N° 4 OCTOBRE - DÉCEMBRE 2008 TRIMESTRIELLE PP. 465-618

Revue historique de droit français et étranger

DIRECTEUR,
Joseph Mélèze Modrzejewski

Publiée avec le concours
du centre national
de la recherche scientifique

DALLOZ

<html><head></head><body><pre style="word-wrap: break-word; white-space: pre-wrap;">

Scheda dettagliata
Catalogo SBN

Ricerca: BID=IT\ICCU\MIL\0061615

Scheda: 1/1

Livello bibliografico: Periodico
Tipo documento: Testo a stampa
Titolo:
Revue historique de droit français et étranger
Numerazione:
4. ser., a. 1, n. 1/2 (gen./giu. 1922
Pubblicazione:
Paris : Sirey, 1922-
Descrizione fisica:
v. ; 25 cm
Note generali:
Trimestrale
Dal 1949: publiée avec le concours du Centre national de la recherche scientifique.

Numeri:
[ISSN] 0035-3280
[ACNP] P 00060285
Continuazione di:
Nouvelle revue historique de droit français et étranger
Comprende:
Bureaucratie et le droit
la faillite des ammanati de Pistoie er le Saint-Siege : (debut du 14. siecle) / par A. Fliniaux

Nomi:
Centre national de la recherche scientifique
Classificazione Dewey:
349.44005 (20.) Diritto di singoli stati e nazioni. Francia. Pubblicazioni in serie
Lingua di pubblicazione:
FRANCESE
Paese di pubblicazione:
FRANCIA
Codice identificativo:
IT\ICCU\MIL\0061615
Permalink:
http://id.sbn.it/bid/MIL0061615

Dove si trova:

[P] AL0002 - TO041 - Biblioteca civica Francesca Calvo - Alessandria - AL - [consistenza] TO041 45(1967)-70(1992) Lac. 1988
BN0015 - NAPPB - Biblioteca provinciale Antonio Mellusi - Benevento - BN
BS0210 - UBSEC - Biblioteca di Economia e Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia - Brescia - BS - [consistenza] 71(1993)-95(2017)-
[P] CA0035 - CAGFG - Biblioteca del Distretto delle scienze sociali, economiche e giuridiche - Sezione scienze giuridiche - Università degli studi di Cagliari - Cagliari - CA - [consistenza] 1857-1883;1885-1886;1891-1898;1900-1905;1908-1913;1916-1918;1930-1931;1933-1934;1937;1940-1944;1946-1947;1949-1950;1952-1984;1986-2018-
[P] CH0029 - UDAEP - Biblioteca interfacoltà Ettore Paratore di Lettere e filosofia, di Psicologia, di Scienze sociali e di Scienze della formazione dell'Università degli studi G. D'Annunzio di Chieti - Chieti - CH - [consistenza] 72(1994)-87(2009)
CO0249 - *MIGC - Biblioteca della Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli studi dell'Insubria - Como - CO - [consistenza] 75(1997)-78(2000)-
[P] FE0068 - UFESG - Biblioteca di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Ferrara - Ferrara - FE - [consistenza] 1922- - [collocazione] CRR-L4-01
[P] FI0098 - CFICF - Biblioteca nazionale centrale - Firenze - FI - [consistenza] 1866-23(1944);27(1949)-70(1992);72(1994)-86(2008)-
[P] FI0597 - SBTKE - Biblioteca di scienze sociali dell'Università degli studi di Firenze - Firenze - FI - [consistenza] 1(1922)-22(1943);30(1952)-
[P] GE0038 - LIG01 - Biblioteca Universitaria - Genova - GE - [consistenza] 1922-2006;
</pre></body></html>

LE0209 - LEKSF - Biblioteca comunale Pietro Siciliani - Galatina - LE - [consistenza] 16(1937). Posseduto n.4

[P] MC0178 - UMCRO - Biblioteca di Diritto romano L. Raggi del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Macerata - Macerata - MC - causa sisma i servizi della biblioteca sono sospesi fino a data da definirsi - [consistenza] 1(1922)-16(1937);18(1939)-45(1967);47(1969)-

MC0182 - UMCST - Biblioteca di Studi storici del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Macerata - Macerata - MC - [consistenza] 70(1992)-

MI1175 - *MIBI - Biblioteca d'Ateneo. Sede centrale dell'Università degli studi di Milano-Bicocca - Milano - MI - [consistenza] 63(1985)-79(2001)-

MI1256 - USMM8 - Biblioteca di Scienze dell'antichità e filologia moderna - Milano - MI - [consistenza] 39(1961)-96(2018)-

MI1334 - USML1 - Biblioteca del Dipartimento di diritto privato e storia del diritto dell'Università degli studi di Milano - Milano - MI - [consistenza] 1(1922)-9(1930);11(1932)-18(1939);21(1942)-25(1947);27(1949)-96(2018)-

MI1335 - USML5 - Biblioteca del Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli studi di Milano - Milano - MI

MN0035 - LO112 - Biblioteca comunale Teresiana - Mantova - MN - [consistenza] trasf. LO1 14

MN0120 - LO114 - Biblioteca comunale Gino Baratta - Mantova - MN - [consistenza] 1951-2012.

