

La bonne foi en droit romain

Huguette JONES

Que la *bona fides* plonge ses racines dans la *fides*, les romanistes sont unanimes à le penser. Mais lorsqu'il s'agit de retracer l'évolution parcourue par la *fides*, de préciser son origine, ses manifestations et avatars, les opinions ne concordent plus¹.

1. M. LEMOSSE, «L'aspect primitif de la fides», dans *Studi in onore di Pietro de Francisci*, t. 2, 1956, pp. 41-52 ; réédité dans *Études romanistiques Maxime Lemosse* (Université d'Auvergne, Annales de la Faculté de Droit et de Science politique, fasc. 26), 1990, pp. 61-72. Selon cet auteur, «quiconque cherche à définir la fides comme une notion unique et homogène ne tente pas seulement une tâche fort difficile et aléatoire, ce que montrent les divergences de la doctrine, mais essaye aussi une recherche vouée à l'échec ; on ne saurait concevoir l'unité de notions incompatibles, voire contraires, et la fides comporte des éléments inconciliables et opposés» (*op. cit.*, p. 62). J. IMBERT, «De la sociologie au droit : la "Fides" romaine», dans *Droits de l'antiquité et sociologie juridique. Mélanges Henry Lévy-Bruhl*, Publications de l'Institut de droit romain de l'Université de Paris, XVII, 1959, pp. 407-415. Selon cet auteur, «la notion de fides... ce concept fondamental de l'ancienne Rome demeure cependant obscur car chacun des savants auteurs qui en ont traité n'a envisagé qu'un des aspects, qu'une des applications particulières de la fides : on assiste ainsi à un véritable éclatement du mot fides, écartelé ou démantelé selon les besoins de la cause à défendre» (*op. cit.*, p. 407). L. LOMBARDI, *Dalla "fides" alla "bona fides"*, Milan, 1961, *passim*, confirme la grande variété de significations du terme *fides*. G. GROSSO, «Buona fede», dans *Enciclopedia del diritto*, V, Milan, 1959, pp. 661-664. Selon cet auteur, «naturalmente fra i vari sviluppi e le varie direzioni, e le diverse sfumature di significati, che il termine fides assume, vi sono interferenze che rendono complesso il quadro storico» (*op. cit.*, p. 661). Particulièrement révélatrice des divergences d'opinions entre auteurs, sur cette question, mais également sur d'autres qui y sont connexes, l'étude de L.

Une certitude d'emblée : de bonne heure, à Rome, la *fides* fut l'objet d'une authentique vénération, à telle enseigne qu'un temple, voué à son culte, fut construit sur le Capitole, précisément entre le temple dédié à Jupiter et la roche Tarpéienne². La tradition en attribue la construction au roi légendaire Numa Pompilius³, mais il paraît plus exact de la tenir pour l'oeuvre du consul A. Atilius Calatinus, réalisée en 258 avant notre ère⁴.

Le siècle consacré de la *fides* était la main droite⁵. Cette croyance explique qu'il était prescrit aux flamines, lors de la célébration du culte de la déesse *Fides*, de s'envelopper d'un voile la main droite jusqu'aux doigts, en guise de symbole du respect qui était dû à la divinité⁶. Elle explique également que se serrer la main droite équivalait à *fidem obstringere*, à engager sa *fides*⁷.

2. Nous avons de sérieuses raisons de penser que la *fides* archaïque était «source d'inégalité» et qu'elle était «inséparable de l'idée d'assujettissement»⁸. Sans doute s'identifiait-elle «à l'abandon total et confiant d'une personne à une autre, d'un peuple à un autre»⁹.

FASCIONE, «Cenni bibliografici sulla "bona fides"», dans *Studi sulla buona fede* (Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza della Università di Pisa, 58), Milan, 1975, pp. 49-73, recense les quelques 150 études et monographies, à l'exclusion des manuels, traitant du thème et en esquisse le contenu ; la diversité, voire l'antagonisme, des opinions rapportées laissent rêveur.

2. CICÉRON, *Des devoirs*, 3, 29, 104.

3. TITE-LIVE, *Histoire romaine*, 1, 21, 4.

4. M. TESTARD, dans CICÉRON, *Des devoirs*, livres II et III, Collection des universités de France, 1970, p. 186. Nous tenons l'information de CICÉRON, *De la nature des dieux*, 2, 23.

5. PLINE, *Histoire naturelle*, 11, 250.

6. TITE-LIVE, *Histoire romaine*, 1, 21, 4.

7. TITE-LIVE, *Histoire romaine*, 1, 1, 8 ; 1, 58, 7 ; 29, 24, 3.

8. LEMOSSE, *op. cit.*, p. 63.

9. IMBERT, *Mél. Lévy-Bruhl, op. cit.*, p. 407. Dans le même sens, L. LOMBARDI, *op. cit.*, pp. 47-184, qui voit dans la *fides* archaïque un pouvoir discrétionnaire, un attribut potestatif d'un chef, découlant normalement d'un acte d'assujettissement, d'une *deditio*, en sorte que l'auteur est amené à considérer que la *fides* recouvre également divers actes promissaires. Pour A. PIGANOL, «Venire in fidem», dans *RIDA* 5 (1950) ou *Mélanges Fernand De Visscher*, t. 4, pp. 339-347, plus particulièrement p. 345, «la *fides* est une vertu magique du chef, liée dans une certaine mesure à son *imperium*», et p.

On la rencontre, en effet, aussi bien dans la sphère des relations de droit international public que dans celle des rapports de droit privé¹⁰.

Notons au passage que le point de savoir si la *fides* archaïque ne renfermait à l'origine aucun élément moral a soulevé une vive controverse parmi les historiens du droit romain¹¹.

346, «la *fides* semble être aussi une vertu efficace et magique, qui rayonne de la main droite... Par extension, *fides* a pu devenir la confiance que le chef possède dans l'efficacité de l'imposition de sa main, et aussi la confiance du faible dans l'engagement pris par cette main». Comme le soulignent A. ERNOUT et A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, 4^e éd., 4^e tirage par J. ANDRÉ, Paris, 1985, p. 233, *fides* sert de substantif à *credo*.

10. LOMBARDI, *op. cit.*, pp. 47-103 ; J. IMBERT, «"Fides" et "Nexum"», dans *Studi in onore de Vincenzo Arangio-Ruiz*, t. 1, 1953, p. 345 ; *Mél. Lévy-Bruhl, op. cit.*, p. 407 ; PIGANOL, *op. cit.*, p. 346 ; P. FREZZA, «Fides bona», dans *Studi sulla buona fede* (Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza della Università di Pisa, 58), Milan, 1975, pp. 3-48, plus particulièrement pp. 4-6. Ce dernier auteur, usant d'une terminologie propre, désigne de l'expression de rapports «intersubjectifs» le secteur des relations entre sujets appartenant à des collectivités étrangères l'une à l'autre (traités internationaux), et de celle de rapports «intrasubjectifs» le secteur des relations internes à une collectivité déterminée (clientèle) ; mais il affirme clairement la présence de la *fides* dans les deux domaines de l'expérience juridique.

