

# **L'option de séance et l'*in diem* *addictio* légales dans le droit syro- romain arabe de la vente**

par Hervé TROFIMOFF

(*Maître de Conférences à l'Université du Havre*)

## **INTRODUCTION**

Les polémiques les plus vives ont concerné le coutumier syro-romain et ses différentes versions. La date, l'originalité des différents manuscrits constitutifs, la portée géographique, le rôle et la nature juridiques de cette compilation de constitutions byzantines ont opposé les orientalistes.

DATATION DU COUTUMIER SYRO-ROMAIN ET DE SA VERSION ARABE

Si l'accord se fait (1) pour reconnaître que les textes syriaques furent traduits d'un unique original grec par les cercles jacobites d'Édesse (2), ou de Hierapolis la syrienne (3), certains considèrent que la version arabe, la *vulgata*, selon l'expression d'A. D'EMILIA (4) aurait la même origine (5), alors que d'autres n'y voient que la traduction de seconde main d'une version syriaque (6).

1) K.G. BRUNS et E. SACHAU, *Syrisch-römisches Rechtsbuch aus dem fünften Jahrhundert*, Leipzig 1880, rééd. Aalen 1961, p. 153, 174 ; E. SACHAU, *Syrische Rechtsbücher. Leges Constantini Theodosii Leonis, aus d. römischen Handschrift hrsg.* tom. 1, Berlin 1907 ; W. SELB, "Die Aufnahme des syrisch-römischen Rechtsbuches in den Kreis der nestorianischen Rechtsquellen", *Festschrift für Erwin Seidl*, Cologne 1975, p. 164, 165 ; *Zur Bedeutung des syrisch-römischen Rechtsbuches*, Munich 1974, p. 261 ; A. DIETRICH, compte rendu de W. Selb, "Zur Bedeutung ...", *ZSS roman. Abt.*, 83, 1966, p. 513.

2) Thèse de W. SELB, "Die Aufnahme ...", p. 164-165.

3) Thèse de K.G. BRUNS et E. SACHAU, p. 153.

4) *La compravendita nel capitolo 33 del nomocanone di Ibn al-<sup>c</sup>Assâl*, Milan 1938, p. 9. L'auteur se base sur le peu de valeur littéraire de la version arabe comparée aux grands textes islamiques. Même constat chez K.G. BRUNS et E. SACHAU, p. 161.

5) A. DIETRICH, compte rendu de W. Selb, p. 513.

6) E. SEIDL, "Syrisch-römisches Rechtsbuch", *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft Pauly-Wissowa*, 4A, Stuttgart 1893-1963, col. 1785 ; W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung an den Konsensualkauf im syrisch-römischen Rechtsbuch", *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 28, Rome 1962, p. 41, 49, 53 ; C.A. NALLINO, "Gli Studi di E. Carusi sui Diritti Orientali", *Rivista degli Studi Orientali*, 9, Rome 1921-1923, p. 86, 88 ; "A proposito di alcuni studi sui diritti orientali", *Raccolta di scritti editi e inediti*, 4, Rome 1942, p. 129, 130, 131 ; "Sul libro siro-romano e sul presunto diritto siriano", *Raccolta di scritti editi e inediti*, 4, Rome 1942, p. 513, et *Studi in onore di*

Les époques les plus diverses ont été proposées pour ces différentes sources. Le texte grec de base a été daté aussi bien du 4<sup>e</sup> siècle ap. J.-C. (7), que du 5<sup>e</sup> siècle (8). Les versions syriaques des 5<sup>e</sup>-6<sup>e</sup> (9), 7<sup>e</sup> siècle (10), voire 8<sup>e</sup> siècle ap. J.-C. (11). Si on reconnaît volontiers que la version arabe serait

*P. Bonfante*, 1, Milan 1930, p. 203 ; L. MITTEIS, "Über drei neue Handschriften des syrisch-römischen Rechtsbuchs", *Abhandlungen der königlichen Preußischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin*, Berlin 1905, p. 16.

7) L. MITTEIS, "Über drei neue Handschriften ...", *Abh. d. Kgl. Preuß. Akad. d. Wiss. zu Berlin*, Berlin 1905, p. 23, 30.

8) K.G. BRUNS et E. SACHAU, *Syrisch-römisches Rechtsbuch aus dem fünften Jahrhundert*, p. 153, 154 ; W. SELB, *Zur Bedeutung des syrisch-römischen Rechtsbuches*, Munich 1974, p. 261 ; "Die Aufnahme des syrisch-römischen Rechtsbuches in den Kreis der nestorianischen Rechtsquellen", *Festschrift für Erwin Seidl*, Cologne 1975, p. 165 ; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, 2, Munich 1975, p. 49.

9) K.G. BRUNS et E. SACHAU, p. 153, 154, 155, 164, 166 ; A. VÖÖBUS, "Die Entdeckung neuer wichtiger Quellen für das Syrisch-römische Rechtsbuch", *ZSS roman. Abt.*, 89, 1972, p. 349 ; W. BAARS et P.A.H. DE BOER, "Ein neugefundenes Fragment des Syrisch-römischen Rechtsbuches", *Symbolae Iuridicae et Historicae Martino David dedicatae*, 1, Leyde 1968, p. 45 n. 3 ; A. DIETRICH, compte rendu de W. Selb, "Zur Bedeutung des Syrisch-römischen Rechtsbuches", *ZSS roman. Abt.*, 83, 1966, p. 513.

10) W. SELB, "Die Aufnahme ...", p. 164-165.

11) E. LEVY, compte rendu de C.A. Nallino, "Sul libro siro-romano e sul presunto diritto siriano", *ZSS roman. Abt.*, 51, 1931, p. 550 ; C.A. NALLINO, "Sul libro siro-romano e sul presunto diritto siriano", *Raccolta di scritti editi e inediti*, 4, Rome 1942, p. 513, 548-550 ; et *Studi in onore di P. Bonfante*, 1, Milan 1930, p. 203, 234, 244.

plus tardive, les dates les plus opposées entre le 8<sup>e</sup> siècle et le 12<sup>e</sup> siècle lui ont été attribuées (12).

#### LA NATURE DU DROIT SYRO-ROMAIN

Les interrogations sur le contenu du coutumier qui représenterait un droit oriental *sui generis* (13), un droit syrien hybride, syrisches Landrecht (14), le droit bas-impérial vulgaire

---

12) A. DIETRICH, compte rendu de W. Selb, p. 513 propose une période allant du 8<sup>e</sup> au 10<sup>e</sup> siècle ; E. SACHAU et K.G. BRUNS, p. 160, 164, 165, 166, prolongent l'indétermination jusqu'au 12<sup>e</sup> siècle ; W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung", p. 58, 60 n. 99 pense au 10<sup>e</sup> siècle ; A. D'EMILIA, *La compravendita nel capitolo 33 del nomocanone di Ibn al-<sup>c</sup>Assâl*, Milan 1938, croit en la fin du 11<sup>e</sup> siècle ; C.A. NALLINO, "Gli Studi di E. Carusi sui Diritti Orientali", *Rivista degli Studi Orientali*, 9, Rome 1921-1923, p. 86 ; "A proposito di alcuni studi sui diritti orientali", *Raccolta di scritti editi e inediti*, 4, Rome 1942, p. 129 et L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig, 1891, rééd. Hildesheim 1963, p. 544, l'estiment au 12<sup>e</sup> siècle.

13) D.H. MÜLLER, "Das syrisch-römische Rechtsbuch und Hammurabi", *Wiener Zeitschrift für die Kunde des Morgenlandes*, 19, Vienne 1906, p. 193 ; V. APTOWITZER, "Die Syrischen Rechtsbücher und das mosaistalmudische Recht", *Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaften in Wien, Philosoph.-Hist. Klasse*, 163, 5, Vienne 1909 ; E. CARUSI, "Sul frammento L. 38 del libro di diritto siro-romano. Saggio di un metodo di esegesi comparativa in diritto romano ed orientale", *Bullettino dell'Istituto di Diritto romano*, 28, 1916, p. 261, 302-303, thèse combattue vivement par C.A. NALLINO, "A proposito di alcuni studi sui diritti orientali", *Raccolta di scritti editi e inediti*, Rome 1942, p. 103-111 ; P. KOSCHAKER, *Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis, Königs von Babylonien*, Leipzig 1917, p. 56.

14) E. CARUSI, *l. c.* a soutenu cette thèse conjointement avec la précédente ; C. VISMARA, "La donazione nuziale nel diritto ebraico e nelle fonti cristiane in relazione al diritto romano postclassico", *Cristianesimo e diritto romano*, Milan 1935, p. 389.



de Rome (15), un droit provincial romain en usage dans la région, "lokales Volksrecht" (16), ces législations étant soit exclusives les unes des autres, soit intrinsèquement mêlées, ne concernent pas directement la version arabe qui présente suffisamment d'originalités par rapport aux textes syriaques pour en être considérée comme largement indépendante.

A. DIETRICH (17), observant avec beaucoup de perspicacité que des manuscrits arabes islamiques du 10<sup>e</sup> siècle portent malgré la richesse doctrinale du droit musulman encore la trace de coutumes antérieures à l'Hégire, compare cette situation avec celle de l'époque byzantine où un "Vulgarrecht", un "Volksrecht"

---

15) C.A. NALLINO, "Sul libro siro-romano e sul presunto diritto siriano", *Studi in onore di P. Bonfante*, 1, Milan 1930, p. 205 ; E. VOLTERRA, "Un ipotesi intorno all'originale greco del libro siro-romano di diritto", *Rendiconti della Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche dell'Accademia dei Lincei*, ser. 8, vol. 8, Rome 1953, p. 23 ; *Diritto romano e diritti orientali*, Bologne 1937, p. 51 ; W. SELB, *Zur Bedeutung des syrisch-römischen Rechtsbuches*, Munich 1964, p. 260 ; "Probleme des Systems und des Systemvergleichs im Syrisch-römischen Rechtsbuch", *ZSS roman. Abt.*, 79, 1962, p. 28 n. 3 ; "Das Problem rechtlicher Bindung an den Konsenskauf im syrisch-römischen Rechtsbuch", *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 28, Rome 1962, p. 27 ; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, 2, Munich 1975, p. 50, 188, 518 ; E. LEVY, compte rendu de C.A. Nallino, "Sul libro siro-romano e sul presunto diritto siriano", *ZSS roman. Abt.*, 51, 1931, p. 549 ; F. WIEACKER, compte rendu de W. Selb, "Zur Bedeutung des syrisch-römischen Rechtsbuches", *ZSS roman. Abt.*, 83, 1966, p. 504, 506, 507.

16) L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig, 1891 ; R. TAUBENSCHLAG, *Opera minora, Il diritto provinciale romano nel libro siro-romano*, 1, Varsovie 1959, p. 292. M. KASER, *op. cit.*, p. 50, 188 a soutenu cette thèse conjonctivement avec les idées déjà présentées.

17) "Zur gegenwärtigen Stand der juristischen Papyrusforschung, die arabischen Urkunden", *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 60, Stuttgart 1957, p. 214.

pour reprendre la terminologie mitteisienne (18), remplaçait les constitutions impériales dans la pratique juridique des sujets. Une telle constatation s'impose en ce qui concerne la place des lois arabes du coutumier syro-romain par rapport aux textes syriaques.

### LE DROIT CHRÉTIEN ARABE À L'ÉPOQUE ISLAMISTE

La datation du manuscrit arabe étant au moins postérieure d'un siècle à l'Hégire, les rapports de cette législation avec le droit romain doivent moins nous intéresser que ses rapports avec le droit musulman.

La très libérale règle islamique *li-kulli dînin huqûquHu* (*cujus religio eius lex*) a facilité le maintien et l'éclosion d'une abondante littérature arabe chrétienne dont la version arabe du coutumier syro-romain est un des exemples les plus caractéristiques. Cet humanisme musulman contraste fortement avec l'impérialisme chrétien, omniprésent dans l'introduction arabe aux *leges saeculares*, et prônant l'assujettissement des peuples colonisés au droit des "rois byzantins" (19). On ne peut qu'admirer ce

---

18) L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht ...*, Leipzig 1891, p. 3-6.

19) K.G. BRUNS et E. SACHAU, *Syrisch-römisches Rechtsbuch ...*, Leipzig 1880, rééd. Aalen 1961, p. 68, 69 : "*al-thîna wadha'û jamî'a al-sunani al-hasanati wa al-hudûda al-mahmûdata fî bilâdiHim wa hakamû biHâ 'alâ aHli tâ'atiHim*" (Ils [Constantin, Théodose et Léon] ont créé toutes ces bonnes lois et ces appréciables règles dans leur propre pays, et ils ont gouverné avec elles les autres pays soumis) ; "*Thumma InnaHu (Sayyidunâ wa IlâHumâ) bi-tafaddhuli ni'matiHi waHaba li-mulûki al-nasârâ al-mutamlikîna bi-al-Rûmi wa habâHum bi-ma'Rifati al-Imâni bi-Hi wa 'abdada laHum al-chu'ûba wa akhdha'aHum laHum fa-dabbaRû umûRaHum*

libéralisme musulman qui sut ne pas censurer cette oeuvre, objectivement inférieure en qualité à son *fiqh*, et préserver sans doute avec un certain humour ses déclarations prosélytistes enflammées.

La version arabe, en usage didactique et pratique auprès des juridictions chrétiennes coptes monophysites de l'*episcopalis audientia* (20) égyptienne (21) reflète, bien plus que les autres manuscrits syriaques inféodés au droit romain, des habitudes juridiques propres aux nations moyen-orientales. Ceci implique qu'elle puisse, s'étendant au-delà de l'Égypte sa patrie spirituelle, toucher aussi bien les populations chrétiennes dont l'arabe est la langue liturgique comme les Melchites ou Mardaïtes, que celles plus nombreuses encore, ignorantes de l'araméen, et dont l'arabe est la langue parlée.

Deux évêques écrivant en syriaque, le jacobite syrien BAR<sup>c</sup>EBRĀYĀ, ou BARHEBREON, BARHEBRAEUS (1226-1286)

*bitadbîri sunnati al-kanîsati al-latîhiya 'atiyyatu al-LaHi subhânaHu* (Après il (Notre Seigneur et Dieu) dans sa grâce infinie a fait don de ses lumières aux rois des Chrétiens qui régnaient sur les Byzantins, et il les a éclairés par la connaissance de la foi, et il a rendu esclaves et leur a soumis les peuples. Alors ces rois ont dirigé les affaires de ces peuples d'après la tradition de l'Église, qui est un cadeau de Dieu le transcendant).

20) Thèse soutenue pour tout le coutumier par de nombreux orientalistes comme K.G. BRUNS et E. SACHAU, p. 173, 174 ; E. VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali*, Bologne 1937, p. 51 ; et contestée par C.A. NALLINO, "Sul libro siro-romano e sul presunto diritto siriano", *Studi in onore di P. Bonfante*, 1, Milan 1930, p. 236.

21) C.A. NALLINO, "A proposito di alcuni studi sui diritti orientali", *Raccolta di scritti editi e inediti*, Rome 1942, p. 112 ; K.G. BRUNS et E. SACHAU, *Syrisch-römisches Rechtsbuch ...*, Leipzig 1880, p. 160.

auteur d'un *Liber directionum* ou *Nomocanone* (22), et le nestorien EBED-JESHU ('ABDISO) BAR BRIKHA († 1318), métropolitain de Nizip en 1290 et auteur d'un *Tractatus* ou *Ordo Judiciorum Ecclesiasticorum* ou *Nomocanone* (23), recensant les codifications chrétiennes orientales, citent en bonne place notre coutumier (24).

#### QUELQUES TITRES DE LA LITTÉRATURE ARABO-CHRÉTIENNE

Nous devons rapprocher la version arabe des grands textes juridiques arabes chrétiens dont nous pouvons citer certains exemples.

Le *Nomocanone* dit aussi *Kitâb al-qawânin* ou *al-Majmû as's'afawî* (25) du copte égyptien as-Safî Abû al-Fadâ'il Ibn al-'Assâl du milieu du 13<sup>e</sup> siècle (26) est passablement influencé par

22) Éd. Mgr. Paolo BEDJAN, Rome 1898 ; K.G. BRUNS et E. SACHAU, p. 177.

23) K.G. BRUNS et E. SACHAU, p. 175-176 ; W. SELB, 'Abdisô' Bar Bahrîz, *Ordnung der Ehe und der Erbschaften sowie Entscheidung von Rechtsfällen*, Vienne 1970, p. 12.

24) Voir K.G. BRUNS et E. SACHAU, *Syrisch-römisches Rechtsbuch ...*, Leipzig 1880, p. 175, 178 ; A. VOÛBUS, "New light on the textual history of the syro-roman law book", *Labeo* 19, Naples 1973, p. 158 ; C.A. NALLINO, "A proposito di alcuni studi sui diritti orientali", *Raccolta di scritti editi e inediti*, 4, Rome 1942, p. 154, 177, 180 ; "Il diritto musulmano nel nomocanone siriano cristiano di Barhebreo", *Rivista degli studi orientali di Roma*, 9, p. 512-580.

25) Nombreuses éditions égyptiennes, dont Le Caire 1927, rééd. en cours à Beyrouth.

26) K.G. BRUNS et E. SACHAU, p. 179 ; C.A. NALLINO, "A proposito di alcuni studi sui diritti orientali", *Raccolta di scritti editi e inediti*, 4, Rome 1942, p. 113, 179 ; "Ancora il libro siro-romano di diritto

les grands *fuqaha* malikites dont il n'atteint pas et de loin le génie juridique. Ce recueil contient en outre une intéressante traduction arabe de l'*Ecloga* byzantine de Léon III l'Isaurien de 726 ou 741 selon les auteurs (27), dont Ibn al-<sup>c</sup>Assâl nous apprend qu'elle avait force de loi auprès des chrétiens melchites de Syrie et d'Égypte (28). Cette version arabe de l'*Ecloga* prend de nombreuses libertés avec l'original grec en ce qui concerne le droit pénal et matrimonial (29), ce qui milite en faveur de la permanence d'un "arabisches Landrecht".

---

e Barhebreo", *Rivista degli Studi Orientali*, 10, Rome 1923-1925, p. 78 ; *Raccolta di scritti editi e inediti*, Rome 1942, p. 287 ; "L'uso del Prochiro nel Nomocanone d'Ibn al-<sup>c</sup>Assâl", *Raccolta di scritti editi e inediti*, Rome 1942, p. 362 ; A. D'EMILIA, *La compravendita nel capitolo 33 del nomocanone di Ibn al-<sup>c</sup>Assâl*, Milan 1938.

