemples de tels *chirographes*, *apographes* ou *diagraphes* grecs. Voir F. PRINGSHEIM, p. 397.

147) *P. Flor.* 24, 24, du 2^e s. ap. J.-C. ; *P. Mich.* 2, 121, de 42 ap. J.-C. ; *P. Lond.* 3, p. 142 n° 1229, de 145 ap. J.-C. ; *P. Lond.* 2, p. 211 n° 334, de 166 ap. J.-C. ; *B.G.U.* 240, de 168 ap. J.-C.; *B.G.U.* 446, de 169 ap. J.-C. ; *Stud. Pal.* 22, 42, de 185 ap. J.-C. Voir F. PRINGSHEIM, p. 402.

148) *B.G.U.* 446 ; *P. Lond.* 2, p. 211. Voir F. PRINGSHEIM, p. 350, 401 et F. WIEACKER, *Lex commissoria*, p. 101.

149) *P. Mich.* 2, 121 ; à un mois et demi : *B.G.U.* 1127 et 1129. Le *Cod. Euric.* c. 297 et la *Lex Wisig.* 5, 4, 6, parlent de *dies constitutus*.

En cas de silence du pacte d'arrhes sur sa durée de validité, il y aurait lieu de rechercher la commune intention des parties ou de déterminer un délai raisonnable. Le papyrus *C.P.R.* 19 de 330 ap. J.-C. contient une demande de détermination judiciaire du délai, solution que l'on peut étendre aux arrhes arabes.

Sans définir le pacte d'arrhes comme un contrat fiduciaire, on note que la bonne foi est une condition essentielle dans la formation et l'exécution à la fois du pacte d'arrhes et de la vente qui en dépend. On le retrouve aussi bien en droit romain qu'arabe dans la faculté bilatérale de dédit moyennant un prix similaire pour les deux parties. Si la condition d'*in diem addictio*, la "Besserangebotsklausel", défaillait par exemple à cause de manoeuvres frauduleuses du *tradens* empêchant l'*accipiens* de bénéficier de la meilleure offre d'un tiers, l'*accipiens* pourrait refuser d'exécuter la vente et conserver les arrhes.

SOUS-CHAPITRE 4 : LES EFFETS DU PACTE D'ARRHES.

Section 1 : Droits des parties en cas d'inexécution de la vente.

L'inexécution de la vente peut être le fait du vendeur préférant conserver la chose ou la vendre à un tiers, ou le fait de l'acquéreur éventuel ne désirant plus obtenir la propriété du bien. Il faut distinguer selon que des arrhes ou un acompte ont été versés.

§ 1. *Droit du vendeur sur les arrhes versées en cas de non paiement du prix par l'acquéreur.*

Le problème du sort des arrhes en cas de *lex commissoria*, non seulement *legem dicere suae rei*, mais encore *lex tacita*, présumée, permettant au vendeur impayé de se considérer délié du contrat principal pour non exécution par son cocontractant, ne se pose pas en droit arabe, où le versement des arrhes n'accompagne pas une vente consensuellement parfaite, la rencontre des volontés n'ayant aucun effet réel. Si les textes arabes sont à l'évidence muets à ce propos, il n'est pas inutile de rappeler la solution romaine.

En droit romain, le retrait par l'acheteur de la vente conclue avec dation d'arrhes est assimilé à son refus de paiement dans les temps impartis. Ainsi, les arrhes romaines même non pénales sont perdues au détriment du *tradens* inexécutant, sans qu'il soit besoin d'une clause particulière⁽¹⁵⁰⁾. Quand les arrhes ont seulement une fonction probatoire ou confirmatoire, la *lex commissoria* garantit l'exécution par l'acheteur du contrat parfait de vente en leur donnant un rôle dissuasif sous menace de *perdere arrham*. Le vendeur peut préférer forcer à l'exécution de la vente (D. 18, 3, 4, 2) et peut s'être réservé la liberté de demander des dommages-intérêts complémentaires, la peine des arrhes étant insuffisante (D. 18, 3, 4, 3). Cette solution a été

150) D. 18, 3, 6; 8 et CJ. 4, 54, 1 (216 ap. J.-C.); Bas. 19, 3, 6.

reprise par les coutumes françaises (151) ainsi que par les pays de droit écrit (152).

§ 2. *Sort de l'acompte en cas de non paiement du prix.*

La *lex commissoria* suppose que le contrat de vente soit arrivé à perfection, or le contrat arabe ne l'est qu'en cas de paiement au moins d'une partie du prix. La *lex commissoria* ne peut donc jamais être stipulée, ou présente légalement, en même temps qu'un contrat d'arrhes en droit arabe. La question serait donc celle du sort de l'acompte. Celui-ci, comme en droit grec, peut d'ailleurs être d'anciennes arrhes, dont le contrat a été nové en contrat de vente rendu parfait par leur transformation contractuelle en paiement d'une partie du prix.