11. E. FRÄNKEL, «Zur Geschichte des Wortes Fides», dans *Rheinisches Museum für Jurisprudenz* 71 (1916), p. 187 *sq.*, défendit la thèse que la *fides* ne renfermait aucun élément moral au départ ; son sens primitif étant celui de garantie, le sens moral de confiance ne se rencontrait pas avant Cicéron. R. HEINZE, «Fides», dans *Hermes. Zeitschrift für klassische Philologie*, 64 (1929), p. 140 *sq.*, (reproduit dans *Vom Geist des Römertums*, Leipzig, 1938, p. 25 *sq.*) a, par contre, soutenu la thèse opposée que la *fides* est une création morale spécifique à la Rome antique, avec la conséquence que l'emploi du terme dans une expression dépourvue de sens moral ne peut être original. G. BESELER, «Bindung und Lösung», dans *ZSS* 49 (1929), pp. 404-460, et «Fides», dans *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano*, Pavie, 1934, t. 1, pp. 133-167, reprit et approfondit la thèse de Fränkel, tout en se livrant à une critique acerbe de celle de Heinze. Selon ce troisième savant, recourir à la *fides* d'une personne reviendrait à contracter une espèce de servitude au profit de celle-ci et la notion originelle de *fides* serait totalement éloignée d'un quelconque contenu moral. IMBERT, *St. Arangio-Ruiz, op.cit.*, p. 354, n. 71, adopte cette thèse. Selon PIGANOL, *op.cit.*, p. 347, «lorsqu'un peuple recourait à la *fides* romaine, jusqu'au seuil du II^e siècle avant notre ère, une obligation morale interdisait à Rome d'abuser de sa puissance». A en croire LOMBARDI, *op. cit.*, pp. 134-162, et plus

Dans les relations de droit international public, un peuple, en principe vaincu, par une *deditio in fidem*, se confiait à un autre peuple, en principe vainqueur, et de façon générale, comme il se devait, le peuple romain¹². La *deditio in fidem, in fidem venire*¹³, revenait à s'en remettre à la discrétion du vainqueur¹⁴. Il a été soutenu, à cet égard, que le recours à la *fides* aurait fait l'objet, dans un premier temps, d'une interprétation généreuse par une Rome pleinement consciente d'assumer des devoirs envers les populations qui se soumettaient à elle, mais que, dans un second temps qui

particulièrement pp. 146-147, le terme de *fides* serait passé, successivement, par une phase matérielle (que l'auteur qualifie également de «dynamistica»), puis par une phase sacrée, pour atteindre une phase morale, d'abord sur le plan social, puis sur le terrain individuel. Enfin, A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Milan, 1964, *passim*, conteste le fondement moral des jugements de bonne foi, à tout le moins pour la période classique.

12. Aux Fourches Caudines, ce fut néanmoins aux généraux romains à s'en remettre à la *fides* de leurs ennemis. «L'affaire des Fourches Caudines» a été minutieusement analysée par F. DE VISSCHER dans *Le régime romain de la noxalité. De la vengeance collective à la responsabilité individuelle*, Bruxelles, 1947, pp. 90-123. L'auteur y établit que, défaits, les généraux romains avaient conclu solennellement, par une *sponsio*, un traité de paix avec le chef samnite. Or, le sénat romain refusa de se reconnaître lié par ce traité, considérant que la *sponsio* n'engageait que les *sponsores*. Cherchant alors un artifice pour reprendre la liberté de ses armes, Rome choisit de faire assumer toute la charge de la rupture de la *fides* aux seuls *sponsores* qui procédèrent à la *deditio* de leur propre personne. Et IMBERT, *St. Arangio-Ruiz, op. cit.*, p. 347, suite de la note 36, de conclure à ce propos : «et lorsque les généraux se livrent aux ennemis, l'abandon, le gage de leur personne est considéré réaliser pleinement l'obligation de *fides* qu'ils avaient solennellement promise par *sponsio* : *sua certe liberata fide* (Tit. Liv. 9.11.3). On comprend à la fois l'argutie juridique — véritable artifice — des Romains, et la déception des Samnites qui attendaient une *deditio in fidem* non pas des seuls généraux, mais du peuple tout entier!». Par ailleurs, la littérature latine foisonne d'exemples de *deditio in fidem* du peuple romain. Ainsi, TITE-LIVE, *Histoire romaine*, 8, 26, 7; 10, 43, 8; 23, 28, 11; 42, 8, 5; VALÈRE MAXIME, *Actions et paroles mémorables*, 6, 5, 1; CÉSAR, *Guerre des Gaules*, 2, 3, 1-2; 2, 13, 2.

13. BESELER, «Fides», *op. cit.*, p. 141 : «Darstreckung der Hände durch den einen, Fesselung der dargestreckten Hände durch den andern — der Akt der ursprünglich so geschieht und aussieht heisst *in fidem venire*». La citation est reprise par IMBERT, *St. Arangio-Ruiz, op. cit.* p. 347, n. 37 : «La jonction des mains par l'un, puis l'enchaînement par l'autre des mains ainsi présentées, voilà ce qu'est *in fidem venire*». *Id.* dans G. BESELER, «Bindung und Lösung», dans *ZSS* 55 (1935), p. 262.

14. POLYBE, 21, 4. En ce sens, LOMBARDI, *op. cit.*, p. 55.

débute au II^e siècle avant notre ère, ce fut une interprétation atroce qui prévalut, le recours à la *fides* n'excluant plus aucune mesure arbitraire ou cruelle¹⁵ et, qui plus est, s'interprétant comme l'acceptation de la servitude¹⁶. L'assignation d'une répartition chronologique aussi tranchée a été repoussée depuis et il a été démontré que, sans avoir à justifier sa conduite, au gré des circonstances politiques, Rome infligeait à ceux qui s'en remettaient à sa *fides* les traitements les plus cruels ou le comble de ses faveurs¹⁷. Il semble, par conséquent, que l'on puisse tenir pour acquis aujourd'hui qu'aucune limitation n'est jamais venue restreindre les pouvoirs qu'octroyait la *fides* internationale à Rome : la cité ne se souciait guère de protéger les étrangers¹⁸.

Le rapprochement entre le statut juridique de ceux qui étaient tombés sous la *fides* de Rome et la situation des clients ne paraît pas déraisonnable : en toute hypothèse, une source juridique le suggère, qui accouple la *fides* et la *clientela*¹⁹, et l'analogie emporte l'adhésion, quelquefois même enthousiaste, d'excellents auteurs²⁰.

3. Dans la sphère des relations de droit privé, la *fides* archaïque était omniprésente. Elle présidait, en effet, à nombre de rapports entre particuliers. C'est à la *fides* du patron que

15. PIGANOL, *op. cit.*, plus spécialement p. 343.

16. PIGANOL, *op. cit.*, p. 347.

17. J. IMBERT, dans *St. Arangio-Ruiz, op. cit.*, pp. 339-363, plus spécialement p. 347. Ainsi, cet auteur relève, entre autres événements, que «bien avant le II^e siècle, les termes de la soumission de Capoue à la *fides* de Rome, selon M. A. Piganiol lui-même, «semblaient autoriser les mesures les plus arbitraires et les plus cruelles». Au contraire, lorsqu'au printemps 57, deux notables des Rèmes... se présentent à César et lui demandent, au nom de leur peuple, de s'abandonner à la *fides* du peuple romain, les Rémois n'ont qu'à se louer de la bienveillance avec laquelle les traite le proconsul...».

18. IMBERT, *St. Arangio-Ruiz, op. cit.*, p. 345 et p. 348 ; *Mél. Lévy-Bruhl, op. cit.*, p. 407 ; LEMOSSE, *op. cit.*, p. 67, avec néanmoins cette double restriction de la prohibition du massacre ou de la réduction en esclavage. Quant à FREZZA, *St. sulla b. f., op. cit.*, p. 7, il octroie à la *fides*, dans ce domaine, la fonction de rappeler aux cocontractants le respect des engagements librement consentis : *pacta sunt servanda*.

19. Voir le texte de droit public, datant de l'an 6 de notre ère, reproduit dans DESSAU, 6098.

20. PIGANOL, *op. cit.*, p. 347 ; IMBERT, *St. Arangio-Ruiz, op. cit.*, pp. 347-348 ; et B. PARADISI, cité par IMBERT, *ibid.*, n. 45.

s'abandonnaient le client²¹, d'une part, l'affranchi²², de l'autre ; à la *fides* du tuteur que s'en remettait le pupille²³ ; à celle du créancier que se confiait le *nexus*²⁴ ; à celle de l'époux, l'épouse²⁵ ; à celle de son associé, l'autre associé²⁶ ; à celle du fiduciaire, l'aliénateur²⁷ ; à celle du mandataire, le mandant²⁸ ; à celle du *procurator* ou de l'ami à qui l'on confiait sa *familia*, celui qui partait en expédition²⁹ ; à celle de l'acheteur, le vendeur³⁰ et, peut-être même, à la *fides* du chef de la famille que s'en remettaient les *servi*

21. LEMOSSE, *op. cit.*, pp. 43-44 ; IMBERT, *St. Arangio-Ruiz, op. cit.*, pp. 347-350 ; *Mél. Lévy-Bruhl, op. cit.*, pp. 407-408 et 411. En témoignent : la *lex Acilia repetundarum*, n° 10 (reproduite dans FIRA, 1, p. 87) ; CICÉRON, *Pour Sex. Roscius d'Amérique*, 37, 106 (...*ac se in Chrysogoni fidem et clientelam contulerunt*) ; AULU-GELLE, *Nuits attiques*, 20, 1, 40 et 5, 13.