27) Nouvelle édition de L. BURGMAN, *Das Gesetzbuch Leon III. und Konstantinos V.*, coll. Forschungen zur byzantinischen Rechtsgeschichte, vol. 10, Francfort 1983.

28) "Kanones der Könige, die Ecloga bei den Kopten", *Rechtshistorisches Journal*, 2, Francfort 1983, p. 127-130, brillant article signé modestement St. L. ; G.A. COSTANZO, "L'Ecloga araba nel Fetha Nagast e la sua prima versione in italiano", *Collana della Ricostruzione dell'Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 3<sup>e</sup> série, vol. 20, fasc. 3, Rome 1947, p. 8. Le *Fetha Nagast* est la traduction guèze du *Nomocanone* d'Ibn al-<sup>c</sup>Assâl.

29) St. L., "Kanones der Könige ...", p. 129.

Le *Titlusât*, c'est-à-dire la traduction arabe du *Prochiron legum* byzantin du 9<sup>e</sup> siècle (30), de même que le *Prochiron* (31) furent appliqués jusqu'au 14<sup>e</sup> siècle en Thessalonique comme le prouve l'*Hexabiblon* de Constantin Harmenopoulos (32), sa version arabe semble avoir été en usage au-delà des cercles Coptes d'Égypte et Melchites.

Les *Canones*, ou *Fiqh an-nasranija*, le "droit de la chrétienté", das "Recht der Christenheit" du moine nestorien Abû-al-Farag 'Abdallâh Ibn at-Taijib († 1043) (33), secrétaire du Patriarche Elias I auteur lui-même d'ouvrages en syriaque sur les successions et le droit matrimonial (34), reproduisent pour partie notre coutumier (35) et prouvent l'ancienneté et la diffusion de sa version arabe (36).

---

30) C.A. NALLINO, "Libri giuridici bizantini in versioni arabe cristiane dei sec. 12 e 13", *Rendiconti della Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche dell'Accademia dei Lincei*, vol. 6., vol. 1, fas. 3-4, Rome 1925, p. 2.

31) 'Ο πρόχειρος νόμος. *Imperatorum Basilii, Constantini et Leonis Prochiron. Codd. mss. nunc primum edidit, prolegomenis, annotationibus et indicibus instruxit* C.E. ZACHARIAE, Heidelberg 1837.

32) D'EMILIA, *La compravendita ...*, p. 10.

33) Ed. W. HÖNERBACH et O. SPIES, CSCO, vol. 161, 162, 167 et 168, *Scriptores arabici*, tom. 16-19, Louvain 1956-1957.

34) W. SELB, 'Abdîsô' ..., p. 13.

35) W. SELB, "Die Aufnahme des syrisch-römischen Rechtsbuches in den Kreis der nestorianischen Rechtsquellen", *Festschrift für Erwin Seidl*, Cologne 1975, p. 162.

36) K.G. BRUNS et E. SACHAU, p. 177 ; W. SELB, 'Abdîsô' ..., p. 12.

L'encyclopédie des *Canones Regum* en 4 tomes rassemble les constitutions impériales depuis l'époque du concile de Nicée jusqu'à l'Ecloga et le Prochiron, les résolutions de ce concile, la version arabe du coutumier syro-romain et autres, traduite en arabe par les cercles melchites (37). Ce corpus est cité par Gabriel ibn Tarîk, 70<sup>e</sup> patriarche d'Alexandrie de 1131 à 1145 (38).

Ces "Lois des rois" sont reproduites avec l'Éclogue arabe et la version arabe du coutumier ainsi que d'autres textes arabo-chrétiens dans le *Nomocanone* arabe encyclopédique du moine copte égyptien Macarius (Makarios) de la fin du 13<sup>e</sup> siècle (39).

---

37) K.G. BRUNS et E. SACHAU, p. 179 ; W. SELB, "Die Canonensammlungen der orientalischen Kirchen und das griechische Corpus canonum der Reichskirche", *Spec. juris et ecclesiarum. Festschrift für W. Plöchl zum 60. Geburtstag*, 1967, p. 371-383 ; "Die Aufnahme ...", p. 165 ; A. D'EMILIA, *op. cit.*, p. 8-9.

38) St. L., "Kanones der Könige ...", p. 129 ; G. GRAF, *Geschichte der christlichen arabischen Literatur*, 2, Vatican 1944-1953, p. 324 ; O.H.E. BURMESTER, "The laws of inheritance of Gabriel ibn Turaik", *Orientalia Christiana Periodica* 1, 1935, p. 315-327.

39) K.G. BRUNS et E. SACHAU, p. 179 ; St. L., "Kanones der Könige ...", p. 128.

## TITRE PREMIER

LES CONDITIONS DE LA PERFECTION DE  
LA VENTE EN DROIT ARAMÉEN

Les ambiguïtés et les contradictions apparentes des différentes lois syriaques relatives à la vente, L. 38, P. 18, P. 21, R1. 13, R2. 20, R3. 38, ont amené aux interprétations les plus diverses de ces sources. W. SELB (40) nous fournit l'état de ces différentes lectures qui peuvent être regroupées en plusieurs écoles de pensée.

CHAPITRE PREMIER: THÈSE DE LA PERFECTION DE  
LA VENTE PAR LA RENCONTRE DES CONSENTEMENTS

La thèse du "Konsensprinzip" est celle qui rencontre le plus de suffrages. Le transfert de propriété est effectué au profit de l'acquéreur par l'accord des volontés quand bien même le prix n'est pas payé ni la chose livrée (41).

---

40) "Das Problem rechtlicher Bindung ...", *SDHI*, 28, Rome 1962, p. 27-64.

41) K.G. BRUNS et E. SACHAU, *Syrisch-römisches Rechtsbuch ...*, Leipzig 1880, rééd. Aalen 1961, p. 203, 206 ; C. FERRINI, *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, tom. 2 *Auctores et Libri Syro-Romani*, 2<sup>e</sup> éd., Florence 1940, rééd. 1968, p. 770 ; L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, Leipzig 1891, p. 507 ; "Über drei neue Handschriften des syrisch-römischen Rechtsbuches", *Abh. d. Kgl. Preuß. Akad. d. Wiss. zu Berlin, Philos.-hist. Abt.*, 1, Berlin 1905, p. 56 ; J. GILSON, *L'étude du droit romain comparé aux autres droits de l'antiquité*, Paris 1899, p. 211 ; C.A. NALLINO, "Sul libro siro-romano e sul presunto diritto siriano", *Studi Bonfante*, 1, 203 et in *Raccolta di scritti editi e inediti*, 4, 513 ; "A proposito di alcuni studi sui diritti orientali", *Rivista degli Studi Orientali*, 9, Roma 1921-1923, p. 55 et in *Raccolta ...*, 4, p. 95 ; "Gli studi di



Les divergences d'interprétation ne concernent que les rôles secondaires, car sans influence sur le principe consensuel communément admis d'une éventuelle dation d'arrhes (42), de la rédaction d'une καταγραφή, et de l'évocation d'un *mutuus dissensus* précédant la vente à un tiers.

Pour certains les arrhes seraient uniquement confirmatoires de la vente conclue, donnant aux parties le choix entre l'exécution forcée de la vente ou le bénéfice de la pénalité stipulée (43). Pour d'autres elles sont en plus pénitentielles, *lex commissoria* autorisant les parties à se retirer pendant un certain temps d'un contrat formé sous condition résolutoire (44).

La καταγραφή a été parfois expliquée comme un document écrit par le vendeur constatant le refus de l'acheteur à donner suite à la vente. Il sert alors à appuyer une exécution forcée contre l'acquéreur récalcitrant ou à prévenir l'éviction du deuxième acquéreur en prouvant la renonciation du premier (45). Ce docu-

---

E. Carusi sui diritti orientali", *Riv. Stud. Or.*, 9, 1921-1923, p. 577 ; *Riv. Stud. Or.*, 10, 1925, p. 89 et 131 ; A. SEGRÈ, "Note sulla compravendita in diritto greco e romano", *Aegyptus*, 10, 1929, p. 240 ; W. SELB, "Das Problem Rechtlicher Bindung ...", p. 28, 40, 56 ; R. YARON "Syro-romana", *Iura* 17, 1966, p. 144.

42) C. FERRINI, *l. c.* élude la question en soutenant que des arrhes ne sont pas versées.

43) K.G. BRUNS et E. SACHAU, *l. c.* ; C.A. NALLINO, *l. c.* ; G. CORNIL, "Die Arrha im justinianischen Recht", *ZSS roman. Abt.*, 48, 1928, p. 74, 80.

44) W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung ...", p. 62.

45) K.G. BRUNS et E. SACHAU, p. 204 ; C. FERRINI, p. 770 ; L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, Leipzig 1891, p. 507 ; P. DE

ment a aussi été considéré comme mise en demeure précédant la consignation de l'objet et la saisie du prix (46), voire comme *instrumentum emptionis* constatant le transfert de propriété de la chose au profit de son acquéreur définitif, Kaufurkunde, Übereignungsakt (47).

Selon la majorité des exégètes (48), les versions syriaques évoqueraient aussi un *mutuus dissensus* entre le vendeur et l'acheteur initial, à la suite de la vente parfaite par la simple rencontre des consentements. Le vendeur préfère céder sa chose à un tiers en acceptant amiablement le retrait du premier acheteur au lieu de le poursuivre en paiement du prix. D'autres auteurs estiment au contraire (49) que les sources ne traitent que de l'exécution forcée de la vente par le vendeur sur l'acquéreur récalcitrant. On notera que si le droit romain n'admet pas le *contrarius dissensus* comme mode d'annulation du contrat de vente quand celui-ci a déjà reçu un commencement

FRANCISCI, "Ancora dei diritti orientali mediterranei", *Archivio Giuridico*, Modène, n° 88, p. 26 ; G. CORNIL, p. 51.

46) C.A. NALLINO, "A proposito di alcuni studi ...", p. 126, 128 ; thèse de L. MITTEIS ayant abandonné la précédente, "Über drei neue Handschriften des syrisch-römischen Rechtsbuches", *Abh. d. Kgl. Preuß. Akad. d. Wiss. zu Berlin, Philos. hist. Abt.*, 1, Berlin 1905, p. 56.

47) Thèse défendue conjonctivement avec la première par K.G. BRUNS et E. SACHAU, p. 204.

48) K.G. BRUNS et E. SACHAU, p. 204 ; W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung ...", p. 40 ; L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, Leipzig 1891, p. 507.

49) C.A. NALLINO, "A proposito di alcuni studi ...", p. 126, 128.

d'exécution (50), la vente syriaque ayant des effets à la fois obligatoires et réels ne pose aucune condition semblable.

## CHAPITRE 2: THÈSE DE LA PERFECTION DE LA VENTE PAR LE PAIEMENT DU PRIX ET LA TRADITION DE LA CHOSE

### Section 1: Le *ius poenitendi* des parties

E. CARUSI (51), L. MITTEIS, qui ensuite abandonna ce point de vue (52), et CALOGIROU (53), considèrent que les manuscrits araméens, dont L. 38, loin de représenter le "Konsenzprinzip" développent une forme de "kausales Traditionsprinzip". Les

50) D. 18, 5, 5, 1; D. 18, 5, 3; D. 2, 14, 7, 6; D. 2, 14, 27, 2; D. 2, 14, 58; D. 46, 3, 80; D. 50, 17, 35; CJ. 4, 45, 2 pr. (Dioclétien, 293 ap. J. -C.); Inst. 3, 29, 4. Voir R. KNÜTEL, *Contrarius consensus. Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht*, Köln - Graz 1968, p. 20.

51) E. CARUSI, "Sul frammento L. 38 del libro di diritto siro-romano", *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 28, Milan 1914-1916, p. 261; *Diritto e filologia*, Bologne 1925, p. 133; "Sull'Arrha della vendita in diritto giustiniano", *Studi in onore di Pietro Bonfante*, 4, Milan 1930, p. 510; sévère compte rendu de ces conceptions par C.A. NALLINO, "A proposito di alcuni studi sui diritti orientali", *Raccolta di scritti editi e inediti*, 4, Rome 1942, p. 126 et in "Gli studi di E. Carusi sui Diritti orientali", *Riv. Stud. Or.*, 9, Rome 1921-1923, p. 84.

52) Commentaire de CPR 1, 19 de 330 ap. J.-C. in *Corpus Papyrorum Raineri*, 1, n° 19, éd. WESSELY, p. 69; ce papyrus est aussi présenté dans L. MITTEIS et U. WILCKEN, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, Leipzig 1912, rééd. 1978, 2, 2, p. 76 n° 69. Exposé de la thèse de Mitteis par W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung ...", p. 44.

53) *Die Arrha im Vermögensrecht*, Leipzig 1911, p. 148; exposé par W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung ...", p. 45.

sources distingueraient le contrat de vente personnel aux effets seulement obligatoires, du contrat réel de transfert de propriété, d'"Eigentumsübereignung". Ce contrat translatif nécessiterait outre l'accord des volontés le paiement du prix et la remise de la chose, en vertu du "Surrogationsprinzip", *res succedit in locum pretii*. Le contrat de vente lui-même serait en apparence déséquilibré puisqu'il semble ne laisser d'obligation qu'à la charge du vendeur, l'acheteur qui n'a pas versé d'arrhes pouvant se délier de la vente sans engager sa responsabilité. S'il a versé des arrhes, il ne risque que leur perte, les arrhes ayant une fonction pénale de dissuasion de l'exercice du *ius poenitendi* (54). En cas d'exercice de son "Reuerecht" légal par l'acquéreur, le vendeur doit, avant de vendre à un tiers, rédiger une καταγραφή constatant, sous forme de péremption du délai de réflexion imparti, le retrait du premier intéressé. Les textes n'accordant pas formellement de *ius poenitendi* au vendeur (55), ces auteurs estiment que celui-ci est présumé par l'absence d'effet réel de la vente *solo consensu*. En cas de versement d'arrhes, le vendeur en devrait le double, en l'absence de ceux-ci, il devrait sans doute compenser le préjudice subi par l'acquéreur du fait de sa perte d'expectative.

---

54) E. CARUSI, "Sul frammento L. 38 ...", p. 304-305.

55) W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung ...", p. 35, 48, interprète la thèse d'E. Carusi en faveur d'un droit de retrait bilatéral.

## Section 2 : Le *ius ad rem* de l'acquéreur ayant versé des arrhes

Un fort courant orientaliste (56) défend une conception hellénistique de la vente syriaque. Sans le versement du prix, d'un acompte ou d'arrhes, la rencontre des consentements ne produit ni effet réel ni personnel, les deux parties pouvant revenir impunément sur leurs décisions. Le versement d'arrhes et son acceptation donnent par contre un *ius ad rem* à l'acquéreur et un *ius ad pretium* au vendeur. Le vendeur, s'il préfère éviter les coûts d'une procédure d'exécution forcée de la vente contre l'acquéreur insolvable, peut prendre acte de sa résolution unilatérale au moyen de la *καταγραφή*, puis procéder à une vente de remplacement, "Deckungskauf", au profit d'un tiers, sous réserve de la responsabilité du révoquant si la conservation des arrhes et le nouveau prix atteint ne compensaient pas le préjudice subi. En cas de désistement du vendeur, l'acquéreur pourrait obtenir l'exécution forcée de la vente si la chose n'avait pas encore été cédée à un tiers de bonne foi, ou préférer user de la

---

56) PAPPULIAS, *Geschichtliche Entwicklung der Arrha im Obligationenrecht*, Leipzig 1911, p. 79 ; J. PARTSCH, compte rendu de l'ouvrage de Pappulias in *Göttingische Gelehrte Anzeigen*, Göttingen 1911, p. 713, rééd. in *Aus nachgelassenen und kleineren Schriften*, Berlin 1931, p. 262 ; "Mitteilungen aus der Freiburger Papyrussammlung, Juristische Texte der römischen Zeit, 2", *Sitzber. Heidelb. Akad. Wiss., Phil.-Hist. Classe*, 10, Freiburg 1916, p. 18, n. 1 ; R. TAUBENSCHLAG, *Opera Minora*, tom. 1, Varsovie 1959, p. 307-308 ; G. CHALON-SECRETAN, *Les arrhes de la vente sous Justinien*, Paris 1954, p. 34 ; F. WIEACKER, *Lex commissoria, Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht*, Berlin 1932, p. 103 n. 2.

clause pénale de restitution des arrhes au double, voire engager la responsabilité du révocant si elle dépassait la peine stipulée.

J. PARTSCH (57) prit par la suite ses distances avec cette conception grecque de la vente, et défendit l'idée d'une influence romaine de la force obligatoire du consentement sur les textes syriaques concernant la vente simple, c'est-à-dire L. 38 al. 2. Les sources araméennes reflèteraient donc à la fois le droit grec des arrhes et le droit romain de la vente simple. L'auteur n'indiquant pas comment concilier ces deux conceptions contradictoires, on peut imaginer avec R. TAUBENSCHLAG (58) et W. SELB (59) que l'influence romaine est selon lui négligeable, plus intellectuelle que réelle.

### Section 3: Le consentement créateur d'un *debitum sine vinculum*

Il s'agit d'une radicalisation de la conception hellénistique de la vente syriaque. F. SCHUPFER (60) considère que sans le

---

57) "Die griechische Publizität der Grundstücksverträge im Ptolemäerrechte", *Festschrift für Otto Lenel zum 50-jährigen Doctor-Jubiläum, überreicht von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg i. Br.*, Leipzig 1921, rééd. Francfort 1987, p. 127, 140.

58) *Op. cit.*, p. 308.

59) "Das Problem rechtlicher Bindung ...", p. 46-47.

60) "Le contrattazioni nel diritto Siriaco-Romano", *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 59, Milan 1917, p. 143-179 ; rééd. in *Rendiconti della Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche dell'Accademia dei Lincei*, série 5, vol. 15, fasc. 5, Rome 1917. Exposé de cette thèse par W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung ...", p. 49-51.

versement d'arrhes les parties ne sont liées que par un *debitum sine vinculum*, une "Schuld ohne Haftung", et peuvent se retirer *ad libitum* de leurs engagements. La dation des arrhes est *in facultate solutionis*, étant entendu qu'*in obligatione* il n'y a toujours qu'un devoir moral. C'est dire que les parties ont toujours deux facultés, soit parfaire la vente, soit perdre ou éventuellement restituer au double les arrhes en se retirant de celle-ci. Seul le paiement du prix ou d'un acompte aurait un effet translatif de propriété, quoique l'on puisse noter une certaine évolution entre les différents textes syriaques, L. 38 al. 1 liant plus le vendeur acceptant les arrhes que L. 38 al. 2, P. 18, R2. 20, R3. 38.