[P] MO0089 - MODBE - Biblioteca Estense Universitaria - Modena - MO - [consistenza] 1922-lac 1950

MO0169 - MODUG - Biblioteca universitaria giuridica dell'Università degli studi di Modena e Reggio Emilia - Modena - MO - [consistenza] 1960- - [collocazione] Per.cl.5.229 SUD - [note] Dal n. 1(1922) al n. 37 (1959) posseduto in copia anastatica Bad Feilnbach : Schmidt Periodicals, 1985

[P] NA0079 - NAPBN - Biblioteca nazionale Vittorio Emanuele III - Napoli - NA - [consistenza] 1(1922)

[P] PD0158 - PUV00 - Biblioteca universitaria di Padova - Padova - PD

PD0441 - PUV13 - Biblioteca del Dipartimento di storia e filosofia del diritto e diritto canonico dell'Università degli studi di Padova - Padova - PD - [consistenza] 1(1922)-lac.2008

PR0076 - PARGF - Servizio biblioteca di giurisprudenza dell'Università degli studi di Parma - Parma - PR - [consistenza] 1(1922)-

PU0127 - URBAG - Biblioteca delle facoltà di Giurisprudenza e Scienze politiche dell'Università degli studi di Urbino - Urbino - PU - [consistenza] 1 (1922) -

[P] PV0291 - MILUP - Biblioteca Universitaria - Pavia - PV - [consistenza] 4 s., a. 1, (1922)-

PV0295 - PAVU3 - Biblioteca della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pavia - Pavia - PV

RM0249 - RML11 - Biblioteca della Società romana di storia patria - Roma - RM - [consistenza] 1(1922)-18(1939)

[P] RM0267 - BVECR - Biblioteca nazionale centrale - Roma - RM - [consistenza] 1(1922)-75(1997)-

[P] RM0280 - RML01 - Biblioteca universitaria Alessandrina - Roma - RM - [consistenza] 1(1922)-91(2013)-

RM0981 - RMS32 - Biblioteca interdipartimentale di scienze giuridiche-Sezione di diritto romano e dei diritti dell'oriente mediterraneo - Roma - RM - [consistenza] 4.s 1(1923)-83(2005);

RM0984 - RMS67 - Biblioteca Interdipartimentale di Scienze Giuridiche - Sezione di Storia del Diritto Italiano "Francesco Calasso" - Roma - RM - [consistenza] 1951;1953-1977;1979-1998;2001-2003;2006- - [collocazione] P RHDFE

[P] SS0073 - CAGUS - Biblioteca Universitaria di Sassari - Sassari - SS - [consistenza] 46(1922)-4. ser., 18(1939)

TE0045 - TERR3 - Biblioteca Polo Umanistico dell'Università degli studi di Teramo - Teramo - TE - [consistenza] 46(1968)-61(1983);63(1985)-87(2009);89(2011)

[P] TO0265 - BMT01 - Biblioteca Nazionale Universitaria - Torino - TO

TO0324 - UTO17 - Biblioteca dell'Accademia delle scienze - Torino - TO - [consistenza] TO017 1(1855)-15(1869)

TO1203 - UTOBB - Biblioteca Norberto Bobbio dell'Università degli Studi di Torino - Torino - TO - [consistenza] TO004 1(1877)-45(1921)

[P] TS0276 - TSASG - Biblioteca Europa. Scienze giuridiche. Università degli studi di Trieste - Trieste - TS - [consistenza] 10(1931)-77(1999);79(2001);81(2003)-83(2005);86(2008)-96(2018)-

VE0047 - VEAQS - BIBLIOTECA DELLA FONDAZIONE QUERINI STAMPALIA ONLUS - Venezia - VE - [consistenza] 1(1922)-89(2011). lac. 2000,2005

VE0239 - VEAFC - Biblioteca della Fondazione Giorgio Cini - Venezia - VE - [consistenza] 39(1961)-95(2017)- ; lac. 1981,1982,1988,1992,1999 - [collocazione] PER. SSS 0195

al0238 - TO0YL - Biblioteca N. Bobbio del Dipartimento di giurisprudenza e scienze politiche, economiche e sociali dell'Università degli studi del Piemonte Orientale Amedeo Avogadro - DIGSPES - Sede di Alessandria - Alessandria - AL - [consistenza] 2000-2003;

</pre></body></html>

Fides et *bona fides*

Hiérarchie sociale et catégories juridiques *

Résumé. – Les notions de *fides* et *bona fides* ne sont ni des catégories morales, ni des « formules vides » remplies au fur et à mesure avec les valeurs que la société considère les plus importantes sur le plan éthique. Au contraire, elles appartiennent depuis toujours au *ius civile*, et sont intimement liées à la structure de la société romaine et à ses besoins économiques et sociaux, comme filtrés par l'*interpretatio* des juristes. Leur critère de référence est toujours objectif : à l'époque archaïque, le *status* effectif des parties du rapport (*fides* comme « crédit » du sujet dans le groupe) ; par la suite un paramètre abstrait identifié avec le *bonus vir*. Sur ces bases, les deux notions ont développé dès les origines une (en apparence) double valeur : d'un côté, le respect de l'accord de l'acte ; de l'autre le respect de toutes les règles qui dérivent implicitement de la nature du rapport.

Abstract. – It is a common misconception that *fides* and *bona fides* are ethical principles with changeable content, shaped by the development of social and moral values. In reality, however, they belong since time immemorial to the tradition of the *ius civile* and are deeply rooted in Roman social structure (and its needs) as interpreted by the jurists. Their standard is always objective : in the archaic period, the real *status* of the parties (*fides* as the « credit » of the individual within the group) ; afterwards, an abstact stardard identified with the *bonus vir*. In this context, the two concepts developed from early on an (apparently) dualistic value : on one side, the respect of the parties' agreement ; on the other side, the respect of all the terms implied in the nature of the relationship.

MOTS-CLÉS : FIDES, BONA FIDES

I.

1. Ces dernières années on a accordé une très grande attention au thème de la *bona fides* en droit romain. Une des raisons qui expliquent cela réside peut-être dans le développement de la notion correspondante de droit civil dans la doctrine et la jurisprudence. Cependant, bien que le lien étroit qui existe entre la bonne foi du droit classique et la *fides* archaïque soit unanimement reconnu, on n'a pas tenu compte de manière adéquate du rôle et de la signification de cette *fides*

* Conférence présentée à l'Institut de Droit Romain de Paris le 22 février 2008. Je remercie M. Michel Humbert pour son invitation, Mme Anne Bertinotti pour la traduction en français de mon texte et mon ami et collègue Jean-François Gerkens pour le contrôle de celui-ci.

archaïque dans l'analyse de la bonne foi classique [1]. Je crois, pourtant, qu'une compréhension correcte de la *bona fides* rend indispensable – comme pour de nombreuses institutions du droit classique – une analyse des origines.