22. LEMOSSE, *op. cit.*, p. 43-44.

23. LEMOSSE, *op. cit.*, p. 44 ; IMBERT, *Mél. Lévy-Bruhl, op. cit.*, pp. 407-408 et 411 ; *St. Arangio-Ruiz, op. cit.*, pp. 351-352. En ce sens : CICÉRON, *Topiques*, 10, 42 ; AULU-GELLE, *Nuits attiques*, 5, 13, 5 et 5, 19, 10. LOMBARDI, *op. cit.*, pp. 75-83 et 174, soutient néanmoins (p. 83, n. 106) que la tutelle n'a pas connu la *fides* archaïque et qu'elle a connu la *fides* vers la fin du III^e siècle seulement.

24. IMBERT, *St. Arangio-Ruiz, op. cit.*, pp. 355-363. En ce sens : TITELIVE, *Histoire romaine*, 2, 23, 8.

25. IMBERT, *St. Arangio-Ruiz, op. cit.*, p. 352 ; *Mél. Lévy-Bruhl, op. cit.*, p. 411. La *dextrarum iunctio*, la poignée de main des futurs époux, n'était-elle pas l'une des cérémonies requises pour la formation du mariage à l'époque antique ? Elle marquait l'abandon de la femme à son époux.

26. IMBERT, *St. Arangio-Ruiz, op. cit.*, p. 352 ; *Mél. Lévy-Bruhl, op. cit.*, p. 411 ; LOMBARDI, *op. cit.*, p. 174. En ce sens : CICÉRON, *Topiques*, 10, 42 ; VARRON, *De la langue latine*, 6, 6, laisse entendre que le serrement de mains — *manum asserere* — extériorisait la volonté de créer un *consortium*.

27. IMBERT, *St. Arangio-Ruiz, op. cit.*, p. 353 ; LOMBARDI, *op. cit.*, p. 174. En ce sens : CICÉRON, *Topiques*, 10, 42.

28. IMBERT, *St. Arangio-Ruiz, op. cit.*, p. 350 ; *Mél. Lévy-Bruhl, op. cit.*, p. 411 ; LOMBARDI, *op. cit.*, p. 174. En ce sens : CICÉRON, *Topiques*, 10, 42 ; *Pour Sex. Roscius d'Amérique*, 29, 112.

29. IMBERT, *St. Arangio-Ruiz, op. cit.*, pp. 350-351. En ce sens : CICÉRON, *Topiques*, 10, 42.

30. IMBERT, *Mél. Lévy-Bruhl, op. cit.*, pp. 408-411 ; T. ROUSSIER, «Satisfacere», dans *Studi in onore di Pietro de Francisci*, t. 2, Milan, 1956, p. 130.

et les *liberi* vivant sous sa puissance³¹. Ces quelques exemples établissent à suffisance que la vie de la société romaine était profondément imprégnée par la *fides*. Or, fait remarquable, à l'origine du moins, cette *fides* ne faisait l'objet d'aucune réglementation : dans un premier temps, elle ne paraît pas avoir intéressé le droit, en sorte qu'aucune action de la loi ne la sanctionnait en tant que telle et que son exercice ne connaissait d'autres limitations que celles qui résultaient naturellement du poids de la religion, du respect de principes moraux et des contraintes de la vie sociale³².

4. Le désintérêt du droit pour la *fides* ne pouvait perdurer. A mesure que les mœurs s'adoucirent, la cité romaine ressentit le besoin de protéger ses membres et, au coup par coup, par le biais de mesures législatives sporadiques, elle s'ingénia à atténuer les effets exorbitants de la *fides* et, plus que tout, dans un premier temps du moins, à éviter les excès auxquels celle-ci pouvait conduire. De la sorte, en nombre de cas, la *fides*, d'abandon total et inconditionnel qu'elle était, se mua, insensiblement le plus souvent, en une relation de confiance, assortie d'une protection accordée au plus faible par le plus puissant³³.

C'est ainsi que, par la loi des XII Tables déjà, le client est protégé contre la *fraus* de son patron³⁴ et, dès la même époque, le

31. FREZZA, *St. sulla b. f., op. cit.*, pp. 6-7.

32. IMBERT, *Mél. Lévy-Bruhl, op. cit.*, p. 411 : «Si le droit n'existe que dans la mesure où il est assorti de règles et de sanctions précises, la *fides* n'est pas du domaine du droit. Elle appartient alors au prédroit, pour reprendre une expression chère à M. Gernet ; elle relève... de la sociologie...». M. HORVAT, «Osservazioni sulla "bona fides" nel diritto romano obbligatorio», dans *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, t. 1, 1953, pp. 423-443, plus particulièrement pp. 425 et 437.

33. IMBERT, *St. Arangio-Ruiz, op. cit.*, p. 350, parle de «processus évolutif de la confiance-abandon à la confiance-protection» qu'il présente comme un processus général. LEMOSSE, *op. cit.*, p. 64, en revanche, discerne, dès l'origine, un devoir de protection dans certains liens de *fides*, tels ceux qui résultent du clientélisme, de l'affranchissement et de la tutelle. FREZZA, *St. sulla b. f., op. cit.*, p. 6, paraît abonder dans le même sens : «Il patrono, soggetto di un potere di protezione, è insieme soggetto di un dovere di protezione» ; cet auteur considère la *fides* comme le fondement de l'autolimitation que le titulaire d'un pouvoir s'impose à lui-même.

34. Loi des XII Tables, 8, 21 : *Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto* (FIRA 1, p. 62).

pupille contre le *crimen suspecti tutoris*³⁵. A la vérité, ni l'un ni l'autre de ces deux comportements délictuels ne sont clairement définis, ce qui a conduit certains auteurs à les identifier à une rupture de l'ordre naturel du comportement humain, à un écart de la conduite habituelle³⁶, et d'autres à en déduire qu'il ne s'agissait encore là que de notions sociologiques, liées au moeurs, fluctuantes comme tout concept social³⁷. Il n'en reste pas moins remarquable que, de très bonne heure somme toute, une première mesure était adoptée pour protéger clients et pupilles contre l'arbitraire et la toute-puissance de leurs patrons et tuteurs.

Au fil des siècles, peu à peu, cette protection sera complétée, au point que des devoirs précis finiront par supplanter les droits initialement illimités³⁸. En matière de clientèle, par exemple, le grand romaniste Pietro Bonfante rappelle, à cet égard, l'existence, déjà acquise au cours de la première phase qu'il distingue dans l'évolution du droit romain — celle de la commune de Rome et du droit des Quirites : 754-200 avant Jésus-Christ —, d'un devoir réciproque, liant patron et client, de ne pas se poursuivre en justice et de ne pas porter témoignage l'un contre l'autre, alors que le témoignage contre un parent, un *cognatus*, était permis. Il rappelle également l'attitude adoptée par les clients du grand capitaine Marcus Furius Camillus — début du IV^e siècle — qui lui déclarent qu'ils peuvent l'aider à payer son amende, mais qu'ils ne se considèrent pas comme obligés de lui donner leur vote pour son acquittement. Il rappelle enfin que la loi *Aelia Sentia*, en l'an 4 de notre ère, a substantiellement réduit les pouvoirs juridictionnels exercés par le patron sur ses clients, puisqu'elle substitua au droit de vie et de mort du premier sur ces derniers le droit d'exiler les clients à cent milles de la capitale³⁹. L'évolution sera telle qu'au II^e

35. D. 26, 10, 1, 2 : *Sciendum est suspecti crimen e lege duodecim tabularum descendere*.

36. H. KRÜGER et M. KASER, «Fraus», dans ZSS 63 (1943), p. 173 ; IMBERT, *St. Arangio-Ruiz, op. cit.*, p. 349 ; *Mél. Lévy-Bruhl, op. cit.*, p. 408.

37. IMBERT, *St. Arangio-Ruiz, op. cit.*, p. 349 et 352, ainsi que *Mél. Lévy-Bruhl, op. cit.*, pp. 407-408. Selon cet auteur (p. 349), la meilleure définition de la *fraus* est encore «celle que l'on retrouve de Cicéron à l'ingénieur Cassiodore et au méthodique Isidore de Séville,... est un manquement à la *fides*... *fidem frangere*, rompre la foi».