Le vendeur a le choix, la vente étant parfaite par la remise de l'acompte. Il peut préférer trouver un autre acquéreur plus solvable. Il conserve alors l'avance du *tradens* refusant de verser le reliquat du prix sans qu'il y ait faute du vendeur qui l'empêcherait d'accomplir sa propre prestation (153), sous réserve de dommages-intérêts supplémentaires si le montant de la somme ne couvre pas le préjudice subi par le vendeur. Le vendeur peut préférer forcer l'acquéreur à prendre livraison et à payer la chose. Dans le silence de la loi arabe on peut croire que

151) Sens, art. 256; Auxerre, art. 141; Châlons, art. 268; Rheims, art. 400; Laon, art. 278; Bar, art. 197.

152) Arrêt du parlement d'Aix du 12 juin 1645.

153) D. 19, 1, 5, 1 et D. 18, 3, 4, 4 *in fine* sur la *compensatio culpa*.

l'acompte serait perdu sans compensation par l'acquéreur éventuel, même si la chose lui avait été remise par le vendeur et qu'il ait eu des frais d'entretien la concernant.

L'acompte romain serait dans ce cas perdu pour l'acheteur, mais selon l'équité Paul et Neratius pensent qu'il pourrait en contrepartie garder les fruits de la chose qu'il a exploitée et dont il perd la propriété (D. 18, 3, 4, 1), alors qu'Ariston est d'un avis contraire (D. 18, 3, 5).

§ 3. *Sort de l'acompte en cas de refus de délivrance par le vendeur.*

Le vendeur arabe qui a reçu un acompte et qui refuserait de remettre la chose doit une indemnité indéterminée couvrant le préjudice subi par l'acquéreur, à moins que l'acheteur ne préfère le forcer à exécuter la vente, la demande de remboursement de l'acompte n'étant qu'*in facultate satisfactionis* pour l'acquéreur propriétaire *ex tunc* de la chose.

La *lex commissoria* romaine ne prévoyant aucune peine pour le vendeur inexécutant (D. 18, 3, 2 ; 3 ; 4, 2), si ce n'est l'exécution forcée de la vente, celui-ci ne doit rembourser le double des arrhes qu'en cas de *pactum arrhale* joint.

§ 4. *Comparaison avec l'acompte grec.*

En droit grec, le paiement d'un acompte (opération désignée parfois par παραχώρησις ou πρᾶσις) ne donnerait, selon

F. PRINGSHEIM (154), se basant sur sa propre traduction de certaines sources (155), aucun droit légal à ou sur la chose à celui qui désire l'acquérir. Une telle créance ne pourrait naître que du paiement complet du prix. Les parties pourraient se retirer de cet accord sans effet réel, le vendeur ne voulant plus vendre se contentant de restituer l'acompte, l'acquéreur ne désirant plus acheter en réclamant le remboursement amiable tout en sachant qu'une action judiciaire pour le récupérer serait vaine, cette somme indemnisant le vendeur de sa déception. Une clause pénale rajoutée à ce paiement lui donnerait la fonction d'arrhes. Un courant orientaliste divergent (156), invoquant d'autres papyrus (157), estime par contre qu'un paiement partiel (souvent masqué derrière un reçu fictif, ἀπέχειν) équivaut à un paiement comptant, et reste conforme au "Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit" pour parfaire la vente.

154) P. 378 et 394.

155) B.G.U. 1127 ; P. Ryl. 2, 164; et 11 autres textes invoqués p. 378 n. 7.

156) F. WIEACKER, *Lex commissoria*, p. 161; L. MITTEIS, *Grundzüge u. Chrestomathie der Papyruskunde*, Leipzig - Berlin 1912, p. 175 ; E. LEVY, "Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs", *Symbol. Frib. i. ho. O. Lenel*, Leipzig 1934, p. 137, rééd. in *Gesammelte Schriften*, Cologne 1963, p. 282 ; H.J. WOLFF, "Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts", *ZSS roman. Abt.* 74, 1957, p. 29.

157) B.G.U. 1127 ; 1129 et P.S.B. 5315.

§ 5. *Distinction entre les arrhes et le prix de l'immobilisation dans la promesse unilatérale de vente.*

En droit grec, les arrhes doivent être distinguées non seulement de l'acompte, mais aussi du prix de l'option interdisant de céder la chose à un tiers pendant un temps déterminé, προσβολή, c'est-à-dire de l'indemnité forfaitairement consentie pour prix de l'immobilisation de la chose durant le temps de validité de la promesse unilatérale de vente. Cette promesse unilatérale de vente, ἐκχωρεῖν, rendant la chose indisponible temporairement n'entraîne pour le bénéficiaire de l'option aucune obligation d'acheter. Seul le contrat accessoire de promesse est accepté, lequel contient une réserve de dédit affectant le contrat principal de vente. Si l'acquéreur éventuel ne lève pas l'option, il perd le prix de celle-ci. Si le promettant cède la chose à un tiers, il doit non seulement rembourser le prix perçu pour l'immobilisation, mais verser au cocontractant une indemnité différente de celle du double des arrhes, pouvant dépasser le prix de la chose, et fixée forfaitairement sous forme de clause pénale, ou laissée à l'appréciation des juges. Certaines sources mentionnent ainsi des indemnités forfaitaires des deux tiers du prix de la chose (158).