2. Nous partirons donc de la nature et de la fonction de la *fides* archaïque. Comme nous le savons, la doctrine a fourni essentiellement deux solutions.

Selon certains auteurs, elle coïnciderait à l'origine avec le « pouvoir » d'une partie sur l'autre, et avec la subordination personnelle qui correspond à cette dernière ; le rapport se serait transformé jusqu'à inclure également la « soumission virtuelle » de celui qui prête la *fides* à travers la valeur obligeante de la parole [2]. Et sur ce terrain – dans une période de forte influence de l'ethnologie sur les disciplines classiques – les interprétations magiques de la notion n'ont pas fait défaut, rapprochée de l'interprétation polynésienne de *mana* [3] comme pouvoir magique du chef [4] ou comme force magique des mots [5].

D'autres auteurs ont concentré leur interprétation uniquement sur le rapport entre *fides* et serment – conditionnés peut-être aussi par le fait que les sources (pour la plupart) de la période de la fin de la république qui nous sont parvenues, une fois disparues les institutions du droit archaïque, mettaient en relief surtout cette fonction [6] – et ils ont représenté la *fides* essentiellement comme principe à caractère contraignant de la parole donnée [7].

Il me semble qu'on ne peut admettre la validité ni de l'une, ni de l'autre de ces reconstructions. Dans les sources, la *fides* recouvre fondamentalement deux fonctions.

a) En premier lieu, elle constitue le paramètre pour des relations codifiées par les *mores* également quant au contenu. La *clientela* en est un exemple, dont

1. À l'exception de L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, Milan 1961.

2. C'est la reconstruction de L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, cit, spéc. p. 133 ss., suivi par D. NÖRR, *Aspekte der römischen Völkerrechts. Die Bronzetafel von Alcántara*, München 1989, p. 146 ss. On peut également y rapprocher la lecture de G. VON BESELER, « *Fides* », dans *Atti del Congresso internazionale di diritto romano*, Rome 1934, p. 135 ss. D'après ce dernier, le sens premier de *fides* serait « Bindung » : à une époque pré-juridique les différends auraient été résolus avec la soumission physique du perdant, qui aurait justement été lié. Cfr. aussi E. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indoeuropéennes*, Paris 1969, p. 115 ss.

3. A. MAGDELAIN, *Essai sur les origines de la sponsio*, Paris 1943, p. 125 ss.

4. A. PIGANIOL, « Venire in fidem », dans *RIDA*, 5, 1950, p. 345 ss. ; C. GIOFFREDI, « Religione e diritto nella più antica esperienza romana (per la definizione del concetto di *ius*) », dans *SDHI*, 20, 1954, p. 278 ; P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Rome 1959, p. 374 ss.

5. F. MAROI, « Contributi alla sociologia giuridica », dans *Scritti giuridici*, II, Milan 1956, p. 784.

6. Cfr. par ex. Cic. *off.* 3, 111 : *nullum enim vinculum ad adstringendam fidem iureiurando maiores artius esse voluerunt.*

7. F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin 1934, p. 151 ss. ; W. KUNKEL, « *Fides* als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht », dans *Festschrift P. Koschaker*, Weimar 1939, II, p. 5 ; ID., « Über Schuld und Schaden in der Antike », dans *Scritti C. Ferrini*, III, Milan 1948, p. 90 ss. ; M. HORVAT, « Osservazioni sulla *bona fides* nel diritto romano obbligatorio », dans *Studi V. Arangio-Ruiz*, I, Naples 1953, p. 423 ss. ; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², München 1971, p. 181 ; cfr. aussi M. J. SCHERMAIER, « *Bona fides* in Roman contract law », dans R. ZIMMERMANN – S. WHITTAKER (ed.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge 2000, p. 78 et nt. 89 ; M. TALAMANCA, « La *bona fides* nei giuristi romani : "Leerformeln" e valori dell'ordinamento », dans L. GAROFALO (éd.), « Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea », dans *Studi A. Burdese*, IV, Padova 2003, p. 40 nt. 129. Paradoxalement, tout en étant le spécialiste qui a le plus souligné le sens de *fides* comme « crédit » (cfr. *infra*), G. FREYBURGER, *Fides. Étude sémantique et religieuse depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne*, Paris 1986, spéc. p. 319 ss., accentue quand même, par rapport aux origines, le rôle formel de la *fides* comme « respect absolu d'une règle ou d'un accord » (*ibid.*, p. 324).

les obligations s'avèrent déjà établies à une période très ancienne – selon les sources à l'époque de la fondation de la ville [8] ; ou encore les associations aristocratiques entre *gentiles* appelées *sodalitates*, construites sur un système de comportements de « fidélité » qui remonte même en partie au passé indo-européen [9]. Il s'agit de valeurs « typiques » dans lesquelles les devoirs des parties ne sont pas issues seulement des promesses spécifiques mais sont surtout codifiés dans la pratique et « naturellement » rappelés par le « type » de rapport [10].

b) En deuxième lieu, elle consent à la naissance de liens non codifiés quant au contenu par les *mores* [11], à travers l'adoption d'un instrument « ouvert » comme le serment qui permet de donner vie à un rapport dont les règles sont dictées uniquement par les *verba* de celui qui prête serment.