38. IMBERT, *St. Arangio-Ruiz, op. cit.*, p. 352.

39. *Storia del diritto romano*, Milan, 1958, t. 1, pp. 76-77.

siècle, Aulu-Gelle pourra même affirmer, non sans un certain lyrisme sans doute, que le client doit, pour son patron, être plus cher que des proches, qu'il doit être défendu même contre des parents, et qu'il n'y a pas de crime plus grand que celui d'être convaincu d'avoir dépouillé un client⁴⁰.

De la même manière, au pouvoir absolu et dénué de toute incidence juridique du *procurator* se substitua une véritable protection de celui qui ne pouvait gérer lui-même ses biens⁴¹.

En matière de *nexum*, l'évolution fut plus soudaine. En 326 avant notre ère, la loi *Poetelia Papiria* abolit l'engagement personnel — *ingens vinculum fidei*⁴² — contracté par le *nexus*, par le débiteur envers son créancier. Privant de la sorte le *nexum* de l'effet qui présentait le plus d'intérêt pour ce dernier, la loi entraîna la désuétude de l'institution⁴³.

Point n'est besoin de multiplier les exemples. Entre Romains, la *fides* originelle a subi, au fil du temps, une atténuation de ses effets, et son glissement vers une relation de confiance a eu pour corollaire que, de façon générale, elle n'a plus été génératrice de véritable domination ni d'authentique assujettissement⁴⁴. Bien au contraire, puisque cette relation aboutit quelquefois — la tutelle en est une belle illustration — à une protection, comportant plus de devoirs que de droits.

5. Ainsi donc, insensiblement, à mesure que les relations qui la présupposaient faisaient l'objet d'une réglementation, la *fides* se détachait de ses racines religieuses et prenait pied dans le domaine du droit. Le jour vint où elle y fut pleinement accueillie, mais il faut bien en convenir, cette réception fut pluriforme.

40. Nuits attiques, 20, 1, 40 : ...*Sed omnium maxime atque praecipue fidem coluit sanctamque habuit tam privatim quam publice... sic clientem in fidem acceptum cariorem haberi quam propinquos tuendumque esse contra cognatos censuit, neque peius ullum fascinus existimatum est, quam si cui probaretur clientem divisui habuisse.*

41. IMBERT, *St. Arangio-Ruiz, op. cit.*, p. 351.

42. TITE-LIVE, *Histoire romaine*, 8, 28.

43. La date et le contenu de la loi *Poetelia Papiria* suffisent, à nos yeux, pour refuter la thèse soutenue par IMBERT, *Mél. Lévy-Bruhl, op. cit.*, p. 411, selon laquelle la *fides* releva uniquement de la sociologie jusqu'à la fin du III^e siècle avant notre ère.

44. LEMOSSE, *op. cit.*, p. 69 ; HORVAT, *op. cit.*, pp. 431 et 437.

La *fides* fut d'abord accueillie comme relation de confiance mutuelle, de loyauté réciproque, unissant deux hommes considérés comme se trouvant sur un pied d'égalité. A ce titre, elle s'identifia au respect de la parole donnée⁴⁵. Cicéron la définit comme la fidélité et la sincérité dans les paroles et les engagements contractés ; il la considérait comme le fondement de la justice⁴⁶. Valère Maxime y voit le gage le plus sûr de la sauvegarde de l'humanité⁴⁷. Égocentriques, les Romains opposaient d'ailleurs leur *fides* à la *fides* étrangère, grecque ou punique par exemple, évidemment discréditée et de moindre qualité.

La parole donnée devait être respectée, de quelque manière qu'elle ait été engagée⁴⁸. Ce respect inconditionnel explique la reconnaissance, dès la fin de la République, d'un nombre appréciable d'actes juridiques et de contrats dont la conclusion était dénuée de toute formalité, parmi lesquels figurent, pour ne citer que les principaux d'entre eux, les quatre grands contrats consensuels — vente, louage, société, mandat —, des contrats réels — prêts et dépôts —, des pactes — ceux que l'on qualifie de prétoriens —, et la tradition⁴⁹.

6. Vraisemblablement, la reconnaissance de plusieurs de ces mécanismes est-elle étroitement liée au développement des rapports

45. LEMOSSE, *op. cit.*, p. 71 ; IMBERT, *Mél. Lévy-Bruhl, op. cit.*, pp. 413-414 ; Fr. SCHULZ, *Principles of Roman Law*, Oxford, 1936, pp. 223-238 ; HORVAT, *op. cit.*, *passim*. Dans le même sens : A. ERNOUT et A. MEILLET, *op. cit.*, p. 233. W. DAJCZAK, «L'uso della locuzione "bona fides" nei giuristi romani classici per la valutazione del valore vincolante degli accordi contrattuali», dans *RIDA* 44 (1997), pp. 71-84, met en évidence le glissement de signification du recours à l'expression *bona fides* dans la jurisprudence : jusqu'au milieu du I^{er} siècle de notre ère, l'expression servait à résoudre le conflit entre le sens littéral du contrat et l'intention poursuivie par les cocontractants, évidemment au profit de cette dernière ; à partir du milieu du I^{er} siècle, le recours à l'expression servait à résoudre des conflits divers par le choix de solutions qui visaient à prévenir des actions dolosives ou à sauvegarder des valeurs acceptées par la pratique jurisprudentielle.

46. *Des devoirs*, 1, 7, 23 : *fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conuentorumque constantia et ueritas... credamusque, quia fiat quod dictum est, appellatam fidem*.

47. *Actions et paroles mémorables*, 6, 6 (*certissimum salutis humanae pignus*).

48. D. 19, 2, 21 : *...Bona fides exigit, ut quod convenit fiat... Id.* : D. 19, 1, 11, 1.

49. SCHULZ, *op. cit.*, pp. 224-225 ; HORVAT, *op. cit.*, p. 442.

de commerce entre Rome et le monde méditerranéen⁵⁰. Or, ces relations commerciales donnèrent lieu à la formation d'un nouvel ordre juridique — le *ius gentium*, compris comme le domaine du droit accessible à tous, par opposition donc au *ius civile*, réservé aux seuls citoyens romains — et à la création, en 242 avant notre ère, d'une nouvelle magistrature, la préture pérégrine, dont la fonction fut de *ius dicere inter cives Romanos et peregrinos*⁵¹. C'est la *fides*, entendue comme la fidélité aux engagements contractés, qui a servi de cadre de protection aux plus anciens contrats commerciaux⁵², dès avant même qu'ils n'atteignissent la pleine reconnaissance juridique ; c'est elle aussi qui a servi de fondement au critère normatif, objectif, lorsqu'ils furent complètement intégrés à l'ordonnement⁵³.

A cet égard, en plusieurs cas, le rôle du préteur pérégrin fut, il n'est pas déraisonnable de le supposer, si pas primordial, du moins déterminant⁵⁴. Puisant dans les ressources que lui conférait

50. P. FREZZA, «*Ius gentium*», dans *RIDA* 2 (1949) ou *Mélanges Fernand De Visser*, t. 1, pp. 259-308, plus particulièrement pp. 269, 277 et 279 ; HORVAT, *op. cit.*, *passim* ; GROSSO, *op. cit.*, pp. 661-662 ; J. GAUDEMET, *Institutions de l'Antiquité*, Paris, 1967, p. 604, n. 4 (les quatre contrats consensuels et la tradition ressortissent au *ius gentium*).

51. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 400 ; GROSSO, *op. cit.*, p. 662.

52. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 619 ; GROSSO, *op. cit.*, p. 662 ; FREZZA, *RIDA* 2, *op. cit.*, p. 269 ; W. KUNKEL, «*Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*», dans *Festschrift Koschaker*, t. 2, 1939, pp. 1-15.