La καταγραφή aurait une double fonction. En cas de retrait des pourparlers de vente sans versement d'arrhes il s'agit d'un document prouvant la renonciation de l'acquéreur et constatant la perfection de la vente au tiers après qu'il ait payé la chose et en ait reçu possession. En cas de dation d'arrhes, il s'agit d'une mise en demeure du *tradens* de prendre une décision d'acquisition ou de renonciation, et éventuellement de l'instrument d'un contrat de vente ferme si l'acquéreur l'exécutait en payant le prix complet.

### CHAPITRE 3: THÈSE DU SYNCRÉTISME DES VERSIONS SYRIAQUES

Les manuscrits araméens seraient une synthèse hardie de droit grec et de droit romain, idée déjà soutenue par J. PARTSCH.

### Section 1: Les arrhes pénales rendant la vente imparfaite

Un certain nombre d'orientalistes <sup>(61)</sup> soutiennent que les manuscrits syriaques défendraient la règle romaine de l'effet réel de la rencontre des consentements dans la vente sans arrhes, et au contraire celle grecque de la vente rendue imparfaite par le versement d'arrhes. Dans la vente avec arrhes la *καταγραφή* serait une *interpellatio* extrajudiciaire du vendeur demandant à l'acheteur s'il persévère toujours dans son intention d'acquisition.

### Section 2: Les arrhes translatives rendant la vente parfaite

D'autres auteurs considèrent au contraire que le simple accord des volontés, sous l'influence du droit grec, n'a aucun effet réel, mais que la vente devient parfaite quand l'acquéreur verse des arrhes, comme dans le droit romain de CJ. 4, 45, 2 de 293 ap. J.-C. Les arrhes ont alors un rôle à la fois translatif, et pénitentiel de *lex commissoria* présumée, puisque les parties pourront tout de même sortir de la vente parfaite en supportant la peine des arrhes <sup>(62)</sup>.

---

61) M. TALAMANCA, *L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*, Milan 1953, p. 125 ; "Arrha", in *Novissimo Digesto Italiano*, 1, 2, Turin 1958, p. 1001 ; M. MASSEI, "L'arra nella compravendita", *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 48, Milan 1941, p. 125.

62) F. SENN, "La dation des arrhes, histoire d'une sûreté réelle", *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger*, Paris 1913, p. 602 n. 2 ;



## TITRE II

## LA VENTE EN DROIT SYRO-ARABE

Trois textes essentiels vont retenir notre attention, Ar. 20, Ar. 97 et Ar. 126.

## CHAPITRE 1 : PRÉSENTATION ET PROBLÈMES DE TRADUCTION DE AR. 20

## Section 1 : Traduction proposée

Nous proposons la traduction suivante d'Ar. 20 : "Le 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 ne l'offre à son compagnon pour qu'il lui propose une surenchère. Quand par contre celui-ci refuse ces nouvelles propositions et ne veut plus acheter, alors le vendeur peut vendre la chose à qui il veut ; mais il doit être

---

B. FRESE, "Zur Lehre vom gräko-ägyptischen Kauf", *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 30, Stuttgart - Heidelberg 1913, p. 140.

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" (63).

## Section 2 : Versions subissant l'influence de L. 38

### I. EXPOSÉ DES TRADUCTIONS DE SACHAU ET NALLINO ET CRITIQUES SÉMANTIQUES

Le texte arabe, des plus ambigus, a été traduit par E. SACHAU (64) dans le sens d'une obligation faite au vendeur de

---

63) "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 bithâlika thumma IftaRaQou min rayRi an yadfa'A al-muchtaRi ilâ al-bâl'I 'OuRbunan wa lâ nâQadaHu al-thamana aw ba'dhaHu wa lam yakun akthaRa mina al-muwâfaQati wa al-taRâdhi fa-Inna sunnatanâ ta'muRu allâ yabiA thâlika al-chayA min Rajulin âkhaRa hattâ ya'RudhaHu 'alâ sâhibiHi al-lathî sâwamaHu fa-yabi'aHu minHu fa-In Huwa IstaQâla wa lam yuRid al-chaRiya fa-hînalthin yabi'U chayyaHu liman ahabba wa lakin yakunu baynaHum kitâbun yukhbiRu fiHi al-bal'U bi-mâ kâna baynaHu wa bayna al-muchtaRi al-awwad wa bi-al-lathî tawâfaQâ 'alayHi mina al-thamani thumma yaqbidhu mina al-muchtaRi wa yadfa'U IlayHi chayyaHu 'alâ Ru'ûsi al-chuHûdi".

64) K.G. BRUNS et E. SACHAU, *Syrisch-römisches Rechtsbuch* ..., Leipzig 1880, rééd. Aalen 1961, p. 84 : "Wenn zwischen 2 Männern ein Handel stattfindet, oder der Ankauf von einer Wohnung oder von einem Tier oder Stück Land oder von einem anderen Kaufsobject, und sie einigen sich über einen bestimmten Preis und sind damit einverstanden, wenn sie dann sich trennen, ohne daß der Käufer dem Verkäufer eine Arrha gibt, noch auch den Barbetrag des Preises oder einen Teil desselben, wenn nichts weiter geschehen ist, als die Vereinbarung und Abmachung, dann heißt unser Gesetz den Verkäufer diese Sache nicht früher einem anderen zu verkaufen, als bis er sie nochmals seinem Kunden angetragen, mit dem er gehandelt, um sie ihm zu verkaufen. Wenn dieser aber den Handel rückgängig zu machen wünscht

proposer sa chose au premier acquéreur aux mêmes conditions que celles sur lesquelles ils étaient initialement tous les deux tombés d'accord, avant que de pouvoir donner suite aux autres propositions émanant du tiers.

Cette interprétation est approuvée dans ses grandes lignes par le grand arabisant C.A. NALLINO (65), qui se laisse emporter dans sa traduction par sa conception aprioriste (66) ne voyant dans le texte arabe qu'une paraphrase des manuscrits syriaques P., R1. et R2. Selon l'auteur, Ar. 20 ne reprendrait que la seconde hypothèse de L. 38, celle de l'absence d'arrhes. Le

---

und den Kauf nicht will, dann verkauft er seine Sache, wem er will ; aber es soll sein zwischen ihnen ein Document, worin der Verkäufer angibt, was zwischen ihm und dem ersten Käufer vorgefallen, und den Preis, über den sie sich geeinigt. Dann nimmt er (den Preis) von dem zweiten Käufer und übergibt ihm seine Sache vor Zeugen".

65) "A proposito di alcuni studi sui diritti orientali", *Raccolta di scritti editi e inediti*, 4, Rome 1942, p. 130 et "Gli studi di E. Carusi sui Diritti Orientali", *Rivista degli Studi Orientali*, 9, Rome 1921-1923, p. 87 : "Se fra due uomini avviene un negozio o la compera d'una abitazione o d'una cavalcatura o d'un terreno o d'altra fra quelle cose che si possono vendere, e i due sono convenuti circa un prezzo determinato ed hanno espresso il loro mutuo gradimento per cio ; poi si separano senza che il compratore dia un'arra al venditore e senza che gli paghi il prezzo o parte di esso, cosicché non vi sia stato più dell'accordo e del mutuo gradimento, - allora la legge nostra comanda al venditore di non vendere quella cosa ad un altro uomo prima di averla offerta al suo amico col quale aveva convenuto del prezzo, affine di vendergliela. S'egli chiede il permesso di recedere e non vuole comperare, in tal caso venderà la sua cosa a chi vorrà ; ma sarà fra loro una scrittura, nella quale il venditore esporrà cio che fu tra lui ed il primo compratore e cio su cui essi due si erano accordati circa il prezzo ; poi incasserà dal compratore e gli consegnerà la sua cosa alla presenza dei testimoni".

66) *Raccolta ...*, p. 129, 130.

vendeur serait lié par l'accord verbal et ne pourrait pas vendre la chose à un tiers, même s'il n'a pas encore été payé. Le texte arabe traiterait ensuite d'un *contrarius consensus* amiable (*iqâlah*) entre les deux parties, le premier acheteur ayant répondu négativement à la demande du vendeur s'il voulait toujours acquérir la chose. La *καταγραφή* qui selon C.A. NALLINO (67) aurait pu obliger l'une quelconque des deux parties récalcitrantes à exécuter la vente, comme dans les versions syriaques L. 38, P. 18, R1. 13, R2. 20, sert finalement à constater la résolution réciproque de la vente précédente et la perfection de la revente au tiers acquéreur en présence de témoins. Cette bivalence du *Kitâb* proviendrait selon C.A. NALLINO d'un manque de compréhension du rôle de l'*instrumentum* syriaque par le traducteur arabe. C.A. NALLINO, attribuant la version arabe au 12<sup>e</sup> ou 13<sup>e</sup> siècle ap. J. C., décèle en outre une certaine influence musulmane dans le rôle du *contrarius consensus* et dans l'antériorité du paiement du prix à la remise de la chose.

L'expression ambigüe "*hattâ ya'RudhaHu 'alâ sâhibiHi al-lathî sâwamaHu*" est traduite aussi bien par E. SACHAU que par C.A. NALLINO par "offrir à nouveau la chose au premier acquéreur pour le prix qu'il avait proposé initialement". Littéralement elle signifie avant (ou à moins, ou jusqu'à ce) qu'il ne l'expose (ou l'offre) à son compagnon qui propose la surenchère. Il faut donc comprendre que les nouvelles offres (faites par le tiers) sont présentées au compagnon qui avait proposé un prix initial et qu'il lui est demandé s'il veut bien

---

67) P. 131.

s'aligner en surenchérissant par rapport à sa proposition primitive. Notre traduction est commandée par l'emploi du terme *sâwama*, signifiant surenchère, offre supérieure, alors que rien d'autre ne justifie l'emploi de ce mot. En effet *thaman* qui désigne rigoureusement le prix a été utilisé à deux reprises dans la première phrase pour indiquer l'accord des parties sur son montant et son absence de paiement comptant. L'auteur arabe aurait donc dû user une troisième fois du même mot s'il voulait indiquer que le vendeur reproposait la chose au même prix à son acquéreur initial.

## II. LA TRADUCTION DE CARUSI

L'illustre C.A. NALLINO se laisse aussi guider par l'antipathie ressentie à l'égard d'E. CARUSI dont il conteste systématiquement toutes les idées. La traduction d'Ar. 20 par d'E. CARUSI (68) soutient l'existence, à l'instar du droit

---

68) "Sul frammento L. 38 del libro di diritto siro-romano. Saggio di un metodo di esegesi comparativa in diritto romano ed orientale", *Bullettino dell'Istituto di Diritto romano*, 28, fas. 1-7, Rome 1916, p. 261 : "Si fiat inter duos homines venditio et emptio domus aut pecoris aut agri aut quid simile de quo venditio fieri solet, et conveniant ipsi circa pretium certum, et contractum sit super hoc ; inde abscedant (contrahentes), nec emptor det arrham venditori, nec solvat pretium vel aliquam partem eius, ita ut nihil aliud extet quam conventio et contractus ; tum ius nostrum praecipit ne venditor vendat eandem rem alio homini, priusquam demonstraverit (id) socio cum quo negotium gessit de re vendita. Quod, si iste recesserit, cum nollet (amplius emere), tum vendat ille rem suam cui malit. Sed fiat tamen scriptura, quae patefaciat negotium quod intercessit inter eum (venditorem) et priorem emptorem, et pretium de quo conventum fuit inter eos. Posteaquam venditor accipere potest (pretium) ex emptore secundo, et tradere ei rem suam ante testes".

araméen, d'un *ius poenitendi* qui semble réciproque aux parties. Le vendeur aurait seulement l'obligation d'avertir l'acquéreur qu'il a changé d'avis, et on peut penser que l'inverse serait vrai. Après avoir pris acte de la renonciation de l'acquéreur qui semble dépourvu de moyens d'action pour forcer à la vente, le vendeur cède son bien à qui il veut, ou pourrait même le conserver. On retrouve ensuite l'obligation à un acte bipartite sous seing privé constatant les pourparlers et le premier prix convenu avec l'acquéreur initial, document que le vendeur semble conserver comme preuve de la renonciation du premier acquéreur. Quoique E. CARUSI n'expliquât pas comment concilier la nécessité d'un tel écrit avec le droit de retrait des parties, on peut imaginer que cet acte serait exigé *ad probationem*, le droit de dédit des parties supposant pour son exercice une formalité d'avertissement de l'autre. Sans le respect de cette formalité, le refus d'exécuter la première vente ou la renonciation à celle-ci serait valable, mais pourrait engager la responsabilité des renonçants. Nous verrons que la thèse de E. CARUSI mérite plus de respect que ne lui en témoigne C.A. NALLINO.

### Section 3 : Versions influencées par Arm. 14

Dans leur interprétation de la version arabe, J. GILSON et F. SCHUPFER se laissent influencer par la version arménienne qui pourtant n'a pas le même contenu, SCHUPFER se laissant seul influencer en outre par P. 18.

J. GILSON, qui est un des rares auteurs à avoir soutenu l'originalité des sources arabes (69), quoique les datant du 12<sup>e</sup> siècle (70), n'étudie Ar. 20 qu'à travers la contestable traduction allemande de E. SACHAU (71). Le romaniste français en déduit que la vente arabe est parfaite, comme la syriaque, par la rencontre des consentements sur la chose et le prix (72), mais qu'à la différence de cette dernière, l'acheteur, et lui seul, a le droit de revenir sur le contrat conclu (73) quand des arrhes n'ont pas été versées. Le vendeur dans la vente sans arrhes peut, en cas de renonciation de l'acquéreur, aliéner la chose au profit d'un tiers en constatant dans un écrit la résolution de la première vente. S'il n'y avait pas la renonciation de l'acquéreur qui seul a un tel *ius poenitendi*, le vendeur ne pourrait pas revenir sur son engagement et vendre à autrui. La stipulation d'une pénalité d'arrhes a pour fonction en droit arabe de dissuader l'acheteur de faire usage de la faculté de dédit.

L'interprétation de J. GILSON semble heurter la logique juridique. Il est inconcevable que cette loi arabe, qui commence par présenter une vente imparfaite avec droit de retrait pour le vendeur uniquement, se contredise dans un premier temps en posant comme condition de celui-ci un *mutuus dissensus*, un

---

69) *L'étude du droit romain comparé aux autres droits de l'antiquité*, Paris - Strasbourg 1899, p. 206, 211, 214, 218.

70) P. 203, 208.

71) Citée p. 206, 211, 214.

72) P. 211, 218.

73) P. 212, 213, 218, 222.

*contrarius consensus*, une volonté similaire de l'acquéreur, pour se contredire à nouveau, pour n'attribuer finalement de droit de retrait unilatéral qu'à l'acquéreur. J. GILSON (74) explique cette contradiction par des libertés qu'aurait prises le traducteur arabe des manuscrits syriaques. Celui-ci aurait complété par sa coutume locale les sources araméennes qu'il ne comprenait pas parce qu'elles ne correspondaient pas au droit de son pays. Il semble difficile de croire que les lois nationales, dont nous admettons aussi l'originalité, puissent reposer sur des fautes de traduction.

F. SCHUPFER (75), qui se base lui sur la traduction de E. CARUSI pour mieux la contester, considère qu'Ar. 20 présente la même règle que P. 18 ou Arm. 14. En l'absence de versement d'arrhes, du prix ou d'un acompte, l'acquéreur ainsi que le vendeur, quoique l'auteur soit moins affirmatif à propos de ce dernier, peuvent revenir sur leurs engagements qui ne sont que des pourparlers, *debita sine vincula*. La nécessité du *mutuus dissensus*, qui devient alors d'autant plus paradoxale, est expliquée par une interpolation du traducteur arabe. Quant à la *καταγραφή*, il s'agit d'un document constatant la perfection de la vente consentie au tiers acquéreur après paiement du prix par ce dernier.

---

74) P. 222.

75) "Le contrattazioni nel libro del diritto siriano-romano", *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 59, Milan 1917, p. 143, 155. Exposé de cette thèse par W. SELB, "Das Problem rechtlicher Bindung ...", p. 49.



## CHAPITRE 2: LES ENSEIGNEMENTS DE AR. 97 ET AR. 126

Ces textes sont très éloignés de L. 47 et L. 85 auxquels K.G. BRUNS et E. SACHAU (76) les font correspondre. Alors que les textes araméens, reproduisant une constitution d'Arcadius et Honorius de 395 ap. J. -C. (77), traitent du non respect par une des parties d'une transaction destinée à mettre fin à un litige et renforcée par serment extrajudiciaire, les sources arabes ont une portée bien plus étendue puisqu'il s'agit de la résiliation unilatérale abusive de tout contrat écrit affecté d'un serment promissoire, éventuellement d'une clause pénale, et affermi par la séparation physique des parties.

### Section 1 : Traduction des textes arabes

Une traduction fidèle de Ar. 97 donne : "Chapitre 97. S'il y a entre deux hommes une convention ou une société ou une promesse et s'ils ont écrit entre eux un document confirmé par des serments de leurs parts selon lesquels ils ne reviendraient pas sur ce qu'ils sont convenus, et s'ils ont écrit que si l'un d'entre eux revenait sur cela, il aurait la charge de supporter au choix soit une amende d'une once d'or soit de ce qui est stipulé comme peine, alors si l'un d'entre eux revient sur ce qui a été convenu

---

76) P. 214.

77) C. Th. 2, 9, 3; CJ. 2, 4, 41.

dans l'écrit, notre coutume le réproouve et l'oblige à supporter les amendes parce qu'il n'a pas tenu sa parole" (78).

Dans Ar. 126 il n'est pas question de clause pénale, le juge constatant l'inexécution condamne à amende le parjure et l'oblige à dédommager entièrement la victime de sa résiliation contractuelle abusive. "Chapitre 126. Si un homme quitte son compagnon ou se sépare de son frère après qu'ils aient écrit entre eux un document et qu'ils aient juré de réaliser ce qui s'y trouvait, celui qui n'a pas tenu la promesse stipulée dans l'écrit sera condamné par le gouverneur à donner une amende pour violation de serment à celui qui y a été fidèle, et sera forcé par le gouverneur à supporter la valeur de l'engagement pris entre eux (79).