Maintenant, à la lumière de ces résultats, la deuxième théorie (de la « parole donnée ») apparaît insuffisante car elle se fonde sur une analyse incomplète des textes. Mais la première ne s'avère pas non plus convaincante car, à bien y regarder, non seulement dans le serment mais aussi dans les rapports codifiés par les *mores*, on ne peut discerner aucun « pouvoir » : le *patronus* n'en dispose pas envers les *clientes*, le *princeps* de la *sodalitas* envers les *sodales*, le *tutor* envers le *pupillus*. En réalité la *fides* n'est pas une notion potestative, et au contraire c'est justement pour cela que son infraction détermine, dans le droit archaïque, une sanction comme la *sacratio*, qui permet à n'importe qui – même à des sujets dépourvus de pouvoir – de punir le coupable [12].

Quelle est, alors, la valeur première de la notion ?

3. Une analyse du vocabulaire lié à la notion de *fides* est extrêmement significative pour notre recherche.

On a depuis longtemps reconnu l'étroite relation entre le substantif *fides* et le verbe *credo* [13]. Il s'agit de termes du vocabulaire juridico-religieux très anciens – surtout *credo*, qui recourt seulement à la limite des familles linguistiques

8. Dion. Hal. 2, 10, 1-3 (cfr. aussi Plut. *Rom.* 13, 8). Sur le problème historiographique de ce qu'on appelle la « constitution de Romulus », mon opinion peut être lue dans R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Naples 1996, p. 180 s.

9. R. FIORI, « *Sodales*. "Gefolgschaften" e diritto di associazione in Roma arcaica (VIII-V sec. a.C.) », dans *Societas-Ius. Munuscula di allievi a F. Serrao*, Naples 1999, p. 99 ss.

10. Cfr., au sujet de la dérivation *ex moribus* des devoirs fondés sur la *fides*, Gell. 5, 13, 2-6, ainsi que les autres sources reportées dans R. FIORI, *Homo sacer*, cit., p. 160 ss.

11. Sur lesquels éventuellement se greffent les accords spécifiques des particuliers : pour les *pactiones* dans le rapport de *sodalitas*, attestés dans tab. 8, 27, qu'il me soit permis de renvoyer à R. FIORI, *Sodales*, cit., p. 141 ss.

12. Sur la *sacratio* comme remède aux « vides de pouvoir » cfr. R. FIORI, *Homo sacer*, cit., spéc. p. 518 ss.

13. Cfr., pour ce qui suit, A. ERNOUT, « Skr. *çrad-dhāā́*, lat. *crēdō*, irl. *Cretim* », dans *Mélanges S. Lévi*, Paris 1911, p. 85 ss. ; A. MEILLET, « Latin *credo* et *fides* », dans *MSL*, 22, 1920, p. 215 ss. ; A. WALDE – J. B. HOFMANN, *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*, I[3], Heidelberg 1954, p. 286 s. ; E. BENVENISTE, *Vocabulaire*, cit., p. 115 ss., p. 171 ss. ; A. ERNOUT – A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris 1979, p. 148 s. ; G. DUMÉZIL, « *Credo* et *fides* », dans *Idées romaines*, Paris 1969, p. 47 ss. (réélaboration de « Latin *crēdō*, arménien *arit'* ; mots et légendes », dans *Revue de philologie*, 64, 1938, p. 313 ss.) ; J. POKORNY, *Indogermanisches etymologisches Wörterbuch*, I[3], Tübingen-Basel 1994, p. 117 et 580. Isolé A. PARIENTE, « Sobre la etimología de *credere* », dans *SDHI*, 19, 1953, p. 340 s. (*crēdere* < **crēddere* < **crēt[ŏ]-dare* : « dar en prestamo, dar prestado »). L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, cit., p. 160 s. se méprend sur les positions de la doctrine et suppose une (en réalité inexistante) opposition entre Meillet et Walde-Hofmann, dont sa lecture de *fides* comme « pouvoir » sortirait renforcée.

indoeuropéennes, c'est-à-dire dans les langues des peuples dont les migrations sont plus anciennes [14] – termes qu'on peut ramener à deux racines distinctes (i.e. **k̂red-dhē-*, **bheidh-*) qui dans les différentes langues sont, en général, conservées alternativement [15], mais que le latin a maintenues toutes deux, attribuant à *fides* le rôle de substantif de *credo*. Ce sont en effet des notions corrélatives : si l'on veut expliquer la racine indoeuropéenne à la base du latin *credo*, nous devrions rendre l'expression comme « accomplir un acte de reconnaissance [16] des capacités ou du rôle de l'autre (éventuellement dans l'attente d'une rémunération) ». Il ne s'agit donc pas d'une croyance théologique mais d'un acte qui – dans ses expressions religieuses – se manifeste plutôt dans l'attribution d'offrandes à la divinité. Par similitude, le latin *fides* indique la capacité d'un sujet à recevoir une telle reconnaissance (*fides mihi est apud aliquem* veut dire littéralement « j'ai du crédit auprès de quelqu'un »), et quelquefois – dans des connexions déterminées : par exemple *fidem facere, fidem habere alicui*, à proprement parler « reconnaître à quelqu'un la *fides* auquel il a droit » – *fides* peut indiquer dans un deuxième temps l'acte de « se fier » [17].

Le christianisme a profondément transformé le rapport entre ces notions, et cela a naturellement voilé notre capacité à l'interpréter correctement. La corrélation entre *credo* et *fides* s'est maintenue, mais le terme « foi » s'est spécialisé dans un sens religieux, remplacé, sur le plan mondain, par « confiance » [18]. Ces expressions n'énoncent cependant que le sens secondaire de la notion de *fides* (l'acte d'un sujet d'avoir confiance), tandis que le sens primaire (la qualité de l'autre sujet à recevoir la confiance) a disparu, remplacé – dans le jeu d'alternance avec *credo* – par « crédit » (ou à la limite par « fiabilité »). Pour donner un exemple, là où nous parlons de « foi en Dieu », les Romains disent *fides deorum* : la *fides* « des » dieux, un de leur attribut, une de leur prérogative. En cela nous voyons toute la distance qui sépare la religion romaine du christianisme : la première est une religion « civile », à laquelle on ne peut pas se convertir, mais qui implique la participation, en tant que membre de la population [19], à un culte de la divinité dont on ne met pas en doute l'existence ; le deuxième, surtout aux origines, demande au contraire une conversion individuelle qui est entendue comme un acte de confiance, comme *credere* en l'existence d'un Dieu unique.