53. GROSSO, *op. cit.*, p. 662.

54. FREZZA, *RIDA* 2, *op. cit.*, p. 279 ; H. KRÜGER, «*Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*», dans *ZSS* 11 (1890), pp. 191-192 ; ARANGIO-RUIZ, «*Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore romano*», dans *Festschrift Koschaker*, t. 2, 1939, pp. 141-161, plus particulièrement p. 159, n. 28 ; *La compravendita in diritto romano*, t. 1, Naples, 1961, p. 57 ; *Il mandato in diritto romano*, Naples, 1965, p. 45 ; GROSSO, *op. cit.*, p. 662 ; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, t. 1, Munich, 1971, p. 486 ; CARCATERA, *op. cit.*, pp. 116-118, notamment les notes 75 et 76, et p. 208 ; F. CAMACHO EVANGELISTA, *Sobre «bona fides» en el derecho romano de obligaciones*, Grenade, 1962, pp. 4-7. *Contra* : G. GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Turin, 2^e éd., 1967, pp. 64-70 ; M. LAURIA, «*Ius gentium*», dans *Festschrift Koschaker*, t. 1, 1939, pp. 263-265 ; Fr. WIEACKER, «*Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*», dans *ZSS* 80 (1963), pp. 1-41, plus particulièrement p. 37 ; HORVAT, *op. cit.*, p. 443 et A. MAGDELAIN, *Les actions civiles*, Paris, 1954, p. 48, n. 1 qui concède néanmoins, p. 47 : «*au-dessus des droits*

son *imperium*, il a sans doute offert, dans un premier temps, par le biais d'*arbitria honoraria*, la protection requise aux rapports de commerce établis entre Romains et pérégrins, qui répugnaient au formalisme⁵⁵. Peut-être l'idée de ces *arbitria* lui a-t-elle été suggérée par l'arbitrage des *boni viri*, qui préconisaient l'application bienveillante de la *fides*⁵⁶.

Ensuite, avec l'introduction de la procédure formulaire, par une audace magistrale, le prêteur fabriqua un devoir civil étayé par des considérations morales⁵⁷. Faisant appel à un critère éthique — la *fides* se devait d'être *bona*⁵⁸ —, le prêteur créa ainsi les

nationaux, la bonne foi joue le rôle de commune mesure entre ressortissants de peuples différents». Selon IMBERT, *Mél. Lévy-Bruhl, op. cit.*, p. 413, l'action du prêteur pérégrin a étendu aux non-Romains le régime de la bonne foi créé par le prêteur urbain.

55. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 609 ; E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, 1928, p. 850 ; LOMBARDI, *op. cit.*, pp. 181 et 183.

56. IMBERT, *Mél. Lévy-Bruhl, op. cit.*, p. 413 ; CUQ, *op. cit.*, p. 850 et les notes 4 et 5 ; FREZZA, *RIDA 2, op. cit.*, p. 291 ; A. BISCARDI, dans *Iura 2* (1951), p. 296 ; LOMBARDI, *op. cit.*, pp. 181, 183 et 190-193. L'ancienneté de l'*arbitratus boni viri* est attestée par les formulaires catoniens de contrats agraires : CATON, *De l'agriculture*, 144, 3 ; 145, 3 ; 149, 2. Cela ne signifie pas pour autant que le recours à l'*arbitrium boni viri* était admis pour tous contrats, ainsi que le fait observer G. GROSSO, *Obbligazioni*, Turin, 1955, pp. 98-99. L'*arbitrium boni viri* est évoqué en plusieurs matières dans le Digeste ; citons, par exemple, D. 17, 2, 76-78-80 ; D. 32, 43 ; D. 32, 11, 7-8 ; D. 13, 6, 3, 3 ; D. 18, 1, 7 *pr.* Plus réservé sur ce point, MAGDELAIN, *op. cit.*, p. 45 n. 1. De façon plus générale, la question de savoir si l'apparition, dans la langue du droit, de la qualification de *bonus* au profit de certaines institutions — *bonus vir, bonus pater familias, boni viri, boni mores* ... — est née de la confrontation entre la société romaine et les sociétés étrangères, avec lesquelles cette dernière était amenée à frayer et à négocier, mérite d'être posée.

57. M. HUMBERT, *Institutions politiques et sociales de l'antiquité*, Paris, 1991, p. 325. Voir également, à cet égard, les opinions rapportées à la note 11.

58. Curieusement, alors que la formule fait référence à la *fides bona*, la quasi-totalité des sources qui traitent de la bonne foi, se réfère à la *bona fides* (Institutes de Gaius, Digeste et Code de Justinien). De ce fait, certains estiment pouvoir discerner l'une de l'autre. Ainsi, LOMBARDI, *op. cit.*, pp. 208-209, les oppose nettement, notamment par la fonction, la *bona fides* n'étant pas une norme de comportement génératrice de devoirs, mais se définissant comme la condition dans laquelle un sujet se trouve lors de l'accomplissement d'une activité déterminée, pratiquement comme l'état

actions de bonne foi — *iudicia bonae fidei* — qui servirent de sanction à l'obligation de respecter certains engagements contractés de manière non solennelle. Par le recours à l'*oportere*⁵⁹, il prit la précaution d'inscrire cette innovation remarquable dans le prolongement du *ius civile*, du droit civil⁶⁰. Or, il faut bien admettre qu'il n'existait aucune filiation entre ce dernier et les nouvelles actions créées de toutes pièces par le préteur⁶¹. Le stratagème réussit cependant au point que les actions de bonne foi seront considérées, non point comme des actions prétoriennes — elles le sont à la vérité — mais comme des actions civiles⁶².

7. Il était naturel que la *bona fides*, qui présidait aux relations de commerce nouées entre Romains et pérégrins, régît aussi les rapports entre citoyens romains. C'est ainsi que des institutions

psychologique influant sur son jugement. Selon le même, p. 249, le passage de la *fides bona* à la *bona fides* s'explique par la perte pour l'épithète *bona* de sa valeur accentuée et par son ravalement au rang de formule toute faite. La distinction opérée par cet auteur résiste mal à l'épreuve des sources. A part dans quelques passages de Cicéron (*Des devoirs*, 3, 15, 61 ; 16, 66-67 ; 17, 70) et dans l'une ou l'autre source juridique rarissime (telles D. 17, 2, 3, 3 et 30, 84, 5), l'expression consacrée est celle de *bona fides*, tant pour désigner la norme de comportement que l'état psychologique du sujet concerné. Sans doute, la connotation méliorative attachée à cette qualité de la *fides* explique-t-elle que, en règle, l'épithète ait été placée devant ce substantif.

59. La question de savoir si la *fides* est ou non source de l'*oportere* est des plus controversées. Elle ne peut l'être pour CARCATERRA, *op. cit.*, pp. 36-79 et *passim*, qui voit la source de l'efficacité dans le *dare facere* ; LOMBARDI, *op. cit.*, pp. 184-203 ; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Turin, 3^e éd., 1963, *passim*. Elle l'est pour KUNKEL, *op. cit.*, pp. 1-15 ; KRÜGER, *op. cit.*, pp. 165-198 ; FREZZA, *RIDA 2, op. cit.*, p. 271. En toute hypothèse, nous ne résistons pas à la tentation de reproduire la conclusion de GROSSO rapportée par FASCIONE, *op. cit.*, p. 70 : «Le discussioni se fonte fosse proprio la *fides bona*, o piuttosto il pretore, o la consuetudine, che avrebbero dato forza alla prima, a me paiono soli nostri, sia pure eleganti, esercizi di ginnastica mentale».

60. KASER, *op. cit.*, p. 487. *Contra* : MAGDELAIN, *op. cit.*, pp. 42-60, pour qui, d'abord considérés comme prétoriens, les *iudicia bonae fidei* ont été reçus dans le *ius civile* sous l'Empire, à une époque difficile à préciser mais accomplie à celle de Gaius.

61. CICÉRON, *Des devoirs*, 3, 15, 61 : *...et sine lege iudiciis in quibus additur ex fide bona...*

62. HUMBERT, *op. cit.*, pp. 325-326.

réservées aux citoyens, telles la fiducie ou la tutelle, se virent octroyer un *iudicium bonae fidei* par le préteur⁶³.

