

*Brève postface en guise d'introduction**

Jacques-Henri MICHEL

Sans doute fallait-il à nos collègues Huguette Jones et Gilbert Hanard, qui organisaient le séminaire du 6 novembre dernier, un brin d'audace ou d'imprudence pour inscrire à leur programme la notion de bonne foi. Mais il est des sujets de toujours qui, néanmoins, restent d'actualité, et la bonne foi doit être du nombre à en juger par les résultats de cette rencontre que le présent volume soumet à l'appréciation du lecteur. Il y trouvera, à la fois, le témoignage de l'histoire à partir du droit romain et en passant par le moyen âge, comme le contraste entre la synthèse, telle qu'elle est proposée pour le droit anglais ou notre droit civil et commercial, et l'analyse des développements contemporains qu'imposent les besoins d'une pratique sur la voie de la mondialisation.

1. Mais on permettra au latiniste de préciser d'abord un point de langue qui échappe généralement au juriste, même attentif au droit romain. Peut-on écrire indifféremment *bona fides* ou *fides bona*, ou faut-il choisir l'une des deux formules plutôt que l'autre ? La grammaire latine et l'histoire de la langue sont formelles sur ce point : c'est *fides bona* qui s'est dit en premier lieu et qu'il faudrait utiliser de préférence, sur le modèle même des formules de l'édit du préteur. Voici pourquoi¹.

* Le séminaire dont le présent volume réunit les communications était organisé conjointement par le Centre de recherches en histoire du droit et des institutions (CRHIDI) des Facultés universitaires Saint-Louis et par le Centre de droit comparé et d'histoire du droit de l'Université libre de Bruxelles.

1. Je renvoie à ma *Grammaire de base du latin*, 8e éd., Bruxelles, Presses de l'U.L.B., 1984, § 548, p. 314, ainsi qu'à mes *Éléments de droit romain* à

Touchant la place de l'adjectif épithète par rapport au substantif qu'il accompagne, le latin applique deux règles. La plus générale place normalement l'adjectif avant le substantif : *magna cura* (abl.), « avec grand soin », *multi milites*, « de nombreux soldats ». Mais une règle subsidiaire fait suivre le substantif par l'adjectif quand celui-ci précise l'espèce à laquelle appartient l'être désigné au sein d'un genre plus large : d'où *praetor urbanus*, *ius civile*, *civis Romanus*, et, par conséquent *fides bona* ou *fides mala*. (C'est la position spécifique de l'épithète.)

2. Il va de soi que l'essentiel, pour l'historien du droit comme pour le juriste en général, serait de saisir la naissance de la bonne foi et d'en suivre le développement à travers l'histoire du droit romain. À se borner aux généralités, il est sûr que la bonne foi apparaît initialement dans la procédure, grâce à l'édit du préteur, et il est bien tentant de songer plutôt au préteur pérégrin qu'au préteur urbain, et il est tout aussi assuré que la bonne foi est liée à l'expansion romaine comme au commerce international, ainsi que le donnent à penser les premiers contrats qui donnent lieu à une action de bonne foi, à savoir la vente et le louage, dès le début du II^e siècle avant notre ère. Mais le détail des débuts et de l'évolution qui suivra demeurent bien incertains, pour le plus grand bonheur des romanistes passionnés de controverses. Il n'en reste pas moins vrai, à mes yeux, qu'il ne faudrait jamais perdre de vue le fait que les jurisconsultes romains envisagent toujours les actions de la procédure, alors que la notion de contrats de bonne foi mettra des siècles à s'imposer.

Encore faut-il se souvenir que les actions de bonne foi constitueront toujours l'exception en droit romain, outre qu'elles ne s'y sont développées qu'avec une sage lenteur : au nombre de six à l'époque de Cicéron, elles passent à neuf chez Gaius, au II^e siècle de notre ère, pour se retrouver à quinze sous Justinien². Il faudra le droit français du XVI^e siècle pour décider que « toutes actions sont de bonne foi », selon la maxime n^o 690 des *Institutes coutumières*

l'usage des juristes, des latinistes et des historiens, Bruxelles, Centre de droit comparé et d'histoire du droit de l'U.L.B., 1998, p. 410.

2. CIC., *De officiis* 3, 17, 71 cite, à la suite du jurisconsulte Q. Mucius Scaevola : la tutelle, la société, la fiducie, le mandat, la vente et le louage. GAIVS 4, 62 y ajoute la gestion d'affaires (comme contrat), le dépôt et l'*actio rei uxoriae* (relative à la dot). Les *Institutes* de Justinien (4, 6, 28), enfin, arrivent au chiffre de quinze, dont le détail importe peu, sauf pour souligner que les actions de droit strict restent la règle.

de Loisel³, que je prends la peine de citer ici parce qu'elle n'apparaît pas dans les pages qui suivent, alors qu'elle éclaire si utilement la genèse de l'art. 1134, al. 3 du code civil.