14. Selon la célèbre théorie de J. VENDRYES, « Les correspondances de vocabulaire entre l'indo-iranien et l'italo-celtique », dans *MSL*, 20, 1918, p. 3 ss.

15. En indo-iranien et celtique la première (véd. *śraddhā́ḥ*, avest. *zrazdå*, vieil irl. *cretim*, gall. *credaf* ; les termes gall. *ffydd*, corn. *fyth*, bret. *feiz* sont dérivés de lat. *fides*), en grec la seconde (πείθομαι, πίστις).

16. À la fois déclaratif et constitutif : c'est un « crédit » qui s'alimente aux actes de « confiance ».

17. Les deux valeurs sont amplement reconnues dans la doctrine : cfr. M. VOIGT, « Die Begriffe von *fides* » (1871), dans *Das jus naturale aequum et bonum und jus gentium der Römer*, IV, Leipzig 1875, p. 377 ss. ; E. FRAENKEL, « *Fides* » dans *Thesaurus linguae Latinae*, VI.1, Leipzig 1913, p. 661 ss. ; ID., « Zur Geschichte des Wortes *fides* », dans *Rheinisches Museum*, 71, 1916, p. 187 ss. ; R. HEINZE, « *Fides* » (1929), dans *Vom Geist des Römertums*, Berlin 1938, p. 27 ; J. HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la république*[2], Paris 1972, p. 33 ; G. FREYBURGER, *Fides*, cit., p. 37 ss., p. 319 ss.

18. En témoigne la substitution tardive de *fidem habere* avec *fidem adhibere* : E. FRAENKEL, *Fides*, cit., p. 686.

19. Ce point est affirmé avec grande clarté et simplicité dans J. SCHEID, *La religione a Roma*[4], Roma-Bari 2001, 8.

Dans la culture romaine archaïque, la *fides* est en somme la qualité d'un sujet qui apparaît comme « fiable » par rapport à ses comportements et à ses paroles. Une fois saisie cette valeur primaire, on peut mieux comprendre le rapport que l'on peut souvent vérifier dans les textes latins entre le terme *fides* et des concepts comme ceux de *honor*, *decus*, *fama*, *dignitas*, etc. [20]. Dans une société de classes comme la société romaine, la fiabilité d'un sujet se rattache à ses conditions économiques et sociales : l'*honestas* n'est pas, sinon de façon secondaire, l'« honnêteté » comme qualité morale, mais plutôt le comportement conforme à l'*honor*, à savoir au rang du sujet – un rang qui impose naturellement des devoirs éthico-juridiques [21]. Cette perspective détermine une coïncidence entre « fiabilité » et « stabilité » ; une stabilité qui n'est pas seulement une constance du comportement, mais aussi un respect de la position qui revient à chacun dans la hiérarchie cosmique : la *gravitas* est la qualité qui s'alimente de la *fides* pour conserver la *maiestas*, à savoir la juste hiérarchie entre les *honores* [22].

Tout cela implique, naturellement, que plus le rang est élevé, plus il y aura de « crédit » : c'est pourquoi la *fides* se profile dès la période archaïque [23] comme un attribut de la classe dirigeante, des *boni* (*optimi*, *optimates*) [24], des *sani* (*sanates*), des *fortes* [25], des *probi* [26] – dénominations, celles-ci, qui développent seulement dans le temps un sens moral autonome, mais qui au début indiquent les riches et les puissants, qui sont caractérisés en sens positif également du point de vue éthico-juridique du respect des *boni mores*, et qui ne diffèrent pas des ἀγαθοί grecs. Cela ne doit pas nous étonner : que les notables soient plus « fiables » s'explique aussi par le fait qu'il leur est plus facile d'apporter protection ; que les riches sont moins influençables que les faibles, et bénéficient d'une plus grande *auctoritas* [27] ; que – pour ainsi dire – *noblesse*

20. J. HELLEGOUARC'H, *Vocabulaire*, cit., p. 362 ss. ; G. FREYBURGER, *Fides*, cit., p. 41 ss.

21. J. HELLEGOUARC'H, *Vocabulaire*, cit., p. 387 s. ; R. FIORI, « *Materfamilias* », dans *BIDR*, 96-97, 1993-1994, p. 480 ss.

22. Sur le rapport entre *gravitas, maiestas, honor* e *fides*, qu'il me soit permis de renvoyer à R. FIORI, *Homo sacer*, cit., p. 107 ss.

23. Les XII tables parlent de *fortes, sanates et improbitas* (cfr. *infra*, ntt. 25 e 31) ; la figure du *bonus vir* doit avoir une histoire très ancienne, si on peut vraiment en voir les traces sur le vase de Duenos du VII-VI s. avant J.C. et dans l'épithète substantiellement contemporain de *Iuppiter Optimus (Maximus)* : cfr. G. COLONNA, « *Duenos* », dans *Studi etruschi*, 47, 1979, p. 169 s.

24. Sur le rapport *boni-optimi* et sur l'étymologie (< **ops*) dans le sens de « celui qui possède des richesses » cfr. pour tous J. HELLEGOUARC'H, *Vocabulaire*, cit., p. 495 ss.