Cicéron attribue au jurisconsulte Quintus Mucius Scaevola l'énumération suivante des jugements de bonne foi : les actions de tutelle, de société, de fiducie, de mandat, de vente et de louage⁶⁴. Gaius complète cette énumération par les actions de gestion d'affaires, de dépôt et par l'action *rei uxoriae*⁶⁵. Nous pouvons encore ajouter à la liste de Gaius les actions de commodat et de gage, mentionnées par les Institutes de Justinien, ainsi que les actions en partage, *praescriptis verbis*, en pétition d'hérédité et l'*actio ex stipulatu* en restitution de dot⁶⁶. L'extension progressive de la catégorie des jugements de bonne foi fait l'objet de divergences entre romanistes, mais elle n'en reste pas moins incontestable⁶⁷.

8. La démarche audacieuse du préteur ne se limita pas à fabriquer un devoir civil au départ de considérations morales, et l'introduction de l'*oportere ex fide bona* dans l'*intentio* de la formule — *quidquid Nm Nm Ao Ao dare facere oportet ex fide bona*⁶⁸ — n'eut pas pour seul effet d'octroyer une protection judiciaire. Il advint, en effet, que la fonction de la *bona fides* s'enrichit : de source d'obligations qu'elle fut dans un premier temps, la bonne foi devint également, dans un second temps, un critère à la lumière duquel il convenait d'apprécier le rapport juridique invoqué⁶⁹.

63. FREZZA, *RIDA 2*, *op. cit.*, notamment p. 291, met en évidence le double mouvement : des valeurs du *ius gentium* se sont propagées au sein du *ius civile* et le phénomène inverse s'est également produit. MAGDELAIN, *op. cit.*, p. 48, n. 1, refusant de localiser exclusivement dans la juridiction du préteur pérégrin l'origine des actions de bonne foi, souligne le rôle du préteur, non seulement pour les actions de fiducie et de tutelle, mais aussi pour celles qui sanctionnent les contrats consensuels.

64. *Des devoirs*, 3, 17, 70.

65. *Institutes*, 4, 62.

66. *Institutes de Justinien*, 4, 6, 28-29.

67. Voir, par exemple, à ce sujet : R. ROBAYE, «Le prêt d'usage est-il un contrat de bonne foi en droit romain classique ?», dans *RIDA 36* (1989), pp. 351-400. Voir également KASER, *op. cit.*, p. 486.

68. GAIUS, *Institutes*, 4, 47.

69. En ce sens, KASER, *op. cit.*, p. 487 ; HORVAT, *op. cit.*, *passim*. *Contra* : IMBERT, *Mél. Lévy-Bruhl*, *op. cit.*, p. 413.

Cette appréciation pouvait être effectuée à deux stades différents de la vie du contrat : évidemment au moment du dénouement de l'instance judiciaire qu'il avait suscitée ou, en d'autres termes, au moment de l'élaboration du jugement rendu à son propos, mais aussi dès sa conclusion, et tout au long de son existence, à supposer qu'il ne fût l'objet d'aucune contestation rendant un procès inévitable.

Au moment du dénouement judiciaire, d'abord. Lorsqu'il était lié à la bonne foi, le jugement impliquait l'existence dans le chef du juge d'un pouvoir d'appréciation considérable, en quelque sorte discrétionnaire⁷⁰, dont les applications, au gré des circonstances, échappent à toute énumération exhaustive. Ainsi, dans l'hypothèse d'un jugement de bonne foi, et pour ne citer que les principales de ses caractéristiques rapportées par les sources, le juge déterminait l'étendue du droit du demandeur et la prestation à effectuer par le défendeur ; il pouvait allouer des intérêts sans qu'il y ait mise en demeure (D. 16, 3, 24; 22, 1, 34), en évaluer le montant en se plaçant au moment du jugement (D. 13, 6, 3, 2 : dans les jugements de droit strict, le juge devait les évaluer en se plaçant au moment où le procès se liait, au moment de la *litis contestatio*) et, s'il l'estimait expédient, tenir compte des fruits (D. 16, 3, 1, 23-24; 17, 1, 59, 1; 19, 1, 3, 1 *in fine*; 22, 1, 34 et 38, 15) ; il lui était loisible d'apprécier plus largement la responsabilité du débiteur et il jouissait d'une grande liberté dans l'évaluation du montant de la condamnation ; il était habilité à opérer, le cas échéant, la compensation entre les différentes créances nées d'une même opération de bonne foi (Gaius, *Institutes*, 4, 61-63) ; il pouvait subordonner la condamnation du défendeur à la condition que le demandeur renonçât aux autres actions intentées en parallèle (D. 19, 2, 25, 5) ; il pouvait ne pas condamner le défendeur si le demandeur n'avait pas exécuté sa propre prestation (D. 19, 1, 50) ; l'action contractuelle d'un jugement de bonne foi pouvait tenir lieu d'action en répétition de ce qui avait été payé *sine causa* dans les hypothèses où une *condictio* pouvait être intentée ; le juge se devait d'absoudre le défendeur qui avait donné satisfaction au demandeur après la *litis contestatio* ; l'exception de dol (D. 2, 14, 7, 6; 24, 3, 21

70. D. 16, 3, 31 *pr.* : *Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat...* *Contra* : CARCATERRA, *op. cit.*, pp. 80-118, pour qui *l'officium iudicis est liberum* en ce qu'incombe au juge le devoir — et non la faculté — de donner une interprétation plus libre — *plenior interpretatio* — de la finalité du *iudicium* et des termes de l'acte juridique servant de fondement à l'action.

in fine; 30, 84, 5), celle de violence (D. 50, 17, 116 *pr.*) et les clauses de style (D. 21, 1, 31, 20; 19, 1, 11, 1) étaient sous-entendues ; les pactes adjoints *in continenti*, pour autant qu'ils ne dénaturassent pas le contrat auquel ils s'adjoignaient, étaient réputés faire partie intégrante de ce contrat (D. 2, 14, 17, 5; 18, 5, 3), ils devaient donc être pris en compte lors de l'examen de la plainte du demandeur.

9. Le régime inhérent aux jugements qualifiés de bonne foi apparaît dès lors comme l'antithèse du régime de l'interprétation stricte, qui s'appliquait aux actions dites de droit strict, savoir les actions sanctionnant des actes juridiques du droit ancien, la stipulation par exemple. Alors que, dans les jugements de droit strict, le juge, ne disposant d'aucune latitude d'interprétation, devait se conformer rigoureusement, scrupuleusement aux termes de la formule, et plus particulièrement à ceux de la *condemnatio* contenue dans la formule, au contraire, dans les jugements de bonne foi, le juge disposait — les applications rapportées ci-dessus l'attestent indubitablement — d'une liberté d'appréciation remarquable, confinant au discrétionnaire. En effet, cette liberté d'appréciation l'autorisait à octroyer à la bonne foi, au gré des circonstances, l'une des fonctions suivantes : interprétative (recherche de l'intention réelle des parties, primauté de l'esprit sur la lettre), complétive (recherche des devoirs complémentaires qu'imposent la loyauté et la collaboration des parties au contrat), modératrice (empêchement que le créancier n'abuse de ses droits) et, qui sait, le cas échéant, modificatrice (modification, dans certaines circonstances extrêmes, de la teneur du contrat)⁷¹. C'est là, sans doute, l'une des plus belles créations de l'esprit juridique romain, l'une de ses inventions les plus ingénieuses, l'une des plus fécondes⁷².

71. Ces quatre fonctions de la bonne foi dans l'exécution des contrats ont été mises en évidence par J. PÉRILLEUX, dans le «Rapport belge présenté aux journées louisianaises de l'Association Henri Capitant, consacrées à la bonne foi», dans *Travaux de l'Association Henri Capitant*, 43, Paris, 1992, pp. 237-250. L'auteur y démontre que si, en droit belge, les trois premières fonctions de la bonne foi, sont reconnues, la quatrième n'a pas été, à ce jour du moins, accueillie.

72. KASER, *op. cit.*, p. 485 : «Die mit diesen Klagen geschützten Obligationen zählen zu den wichtigsten Einrichtungen des römischen Rechtslebens, ihre Schöpfung ist eine der bedeutendsten Leistungen des römischen Rechtsgeistes».

Dans le droit de Justinien, le glissement de l'approche procédurale de la bonne foi vers une appréhension substantielle eut pour conséquence qu'à plusieurs reprises, on y traite de contrats de bonne foi plutôt que de jugements de bonne foi⁷³, avec cette conséquence que l'invitation à respecter la bonne foi y paraît plus se rapporter au comportement des cocontractants qu'à l'appréciation du juge.