## Section 2 : Interprétation de ces sources

On observera d'abord dans Ar. 97 que l'auteur du parjure encourt une réprobation morale moins forte que l'infamie attachée

---

78) "Al-bâb al-sâbi' wa al-tis'ûna. In kâna bayna Rajulayni mu'âmalatun aw chaRikatun aw 'aHdun wa katabâ baynaHumâ kitâban muAkkadan bi-al-aymâni min Humâ an lâ yaRji'â 'ammâ tawâfaqâ 'alayHi fa-In Raja'a AhaduHumâ 'an thâlika fa-'alayHi mina al-ruRumi Awqiyatu thaHabin aw mâ yajibu mina al-ruRumi fa-In Raja'a ahaduHumâ 'ammâ fi al-kitâbi fa-Inna sunnatanâ ta'thiluHu wa tûjibu 'alayHi thalika al-ruRumi li-annaHu nakatha".

79) "Al-bâb al-sâdis wa al-'ichRûna wa al-miya. In fâRaqa Rajulun sâhibaHu aw qâsama Rajulun akhâHu wa katabâ baynaHumâ kitâban wa halafâ fiHi 'alâ Infâdi mâ fiHi fa-al-yu'ti man lam yûft bimâ fi-al-kitâbi al-raRâmata liman wafiya bimâ fiHi wa yu'âqibuHu al-wâli minajli hilfiHi kâthiban wa yuRrimuHu qîmata mâ kâna baynaHumâ".

par la constitution d'Arcadius et Honorius <sup>(80)</sup> à la rupture du serment transactionnel. Cette réprimande n'est pas sans rappeler le *makrûH*, le déconseillé, le blâmable du droit musulman, sans qu'il n'y ait évidemment la moindre influence réciproque.

La clause pénale, pouvant légalement semble-t-il stipuler une amende qui serait inférieure au préjudice subi, autorise le parjure pénitentiel d'une partie sans qu'elle puisse être condamnée à indemniser l'entier préjudice subi par le cocontractant. Pour qu'une réparation complète ait lieu, il faut soit que la stipulation la prévoie alternativement, cumulativement, ou à la place de l'amende convenue, soit que le serment n'ait comporté aucune clause pénale, ce qui donne entière souveraineté au juge de l'inexécution pour apprécier le préjudice subi.

Les deux sources arabes mentionnent l'écrit comme support de la convention, de la clause pénale et du serment. Même si cette formalité n'était exigée qu'*ad probationem*, le serment promissoire et la clause pénale dont dépend l'exigibilité de l'exécution du contrat semblent difficilement prouvables sans le support d'un *instrumentum*.

Alors que Ar. 20 mentionnait la séparation physique des parties comme présomption de la perfection de la promesse unilatérale d'achat, Ar. 126 la définit comme condition de la perfection du serment. Cette condition est inconnue de Ar. 97. Les lois Ar. 126 et Ar. 97 étant présumées non dérogoires l'une par rapport à l'autre, il n'y a pas lieu de chercher laquelle

---

80) C. Th. 2, 9, 3; CJ. 2, 4, 41.

serait postérieure ou supérieure. Il faut considérer cette condition de la séparation physique des parties comme générale, et expliquer son omission dans Ar. 97 par le caractère pratique du *responsum* de ce texte décrivant une situation où elle est sous-entendue. C'est dire que tant que les parties sont encore ensemble, elles peuvent revenir sur leur serment, sur toutes les stipulations de leur contrat, y compris les clauses pénales.

Une fois les parties séparées le contrat est parfait et aucun droit de dédit n'est en principe reconnu à ses signataires. Toutefois quand le contrat comporte une clause pénale, la séparation physique des protagonistes après l'accord et le serment ne fait supporter au parjure qu'une réprobation morale doublée de la peine stipulée qui peut être inférieure au préjudice réellement subi. De même Ar. 20 démontre que la séparation des parties n'interdit pas au vendeur de faire usage de son droit légal à considérer la vente comme imparfaite tant qu'il n'a pas été payé et à vendre la chose à un tiers lui en offrant des conditions plus avantageuses comme un paiement plus rapide, des garanties de crédit plus fortes ou un meilleur prix. La séparation des parties prouve donc uniquement la perfection du contrat qui a été conclu avant elle, promesse unilatérale d'achat dans le cadre de Ar. 20, sans faire que cette promesse d'achat ne soit transformée en vente avec transfert de propriété.

Ar. 20 n'étant pas une loi impérative, malgré le non paiement du prix et la non délivrance de la chose, rien n'interdirait aux parties de stipuler une vente complète avec transfert de propriété, serment d'exécution de cette vente et clause pénale en cas de

résiliation, selon les termes de Ar. 97 et Ar. 126. Le vendeur renoncerait ainsi par avance à son droit de libre disposition sur sa chose. Ar. 126 n'étant pas non plus impératif, il serait légal que les parties puissent stipuler, une fois l'écrit rédigé et les serments prononcés entre elles, qu'elles ne se dédiront pas de leurs engagements durant le laps de temps qui précédera leur séparation.

### Section 3: Comparaison entre l'option de séance syro-arabe et celle du droit musulman

#### I. DÉFINITION ET FONDEMENT SCRIPTURAIRE DE L'OPTION MUSULMANE DE SÉANCE

Les écoles zahirite, chafiite et hanbalite croient en un droit légal d'option dit de la séance, du lieu de rencontre, *optio in ipso congressu, in continenti*, le *khiyâR al-majlis*. Celui-ci empêche la vente d'être parfaite (*al-bay'ou Mâdhin*, ou *tâmm*) malgré l'accord des parties, la tradition de la chose et le paiement du prix, tant qu'elles ne se sont pas séparées (*qabla al-tafaRRouqi*) (81). Avant leur séparation physique chacune des parties peut donc revenir sur la convention conclue.

---

81) IBN QASIM AL-GHAZZI (918/1512), *Fath al-QaRib, révélation de l'Omniprésent, commentaire du MokhtasaR d'Abou Chodja*, éd. et trad. VAN DEN BERG, Leyde 1894, ch. 6, sec. 1, p. 317 : "*Wa-al-moutabâi'Aani bi-khiyâRi bayna imdhâi al-bay'I aw faskhiHi Ay yathboutou laHoumâ khiyâRou al-majlisi fi al-bay'I, mâ lam yatafaRRaQâ*" (Les deux parties à la vente sont dans le droit d'option entre la confirmation de la vente ou son annulation, c'est-à-dire que l'option de séance est établie en leur faveur jusqu'à ce qu'elles se séparent).

Nous ne rentrerons pas dans les polémiques (*ikhtilaf*) ayant opposé les écoles sur l'interprétation des *ahâdith* relatifs à l'option de séance. Il nous suffit de noter que cette institution s'appuie principalement sur les hadiths d'Ibn Omar attestés par AL-BOKHARI (251/870) (82), MUSLIM AL-NAYSABURI (253/872) (83), et le Zahirite IBN HAZM (456/1064) (84). Les versions sont à quelques détails près similaires chez les différents traditionnistes : "*al-mubtâ'âni kullu wâhidin minHumâ bi-al-khiyârî 'alâ sâhibiHi mâ lam yatafaRRaQâ Illâ bay'A al-khiyârî*" (Les deux contractants ont chacun l'option de séance, tant qu'ils ne sont pas séparés, à moins que la vente ne soit à option de ratification) (85).

---

82) *Al-Sahîh, les traditions islamiques, jitâb al-buyu'*, trad. en 4 vol. O. HOUDAS et W. MARÇAIS, tom. 2, Paris 1908, titre 34 des ventes, ch. 19, 22, 42-46, p. 12, 13, 22-24 ; *Le livre des ventes du Cahî'h d'el-Bokhâri*, trad. F. PELTIER, imp. Fontana, 1 vol., ch. 19, 22, 42-46, p. 34, 39, 70-79.

83) *Al-jâmi' al-sahîh*, tome 3, éd. Publications du Bureau Commercial pour l'Imprimerie, l'Édition et la Distribution (ManchûRât al-maktab al-tijârî li-al-nâ'a wa al-nachR wa al-tawzî'), coll. l'Encyclopédie islamique (al-mawsû'a al-Islâmiyya), Beyrouth sans date (années 1980), 5<sup>e</sup> partie, liv. 21 sur la vente (*kitâb al-buyu'*), chap. de l'option de séance, *bâb thubût khiyâr al-majlis li-al-mutabâyi'ayn*, p. 9.

84) *Kitâb-al-Muhalla*, éd. al-Munirâ en 11 vol., Le Caire 1932, 7, n° 1417 ; trad. B. FILLION, *Le droit de la vente au 11<sup>e</sup> siècle d'après Ibn Hazm de Cordoue*, thèse reprographiée Paris 4, 1976, p. 77-89.

85) MALIK (179/795), *al-Mouwatta'*, Beyrouth 1987, éd. DaR al-FikR (2 vol.), tome 2, livre 31 sur la vente (*kitâb al-bouyou'*), ch. 38 sur l'option (*bâb al-khiyâr*), p. 550 ; *Le livre des ventes du Mouwatta' de Mâlik Ibn Anas*, trad. F. PELTIER, impr. Jourdan, Alger 1911 (1 vol.), ch. 38, p. 102, donne une interprétation différente à ce texte dont il reconnaît l'authenticité.

Cette dernière restriction montre que si la séparation (*al-tafaRRouq*) est une condition nécessaire à la perfection du contrat, elle n'en est pas une condition suffisante. Quoique le droit légal d'option ne puisse pas faire l'objet d'une renonciation à l'avance, les parties peuvent, en usant de cette option de ratification, déclarer expressément s'être entendues de manière irrévocable (*takhâyour*), quoiqu'elles ne se soient pas encore séparées (86). Si leur vente est devenue définitive par la confirmation irrémédiable, les parties ne pourront plus revenir sur l'accord même en restant ensemble (87).

---

86) IBN QASIM AL-GHAZZI (918/1512), *Fath al-Qarîb, révélation de l'Omniprésent*, éd. et trad. VAN DEN BERG, Leyde 1894, liv. 6, ch. 1, p. 317-318 : "*YanQati'Ou khiyâRou al-majlisi immâ bi-tafaRRouQi Al-moubtâ'Alyni bi-badanihimâ 'An majlisi al-'IQdi Aw bi-an yakhtâRa al-moutabâiAani louzouma al'IQdi*" (L'option de séance s'éteint soit par la séparation des deux contractants par leur corps lors de la séance contractuelle, soit par le choix des deux contractants de rendre le contrat obligatoire) ; AN-NAWAWÎ (676/1277), *MinHaj al-tâlibîn, le guide des zélés croyants (des étudiants)*, éd. et trad. VAN DEN BERG, t. 1, Batavia 1882, liv. 9, tit. 4, sec. 1, p. 370 : "*YanQati'Ou al-khiyâRou bi-al-takhâyouri bi-an yakhtâRâ louzoumaHou*" (l'option s'éteint par le fait que les parties approuvent sans réserve) ; *Sharh sahih al-Muslim, commentaire du Sahih de Moslim*, en marge de celui d'al-Qast'allâni, Le Caire-Boulaq (10 vol.) 1886, 7, 466 : "*Al-mouRâdou al-takhyîRou ba'da tamâmi Al'Iqdi Qabla moufâRaQati al-majlisi wa taQdiRouHou laHouma al-khiyâRa mâ lam yatafaRRaQâ illâ An yatakhâyâRâ fî al-majlisi wa yakhtâRâ Imdhâa al-bay'I fa-yalzimou al-bay'ou bi-nafsi Al-takhâyouri wa lâ yadoumou Ilâ al-moufâRaQati*" (Le sens du hadith est que l'option peut être donnée après la conclusion du contrat avant que les parties n'aient quitté la séance, ce qui signifie que l'option est attribuée à ces parties tant qu'elles ne se sont pas séparées, sauf si elles se mettent en demeure de choisir durant la séance et qu'elles choisissent effectivement la confirmation du contrat. Par ce choix la vente devient alors obligatoire et l'option ne dure plus jusqu'à la séparation).

87) IBN HAZN, *al-Muhallâ*, Le Caire 1913 (11 vol.), 7, n° 1417, trad. B. FILLION, *Le droit musulman de la vente au 11<sup>e</sup> siècle d'après Ibn Hazm de Cordoue*, thèse Paris 4, Paris 1976, p. 77 cite l'exception du vice caché de la

A l'inverse, avant leur séparation, les parties peuvent reconnaître être arrivées à un désaccord, leur éloignement physique ne pouvant plus être analysé comme moment de perfection de la vente (88).

On voit qu'à la différence de Ar. 97 du droit syro-arabe qui admet, moyennant pénalité stipulée, le dédit d'une vente confirmée, le droit musulman n'offre plus de faculté pénitentielle à celui qui s'est engagé définitivement. Un tel retrait est interdit (*harâm*) car il contredirait l'effet impératif (*taklifiyya*) de liaison irrévocable prôné par le *hadith*, tout en constituant une condition nulle car contraire à la nature (89) ou à la finalité de l'acte de confirmation (*lâ tulâlm, lâ tahîqou*) (90), inconciliable avec l'objet de l'acte principal ou le résultat qu'il tend à produire. La pénalité

chose permettant de revenir sur le choix de la ratification. B. FILLION, p. 85 en conclut que les Zahirites exigent un triple consentement pour donner des effets réels à la vente, sur la chose et le prix, puis sur l'option de ratification par déclaration formelle ou par séparation après accord.

88) IBN HAZN, *al-Muhallâ*, Le Caire 1913 (11 vol.), 7, question 1417, trad. B. FILLION, *Le droit musulman de la vente ...*, p. 77 évoque le droit de l'interpellé de répondre par l'annulation à la mise en demeure de choisir présentée par l'autre partie ; AN-NAWAWÎ (676/1277), *MinHaj al-tâlibîn, le guide des zélés croyants (des étudiants)*, éd. et trad. VAN DEN BERG, Batavia 1882, t. 1, liv. 9, tit. 4, sec. 1, p. 370 : "*YanQati'ou al-khiyâRou... wa bi-al-taffaRouQi bi-badaniHimâ*" (l'option s'éteint ... par la séparation sans accord des deux parties).

89) Thèse hanafite : KASANI (587/1191), *Badâi' as-Sanâi'*, Le Caire 1910 et 1927, éd. al-Jamâliya (7 vol.), 5, 172 ; IBN NUJAYM (970/1563), *Al-AchbâH wa-al-nadhâiR*, Le Caire 1881, éd. wâdi-l-Nîl (1 vol.), 112.

90) Thèse malikite : HATTAB (954/1547), *mawâHib al-Khalîl*, Le Caire 1928, éd. as-Sa'âda (6 vol.), 4, 373 ; AL-KHIRSI (1001/1593), *Charh 'alâ MukhtasaR Khalîl*, Le Caire 1899, 8 tom. en 4 vol., 5, 80.



financière prévue serait en outre considérée comme "véhicule" (*dhaRî'a*, pluriel *dhaRâI'*) destiné à tourner la prohibition de l'usure (*Ribâ*) ou de l'enrichissement sans cause (*aklou Anwâli al-nâsi bi-al-bâtîli*, "manger l'argent des autres sans raison valable"). Plus radicalement pour les Zahirites cette autorisation conventionnelle de dédit en dépit de l'option de confirmation serait nulle car non scripturaire (91). L'acte de confirmation étant lui-même annulé par la clause pénale qui en affecte l'existence (*CharT al-muqtarina bi-l-'aqd*) et l'efficacité (*CharT as-sihha*), les parties conserveraient intact leur droit légal de dédit de séance.

On a dit que le droit musulman interdisait de renoncer à l'avance à l'option de séance, les traditions prophétiques n'ayant pas envisagé une telle faculté. Le droit syro-romain arabe n'ayant pas strictement défini la condition de séparation comme nécessaire à la perfection de la vente (Ar. 20 et Ar. 97), et autorisant la renonciation à une vente parfaite moyennant clause pénale (Ar. 97), sans indiquer à quel moment cette renonciation peut prendre place, on peut penser que les parties peuvent même avant leur rencontre décider qu'elles ne reviendront pas sur l'accord une fois conclu. Ar. 97 nous fournit l'exemple d'une

---

91) Selon leur interprétation littérale des deux hadiths d'Aïcha rapportés par AL-BOKHARI, *al-Sahîh, les traditions islamiques*, tit. 34 des ventes, *kitâb al-buyu'*, trad. HOUDAS et MARÇAIS, Paris 1909, tom. 2, ch. 67, p. 34, ch. 73, p. 37. Voir IBN HAZM, *al-Muhallâ*, Le Caire 1932, éd. al-Munîra (11 vol.), 7, question 1420 bis ; trad. B. FILLION, *Le droit musulman de la vente ...*, Paris, 1976, p. 130 : "A quoi pensent les gens qui posent des conditions qui ne sont pas dans le Livre de Dieu ? Si quelqu'un pose une condition qui n'est pas dans le Livre de Dieu, celle-là est vaine, la poserait-il cent fois et s'il y a cent conditions, dont aucune n'est dans le Livre de Dieu, cela est vain".

telle renonciation au droit de dédit moyennant clause pénale, mais il serait légal de la stipuler sans indemnité.

## II. LES CONDITIONS D'EFFICACITÉ DE L'OPTION LÉGALE DE SÉANCE

### § 1. *La condition de séparation.*

La séparation est plus un terme qu'une condition (92), car c'est un événement futur et certain, inéluctable, même si le moment où elle interviendra est indéterminé, l'option légale de séance étant sans limitation de durée (*bi-douni tadhdîdin zamaniyyin*) (93).

Il est probable, au nom de la liberté contractuelle, qu'il serait légal en droit syro-arabe, au contraire du droit musulman, de limiter par un terme extinctif l'option de séance, en stipulant, qu'après un certain délai consécutif à la rencontre des volontés, la

---

92) Sur la différence, voir le Hanafite IBN NUDJAIM (970-1563), *Al-AchbâH wa-l-nadhâ'ir, les ressemblances et les similitudes*, Le Caire 1881 (1 vol.), 201. La définition du terme est la même en droit copte : IBN AL-ASSAL, *al-Majmû*, ch. 33, sec. 4 : "*Wa kawniHi hâlan aw mouAjjalan wa ta'yînou mouddati al-Ajal*" (L'acte peut avoir effet immédiatement, ou à terme, la durée du terme étant fixée ou non).