25. Pour l'équivalence entre *boni, fortes e sani (sanates)*, cfr. Fest. *verb. sign.* s.v. *sanates* (LINDSAY, p. 474) (cfr. tab. 1, 5) : *in XII* (sc. *tabulis*) *cautum est, ut idem iuris esset sanatibus quod forctibus, id est bonis* (cfr. Fest. *verb. sign.* s.v. <*sanates*> [LINDSAY, p. 426 et 428] ; Paul.-Fest. *verb. sign.* s.v. *forctes* [LINDSAY, p. 74] : *forctes, frugi et bonus, sive validus* ; s.v. *horctum forctum* [LINDSAY, p. 91] : *horctum et forctum pro bono dicebant*). *Sanates* n'indique pas une catégorie d'« assagis » (par rapport à l'alliance avec Rome) – comme le soutiennent ces sources avec une parétymologie qui interprète l'expression comme synonyme de *sanati* – mais expriment, à travers une formation ancienne (*optimates / optimus, summates / summus, infimates / infimus, nostrates / noster*) l'appartenance à la catégorie des *sani*.

26. Pour la substantielle équivalence de *boni* e *probi* cfr. pour tous Plaut. *Trin.* 272-273. *Probus* e *sanus* n'auraient jamais eu, pour J. HELLEGOUARC'H, *Vocabulaire*, cit., p. 495, une valeur de catégorie sociale : mais cfr. A. ERNOUT – A. MEILLET, *Dictionnaire*, cit., p. 537 : *probus* < **pro-bho-s* « qui pousse bien (ou droit) » (cfr. véd. *pra-bhú-h*, « éminent, puissant »), et ce n'est que dans la suite qu'un sens moral s'est développé.

27. Cfr. Cic. *top.* 73 : *persona autem non qualiscumque est testimoni pondus habet : ad fidem enim faciendam auctoritas quaeritur.* L'*auctoritas*, poursuit Cicéron, est attribuée par celui qui

oblige : le *bonus vir*, pour rester « fiable » aux yeux du groupe, pour être défini *constans et gravis*, doit se comporter correctement, sans quoi il deviendra *inconstans ac levis* [28].

Le manque de fiabilité, la violation de la *fides*, transforme le *bonus* et le *probus* en *malus et inprobus*, en un paria qui, n'ayant aucun rang socio-juridique, n'a pas de crédit ni donc de *fides* [29] ; l'*homo malus* est *inprobus* [30], il ne peut plus « garantir avec son propre crédit » (c'est cela le sens premier de *probare* [31]), il lui est interdit de rendre ou de demander témoignage (*intestabilis* [32]), car son témoignage serait lui-même *malus et exsecrandus* [33]. Il peut même être tué légitimement comme cela se passe pour l'*addictus* – qui peut

juge et celui qui accomplit l'*existimatio* (les censeurs) aux personnes douées de talent, de richesses, d'âge, de chance etc. (même si Cicéron suivant la morale stoïque, reconnaît l'*auctoritas* tout d'abord dans la *virtus*). Ce sont là les convictions enracinées dans la mentalité romaine bien au-delà de l'époque archaïque et républicaine : cfr. Mod. 8 *reg.* D. 22, 5, 2 : *in testimoniis autem dignitas fides mores gravitas examinanda est* ... ; Call. 4 *de cogn.* D. 22, 5, 3 pr. : *testium fides diligenter examinanda est. ideoque in persona eorum exploranda erunt in primis condicio cuiusque, utrum quis decurio an plebeius sit : et an honestae et inculpatae vitae an vero notatus quis et reprehensibilis : an locuples uel egens sit, ut lucri causa quid facile admittat* ... Cfr., sur les passages cités ici et en général sur ces problèmes par rapport au témoignage, J. Ph. LÉVY, « *Dignitas, gravitas, auctoritas testium* », dans *Studi B. Biondi*, II, Milan 1965, p. 27 ss.

28. Cfr. Cic. *Sull.* 3, 10 : *inconstans ac levis, nec testimonii fidem tribui convenerit.*

29. Cela ne veut pas dire que les classes humbles n'aient pas une *fides*, mais que leur « crédit » est inférieur au « crédit » des classes dominantes : dans les XII tables (1, 4), on affirme que seul un riche peut se porter garant pour un autre riche, tandis que n'importe qui peut se porter garant d'un *proletarius*, mais par là on reconnaît une *fides* (et donc un rôle) également aux *proletarii*. De la même façon, dans le rapport de clientèle, le *cliens* a aussi, comme on l'a dit, sa propre *fides*, quoiqu'elle se pose dans le sens de « fidélité », comparé à une *fides* du *patronus* comprise comme « protection, tutelle » ; et dans le rapport de *sodalitas* les *sodales* sont liés au chef de l'association d'un rapport de *fidelitas* (cfr. CIL, XIII, 1668).

30. Fest. *verb. sign.* s.v. *Sacer mons* (LINDSAY, 422 e 424). Cfr. aussi Plaut. *aul.* 213 ; Lucil. *sat.* 10, 4.

31. Tab. 8, 22 a été interprétée par certains dans le sens que *inprobus* indiquerait l'incapacité à être témoin et *intestabilis* l'incapacité d'invoquer des témoins (cfr. pour tous Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, p. 990 s. nt. 9 ; cfr. *ibid.*, p. 991 nt. 1, suivi par F. PRINGSHEIM, « Le témoignage dans la Grèce et Rome archaïque », dans *RIDA*, 6, 1951, p. 170 s.), par d'autres retenant que *improbus* indique en général la sanction de l'« impossibilità di fare o di ricevere prova », spécifiée par *intestabilis* comme « non poter più fare, né ricevere testimonianza » (cfr. pour tous S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Roma 1928, 543). En réalité, c'est *probare* qui vient de *(im)probus*, et non le contraire (cfr., tout en étant dans un contexte désormais détaché des valeurs originaires des termes, Cic. *Caec.* 1, 3) : puisque les témoignages demandaient une *fides*, seuls les *probi* pouvaient témoigner, si bien que la sanction décemvirale doit être lue dans le sens que celui qui manque aux devoirs du témoignage devient *improbus* et donc *intestabilis*, ne pouvant plus ni donner ni bénéficier d'un témoignage. Ce n'est pas un hasard si, dans les normes successives en la matière (ou dans les répétitions de la règle décemvirale : la question n'est pas intéressante pour nous), quand le tissu social dans lequel se justifiait l'*improbitas* a changé, il reste seulement l'*intestabilitas* (Ulp. 1 *ad Sab.* D. 28, 1, 18, 1 ; 56 *ad ed.* D. 47, 10, 5, 9 ; Arc. Char. *test.* D. 22, 5, 21 pr.). Sur ces textes cfr. maintenant M. HUMBERT, « *Intestabilis* », dans *Fides humanitas ius. Studii L. Labruna*, IV, Naples 2007, p. 2543 ss.