10. Le deuxième moment d'appréciation du rapport juridique, ou plus précisément le premier dans son histoire, se présentait dès sa conclusion. La *bona fides* devint, en effet, par la même occasion, le critère à la lumière duquel il convenait d'apprécier, en dehors de tout procès, l'étendue des prestations des cocontractants. A ce titre, elle devint un critère objectif, normatif de comportement, dont l'antithèse était le dol, le mauvais dol, le *dolus malus*, voire la fraude, la *fraus*⁷⁴.

C'est en vertu de cette bonne foi, à laquelle dorénavant il était prescrit de se conformer, que les parties contractantes, en l'absence de conventions particulières, étaient obligées l'une envers l'autre à raison de tout ce qui composait la nature même du contrat passé⁷⁵. La bonne foi exigeait donc que l'on s'exécutât au-delà du *dictum*, au-delà de ce qui avait été convenu. C'est encore en vertu de cette bonne foi que l'intention réellement poursuivie par les parties

73. D. 19, 1, 11, 18 ; D. 19, 1, 48 ; D. 22, 1, 32, 2 ; D. 30, 108, 12. Les auteurs s'accordent sur le fait que l'expression «contrat de bonne foi» est le fruit d'une interpolation. Voir, par exemple, G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, op. cit., p. 235.

74. D. 17, 2, 3, 3 : *Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo. Id.* : D. 3, 3, 34 ; D. 18, 1, 68 pr. ; D. 16, 3, 1, 7 ; D. 19, 1, 6, 9 ; D. 50, 17, 23. *Id.* dans CICÉRON, *Des devoirs*, 3, 15, 61 : *...Atque iste dolus malus et legibus erat uindicatus ut... et sine lege iudiciis in quibus additur ex fide bona...* Sur l'opposition entre *dolus malus* et *dolus bonus*, voir D. 4, 3, 1, 2-3. Voir sur l'opposition entre *fraus* et *fides*, KRÜGER-KASER, op. cit., pp. 169-170.

75. D. 19, 1, 11, 1 : *Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit : cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate. Id.* : D. 19, 1, 48 : *...respondi id ex ea scriptura praestandum, quod sensisse intelleguntur...* *Id.* : D. 19, 1, 6, 4 : *...Labeo contra putat, et illud solum observandum, ut, nisi in contrarium id actum sit, omnimodo integrum praestari debeat : et est verum...*

contractantes, que leur volonté authentique devait l'emporter sur l'expression qu'elles avaient choisie pour la traduire, qu'elle devait primer sur la lettre, permettant par là une interprétation du contrat que l'on pourrait qualifier d'intelligente⁷⁶. La bonne foi autorisait donc, non seulement que l'on ne s'en tînt pas strictement au *dictum*, mais encore, le cas échéant, qu'on allât à l'encontre du *dictum*⁷⁷.

Par ailleurs, d'aucuns soutiennent que, déjà à l'époque de la première jurisprudence, la bonne foi sous-tendait tout le tissu des institutions juridiques de l'ordonnancement romain. Bien évidemment, dans la sphère d'application des jugements de bonne foi, aucun instrument technique particulier n'était requis pour seconder l'évaluation globale des responsabilités réciproques, le jugement de bonne foi en tenant lieu. Mais la bonne foi aurait aussi pénétré la sphère d'application des jugements de droit strict, grâce à deux instruments techniques façonnés à cet effet, l'*exceptio doli* d'une part, la *clausula doli* d'autre part⁷⁸.

11. La *fides* identifiée au respect de la parole donnée n'a pas eu seulement pour conséquence de permettre, premièrement, la reconnaissance d'actes juridiques et de contrats dépouillés de toute formalité et, deuxièmement, l'invention au profit de ceux-ci d'un régime juridique d'interprétation très souple. Elle est également à l'origine de l'émergence du principe de la convention-loi, en vertu duquel, une fois qu'il est conclu, le contrat lie les cocontractants

76. D. 18, 1, 33 : ...*primum spectari oportet, quid acti sit...* Id : D. 28, 5, 47 (46).

77. D. 19, 2, 21 : ...*bona fides exigit, ut quod convenit fiat : sed non amplius praestat is...* D. 18, 1, 6, 1 : ...*in emptis enim et venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit sequendum est...* En ce sens, DAJCAK, *op. cit.*, *passim*.

78. FREZZA, *St sulla b. f.*, *op. cit.*, pp. 38-47, plus particulièrement p. 43. Cet auteur rappelle la formulation mucienne de l'*exceptio doli*, telle qu'elle nous est rapportée par CICÉRON, *Lettre à Atticus*, 6, 1, 15 : *extra quam si ita negotium gestum est ut eo stari non oporteat ex fide bona*. En ce qui concerne la *clausula de dolo malo* adjointe à une *stipulatio*, l'auteur invoque un fragment de Paul repris au Digeste (46, 8, 19) pour affirmer qu'elle induit un jugement *id quod interest stipulatoris*, donc un *incertum*, transformant par là l'*intentio certa* de la *condictio* en une *intentio incerta* de l'*actio incerti ex stipulati* (*quidquid paret...*). Au contraire, CARCATERA, *op. cit.*, pp. 158-193, dénonce ce qu'il appelle le «mythe» de la bonne foi et attribue à Justinien la christianisation de la bonne foi, sa personnification et son identification à l'*aequitas*. Voir sur ce «mythe», les observations de M. KASER, dans ZSS 82 (1965), pp. 416-425.

l'un à l'autre, en principe du moins, il ne peut faire l'objet d'une résiliation unilatérale⁷⁹.

Et ce n'est pas tout. La *fides* est encore à la base de la fidélité au serment prêté, du respect par le magistrat de l'édit qu'il avait pris, de l'exclusion de la rétroactivité de la loi, de contrats d'hospitalité et du rapport d'*amicitia*⁸⁰. Mais laissons de côté ces prolongements de la *fides* et revenons-en à la *bona fides*.

12. A côté de la bonne foi entendue comme un critère objectif, normatif de comportement, s'est développé un concept subjectif de *bona fides*. Cette bonne foi peut être qualifiée de subjective, car elle résulte d'une conviction de l'intéressé qu'il adopte un comportement licite, qu'il ne lèse pas les droits d'autrui, qu'il ne commet aucun tort⁸¹. Or, il arrive fréquemment que cette conviction résulte d'une erreur d'appréciation de la situation, de l'ignorance de la réalité ou du vice entachant la situation. En d'autres termes, la nature profonde de cette bonne foi subjective ressortit au domaine psychologique, et son antithèse est la *mala fides* ou la *scientia*⁸².

Se pose, d'ailleurs, la question de savoir si celui que l'on répute de bonne foi, dans l'acception subjective de l'expression, a conscience de sa qualité, ou, si l'on préfère, la question de la relation entre ces deux mondes qui coexistent, celui de la vérité abstraite et celui de la réalité vécue. Par exemple, le possesseur que nous savons de bonne foi, par définition, ignore qu'il l'est puisqu'il croit être le propriétaire. Il ne peut prendre conscience de sa qualité qu'après coup, par la découverte survenue d'une façon ou d'une autre de la vérité. Dès lors, comme le déclarait, non sans esprit, Felix Wubbe, «qu'on nous passe le paradoxe : ce n'est qu'à partir du moment où il est devenu de mauvaise foi qu'un possesseur peut se prétendre de bonne foi! Ou cet autre paradoxe, emprunté à M. Jäggi, qui semble dire le contraire, mais revient au même : La mauvaise foi venant après coup n'est pas mauvaise foi»⁸³. Il n'est pas impossible que les juristes romains, à

79. SCHULZ, *op. cit.*, pp. 225-226. D. 16, 3, 1, 6 : ...*contractus enim legem ex conventionem accipiunt...*

80. SCHULZ, *op. cit.*, pp. 228-237.

81. GROSSO, *op. cit.*, p. 663.

82. *Ibidem*.

83. F. WUBBE, *Le possesseur de bonne foi vu par les juristes romains et modernes*, Fribourg, 1963, p. 21. Cette étude, qui constitue la rédaction de la

l'instar de ce qu'a été leur attitude en regard du possesseur de bonne foi, aient, de façon générale, adopté le point de vue du spectateur assistant à une pièce de théâtre.