93) IBN HAZM, *al-Muhallâ*, 7, n° 1417, trad. B. FILLION, p. 77 : "C'est un droit pour l'un et l'autre d'annuler le contrat, que l'autre partie le veuille ou non, même s'ils restaient face à face pendant des siècles" ; IBN QASIM AL-GHAZZI, *Fath al-Qarîb* ..., 1894, 6, 1, p. 318 ; AN-NAWAWÎ, *MinHaj al-tâlibîn*, éd. et trad. VAN DEN BERG, t. 1, Batavia 1882, liv. 9, tit. 4, sec. 1, p. 370 : "*fa-law tâla moulathouHoumâ aw Qâmâ wa tamâchayâ manâzila dâma khiyâRouHoumâ*" (si leur rencontre dure longtemps ou s'ils se lèvent et marchent ensemble un certain temps, le droit d'option se conserve).

vente deviendrait parfaite même si les parties ne s'étaient pas encore séparées.

La définition de la séparation est laissée à la coutume ('ouRf) (94). Physiquement le concept implique un éloignement à une distance telle que les parties ne puissent plus s'entendre (95); et moralement un *animus contrahendi* réciproque, présumé justement par la séparation.

L'interruption inintentionnelle de la séance contractuelle, avec séparation effective des parties avant qu'elles n'aient conclu ensemble, empêche la vente d'être formée, même si l'offre et l'acceptation émises séparément concordent, ce qui rappelle le droit romain de la stipulation par *continuus actus* (96). La vente est alors *fâsid* selon les Chafiïtes (97) ou Zahirites (98), et

94) AN-NAWAWÎ (676/1277), *MinHâj at-tâlibîn ...*, éd. et trad. VAN DEN BERG, t. 1, Batavia 1882, liv. 9, tit. 4, sec. 1, p. 370 : "*Wa you'tabaRou fi-al-iafaRRouQi al-'OuRfou*" (la coutume indique ce qu'il faut entendre par séparation); idem chez IBN QASIM AL-GHAZZI (918/1512), *Fath al-QaRib ...*, 1894, liv. 6, sec. 1, p. 316-317.

95) Voir le Chafiïte SIRAZI (486/1093), *Muhaddab*, Le Caire éd. Halabî (2 vol.), 1, 207; et le Hanbalite IBN QUDAMA (620/1223), *al-Mughnî*, Le Caire 1928, éd. Dâr al-Manâr, (9 vol.), 3, 562.

96) D. 45, 1, 137 pr. Il en va de même en droit copte égyptien sans que celui-ci n'admette l'option de séance : IBN AL-ASSAL, *al-Majmû*, ch. 33, sec. 1 : "*Wa In IftaRaQâ Qabla 'Idqi al-moubâya'Ati batilat*" (Et s'ils se séparent avant la vente, celle-ci sera nulle).

97) AL-CHAFIÏ, *Kitâb al-Umm*, Le Caire 1903 (7 tom.), 3, 3.

98) IBN HAZM, *Kitâb al-Muhallâ*, question 1420 bis, trad. B. FILLION, p. 132 cite un *hadith* dissuadant de l'interruption à la légère de la séance contractuelle, et pouvant réprover la pratique d'Ibn Omar s'éloignant trop rapidement du lieu de rencontre sans laisser le temps au cocontractant de réfléchir et d'éventuellement se dédire : "Que deux contractants dans une vente ne se séparent pas, sauf par consentement mutuel".

*mawqûf* selon les Hanbalites (99), ces derniers permettant ainsi aux parties de ratifier leur acte quoique conclu entre absents.

Il ne semble pas que le droit syro-arabe puisse donner effet juridique de perfection de la vente à la séparation inintentionnelle des parties. Le principe de la liberté contractuelle des parties n'étant pas strictement limité par des traditions prophétiques qui le définissent, mais relevant de la liberté individuelle, rien n'interdirait aux contractants syro-arabes de décider de définir leur vente comme étant encore imparfaite malgré leur séparation temporaire pour vaquer à d'autres occupations.

## § 2. *Le formalisme de l'option.*

Il n'est pas utile que les cocontractants musulmans stipulent formellement ou non l'option de séance. Celle-ci est légale et supplétive. Dans le silence des parties elle s'impose à elles, mais elles peuvent y renoncer par option de ratification, à condition que cela ait lieu durant la séance et non pas avant la vente.

La confirmation ou la résolution lors de la séance peuvent s'opérer par des actes implicites. La revente de la marchandise ou l'affranchissement de l'esclave, objets de l'option, entraîne volonté de confirmation si elle est faite par l'acquéreur et volonté de résolution si elle est faite par le vendeur (100).

---

99) IBN QUDAMA (620/1223), *Al-Mughnî*, Le Caire 1928 (12 vol.), 4, 205.

100) AL-BOKHARI, *al-Sahih, bab al-bouyou'*, les traditions islamiques, ch. des ventes, trad. HOUDAS et MARÇAIS, tom. 2, Paris 1908, *tardjouma* du

Dans le droit syro-arabe, si l'option de séance n'a pas à être stipulée car elle est légale et donc obligatoire, s'imposant aux parties dans leur silence, par contre l'option de ratification doit être prise formellement par un écrit renforcé par des serments comme le prévoit Ar. 97. En l'absence de constitution en ce sens, on peut croire que la renonciation à la vente *pendente optione* peut être prise informellement en droit syro-arabe. Cette législation est donc moins formelle pour l'annulation des droits que pour leur création.

AN-NAWAWÎ (101) nous indique que le vendeur qui pose l'option de ratification à l'acquéreur, sous-entend par là qu'il a opté en faveur de la confirmation de la vente. L'auteur n'évoque pas le cas de l'acquéreur qui poserait au vendeur l'option de confirmation, mais on peut croire que la solution serait identique et que dans tous les cas la question posée de ratification à l'autre partie présuppose de la part du demandeur sa volonté de s'engager fermement et de renoncer à son droit de dédit.

Si une des parties prétend que la séance a abouti à une convention solennisée par la séparation alors que l'autre soutient que leur éloignement n'a fait que consacrer leur désaccord, la

ch. 47, p. 24-25 ; F. PELTIER, *Le livre des ventes du Cah'ih d'el-Bokhâri*, Alger 1909, titre du ch. 47, p. 80-81.

101) *MinHâdj at-tâlibîn*, liv. 9, tit. 4, sec. 1, p. 369-370: "*Fâ LaHoumâ al-khiyâr. Wa Inqulnâ li-al-muchtarî takhayyaRa al-bâl'ou dûnaHu wa lâ khiyâRa*" (Donc les deux parties ont l'option. Et si le vendeur pose la question de ratification à l'acheteur, alors le vendeur a opté à son insu et il n'a plus d'option).

présomption est en faveur de la partie invoquant l'absence de consentement (102), ce qui devrait permettre d'éviter des départs précipités à la Ibn 'Omar.

### III. EFFETS DE L'OPTION DE SÉANCE

S'il est certain que la fonction pénitentielle de l'option légale permet aux parties de se dédire impunément de leurs engagements ("Rücktritts-", "Widerrufsrecht") tant qu'elles sont encore en présence, l'explication théorique ne doit pas en être cherchée, comme en droit romain ou dans les droits occidentaux, dans une fonction suspensive ou résolutoire de la vente par ce *khiyâr*, mais dans la transformation d'un acte *rayr lâzim* en acte *lâzim* (103).

§ 1. *L'effet suspensif de l'option de séance rendant "pendente optione" la vente non obligatoire.*

L'option légale rend la vente non obligatoire, *rayr lâzim*, *jâ'iz*, la dénuée d'effets réels jusqu'au terme (*ajal*, *MouAjjalan*, *al-'uqûd al-mudhafa ilâ-l-mustaqbal*) de la séparation physique des parties, puisque chacun des contractants garde le droit de revenir

---

102) AN-NAWAWÎ, *MinHâj al-tâlibîn, le guide des zélés croyants (des étudiants)*, éd. et trad. VAN DEN BERG, t. 1, Batavia 1882, liv. 9, tit. 4, sec. 1, p. 371 : "*Wa-law tanâza'âa fî al-tafaRRouQi aw al-faskhi QablaHou soudiQa annâfi*" (Dans le cas d'un procès où l'une des parties soutient la séparation valant accord et l'autre la résiliation, la présomption est en faveur de cette dernière).

103) Présentation très claire de ces concepts par Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé, théorie de l'acte juridique*, Paris et La-Haye 1965, p. 89-91.

sur son offre ou son acceptation, et éventuellement de reprendre la chose remise ou la somme versée (104). Le contrat ne devient *lazîm*, parfait, *ex nunc*, qu'après séparation ou option de confirmation (105). Le contrat de vente qui n'a pas d'effet réel en l'absence de tradition selon les Chafiïtes, n'a pas non plus d'effet obligatoire, personnel, tant que dure la séance, ou plutôt il ne crée durant celle-ci que des droits éventuels.

---

104) RAMLI (1004/1595), *Nihâyat al-Muhtâj*, Le Caire 1938, éd. Halabî (8 vol.), 4, 7 ; AN-NAWAWÎ (676/1277), *Sharh Sahih al-Muslim*, commentaire de Moslim en marge de celui de Qastallani, 10 vol., Boulac - Le Caire 1886, 7, 466, cité par F. PELTIER, *Le livre des ventes ...*, p. 73 n. 2 : "*Al-mouRâdou al-takhyîRou ba'da tamâmi Al-'IQdi Qabla moufâRaQati al-majlisi wa taQdîRouHou youthbitou LaHoumâ al-khiyâRa mâ lam yatafaRRaQâ Illâ An yatakhâyaRâ fi al-majlisi wa yakhtâRâ ImdhâA al-bay'I fa-yalzimou al-bay'Ou binafsi Al-takhâyouRi wa lâ yadoumou lla al-moufâRaQati*" (Le sens voulu c'est de donner l'option après la conclusion du contrat avant de quitter la séance, et l'interprétation confirme que l'option est aux parties tant qu'elles ne se sont pas séparées, sauf si elles se donnent le choix durant la séance et qu'elles choisissent la confirmation du contrat. La vente devient alors obligatoire par cette option de ratification et le contrat n'attend pas pour cela la séparation des parties) ; *MinHâdj at-tâlibîn ...*, 1882, liv. 9, tit. 3, sec. 2, p. 369 : "*Wa YanQati'Ou al-khiyâRou bi-al-takhâyouRi bi-an yakhtâRâ louzoumaHou*" (Et l'option s'éteint par l'approbation et par le fait que les parties choisissent de rendre leur contrat obligatoire", ce qui sous-entend que le contrat n'était pas obligatoire tant que durait l'option).

105) IBN QASIM AL-GHAZZI (918/1512), *Fath al-QaRîb, révélation de l'Omniprésent*, éd. et trad. L.W.C. VAN DEN BERG, Leyde 1894, livre 6, section 1, p. 316 : "*YanQati'Ou khiyâRou al-majlisi immâ bi-tafaRRouQi Al-moubtâ'Aiyâni bi-badanihimâ 'An majlisi al-'IQdi Aw bi-an YakhtâRa al-moutabâi'Aani louzouma al-'IQdi*" (L'option de séance s'éteint soit par la séparation des deux contractants par leur corps dans la séance contractuelle, soit par le choix des deux contractants de rendre le contrat obligatoire).

§ 2. *Les conséquences du paiement du prix et de la tradition de la chose "pendente optione"*.

Les règles légales (*taklifiya, fuRû*) sur la vente sont dans la dépendance de celles sur l'option. Ni l'accord des volontés, ni le paiement du prix ou la délivrance de possession durant la séance contractuelle n'annulent le droit d'option ou ne rendent la vente parfaite (106).

La somme versée et la tradition de possession *pendente optione* sont des sûretés (*madhmûnah*) ne rentrant pas dans le patrimoine de leurs dépositaires. Ils seraient obligés de les rendre à l'autre partie en cas de dédit.

Nous verrons que le droit syro-arabe n'attache pas d'effet à la tradition de la chose, mais au contraire au versement du prix. Là aussi la remise de la somme *pendente optione* par l'acheteur au vendeur ne rendrait pas la vente parfaite malgré l'accord des parties, en l'absence de séparation d'un commun accord de celles-ci. Ce paiement ne serait qu'une sûreté manifestant l'intérêt de l'acquéreur. Il ne pourrait pas être analysé comme une renonciation à son option de séance, puisque la ratification irrémédiable du contrat doit se faire par écrit et devant témoins. Le danger de malhonnêteté de la part de vendeurs qui une fois en

---

106) IBN HAZM, *Al-Muhalla*, question n° 1417, trad. B. FILLION, p. 77 : "Chaque fois que deux hommes font une opération commerciale de vente, que ce soit un échange ou une vente proprement dite, quand bien même ils auraient pris possession de la marchandise et du prix, la vente n'est pas obligatoire, tant qu'ils ne se sont pas physiquement séparés" ; AL-SHAFTI, *Kitâb al-Umm*, Le Caire 1903 (7 tom.), 7, par. 12, p. 90.



possession de l'argent prendraient rapidement la fuite pour rendre la vente irrémédiable est donc écarté.

Le droit syro-arabe qui n'a pas une conception consensuelle de la vente se rapproche du droit musulman quant aux effets de la continuation de la séance. La vente n'est pas complète, pas plus qu'elle ne le serait, même après séparation, tant que le prix n'est pas versé. Ce n'est pas une vente parfaite dont l'effet est suspendu jusqu'à l'arrivée d'une condition ou d'un terme qui rétroagirait. C'est un contrat dont toutes les conditions de validité ne sont pas encore remplies.

### § 3. *Les effets de la ratification unilatérale d'une des parties durant la séance contractuelle.*

La partie qui annonce son intention de se séparer après avoir déclaré sa volonté de contracter, ou qui s'est engagée verbalement définitivement, est obligée (*wajabat 'AlayHi*) à l'acte (*muâmalât, afâl, rukn*), l'autre ne l'étant pas (*wajabat laHou*) (107).

---

107) AL-CHIRAZI (486/1093), *Al-Muhaddab*, Le Caire 1924, éd. Halabî (2 vol.), 1, 256 ; RAMLI (1004/1595), *NiHâyat al-Muhtâj*, Le Caire 1938, éd. Halabî (8 vol.), 4, 7 ; IBN QASIM AL-GHAZZI (918/1512), *Fath al-QaRîb, révélation de l'Omniprésent, commentaire du mokhtasaR d'Abou Chodja*, éd. et trad. VAN DEN BERG, Leyde 1894, liv. 6, sec. 1, p. 318 : "*Law ikhtâRa ahadouHouma louzouma al-'Iqdi wa-lam yakhtaR al-âkhiRou fawRan, saqata haQQouHou mina al-khiyâRi wa baQiya al-haQQou li-al-âkhaRi*" (si l'une des parties opte sans que l'autre ne se déclare immédiatement, elle perd son droit d'option, tandis que celui de l'autre est intact) ; AN-NAWAWÎ, *MinHaj al-tâlibîn, le guide des zélés croyants (des étudiants)*, éd. et trad. VAN DEN BERG, t. 1, Batavia 1882, liv. 9, tit. 4, sec. 1, p. 370 : "*fa-law ikhtâRa ahadouHoumâ saQata haQQouHou wa baQiya li-al-âkhaRi*" (si une seule des parties choisit, elle perd son droit d'option, mais celui de l'autre reste intact). Pour le *fiqh* hanbalite, IBN

Si c'est l'acheteur qui s'est engagé fermement, il s'agit d'une promesse unilatérale d'achat et le bien reste la propriété du vendeur (108). Si c'est le vendeur qui a opté fermement, il s'agit d'une promesse unilatérale de vente, mais sans effet réel en l'absence de levée d'option de ratification (*'aqid*) par le cocontractant, même s'il y avait tradition de possession. AN-NAWAWI (109) parle là de propriété suspendue, mais il précise vite que cela est équivalent à une propriété qui reste sur la tête du vendeur car il ne peut pas y avoir de droit réel sans titulaire. Si aucune des parties n'a opté, le vendeur conserve la propriété sur sa chose définie aussi comme en suspens (110), ce qui signifie que le transfert de propriété est suspendu, le *ius in re* demeurant auprès de son titulaire originaire. Aucune des parties n'a dans ce cas de droit personnel sur l'autre (*bi-rayRi haqq*).

Si la vente devient parfaite, l'option de retrait n'ayant pas été levée, la propriété de la chose n'est transférée *ex nunc (âda)* que

QUDAMA (620/1223), *al-Mughnî*, Le Caire 1928, éd. Dâr al-Manâr (12 vol.), 3, 565.

108) AN-NAWAWÎ, *MinHadj at-tâlibîn ...*, 1882, liv. 9, tit. 4, sec. 1, p. 369 : "*Wa law IçhtaRâ man yu'taqu 'alayHi fa-in quInâ al-moukhou fî zamani al-khiyâRi li-al-bâ'I*" (Et si celui qui achète s'engage, alors on dit que la propriété pendant l'option est au vendeur qui garde son choix).

109) *Op. cit.*, liv. 9, tit. 4, sect. 1 : "*...wa In quInâ li-al-muchtaRî takkhayyaRa al-bâl'Ou dûnaHu wa lâ khiyâRa*" (La propriété pendant l'option est au vendeur ou suspendue ... si on dit à l'acheteur que le vendeur a opté même à son insu et n'a plus d'option).

110) AN-NAWAWÎ, *l.c.*: "*Al-moukhou fî zamani al-khiyâRi li-al-bâ'I aw mawQouf fa laHoumâ al-khiyâR*" (La propriété pendant l'option est au vendeur ou suspendue si les deux parties ont l'option).

lors de la tradition de la chose précédant ou suivant la séparation, ou lors de la séparation si la tradition a déjà eu lieu durant la séance. Si l'option de révocation est levée par une des parties, la vente n'interviendra pas, sans rétroactivité, le vendeur est resté tout le temps propriétaire.

Une distinction capitale s'impose avec la condition de séparation des parties du droit syro-arabe. La séparation des parties est une condition essentielle de l'efficacité (*charṭ al-muqtarina bi-l-'aqd*), de la validité (*charṭ as-sihha*) du contrat de vente en droit musulman chafiite, zahirite et hanbalite. Avant la séparation, la vente ne produit aucun effet, le vendeur reste propriétaire de sa chose, l'acheteur du prix, les deux parties peuvent revenir sur leur parole et reprendre leur bien s'il avait été remis au co-contractant. Nous verrons que la séparation des parties est au contraire en droit syro-arabe non pas une condition *ad validitatem* de la vente, mais un mode de preuve de la perfection de celle-ci.