E. LEVY (159) déduit de ces mêmes papyrus que le bénéficiaire de l'option a un *ius ad rem* l'autorisant à réclamer l'exécution forcée de la vente tant que la chose est encore entre les

158) *U.P.Z.* 67 de 152 av. J.-C. et *P.S.I.* 382 de 248 av. J.-C.

159) "Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs", *Symb. Frib. i. ho. O. Lenel*, p. 136.

main du promettant. Cette interprétation est combattue par F. PRINGSHEIM (160) refusant tout *ius ad rem* sans paiement du prix.

On peut imaginer dans le silence des textes que de telles promesses de vente moyennant indemnité d'immobilisation seraient licites en droit syro-arabe, en n'octroyant évidemment aucun *ius ad rem* à l'acquéreur potestatif puisque la somme versée n'est pas un acompte sur le prix, mais la contrepartie de l'indisponibilité temporaire de la chose.

Section 2 : Effet des arrhes sur les autres pactes adjoints à la vente.

I. L'*IN DIEM ADDICTIO* LÉGALE DU DROIT SYRO-ARABE.

La vente arabe sans paiement du prix ou d'un acompte étant affectée légalement d'une *in diem addictio* suspensive décrite au Ar. 20, le versement des arrhes empêche le vendeur d'user impunément de son droit légal de dédit au profit d'un autre acheteur offrant un meilleur prix. Le maintien d'un tel droit supprimerait toute réciprocité équilibrée dans les rapports entre parties : le vendeur se dédisant pourrait toujours s'emparer indûment des arrhes versées par l'acheteur, ou ne serait jamais condamné à la *poena dupli*.

La peine des arrhes renforce donc le contrat de vente syro-romain en devenant en fixant au préalable l'indemnité due au

160) P. 406.

tradens par l'*accipiens* s'il voulait user de son droit légal de dédit. L'acompte sur le prix n'aurait pas cet effet, le vendeur ne pouvant être condamné, dans le silence de la loi arabe, au choix de l'acheteur, qu'à exécution ou restitution du paiement partiel du prix, assortie d'indemnité, et non à la peine du double, sauf clause contraire.

En droit grec, si le vendeur dispose d'un droit conventionnel d'*in diem addictio*, il peut selon F. PRINGSHEIM (161), interprétant *U.P.Z.* 67 de 152 av. J.-C., en user librement sans pénalité, ne devant que rembourser les arrhes au *tradens*. L'*in diem addictio* étant strictement conventionnelle en droit grec, au même titre que le pacte d'arrhes dont elle supprime certains des effets principaux, on peut croire, au contraire de l'helléniste allemand, que leur incompatibilité les annule mutuellement ou présume la résolution du pacte conclu le premier.

II. LA CONJONCTION DES ARRHES ET D'UN *PACTUM DISPLICENTIAE*.

En cas de *pactum displicentiae*, qui serait joint à une dation d'arrhes, se pose le problème de la restitution de celles-ci à l'acheteur qui se retirerait en usant de son droit conventionnel de dédit. Les présents textes arabes sur les arrhes étant supplétifs, la convention des parties peut stipuler que le retrait de l'acquéreur éventuel, au contraire de celui du vendeur, pourrait s'effectuer sans indemnité et que dans tous les cas les sommes versées devraient lui être restituées. On notera évidemment que le

161) P. 406.

Pour que cet effet de conservation des arrhes ou de versement de leur double en contrepartie du retard ou de la faute dans l'exécution de la vente puisse être obtenu, il faudrait que le contrat de vente arabe soit déjà parfait et comportât une clause pénale prévoyant cette peine, laquelle ne peut pas être introduite par les arrhes sanctionnant justement l'imperfection du contrat principal.

Section 4 : L'action en paiement du double des arrhes versées.

C'est par une action légale basée sur les constitutions citées et s'appliquant au contrat d'arrhes que l'acheteur arabe réclamerait le versement du double des arrhes qu'il a remises. En droit romain, c'est par une *actio empti*, par celle du contrat de vente parfait avec *lex commissoria* (165). On peut rapprocher l'action légale arabe de la *condictio ex lege* qui permettrait de récupérer des arrhes versées en cas de contrat de vente principal imparfait (166). Cette action est transmissible (167).

165) CJ. 4, 49, 3 (Dioclétien 290 ap. J.-C.).

166) D. 13, 2.

167) CJ. 5, 1, 3 ; Bas. 28, 2 (à propos de l'*arrha sponsalicia*), *P. Lond.* 2, p. 204 n° 143, de 97 ap. J.-C., nous donne un exemple d'action de *poena dupli*.