3. Combien l'on voudrait pouvoir suivre, à travers l'oeuvre des juristes du moyen âge, le cheminement qui va de la codification de Justinien, parvenue en Occident grâce à l'Université de Bologne, à la pratique et à la doctrine françaises des temps modernes qui aboutiront au code Napoléon. Mais je dois à la vérité de dire que, malgré les efforts les plus méritoires des historiens du droit médiéval — et nous en avons ici un bon exemple —, ce domaine apparaît, aux yeux de celui qui n'y est pas initié, inextricablement touffu et, par là, soustrait à la synthèse à laquelle aspire le juriste d'aujourd'hui.

4. La tradition du droit continental, en dépit de ses origines romaines, aime les grands principes comme les idées générales et s'abandonne volontiers aux blandices de l'abstraction. Elle a fait donc ses délices de la notion de bonne foi et s'est de longue date attachée à en approfondir le contenu et à en élargir les domaines d'application. On voit clairement dans les pages qui suivent que, si le XIX^e siècle s'est employé à tirer tout le parti possible de l'autonomie de la volonté, notre époque, surtout dans ses développements les plus récents, verrait volontiers dans la bonne foi la clé de voûte de notre système juridique envisagé dans son ensemble.

5. Mais le romaniste est toujours réservé à l'égard des excès de l'abstraction ou des principes généraux parce qu'il est fidèle à l'exemple de ses maîtres romains, et c'est pourquoi je ne puis m'empêcher de penser — et le lecteur me pardonnera cette manière de jeu intellectuel — que telle maxime latine du droit ferait sans doute aussi bien que la notion de bonne foi pour servir de fondement universel à notre doctrine juridique. Je songerais ainsi au précepte qui veut que *Ius vigilantibus prodest*⁴. Le droit ne

3. Je renvoie aux *Institutes coutumières d'Antoine LOISEL*, éd. par M. DUPIN et Édouard LABOULAYE, Paris, Videcoq, 1846, t. II, p. 109.

4. Voir R. VAN LENNEP, *De romeinse rechtsspreuken*. « *Hodiernus usus regularum iuris Romani* », Anvers, Standaard-Bockhandel, Bruxelles, Larcier, 1950, n° 204, qui en rapproche deux autres maximes : *Vigilantibus iura subveniunt* (n° 530) et *Tarde venientibus ossa* (n° 499). On comparera, à propos de l'action paulienne : *Dig. 42, 8, 24 (in fine) ...Sed vigilavi, meam condicionem meliorem feci, ius civile vigilantibus scriptum est*. Cf. frg. 6 [7] ...*sibi enim vigilavit*.

protège que la personne normalement attentive à ses propres intérêts — telle est la portée traditionnelle de la maxime —, mais j'ajouterais sans hésiter : et tout aussi normalement respectueuse de ceux d'autrui. Et je considérerais, en définitive, que l'obligation de la bonne foi ne relève jamais que de ce devoir général d'attention à soi-même et à l'autre.

6. L'apport du droit anglo-saxon à la réflexion qui nous est proposée est tout aussi instructif. Je le résumerais volontiers en une phrase. La méfiance des juristes anglo-saxons à l'égard de la notion générale de bonne foi n'a d'égale que l'imagination qu'ils ont mise à multiplier les concepts particuliers qui en tiennent lieu tout en aboutissant aux mêmes résultats. Aujourd'hui, les besoins nés des échanges internationaux à la dimension de la planète amènent les juristes de la tradition continentale et ceux de la *common law* à confronter leurs habitudes les plus enracinées pour en tirer les nécessaires conciliations exigées par la pratique. À lire la dernière contribution de notre volume, on s'aperçoit que le travail est d'ores et déjà entrepris et il y a tout lieu de penser que la voie est ainsi ouverte à des contacts fructueux qui, un jour sans doute, autoriseront une nouvelle synthèse.

Pour conclure

Serait-ce mirage ou illusion ? Le romaniste éprouve le sentiment de se mouvoir plus à l'aise dans l'univers foisonnant, mais toujours concret, d'une pratique actuelle en voie de mondialisation qui cherche à concilier la tendance à l'abstraction et aux principes généraux, caractéristiques de la tradition civiliste et continentale, à la volonté de pragmatisme et de souplesse chère aux juristes anglo-saxons. Oserais-je dire que, de la sorte, en partant des créations, combien lentes et progressives, du droit romain de l'antiquité jusqu'aux recherches innovantes du droit contemporain le plus récent, la boucle du bon sens et de l'esprit d'adaptation se retrouve et se referme ?