Il convient cependant de souligner que la bonne foi subjective apparaît comme intimement liée à la bonne foi objective puisque, par définition, le sujet qui l'invoque aura adopté un comportement conforme à la bonne foi entendue comme critère normatif⁸⁴. L'oscillation entre les deux types de bonne foi a piqué la curiosité des romanistes, dont les opinions — on s'en serait douté — divergent sur la question.

13. Dans certains hypothèses de bonne foi subjective, le sujet erre sur sa propre qualité, avec le risque d'impliquer par voie de conséquence d'autres personnes dans son erreur. Tels sont les cas de celui qui se croit héritier d'un défunt et, à ce titre, vend quelques biens de la succession (il ne sera tenu de restituer que ce dont les effets vendus l'ont enrichi : D. 5, 3, 20, 6 et 23 *pr.*) ; de celui qui, se croyant propriétaire d'un objet qui, en réalité, ne lui appartient pas, le vend (c'est le seul cas où le vendeur peut se défendre en alléguant qu'il n'est pas tenu de transférer la propriété : C. 8, 44 (45), 3) ; de celui qui jouit de la liberté alors qu'il est esclave (il acquerra la liberté par prescription acquisitive de vingt ans : C. 7, 22, 2) ; de celui qui se croit esclave et sert un maître — *liber homo bona fide servien* (il garde sa pleine capacité) ; ou encore de celui qui se méprend sur l'étendue de la servitude d'aqueduc dont il est titulaire (le bénéfice de l'interdit *de aqua* lui est préservé : D. 43, 20, 1, 22).

14. Dans d'autres hypothèses de bonne foi subjective, le sujet se méprend sur la qualité d'autrui — lequel peut éventuellement avoir suscité la méprise — et, dès lors, son rapport avec l'autre est faussé ou sa propre qualité en est altérée. Tels sont les cas de celui

leçon inaugurale donnée par l'auteur en l'université de Fribourg en mai 1962, est consacrée à la relation de coexistence entre les deux mondes évoqués en ce qui concerne le possesseur de bonne foi. Démonstration y est faite que les jurisconsultes romains se sont placés du point de vue du spectateur assistant à une pièce de théâtre au cours de laquelle les acteurs découvrent «leur vérité».

84. Ainsi, en matière d'usucapion, J. FAURE, *Justa causa et bonne foi. Essai d'explication des singularités de l'usucapion pro emptore en droit romain classique*, Lausanne, 1936, p. 140, définit la bonne foi comme «un complexe psychologique excluant, chez l'*usucapiens* et lors de la prise de possession, l'intention dolosive et consistant dans une interprétation, avantageuse pour lui, mais erronée, de la portée de l'acte d'abandon accompli par son auteur sur la chose qu'il occupe».

qui, parce qu'il croit quelqu'un père de famille, lui prête une somme d'argent (le sénatus-consulte Macédonien ne lui sera pas appliqué : D. 14, 6, 3 *pr.*) ; de celui qui croit esclave un homme libre ou qui croit sien un esclave appartenant à autrui (tout ce que le prétendu esclave ou l'esclave d'autrui acquerra à l'aide du patrimoine du possesseur de bonne foi et de son propre travail sera acquis à ce possesseur : Gaius, *Institutes*, 2, 91-92, et 3, 164; D. 41, 1, 19 et 23 *pr.*, 1 et 3) ; de celui qui, croyant quelqu'un encore mandataire, alors que les pouvoirs de ce dernier ont pris fin, effectue un payement entre ses mains (le payement sera libératoire : D. 46, 3, 12, 2; 32; 34, 3) ; de celui qui croit propriétaire le vendeur alors que ce dernier lui vend la chose d'autrui (l'acheteur dispose d'une action en indemnité du préjudice subi : D. 19, 1, 30, 1) ; de ceux qui se trouvent confrontés aux édits et décrets pris par un prêteur qui n'est en réalité qu'un esclave en fuite ayant postulé, puis obtenu la préture (les édits et décrets pris par ce prêteur demeurent valables : D. 1, 14, 3) ; et enfin de celui qui croit l'aliénaire propriétaire de l'objet, ou capable de l'aliéner ou ayant pouvoir pour l'aliéner, et qui le lui achète (Gaius, *Institutes*, 2, 43 et D. 50, 16, 109; le possesseur de bonne foi fait les fruits siens : D. 41, 1, 48 *pr.*; C. 3, 31, 1, 1; il bénéficie de l'action Publicienne : D. 6, 2, 7, 16; il devient propriétaire par prescription acquisitive : D. 41, 3, 10 *pr.*; 41, 4, 2 *pr. in fine*; 6, 2, 7, 17).

15. Et d'autres matières encore réservent un régime différent à l'intéressé selon qu'il est de bonne foi ou de mauvaise foi. Ainsi, en matière de payement indû (l'*accipiens* de bonne foi ne peut être poursuivi par la *condictio furtiva*, mais par la *condictio indebiti* : D. 13, 1, 18) ou de vente (le vendeur de bonne foi est à l'abri de toute réclamation pour éviction possible, mais non réalisée, et lorsque l'éviction est réalisée, il sera condamné avec modération — D. 19, 1, 43 et 44 —, profitant par exemple de la diminution de valeur économique de la chose vendue en regard de la valeur qu'elle présentait lors de la conclusion du contrat — D. 21, 2, 66, 3 *in fine* et 70 —).

16. Les exemples de bonne foi subjective rapportés ici ne sont pas exhaustifs. Ils témoignent néanmoins lumineusement, en même temps que de la fluidité de la notion, de ce que, par principe, l'ordonnement romain traitait avec bienveillance celui qui pouvait en exciper, voire le faisait bénéficier d'un traitement de faveur en lui accordant, au besoin, des moyens de droit spéciaux.

17. Il est temps de conclure. Et avec d'autant plus de modestie que le parcours historique auquel vous avez été conviés a fait l'objet, de manière directe ou indirecte, et sans compter les

manuels et traités qui l'évoquent incidemment, de plus de deux cents études et de plusieurs monographies, en regard desquels le présent exposé ne peut qu'apparaître comme un raccourci. De nombreuses questions, de nombreux aspects du thème, nous en sommes parfaitement consciente, ont été à peine effleurés, si pas négligés⁸⁵. Ils mériteraient assurément d'être approfondis. Ils ne peuvent l'être présentement.

La *fides*, abandon total et confiant d'une personne à une autre, ou d'un peuple à un autre, remonte à la plus haute antiquité de l'histoire de Rome. Dans la sphère des relations de droit privé, elle s'est muée insensiblement en relation de confiance, assortie d'une protection du plus faible par le plus puissant. Simultanément, elle se détachait de ses racines religieuses et sociologiques, pour prendre pied dans le domaine du droit. Elle y devint le respect de la parole donnée. Elle y génère la *bona fides*. Le prêteur — trait de génie — l'utilise pour créer des *iudicia bonae fidei*. La bonne foi devint ainsi la source d'un pouvoir d'appréciation considérable octroyé au prêteur. Elle devint aussi la mesure de la prestation à accomplir. Elle devint enfin la conviction de l'intéressé qu'il adoptait un comportement licite et raisonnable.

Omniprésente dans l'ordre juridique romain, la bonne foi est une de ses plus belles réalisations, une de celles qui devaient se révéler les plus fécondes et les plus durables, puisqu'aussi bien elle a fait l'objet d'une réception dans nombre de codifications contemporaines.

85. Ainsi, la relation entre la *bona fides* et le *bonum et aequum*, que certains identifient purement et simplement (ainsi, I. DE KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, «*Quid veniat in bonae fidei iudicium*» en droit classique romain», dans *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, t. 2, Palerme, 1936, pp. 147-168 : le *iudicium bonae fidei* est le tribunal d'équité) et que d'autres distinguent soigneusement (ainsi, LOMBARDI, *op. cit.*, p. 203). M. KASER, *Das römisches Privatrecht*, t. 2, Munich, 1975, p. 334, affirme que le droit de Justinien, suivant en cela l'entreprise de subordination de l'ordre juridique à l'*aequitas* amorcée par Constantin, a développé un *ius aequum*, reposant sur la *bona fides* et le *bonum et aequum*. Dans le même sens, CARCATERRA, *op. cit.*, pp. 158-193.