### CHAPITRE 3: LES CONDITIONS DE LA PERFECTION DE LA VENTE EN DROIT SYRO-ARABE

#### Section 1 : Le paiement du prix

##### I. LA NÉCESSITÉ ARABE DU PAIEMENT DU PRIX

Ar. 20 présente l'effet restreint de l'accord des volontés tant que le prix n'est pas payé. Il 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, là *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" (111) en le rattachant au contrat de vente, *in solutione obligationis*, et non pas au contrat de tradition réelle, d'"Übereignung", comme le font les Romains. La législation syro-arabe ignore la notion romaine de *iusta causa traditionis*, cause efficiente d'un contrat réel de transfert de propriété. Le paiement du prix y est proche de la nécessité anglaise d'une "consideration" *emptionis*, mais cette *causa solutionis* ne constitue nullement le "dinglicher Vertrag" allemand (112). Le droit arabe méconnaît la distinction entre d'une part la *causa proxima* (113), l'"objektiver Rechtsgrund" comme celui du par. 812 BGB (114), le "Rechtfertigungsgrund" (115), la cause du contrat de tradition, l'*emptio* elle-même ; et d'autre part la *causa remota*, l'"äußerer Rechtsgrund", le "Bestimmungsgrund", la *solutio* cause de

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

112) Pour une comparaison pertinente entre "consideration" anglaise et droit grec, voir H.J. WOLFF, "Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts", *ZSS roman. Abt.*, 74, 1957, p. 64 n. 89.

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

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

115) B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2, Francfort 1906, rééd. Aalen 1963, 2. Bd. § 423, p. 883 n. 8 ; et 1. Bd. § 172, p. 890 n. 16 a.

l'obligation, de l'*emptio*. La *solutio*, la *satisfactio*, le versement est pour Ar. 20 la cause à la fois de la vente et du transfert de propriété.

En payant le prix convenu, *thamanin ma'Rufin* (ou en le consignat avec mise en demeure au vendeur de l'accepter : *offerre pretium* est assimilé à *accipere pretium* <sup>(116)</sup>) 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'I*).

## II. COMPARAISON AVEC LE DROIT ROMAIN

Une *traditio* romaine préclassique, classique, puis justinienne aurait été, sans le versement du prix ou acte assimilé, elle aussi inefficace à transférer la propriété à l'acquéreur, sans *verus titulus* <sup>(117)</sup>.

Le droit vulgaire post-classique, reprenant le droit primitif, restreignit même le transfert de propriété au seul cas de paiement effectif du prix, *soluta pecunia, pretium exsolutum, satis pretio factum*, en enlevant toute efficacité aux actes assimilés, la chose ne pouvant passer dans le patrimoine de l'acquéreur que si elle y

---

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

117) M.T. Varron, *de re rustica*, 2, 1, 15 ; 2, 2, 5 ; Caton, *de agri cultura*, 146 et 150 ; Gaius, *Inst.* 2, 19 ; D. 17, 1, 45 pr. ; D. 18, 1, 19 ; 35 par. 5 ; 53 ; D. 18, 4, 22 ; D. 19, 1, 11 par. 2, 13 par. 8 ; D. 19, 2, 22 pr. et par. 1 ; D. 21, 1, 31 par. 8 ; D. 26, 7, 56 ; D. 41, 1, 9 par. 5 ; 31 pr. ; 43 par. 2 ; D. 44, 1, 14 ; *Inst.* 2, 1 par. 40 et 41 ; 3, 23 par. 1 ; *Bas.* 19, 8, 63 (éd. HEIMBACH, 2, 297).

est subrogée réellement au prix payé pour elle ("Surrogationsprinzip"), mais en prévoyant de nombreuses dispenses de tradition (118).

Le simple accord non causé, non "solutionné", n'aurait eu d'effet réel que pour la vente sans tradition sous Dioclétien (119), le vendeur n'ayant alors que l'*actio venditi* pour se faire payer le prix de la chose dont il n'a plus la propriété (120).

---

118) Nov. Val. 32 pr. à 3 (451 ap. J. -C.); C. Eu. 212; 276; 286-300; *Pauli Sent.* 1, 13, 4; 2, 17, 1; 7; 13 et *Int. Pauli Sent.* 1, 13, 4; 2, 18, 10; 3, 1, 1 à 4; 3, 4, 1; *Ep. Inst. Gai.* 2, 9, 14; *lex rom. Burg.* 35, 6. Voir M. KASER, *Das römische Privatrecht*, 2, 1975, par. 242, p. 278; E. SEIDL, *Einführung in die ägyptische Rechtsgeschichte bis zum Ende des Neuen Reiches*, coll. Aegyptologische Forschungen, Juristischer Teil 10, Glückstadt - Hambourg - New-York 1951, p. 40; compte rendu de H.J. WOLFF, *ZSS roman. Abt.*, 74, 1957, p. 413; R. TAUBENSCHLAG, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, Varsovie 1955, rééd. Aalen 1972, p. 317; W. GORDON, *Studies on the Transfer of property by traditio*, Aberdeen 1970, p. 5, 62; H.J. WOLFF, "Das Vulgarrechtsproblem und die Papyri", *ZSS roman. Abt.*, 91, 1974, p. 75, 100; C. COURTOIS, L. LESCHI, C. PERRAT, C. SAUMAGNE, *Tablettes Albertini*, Paris 1952, p. 81, 90, 95; compte rendu de E. LEVY, *ZSS roman. Abt.*, 70, 1953, p. 504; J.O. TJAEDER, "Die nichtliterarischen lateinischen Papyri Italiens aus der Zeit 445-700", *Acta Instituti Romani Regni Sueciae*, 1, Lund 1954, p. 270; compte rendu d'E. LEVY, *ZSS roman. Abt.*, 74, 1957, p. 480; E. LEVY, "Oströmisches Vulgarrecht nach dem Zerfall des Westreiches", *ZSS roman. Abt.*, 77, 1960 p. 3, 7.

119) C.J. 3, 32, 12 (290 ap. J.-C.); 4, 49, 8 (293 ap. J.-C.); 4, 38, 9 (294 ap. J.-C.).

120) F. PRINGSHEIM, *Der Kauf mit fremdem Geld*, Leipzig 1916, p. 50 (compte rendu de E. SCHÖNBAUER, "Zur Frage des Eigentumsüberganges beim Kauf", *ZSS roman. Abt.*, 53, 1933, p. 491) voulait à l'aide d'interpolations étendre cette conception au droit classique, la cause n'y étant selon lui nécessaire que dans la mancipation, puis est revenu partiellement sur cette position, *The Greek Law of Sale*, Weimar 1950, p. 179.

Il est évidemment impossible de reprendre ici la question des effets en droit romain de la tradition de la chose ou du paiement du prix, notamment l'absence d'obligation du vendeur payé de transférer la propriété de la chose (121).

---

121) Parmi l'abondante littérature sur ces questions citons M. KASER, "Zur iusta causa traditionis", *BIDR* 64, 1961, p. 61 ; R. FEENSTRA, "Fidem emptoris sequi", *Studi Ugo Enrico Paoli*, Florence 1955, p. 273 ; *Reclame en Revindicatie*, Haarlem 1949, p. 11, 36 ; compte rendu de G. WESENBERG, *ZSS roman. Abt.*, 68, 1951, p. 598 ; F. LEIFER, "Mancipium und auctoritas", *ZSS roman. Abt.*, 56, 1936, p. 213 ; et *ZSS roman. Abt.*, 57, 1937, p. 217 ; F. WIEACKER, *op. cit.*, p. 13 ; E. SCHÖNBAUER, "Zur Frage des Eigentumsüberganges beim Kauf", *ZSS roman. Abt.*, 52, 1932, p. 195 ; "Zum römischen Kaufrechte", *ZSS roman. Abt.*, 54, 335 ; J. JAHR, "Zur iusta causa traditionis", *ZSS roman. Abt.*, 80, 1963, p. 150 et n. 33 ; G.G. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Studi di dir. priv. 15, Padoue 1934 ; compte rendu de M. KASER, *ZSS roman. Abt.*, 55, 1935, p. 395 ; "In tema di trasferimento della proprietà per compravendita", *Stud. et. Doc. Hist. et Iur.*, 1, Rome 1935, p. 115 ; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, 2, Milano 1956, p. 276 et "Le contrat de vente en droit romain", *Rev. Al-Quanoun Wal Iqtisad*, 7, Le Caire 1937, p. 388 ; A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965 et rééd. Aalen 1984, p. 61 ; E. LEVY, *West roman vulgar law*, Philadelphia 1951, p. 131 ; A. D'ORS, "Credutum und contractus", *ZSS roman. Abt.*, 74, 1957, p. 83 ; M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, Rome 1954 ; Ph. MEYLAN, "Le paiement du prix et le transfert de propriété de la chose vendue", *Studi Bonfante*, 1, Milan 1930, p. 441 ; "Varron et les conditions du transfert de propriété dans la vente romaine", *Scritti Ferrini*, 4, Milan 1949, p. 179 ; S. ROMANO "Pagamento del prezzo e trasferimento della proprietà nella compravendita romana", *Annali Perugia*, 44, Pérouse 1934 ; *Nuovi studi sul trasferimento della proprietà e il pagamento del prezzo nella compravendita romana*, Padoue 1937 ; P. JÖRS et W. KUNKEL, *Römisches Privatrecht*, Berlin 1949, rééd. 1978, p. 127 ; C. LONGO, "Passaggio della proprietà e pagamento del prezzo nella vendita romana", *Bull. Ist. Dir. rom.* 45, Rome 1938, p. 15 ; G. BESELER, "Eigentumsübergang und Kaufpreiszahlung", *Acta Congr. iur. intern.*, 1, 1938, p. 15 ; H. PFLÜGER, *Zur Lehre vom Erwerb des Eigentums nach römischem Recht*, Munich 1937 ; compte rendu de M. KASER, *ZSS roman. Abt.*, 58, 1938, p. 319 ; F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Turin 1955, p. 81 ; compte rendu de M. KASER, *ZSS roman. Abt.*, 74, 1957, p. 437 ; *Il principio*

## III. LE PAIEMENT DU PRIX EN DROIT MUSULMAN

Aucune des écoles n'accorde d'effet réel au paiement du prix. Bien que la vente soit un contrat synallagmatique (*mu'âwadât*), la réciprocité des obligations n'est pas simultanée dans le temps. Un pacte *ad hoc* peut prévoir que la vente sera résolue (et non pas suspendue) en cas de *non numeratio pecuniae* (122). Cette option résolutoire conventionnelle (*khiyâr an-naqdh*) n'appartient qu'au vendeur et doit être exercée dans les trois jours de la vente. Une telle résolution est inopposable à des sous-acquéreurs de la chose qui en auraient la possession (123). La vente se fait en principe au comptant, *hâlan maqboudhan, mithlan bi-mithlin, yadan bi-yadin* (le même contre le pareil de la main à la main), mais elle est réputée telle si le paiement ou la délivrance se font dans un délai de trois jours (à ne pas confondre avec celui de l'option conventionnelle, *khiyâr as-shart* chafiite ou hanafite). Ce

*emptione dominium transfertur nel diritto pregiustiniano*, Rome 1960 ; P. DE FRANCISCI, *Translatio dominii*, Milan 1921 et *Il trasferimento della proprietà*, Pavie 1924 ; A. EHRHARDT, *Iusta causa traditionis*, Berlin 1930 ; A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, 2, Erlangen 1908, p. 512 ; H. LANGE, *Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition*, Leipzig 1930, p. 97 ; H.P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensalkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg 1965, p. 20 ; F. PRINGSHEIM, "Eigentumsübergang beim Kauf", *ZSS roman Abt.*, 50, 1930, p. 333 ; F. DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale*, Oxford 1945, rééd. Aalen, p. 38 ; E. ALBERTARIO, "Il momento di trasferimento della proprietà nella compravendita romana", *Studi di dir. rom.* 3, Roma 1932, p. 434 ; S. RICCOBONO, "Traditio ficta", *ZSS roman Abt.*, 33, 1913, p. 268.

122) *Medjelle*, code civil turc et hanafite, art. 313.

123) Le droit romain (D. 18, 1, 19) arrive aux mêmes conclusions, mais en partant de principes contraires.



principe est supplétif et le paiement peut être retardé sans nuire au transfert de propriété (124). La *venditio anticipato pretio* est légale, elle n'est pas contraire à l'ordre public (*al-maslahah, al'âmmah*). Si la délivrance est retardée, le transfert de propriété le sera d'autant, sauf pour les Malékites qui ne font pas dépendre la perfection de la vente des corps certains de la tradition. Ce rite cependant n'admet pas le paiement comptant (*NaQdan*), tant que la vente n'est pas parfaite, quand elle est par exemple suspendue par une option d'examen ou conventionnelle. Si le paiement peut être retardé pour des motifs de pure convenance personnelle, il ne peut pas selon les Malékites être conditionné à la délivrance de la chose ou repoussé à une date trop lointaine (125).

## Section 2 : La séparation physique des parties

Les textes syriaques, au contraire des arabes Ar. 20, Ar. 98 et Ar. 126, ne font pas mention de la nécessité de la séparation des parties pour réaliser la vente.

---

124) MALIK, *Kitâb al Muwatta'*, tom. 2, éd. DâR al-FikR, Beyrouth 1987, livre 31 de la vente (*kitâb al-buyu*), ch. 1 sur les arrhes (*bâb mâ jâA fî bay'I al'OuRbân*), p. 501 ; F. PELTIER, *Le livre des ventes du Mouwatta de Malik ben Anas*, Alger, impr. Jourdan, 1911, ch. 1, p. 2 : "*Lâ ba'sa biHâthâ An yachtaRî minHou al-Abda bi-al-'Abdayni Aw bi al-A'boudi Ilâ Ajalin ma'loumin*" (Il n'a pas de problème à acheter un esclave de qualité supérieure pour le prix de deux ou plus de qualité médiocre jusqu'à un terme connu).

125) IBN ABI ZAYD AL-QAYRAWANI, *Risâla, le message*, éd. et trad. L. BERCHER, Alger 1951, ch. 34, p. 209 : "*wa takhlîRou Ra'si al-mâli ilâ ajali Istilâmi al-mabî'I aw mâ ba'da*" (Et est interdite la stipulation de l'ajournement dans le paiement du prix jusqu'au moment de la livraison de la chose ou après).

En droit syro-arabe la séparation physique des personnes, à la différence du versement du prix, n'est pas une *causa emptiois*, n'est pas une condition constitutive de l'*obligatio emptiois venditionis*, lui donnant ses effets réels *condicione finita*. Sa fonction n'est donc pas translatrice, elle ne rend pas la vente parfaite, non seulement *contracta*, mais aussi *perfecta* avec transfert de propriété, *periculum rei venditae ad emptorem* (126).

La séparation physique des parties (*IftaRaQou, al-tafaRRouq*) a une fonction probatoire, marquant la fin des pourparlers et l'acceptation de l'offre, elle est un moyen de preuve de l'accord des volontés. On peut penser à un terme suspensif repoussant dans le temps la rencontre des consentements au moment incertain de la séparation des parties ; ou à un terme extinctif de la faculté de dédit, "Reue-, Rücktritts-, Widerrufs-, Rückforderungsrecht" qui affecterait une vente conclue par l'accord des parties, ce qui est la solution du droit copte. Cette option résolutoire conventionnelle devrait être stipulée par les parties tant qu'elles sont encore en présence, car elle perdrait son effet ensuite. Il ne faut pas la confondre avec l'*in diem addictio* légale du vendeur, dont nous parlerons, et qui, elle, survit à la séparation des protagonistes.

Une telle fonction sacramentelle de l'éloignement physique des protagonistes en tant que condition de preuve de la rencontre des volontés, ou de perfection de la vente, est inconnue dans le droit de Justinien, mais nous la retrouvons dans une ordonnance

---

126) Inst. 3, 23, pr. et 3 à propos des ventes *sine scriptura* et D. 18, 1, 9 pr. ; D. 18, 1, 35, 5 et 6 ; D. 18, 1, 67 pour le droit classique.

médiévale pour le commerce de la ville de Lübeck (127) : "*Si vero uni eorum emptio displicet antequam pedem mutaverit, denarium s. Spiritus restituere aut recipere poterit, quod pede mutato facere neuter eorum poterit*", en droit copte (128), et en droit musulman comme nous l'avons vu. En droit romain classique la *stipulatio continuo actu* (129) a une portée différente de la condition de séparation syro-arabe ou musulmane. Il s'agit d'une condition de forme imposée à la seule obligation *verbis* et distincte à la fois de la condition de fond d'efficacité du transfert de propriété, et de celle de preuve de la perfection de la vente.

### Section 3 : La tradition de possession à l'acheteur

#### I. L'INEFFICACITÉ DE LA DÉLIVRANCE SUR LE TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ ET SON INFLUENCE SUR LES RISQUES EN DROIT ARABE

---

127) Lübecker Ratsurteilen Kodex, éd. HACH, 1, 72, p. 207, cité par O. VON GIERKE, *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht*, Breslau 1910, Aalen 1969, p. 356 n. 85 ; G. SCHWEGMANN, *Das Reurecht in den Lübecker Ratsurteilen*, Hambourg 1969, p. 6.

128) A. D'EMILIA, *La compravendita nel capitolo 33 del nomocanone di Ibn al-<sup>c</sup>Assâl*, Milan 1938, p. 55 citant des extraits du *al-Majmû as-Safawî*, ch. 33 sec. 1 : "*wa In IftaRaQâ Qabla 'Iqdi al-moubâya'Ati batilat, aw Qabla Qabdhi al-thamani wa taslîmi al-mabî'I fa-Houmâ bi-al-IkhtiyâRi mâ lam takoun tammât bi-chaHâdatin*" (et si les parties se séparent avant l'acte de vente celui-ci sera nul, ou si elles se séparent avant la réception du prix et la délivrance de l'objet, elles auront le choix de parfaire la vente ou non, sauf si la vente a été constatée par témoins). *A contrario* la séparation après délivrance et paiement fait perdre le droit de dédit, ou plutôt prouve la renonciation à celui-ci.

129) D. 45, 137 pr. ; Gaius, *Inst.*, 3, 136 ; D. 45, 1, 1, par. 1 (peut-être interpolé).

Il est exprimé dans ce texte que la *traditio vacuae possessionis* de la chose n'a pas été faite à l'acquéreur, et que des arrhes n'ont pas été versées par lui, tout comme dans l'hypothèse des *Inst.* de Justinien, 3, 23 pr.