32. Gell. 15, 13, 11 = tab. 8, 22 (FIRA, I, 62) : *qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium [fatiatur,] inprobus intestabilisque esto* : celui qui manque à ses devoirs qui dérivent du fait qu'il est témoin ou *libripens* (dans la *mancipatio*) devient *improbus* et *intestabilis*. Cfr. également Gell. 7, 7, 3 ; Serv. auct. *Verg. Aen.* 4, 386 ; Inst. 2, 10, 6 ; la locution *improbus intestabilisque* revient dans Sall. *bell. Iug.* 67, 3, pour indiquer le commandant qui perd la *fama* pour avoir échappé indemne à la défaite ; in Liv. 23, 3, 1 ss. on décrit une révolte de la plèbe de Capoue contre le sénat, qui est appelé *improbus ac detestabilis*, et les sénateurs *mali atque improbi*, par opposition à *boni et iusti*. Sur l'interprétation de *intestabilis* cfr. M. Humbert, « *Intestabilis* », cit., p. 2543 ss.

33. Cfr. Porph. *in Hor. serm.* 2, 3, 181 (HAUTHAL, II, p. 274) : *antiqui eos, quos in testamento nolebant admitti, « intestabiles » vocabant, [detestabiles] scilicet, quorum testimonium malum et exsecrandum esset.*

être tué par le créancier – et pour l'*homo sacer* – qui peut être tué par n'importe qui [34].

D'ailleurs, dans une réalité comme celle de la Rome archaïque, où la certitude des rapports juridiques dépend de la possibilité de les établir par témoignage et où les activités d'actes et de procédures s'appuient en large mesure sur l'hétérogarantie, la possession de la *fides* est essentielle à la survie du sujet dans le groupe, tandis que l'*improbitas* détermine comme effet l'impossibilité de fournir des preuves ou de recourir à l'intervention de tiers à l'appui de son propre intérêt, coïncidant essentiellement avec la mort civile [35].

4. Étant donnée cette valeur « sociale » de la *fides*, son emploi dans la construction des rapports socio-juridiques reconnus par le groupe au-delà des liens nobiliaires et familiaux (*clientela* et *sodalitas*) paraît évident. Cela clarifie également le lien entre *fides* et serment.

Ce n'est pas parce que la parole donnée (entendue comme manifestation de volonté de celui qui prête serment) a une valeur en soi que le *ius iurandum* a un effet contraignant, mais c'est parce qu'elle doit être conforme – pour employer les mots de Cicéron – à la *constantia* (dans les promesses) et à la *veritas* (dans les serments assertoires) [36], c'est-à-dire les qualités du *vir bonus* en tant que personne « fiable » [37]. Cette fiabilité est désormais pénétrée, lorsque l'orateur écrit, de valeurs exaltées par l'éthique stoïque. Il est néanmoins toujours nécessaire de rappeler – et on le fait rarement – que dans la pensée romaine, encore plus que dans la pensée grecque, les catégories philosophiques sont souvent intimement liées à l'héritage juridico-religieux de la culture archaïque. Et pour comprendre vraiment le rapport entre *fides* et serment il est

34. J'avais déjà proposé un rapprochement de *improbitas* et *sacratio* dans : R. FIORI, *Homo sacer*, cit., p. 218 et n. 88, particulièrement en me fondant sur : Fest. *verb. sign.* s.v. *Sacer mons* (LINDSAY, p. 422 et 424) : *ex quo quivis homo malus atque improbus sacer appellari solet* (sur ce texte, cfr. aussi *ibid.*, p. 48 n. 100), Horat. *sat.* 2, 3, 179-181 (*intestabilis et sacer esto* ; cfr. Ps.-Acr. *Hor. serm.* 2, 3, 181 [KELLER, II, p. 150] : les textes sont reproduits tous deux *infra*, n. 39), Porph. *in Hor. serm.* 2, 3, 181 (HAUTHAL, II, p. 274 : *antiqui eos, quos in testamento nolebant admitti, « intestabiles » vocabant, [detestabiles] scilicet, quorum testimonium malum et exsecrandum esset*) et Ps.-Acr. *Hor. epod.* 17, 6 [KELLER, I, 451] : *sacris autem detestabilibus*. De ces textes, on pourrait conclure à une tradition formulaire et terminologique liée au rituel de la *detestatio sacrorum*, dans laquelle les liens entre l'*homo sacer* et le groupe étaient formellement coupés (*ibid.*, p. 494), qui avait naturellement aussi l'effet de l'*improbitas* et de l'*intestabilitas*. Mais je ne suivrais pas les arguments avec lesquels R. PESARESI, « *Improbe factum*. Riflessioni sulla *provocatio ad populum* », in *Fides humanitas ius. Studii L. Labruna*, VI, Naples 2007, p. 4197 s., propose l'hypothèse d'après laquelle les deux situations seraient parfaitement identiques : il n'y a aucune opposition entre *probus* et *sacer* du point de vue de ce qui peut être sacrifié (aucune source ne permet de donner le sens de « puro e dunque sacrificabile agli dei » à *probus* – cfr. T. VESTERGAARD, « *Probus* », dans *Thesaurus linguae Latinae*, X.2, Stuttgart-Leipzig, 1998, p. 1483 ss. – et l'auteur ne fournit pas) et on ne peut pas non plus soutenir que *improbus* dérive « dall'osco umbro, dunque da un contesto culturale in cui è attestata la pratica della *sacratio capitis* » (*ibid.*, 4198 n. 63), comme affirme l'a. se méprenant sur A. ERNOUT – A. MEILLET, *Dictionnaire*, cit., p. 537, lesquels se limitent à dire que la racine se trouve aussi dans les langues italiques, et imaginent plutôt une autre quantité vocalique originaire.