Ces deux circonstances sont toutefois indifférentes pour lui faire acquérir la propriété de la chose. La *custodia rei* expressément acceptée par l'acquéreur ne ferait sans doute que lui transférer les risques sans qu'il devienne propriétaire de la chose. A la différence du droit romain, la transmission des risques au possesseur en droit syro-arabe ne suppose sans doute pas de clause spéciale d'acceptation de ceux-ci.

La délivrance de possession n'est pas une condition *per quam*, mais seulement une présomption, parmi d'autres, de perfection de la vente. En effet si la chose a été délivrée et le prix non payé, il semble logique de considérer la vente comme encore imparfaite. Le vendeur pourrait revendiquer sa chose, même entre les mains de sous-acquéreurs de bonne foi (130), auxquels on assimile les ayants droit *mortis causa* (131), à la condition qu'il n'ait pas reçu de versement, et qu'il ait trouvé un nouvel intéressé à de meilleures conditions. Inversement si le prix avait été payé et la chose non délivrée, l'acquéreur pourrait la

---

130) D. 18, 6, 8 pr. selon Proculus, Octavenus et Paul.

131) Voir W. FLUME, "Die Vererblichkeit der suspensiv bedingten Obligation nach klassischem römischem Recht", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 14, 1936, p. 19 ; "Der bedingte Rechtsakt nach den Vorstellungen der röm. Klassiker", *ZSS roman. Abt.*, 92, 1975, p. 69 ; P. GIDE, *Études sur la novation et le transport des créances en droit romain*, Paris 1879.

revendiquer entre les mains du vendeur ou de sous-acquéreurs même de bonne foi.

## II. L'INEFFICACITÉ DE LA REMISE DE POSSESSION SUR LE TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ ET SUR LES RISQUES EN DROIT ROMAIN

Quant à l'influence de la délivrance de la chose sur son transfert de propriété, la solution romaine est la même que celle du droit syro-arabe (132).

---

132) D. 18, 1, 35, par. 4; D. 18, 6, 3; 10; CJ 4, 48, 5 (285 ap. J.-C.). Voir W. ERNST, "Periculum est emptoris", *ZSS roman. Abt.*, 99, 1982, p. 216; et *Das klassische römische Recht der Gefahrtragung beim Kauf: periculum est emptoris*, Bonn 1981; E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar 1956, p. 231; E. SECKEL et E. LEVY, "Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht", *ZSS roman. Abt.*, 47, 1927, p. 117 et *Gesammelte Schriften*, 2, Cologne 1963, p. 166; E. RABEL, "Gefahrtragung beim Kauf", *ZSS roman. Abt.*, 42, 1921, p. 543 et *Gesammelte Aufsätze*, 4, Tübingen 1971, p. 354; J. PARIS, *La responsabilité de la custodia en droit romain*, Paris 1926, p. 199, 355; C. ARNÒ, "La teoria del periculum rei venditae nel diritto romano classico", *Giurispr. Ital.* 49, Turin 1897, p. 209; "Sul c. 23 dei Fragmenta Vaticana", *Mem. d. Re. Acc. d. Scien., lett. ed art. in Modena*, 9, Modène 1910, p. 73; G. VON BESELER, "Die Gefahrtragung beim Kaufe im klassischen römischen Recht", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 8, Leyde 1928, p. 279; E. BETTI, "Periculum", *St. in onore d. P. De Francisci*, 1, Milan 1956, p. 131; "Zum Problem der Gefahrtragung bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen", *ZSS roman. Abt.*, 82, 1965, p. 1; P. FILIOS, *Die Gefahrtragung beim Kauf (par. 446 BGB) im Rahmen des Synallagmas*, Berlin 1964; F. HAYMANN, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, Berlin 1912; "Periculum est emptoris", *ZSS roman. Abt.*, 41, 1920, p. 44; H. HOETINK, *Periculum est emptoris*, Haarlem 1928; R. VON JHERING, "Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontract", *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 3, Iena 1859, p. 449; M. KASER, "Periculum emptoris", *ZSS roman. Abt.*, 74, 1957, p. 154; P. KRÜCKMANN, "Periculum emptoris", *ZSS roman. Abt.*, 60, 1940, p. 1; G.

Quant à la question des risques, en droit romain, en l'absence d'une stipulation de transfert de ceux-ci à l'acquéreur mis en possession, ils restent pour le propriétaire, même s'il n'a plus la *vacua possessio* de la chose (133). Supportent aussi les risques la partie négligente ayant la *custodia* (c'est la *culpa in custodiendo* (134)), et l'acheteur non propriétaire qui par sa faute retarde la *traditio* (135). La loi romaine introduit des exceptions pour les ventes de vin même en dehors des cas de *degustatio* ou d'individualisation, de spécification des tonneaux (136) et pour les ventes d'esclaves (137).

*Pendente suspensiva condicione*, les risques sont pour le propriétaire-futur vendeur, même en cas de délivrance, *quodsi*

MAC CORMACK, "Periculum", *ZSS roman. Abt.*, 1979, p. 129; "Further on periculum", *BIDR* 82, Milan 1979, p. 11; Ph. MEYLAN, "Paul D. 21, 1, 11 pr. et la question des risques dans le contrat de vente", *Mélanges F. De Visscher*, 2 (=RIDA 3), Bruxelles 1949, p. 193; H. VOGT, "Zur Gefahrtragung beim Sklavenkauf", *Festschrift für P. Koschaker*, 2, Weimar 1939, p. 162; E. BETTI, "Zum Problem der Gefahrtragung bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen", *ZSS roman. Abt.*, 82, 1965, p. 1.

133) D. 18, 1, 34, par. 6; D. 18, 2, 2, par. 1; D. 18, 5, 5, par. 2; D. 18, 6, 8 pr. (*perfecta emptione periculum ad emptorem respicit*); 13; 15 pr.; D. 19, 2, 23; 33; D. 21, 2, 11 pr.; D. 41, 4, 2, par. 4; D. 42, 1, 15, par. 6; *Pauli Sent.* 2, 17, 7; CJ 4, 48, 1 (223 ap. J.-C.); Inst. 3, 23, 3.

134) D. 18, 6, 15; 17; voir M. KASER, *Das römische Privatrecht*, 2, par. 258, p. 352.

135) D. 18, 6, 5; 17; CJ. 4, 48, 6 (294 ap. J.-C.).

136) Vat. fr. 16; D. 18, 1, 35, par. 5 et 7; D. 18, 6, 1 pr. et par. 4; D. 18, 6, 6; 15; CJ 4, 48, 2 de 223 ap. J.-C.

137) D. 18, 6, 16; CJ. 4, 48, 6 de 294 ap. J.-C.

*pendente condicione res tradita sit* (138), la vente et la tradition étant conditionnelles. On devrait parler de *periculum domini* et non *venditoris* puisque la vente n'est pas parfaite. Une telle condition suspensive peut être une *in diem addictio* ou un *dies pretii solvendi*. Si la chose vient à périr ou à perdre de sa valeur, l'acheteur n'est pas obligé d'en payer le prix convenu initialement, même si la condition se réalise après le dommage subi.

*Sub condicione impleta*, les Proculiens, égarés par la rétroactivité de la condition, font peser le risque de détérioration sur l'acheteur, et celui de destruction complète sur le vendeur, car la vente ne pourra plus être "perfectionnée" par défaut d'objet (139). Cette distinction illogique entre deux sortes de risques, le *periculum acoris et mucoris*, pourrait être le fruit d'interpolation selon E. SECKEL et E. LEVY (140), et représenter ainsi le droit byzantin. Il pourrait en être de même pour l'opinion minoritaire proculienne, car il apparaît certain que malgré le texte, Pomponius ne l'a jamais adoptée, ayant soutenu le contraire au D. 18, 2, 4 pr. Même en l'absence d'interpolation, l'*i.d.a.* devrait relever d'un régime exceptionnel, car il serait surprenant que le vendeur puisse profiter d'une offre meilleure alors que la

---

138) D. 18, 6, 8 pr.; 10; D. 18, 2, 2, par. 1; D. 18, 2, 4 pr.; D. 18, 1, 7 pr. (*Condicionales autem venditiones tunc perficiuntur, cum impleta fuerit condicio*); CJ 4, 48, 5 (294 ap. J.-C.).

139) D. 18, 6, 8 pr.

140) "Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht", *ZSS roman Abt.*, 47, 1927, p. 178, et *Gesammelte Schriften*, 2, Cologne 1963, p. 204.

chose a subi des dommages (141) et inéquitable de faire payer ceux-ci au premier offrant auquel il ne la vend pas.

En cas de pacte résolutoire adjoint à une vente simple, les risques seraient *medio tempore* pour l'acheteur devenu propriétaire (142).

### III. LE RÔLE DE LA TRADITION DANS LA VENTE EN DROIT MUSULMAN

Les écoles chafiite (143) et hanafite (144) définissent la vente (*bai'*) comme un contrat réel ne donnant effet translatif à la rencontre des consentements (*sulh, istilâh, taRâdhî, Ridhâ*) qu'après la tradition ou délivrance de possession (*qabdh, taslîm*) à l'acquéreur.

141) D. 18, 2, 3; 4, par. 1.

142) D. 43, 24, 11, par.12; D. 18, 2, 2, par.1; 4, par. 4; D. 18, 6, 8 pr. Voir M. KASER, *Das römische Privatrecht*, 1, par. 131, p. 552, n. 65.

143) ABOU ISHAQ AL-CHIRAZI (486/1093), *Kiâb al tanbîH fil fiqh*, éd. et trad. L.W.C. VAN DEN BERG, Leyde 1879; G.H. BOUSQUET, *Kitâb et-Tabîh ou le livre de l'admonition de Chirâzi Fairouzabâdhi*, éd. et trad. Alger 1949-1952 (4 vol.), 2<sup>e</sup> partie, opérations sur le patrimoine, p. 54: "La propriété ne se fixe sur la tête de l'acheteur que par la délivrance".

144) Ch. CHEHATA, "L'acte translatif de propriété en droit musulman hanafite", *Travaux de la semaine internationale de droit musulman*, Paris 1953, p. 36; *Medjelle, Code civil turc*, éd. Beyrouth 1904, art. 120, 170, 171, 252, 293, 435, 1511, 1568; IBN ABIDIN (1252/1836), *Radd al-Moukhtâr 'Alâ Al-DouRR al-Moukhtâr Fî ChaRh TanwîR Al-Absâr* (La réponse choisie aux émeraudes de choix dans l'explication de l'illumination des yeux), Le Caire - Boulac 1882, t. 4; *Magmû'al-Rasâ'il*, Istanbul 1907; AL-JAZIRI, *Kitab al-fîQH 'alâ madhâHib al-arba'a*, Le Caire 1931, 2, 307.



La rencontre des consentements reste condition nécessaire (*chaRt al-sihha*), puisque sans elle la tradition ou la séparation ne suffiraient pas au transfert de propriété (*tamlîk*), mais non suffisante, à la perfection (*sihhat, Ijâzatou al-bay'I In'IQâdou al-moubâya'Ati*) du contrat de vente (*chaRt sihhati hadhiHi al-'uqûd ; chart sababi al-wujûb*).

L'accord des volontés qui n'a pas d'effet (*hukm asli*) réel, est source de l'obligation (*wujûbuHa bil 'aqdi al-sahihi, sulb*) de tradition, obligation de faire (*tasaRRûfât fi'liya*). Avant celle-ci, l'acheteur n'a qu'une créance (*haqq -i rughân, dayn*) à la chose, *ius ad rem*, et à sa tradition : *min hîni al-'aqdi al-sahîhi, bi-tibâRi al-'IQdi* (la transmission de propriété est seulement due après la conclusion du contrat). Il est dit que la délivrance de possession renouvelle le contrat déjà conclu (145). La tradition qui est *in obligatione* (*ba'da sihhati al-'aqd*), et non *in solutione* ou *in satisfactione* (*'al-kifâya*), ne se présume pas sans remise effective (*li -'adami al-taslîmi taqdiRan*).

Avant sa prise de possession (*qabla al-hawzi*), l'objet n'est pas juridiquement propriété (*milk*) de l'acquéreur (146). Celui-ci ne supporte pas plus les risques de perte de cette chose, que le vendeur ne supporterait ceux de perte du prix (*thaman*) s'il lui avait été versé de manière anticipée. L'*abusus* est refusé à

---

145) AS-SARAKHSI (438/1046 ou 490/1097), *al-Mabsût*, Le Caire 1913, éd. as-Saâda (30 tom.), 12, 150 : "La prise de possession en matière de vente a l'effet juridique d'un contrat neuf".

146) Notons que logiquement l'*animus* (*niyyah, qasd*) ne joue pas un grand rôle dans la possession musulmane, pas plus qu'il n'en joue dans la transmission de propriété.

l'acquéreur avant délivrance. Certains orientalistes occidentaux considèrent cette absence d'*abusus* comme propriété imparfaite (147), mais au lieu d'introduire une nouvelle catégorie de droit réel, ce à quoi les *fuqaha* se sont toujours refusés (148), il semble préférable de parler simplement de *ius ad rem*.

Le vendeur qui aurait déjà perçu le prix (*thamanu al-bay'*) de la chose, mais qui serait resté en sa possession, pourrait en remettant celle-ci à un tiers, lui en transférer valablement (*mubâh, thabât*) la propriété (149).

Si au contraire, l'acquéreur non mis en possession revendait la chose à un tiers avant tradition, aucune ratification de cette vente nulle ne pourrait être accomplie par le *verus dominus* au

147) E. SACHAU, *Muhammedanisches Recht nach schafiiitischer Lehre*, Stuttgart et Berlin 1897, p. 277, 286; N. VON TORNAUW, *Das muslimische Recht nach den Quellen dargestellt*, Leipzig 1855, p. 90 (trad. ESBACH, Paris 1860); A.W.T. JUYNBOLL, *Handbuch des islamischen Gesetzes, Jus schafiiiticum. At Tanbih auctore Abu Ishâq Al-Shirâzi*, Leyde 1879; le fils Th. W. JUYNBOLL, *Manuale di diritto musulmano secondo la dottrina delle scuola sciafeita*, Milan 1916, p. 167.

148) Par ex. IBN HAZM (456/1064), *Kitâb al-Muhallâ*, 7, question 1420 bis, trad. B. FILLION, *Le droit musulman de la vente au 11ème siècle d'après Ibn Hazm de Cordoue*, thèse Paris 4, 1976, p. 133: "La vente, c'est le transfert de la propriété du vendeur, c'est le fait que la chose tombe dans la propriété de l'acheteur... car il n'y a pas de vente sans que, là aussi, il y ait un vendeur, un acheteur, et un transfert de propriété".

149) MARGHINANI (593/1197), *Al-Hidâyah fî ChaRh bidayat Al-moubtadi* (La mise sur la bonne voie dans le commentaire des débuts du débutant), Le Caire, éd. al-Halabî 1936 (4 vol.); éd. al-Maymaniyya 1905 (9 vol.); éd. Boulac 1898 (8 vol.), 3, 38-39; IBN AL-HUMAN (681/1282), *Fath al-Qadîr*, Le Caire - Boulac 1898 (8 vol.), 5, 235.

bénéfice du sous-acquéreur (150). L'apparence (*dhâHiRu al hâl*) créée (*tuwallid*) le droit (151).

L'école malékite n'impose la tradition de possession (*intiqaâl, taslîm*) que pour le transfert de propriété (*tamlîk*) de choses de genre (*mithl, mithliyyât, jins*). Celui-ci affermit (*tastahkimu, tusnidu*) le contrat, sans cette ratification (*ta'kîd*), il n'aurait pas d'effet réel. La tradition est alors un élément constitutif (*Rukn*) de la vente de la chose fongible, la source (*mûjib*) du transfert de propriété. En son absence, il y aurait empêchement (*'âRidh, mâni'*) à celui-ci (152).

#### Section 4 : Le versement des arrhes et le transfert de propriété

Les arrhes syro-arabes n'ayant une fonction ni confirmatoire, ni pénitentielle, mais pénale prouvant la non perfection du

---

150) ALI HAIDAR, dans son commentaire de la Medgellé, *DuRaR al hukkâm fi chaRh majallat al ahkâm*, Ghazza 1932, 1, p. 202.

151) Voir Ch. CHEHATA, "L'acte translatif de propriété en droit musulman hanafite", *Semaine internationale de droit musulman de Paris*, p. 36.

152) R. BRUNSCHVIG, "Corps certain et chose de genre dans l'obligation en droit musulman", *Études d'Islamologie*, 2, Paris 1976, p. 303 ; AL-DARDIR (1201/1786) et ARAFA AL-DASUQI, *Al-Charh al-kâbiR*, Le Caire - Boulac 1891 (4 vol.), 3, 3 ; HATTAB (954/1547), *MawâHib al Khalîl* (Dons de Khalîl), Le Caire 1928, éd. as Saâda (6 vol.), 4, 229 ; IBN ACEM (829/1426), *Tohfat al-Hukkâm*, éd. et trad. HOUDAS et MARTEL, Alger 1882, ch. 59, n° 1017, p. 547: "*Wa laysa fi al-mâli wa lâkin fi-aththaman*" (il n'y a pas transfert de droit réel, mais naissance d'une obligation). Le vendeur et l'acquéreur ne sont qu'obligés par cette vente "*YalzamouHu al-bayT*", selon l'expression du ch. 57, n° 811, p. 433.

contrat, la circonstance de leur versement par l'acquéreur n'établirait pas de présomption de transfert de propriété en sa faveur <sup>(153)</sup>, mais démontrerait plutôt le contraire.

### Section 5 : L'absence de formalités particulières pour le transfert de propriété des *res Mancipi* et des immeubles

Les versions syriaques et l'arabe énumèrent comme *res traditae* aussi bien des *res Mancipi* que des *res nec Mancipi*, la distinction étant connue, même si elle n'est pas pratiquée.

Aucune formalité particulière n'est exigée en plus du paiement du prix pour transférer la propriété des immeubles <sup>(154)</sup>.

### Section 6 : Absence de formalité d'écrit pour le transfert de propriété

Alors que selon des interprétations autorisées la vente syriaque se fait avec rédaction d'une *καταγραφή* pour être opposable aux tiers, l'arabe n'exige pas la moindre formalité d'écrit (*sighah, kitâb*) dans ce but. Il suffit que les paroles prononcées

153) Voir Ar. 32 et Ar. 98.

154) En droit grec il faut une *καταγραφή*: BGU 446 de 158 ap. J.-C.; P. Lond. 2, p. 211 n° 334 de 166 ap. J.-C.; P. Mich. 2, 121 de 42 ap. J.-C., cités par F. PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale*, p. 393. Cette formalité est plus exigée *ad probationem*, pour rendre la vente opposable aux tiers, qu'*ad validitatem*.

### Section 7 : Destin de la conjonction des conditions d'accord des volontés et de versement du prix

La rencontre des consentements est donc une condition nécessaire, mais non suffisante pour rendre la vente parfaite en droit syro-arabe. Il faut en plus un paiement comptant de tout ou partie du prix, lequel a seul valeur confirmatoire, et attribue un *ius in re* à l'acquéreur.

Cette conception différente de celle du droit byzantin a perduré jusque dans le droit chrétien arabe du Moyen-Age, qui a rajouté comme condition à la perfection de la vente outre le consentement et le paiement du prix, la tradition de possession. *Le Prochiron legum*, 14, 1, sa version arabe, le *Titulusât*, 11, 1, l'*Ecloga*, 9, 1, et HARMENOPOULOS, *Hexabiblon* 3, 3, 1, le rappellent pour la vente *quae sine scriptura fit* (157). Le *Nomocanone*, d'IBN AL-CASSAL, ch. 33, sec. 1, prévoit que dans la vente avec écrit (*al-Bay'ou bi-kitâbin*), l'*instrumentum* devra mentionner que le prix a été versé, totalement ou partiellement en cas de crédit (*tamyîzou al-thamani kawniHi hâlan*

---

157) Voir C.A. NALLINO, "Libri giuridici bizantini in versioni arabe cristiane dei sec. 12 e 13", *Rend. d. Clas. d. Scien. Mor. Stor. e Filolog. d. Acc. d. Lincei*, série 6, vol. 1, fasc. 3 et 4, Rome 1925, p. 116; "Il diritto musulmano nel nomocanone siriano cristiano di Barhebreo", *Rivista degli Studi Orientali*, 9, Rome 1923, p. 514; A. D'EMILIA, *La Compravendita nel capitolo 33 del nomocanone di Ibn al-<sup>c</sup>Assâl*, Milan 1938, p. 59; G. FERRARI, *I documenti greci medioevali di diritto privato dell'Italia meridionale. E loro attinenze con quelli bizantini d'oriente e coi papiri greco-egizii*, coll. Byzantinisches Archiv n° 4, Leipzig 1910, rééd. Aalen 1974, p. 100.

*aw mouAjjalan*), et que la chose a été remise (158). Il faut toutefois noter l'exception du droit consensuel de la vente du *Nomocanone* du 13<sup>e</sup> siècle des *Leges Constantini, Theodosii, Leonis imperatorum*, du jacobite BARHEBREON (ABOU AL-FARAG IBN AL-IBRI) qui n'ont de byzantines que le nom, car elles reproduisent pour partie le *fiqh* de l'*al-Wagiz*, ch. 17 du Chafiite AL-GHAZZALI.

#### CHAPITRE 4 : L'IN DIEM ADDICTIO SYRO-ARABE

##### Section 1 : Conditions d'efficacité de l'I.D.A.

###### I. LA SUSPENSION DE LA VENTE PAR LE NON PAIEMENT DU PRIX

On a vu que dans cette vente arabe, si le prix ou une partie de celui-ci (à ne pas confondre avec les arrhes) n'a pas été payé comptant, la propriété n'est pas transférée. Les deux moments romains de l'*emptio contracta*, puis *perfecta* ne sont pas distingués par cette législation. Le contrat obligatoire de vente contracté par la rencontre des volontés et le paiement du prix est immédiatement parfait et emporte ses effets réels. En l'absence de paiement du prix, un élément du contrat obligatoire fait défaut

---

158) "*Wa In Kâna al-mabrî' Ou bi-thamanin hâdhiRin fa-tamâ mou al-moubâya'Ati bi-Qabdhi al-mouchtaRî laHou wa taslîmi al-'Iwadhi li-al-bâI'*" (Et si l'objet de la vente est vendu au comptant alors la vente devient parfaite par la réception par le vendeur du prix versé par l'acheteur, et la délivrance par le vendeur à l'acheteur de la contrepartie). Voir A. D'EMILIA, *La Compravendita nel capitolo 33 del nomocanone di Ibn al-<sup>c</sup>Assâl*, Milan 1938, p. 57-63.

et la vente n'est alors ni *contracta*, ni *perfecta*. Il serait inexact de considérer que la seule rencontre des consentements aurait des effets obligatoires et que le paiement du prix aurait des effets réels.

En droit arabe, le vendeur ne bénéficie d'une *i.d.a.* que si l'acquéreur n'a pas encore payé le prix. En droit romain le versement du prix est indifférent à la validité de l'*i.d.a.* Il est seulement précisé que le vendeur sous *i.d.a.* suspensive n'a pas d'action pour y obliger son acquéreur éventuel. En droit arabe, si le prix est payé, l'*i.d.a.* perd toute cause de validité, la vente devient immédiatement parfaite, sauf clause expresse contraire dont la validité ne semble pas pouvoir être niée.

F. SCHUPFER (159) soutient au contraire que l'Ar. 20 présente un *pactum displicentiae* au profit de l'acquéreur seul et crée une "Schuld" sans "Haftung" juridique, avec obligation uniquement morale, ce qui implique que si des arrhes, un acompte ou le prix sont payés par l'acquéreur, il conserve son droit de retrait, mais pas celui d'en réclamer le remboursement.

Ar. 20 ne mentionne pas directement que la délivrance de la chose n'a pas eu lieu au profit de l'acquéreur éventuel. Le texte insiste sur le non paiement du prix, preuve de son importance, et se contente de rajouter qu'à part l'accord des volontés, rien de plus ne s'est passé, ce qui implique aussi que la tradition n'a pas été effectuée. Même si la délivrance avait été faite, la vente

---

159) "Le contrattazioni nel diritto siriano-romano", *Riv. Ital. Sc. Giur.*, 59, 1917, p. 155.

n'étant pas parfaite, le vendeur pourrait céder sa chose à un tiers offrant de meilleures conditions, mais se poserait le problème de la récupération de la chose entre les mains de celui à qui elle a été promise, ce qui pourrait rendre problématique l'exercice du droit d'*i.d.a.* Le coutumier ne voulant pas rentrer dans ce genre de difficultés, la question juridique posée et son *responsum* sont des plus simples.

La vente étant suspendue légalement par le non paiement du prix, le vendeur ayant trouvé un autre intéressé à des conditions pour lui plus avantageuses, peut mettre le premier acheteur en demeure d'accepter ces nouvelles conditions, faute de quoi la chose sera cédée au tiers, ce qui rappelle l'*in diem addictio* romaine (160) d'avant Julien à la condition simplement potestative

---

160) D. 18, 2, 6, par. 1 ; D. 18, 2, 7 ; 8 ; D. 20, 6, 3 ; D. 6, 1, 41 pr. ; D. 39, 3, 9 ; D. 41, 4, 2 par. 4. Voir H. SIEG, *Quellenkritische Studien zur Besserangebotsklausel*, Hamburg 1933 ; A. DE SENARCLENS, "Étude sur l'*in diem addictio*", *Recueil de la Faculté de droit de Lausanne*, Lausanne 1896 ; F. SENN, "L'*in diem addictio*", *N.R.H.D.F.E.*, 37, Paris 1913, p. 275 ; U. WESEL, "Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorhalte des römischen Kaufs", *ZSS roman. Abt.*, 85, 1968, p. 94 ; C. LONGO, "Sulla *in diem addictio* e sulla *lex commissoria* nella vendita", *BIDR*, 31, Milan 1921, p. 41 ; F. WIEACKER, *Lex commissoria, Erfüllungszwang und Widerruf im röm. Kaufrecht*, Berlin 1932, p. 45 ; E. LEVY, "Zu den Rücktrittsvorhalten des römischen Kaufs", *Symb. Frib. in honor. O. Lenel*, Leipzig 1934, p. 117 et *Gesammelte Schriften*, 2, Cologne 1963, p. 267 ; A. D'ORS, "In diem addictio", *An. d. Hist. d. Der. Esp.*, 16, Madrid 1945, p. 193 ; F. DE FONTETTE, "Recherches sur l'*in diem addictio*", *St. in onore di P. De Francisci*, 3, Milan 1956, p. 552 ; G. VON BESELER, "Romanistische Studien. Zu den Rücktrittsvorhalten des römischen Kaufs", *ZSS roman. Abt.*, 54, 1934, p. 4 ; H. SIBER, compte rendu de F. WIEACKER (*Lex commissoria*), *ZSS roman. Abt.*, 53, 1933, p. 537 ; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, 2, Milan 1956, p. 407 ; R. HENLE, "Die rechtliche Natur der *in diem addictio* beim Kaufvertrage", *Festschr. P. Koschaker*, 2, Weimar 1939, rééd. 1977, p. 169.



et suspensive. Mais à la différence de l'*in diem addictio* romaine, celle du droit syro-arabe est toujours restée légale sans besoin d'être stipulée.

## II. COMPARAISON AVEC L'*IN DIEM ADDICTIO* ROMAINE

Le droit romain a connu en effet une évolution historique. Tout d'abord *lex rei suae dicta*, *lex contractus* à effet suspensif du contrat de transfert de propriété <sup>(161)</sup>, l'*i.d.a.* devint, avec la vente consensuelle, condition suspensive du contrat de vente lui-même, à l'époque classique, pour Cassius, Sabinus, Javolenus, suivis par Pomponius <sup>(162)</sup>.

Dès Julien, puis pour Paul et Ulpien, l'*i.d.a.* devint non plus condition du contrat principal, mais *pactum in continenti adiectum* à un contrat de vente parfait, contrat accessoire conditionnel avec effet résolutoire du contrat principal en cas de meilleure offre *intra diem* <sup>(163)</sup>.

---

161) H. SIEG, p. 5; F. SENN, p. 281; F. WIEACKER, p. 20, à propos de D. 18, 2, 1 et de Plaute, *Captivi*, 179-181.

162) D. 18, 2, 6, par. 1, qui renferme une erreur de copiste; D. 41, 4, 2, par. 3 et 4; D. 18, 3, 1; D. 18, 2, 4 pr. (à rapprocher de D. 18, 2, 2 pr.); D. 18, 2, 5; D. 18, 2, 11 pr.; D. 18, 2, 14, par. 1; D. 18, 2, 19; D. 18, 2, 15 pr. et par. 1; D. 18, 2, 4 pr.; D. 43, 24, 11, par. 12.

163) F. SENN, p. 292; G. VON BESELER, p. 6; C. LONGO, p. 43; H. SIEG, p. 11; U. WESEL, p. 104; H. SIBER, p. 537; F. WIEACKER, p. 19, 31; E. LEVY, p. 110; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita...*, p. 409; M. KASER, par. 131, p. 561 n. 73.

Refusant cette analyse, R. HENLE (164) pense que l'*i.d.a.* résolutoire affecte directement la vente comme condition de celle-ci et non pas indirectement par l'intermédiaire d'un pacte adjoint à effet résolutoire suspendu dans le temps. Selon lui (165) au D. 18, 2, 2 pr. la formule *pura emptio quae sub condicione resolvitur* n'indique pas que la vente est pure et simple avec pacte adjoint résolutoire, mais qu'elle est parfaite au sens de non suspendue, et soumise à *condicionalis resolutio*. Le romaniste allemand suit ainsi B. WINDSCHEID (166) qui assimilait déjà la clause résolutoire du contrat principal (Rücktrittsvorbehalt) à une condition résolutoire extérieure à celui-ci (167).

M. KASER (168), H. SIBER (169), A. DE SENARCLENS (170), F. SENN (171), croient en la liberté de choix contractuel dans le *pactum adiectum* entre les formules résolutoire et

164) "Die rechtliche Natur der in diem addictio beim Kaufvertrage", *Festschr. Koschaker*, 2, Weimar 1939, p. 173, 188.

165) *Op. cit.*, p. 191.

166) *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Francfort 1906, rééd. Aalen 1963, par. 86, p. 455 n. 6 ; *Die Wirkung der erfüllten Bedingung*, Bâle 1851, p. 24.

167) Sur la différence, voir M. KASER, par. 131, p. 561 n. 75 et par. 61, p. 257 n. 55 à propos de D. 18, 2, 2 pr. opposé à D. 18, 1, 3 ; D. 18, 3, 1 et D. 19, 2, 20 pr. ; W. FLUME, "Der bedingte Rechtsakt nach den Vorstellungen der römischen Klassiker", *ZSS roman. Abt.*, 92, 1975, p. 69 ; A. BLOMEYER, *Studien zur Bedingungslehre*, 1, Heidelberg 1938, p. 65.

168) *Op. cit.*, par. 131, p. 561 n. 74.

169) *Römisches Privatrecht*, Berlin 1928, p. 426 et *op. cit.*, p. 538.

170) P. 255.

171) P. 305.

suspensive, D. 39, 3, 9 pr. ; D. 18, 2, 2 pr. ; D. 18, 2, 4 ; D. 41, 4, 2 par. 4 n'étant pas selon eux interpolés. R. HENLE (172) défend lui une liberté de choix entre deux conditions intrinsèques au contrat.

### III. LA MISE EN OEUVRE DE L'I.D.A. SYRO-ARABE

Ces nouvelles conditions offertes par le tiers peuvent être un prix supérieur, un paiement comptant ou dans un lieu plus proche, des sûretés plus fortes en cas de vente à crédit (173).

Bien que la vente ne soit pas parfaite, Ar. 20 pose la nécessité d'une mise en demeure au premier acheteur (174). Il semble que celle-ci puisse se faire par tout moyen, mais que son refus des nouvelles conditions soit subordonné à une certaine formalisation car il devra être mentionné dans le document obligatoire rédigé entre le vendeur et le nouvel acquéreur. Ce document doit en outre indiquer quelles étaient les anciennes conditions consenties au premier acquéreur. Le premier acquéreur doit offrir à son tour au moins les mêmes conditions que le second intéressé (175). La nouvelle vente doit se faire devant témoins.

---

172) P. 177.

173) D. 18, 2, 4, par. 6 ; D. 18, 2, 5.

174) *Idem* en droit romain: D. 18, 2, 8 ; D. 18, 2, 7.

175) Solution byzantine: *Scholia Basilicorum* de Stephanos, ed. HEIMBACH, Suppl., p. 262, n. 100.

Ces formalités de documents et témoins pour la seconde vente semblent plus exigées *ad probationem* qu'*ad validitatem*. Elles n'ont pas pour fonction d'opérer le transfert de propriété au profit du second acquéreur, mais de rendre cette seconde vente opposable au premier acquéreur et inattaquable par lui. On peut rapprocher ce document de l'*instrumentum venditionis* (176), du *συμβόλαιον* (177), voire de la *καταγραφή* (178) grecque.

Par contre l'écrit de Arm 14 (179) est rédigé entre le vendeur et le premier acheteur, il décrit la chose et son prix initial puis il est remis sans besoin de témoins au second acheteur. Il a comme la *καταγραφή* de L. 38 une tout autre utilité que le "*kitâb*" arabe puisque les ventes syriaques ou arméniennes sont parfaites par l'échange des consentements. Le document de Ar. 20 est lui rédigé entre le vendeur et le deuxième acheteur, et compare les stipulations de la première vente, non suivie d'effet, à celles de la seconde, dans un but informatif et probatoire au profit des deux acquéreurs successifs.

La formalité de l'écrit, du "*kitâb*", n'accompagne pas obligatoirement le paiement du prix transférant la propriété à l'acquéreur; elle est inutile en cas de paiement comptant, de versement d'un acompte, ou de paiement à terme échu sans qu'un

---

176) D. 13, 7, 43 pr. ; D. 24, 1, 58, par. 2.

177) *Bas.* 22, 1, 54.

178) E. RABEL, "Katagraphé", *Gesammelte Aufsätze*, 4, Tübingen 1971, p. 513.

179) K.G. BRUNS et E. SACHAU, *op. cit.*, p. 205, expliquent les divergences de fonction des documents par des erreurs de traduction, la vente arabe étant selon eux purement consensuelle.

tiers acquéreur ne se soit immiscé. On la retrouve par contre au Ar. 109 en cas d'achat payé pour le compte d'autrui. L'écrit s'impose donc quand des tiers ont des droits acquis ou éventuels sur l'objet de l'acte, ce qui est aussi constant dans les manuscrits syriaques (180). L'écrit est aussi exigé en droit araméen pour certains actes d'une particulière gravité : prêts d'argent entre époux ou avec gage (181), lois sans équivalent dans le manuscrit arabe, l'institution y étant vraisemblablement interdite et ce avant l'Islam ; donation (182) ; transaction (183). K.G. BRUNS (184) et J. GILSON (185) en concluent trop rapidement que l'obligation d'écrit est générale en droit syro-romain.

Il est aussi mentionné dans Ar. 20 que la seconde vente doit se faire au comptant. C'est cette condition qui aura effet translatif. Cette faculté ouverte au deuxième acquéreur empêche que selon la même procédure d'*i.d.a.* la chose soit vendue à son détriment à un troisième surenchérisseur. Pour éviter cet inconvénient Sabinus interdisait de telles reventes sous *i.d.a.* jugées normales par Julien (186). Si la chose est vendue à un tiers ne payant pas comptant sans qu'une signification ne soit

---

180) L. 64 correspondant à Ar. 109.

181) L. 55, 56, 97, 111, 112, 124 définissant l'écrit comme simplement *ad probationem*.

182) L. 22, 69 ou Ar. 8, 112.

183) L. 85 ou Ar. 126.

184) P. 205.

185) P. 213.

186) D. 8, 2, 11. Voir R. HENLE, "Die rechtliche Natur der in diem addictio", *Festschr. Koschaker*, 2, Weimar 1939, p. 170.

faite au premier acquéreur, ou si cette vente au tiers est opérée à des conditions moins avantageuses, le droit éventuel du premier acquéreur serait sans doute plus fort que celui du second, *prior in tempore potior in iure*, mais aucun des deux ne deviendrait pour autant propriétaire, il y aurait *culpa in contrahendo* <sup>(187)</sup> du vendeur.

---

187) Voir R. VON JHERING, "Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen", *Jahrb. für die Dogmatik des heutigen röm. u. deutsch. Privatrechts*, 4, Iena 1861, rééd. Glashütten 1976.