35. Ainsi, exactement, Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 991.

36. Cfr. Cic. *off.* 1, 23 : *fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas*. J'apporte ici la distinction entre les deux types de serment – vraisemblablement étrangère à l'expérience romaine : cfr. FRAENKEL, « *Fides* », cit., p. 687, sur l'indifférence entre *glauben* et *vertrauen* dans le vocabulaire de la *fides* – en termes purement descriptifs.

37. Sur le rapport entre ces notions et le *vir bonus* cfr. J. HELLEGOUARC'H, *Vocabulaire*, cit., p. 265 ss., p. 283 ss. ; G. FALCONE, « La *vera philosophia* dei *sacerdotes iuris*. Sulla raffigurazione ulpianea dei giuristi (D. 1.1.1.1) », dans *Annali Palermo*, 49, 2004, p. 105 ss.

nécessaire de rappeler qu'à l'origine la *veritas* par rapport à laquelle le *ius iurandum* doit être conforme, n'est pas une vérité « rationnelle » mais une vérité « cosmique ». Dans la pensée archaïque, la vérité est le principe de similitude entre le dire (ou le faire) et le monde ordonné selon la justice, au point que les racines des termes latins *verum* et *fides* reviennent dans d'autres langues à indiquer le serment ou le comportement conforme à l'ordre cosmique – et quelquefois les deux : il suffit ici de penser à l'ancien irlandais *fír* [38]. Les paroles et les comportements du *bonus vir* doivent être conformes au *verum*, car la fausseté est un acte chaotique qui met en crise l'ordre cosmique, sur lequel s'appuie aussi le *status* de celui qui prête serment : la seule réaction possible, pour la communauté, afin de ne pas être emportée par le désordre, c'est de « séparer » (*sacrare*) le coupable (de l'ordre hiérarchique) du groupe [39].

En réalité, tandis que le serment chrétien est un fait essentiellement individuel – dans le sens que le parjure détermine *peccatum*, c'est-à-dire qu'il met en danger le salut de l'âme de celui qui prête serment, et seulement le sien – le serment romain est un fait éminemment social, tout comme – et on vient de le rappeler – la religion de Rome est « sociale ». Dans ce contexte, le parjure ne concerne pas seulement celui qui prête serment, car il implique le maintien de l'ordre cosmique, il concerne tout le groupe dans la mesure où il ne pourvoit pas à couper le lien avec le coupable. La même invocation de la divinité dans

38. De i.e. **bheidh-* dérive non seulement lat. *fides* et gr. πίστις, mais aussi alb. *bē* « serment » ; de i.e. ** u̯er-* dérivent lat. *verum*, vieil irl. *fír* ; vieil isl. *várar* (pl.) « serment », vieil angl. *wǽr* « *fides*, contrat », all. *wahr* (A. ERNOUT – A. MEILLET, *Dictionnaire*, cit., p. 233 et p. 727 ; J. POKORNY, *Wörterbuch*, cit., p. 117 et p. 1166). Cfr. toutefois aussi le rapport étymologique entre angl. *truth* (vieil angl. *trēow*, *trēowð* « vérité » mais aussi « *fides* ») et all. *Treue* et, au-delà des étymologies, la notion grecque de ἀλήθεια, sur laquelle cfr. pour tous (avec une attention particulière au passage de la pensée mythique à la pensée philosophique) M. DETIENNE, *Les maîtres de vérité dans la Grèce archaïque*, Paris 1967. D'ailleurs, dans les autres cultures indoeuropéennes « marginales » (dans le sens indiqué ci-dessus) comme la culture latine, la notion même d'ordre cosmique peut être traduite aussi par « ce qui est approprié, vérité, justice » : cfr. vieil irl. *cóir* (sur lequel cfr. pour tous D. POLI, « La *interpretatio hibernica* del diritto », dans S. SCHIPANI – N. SCIVOLETTO [éd.], *Atti del convegno internazionale "Il latino del diritto"*, Roma 1994, p. 275 s.) et véd. *ṛtá-* / avest. *aša-* (où je me limite à renvoyer à ce que j'ai écrit dans R. FIORI, *Homo sacer*, cit., p. 91 s. nt. 108). D'autre part, ce n'est pas seulement une perspective indoeuropéenne : cfr. par ex. la notion, fondamentale pour la culture égyptienne, de *ma'at* (sur lequel pour tous J. ASSMANN, *Ma'at. Gerechtichkeit und Unsterblichkeit im Alten Ägypten*, München 2001).

39. Sur la *sacratio* du parjure cfr. Horat. *sat.* 2, 3, 179-181 : *praeterea ne vos titillet gloria, iure / iurandi obstringam ambo : uter aedilis fueritve / vestrum praetor, is intestabilis et sacer esto* ; Ps.-Acr. *Hor. serm.* 2, 3, 181 (KELLER, II, p. 150) : *intestabilis] periuri sic dicebantur tamquam sacri, hoc est obnoxii numini, per quod iuraverant. intestabiles appellabantur, quorum testimonium non valebat. sacer] exsecrabilis vel exsecrandus* κατὰ ἀντίφρασιν *et hoc secundum duodecim tabulas*, sur lesquels R. FIORI, *Homo sacer*, cit., p. 225 ss. Les arguments avec lesquels F. ZUCCOTTI, « Il giuramento in Grecia e nella Roma pagana : aspetti essenziali e linee di sviluppo », dans A. CALORE (éd.), *Seminari di storia e di diritto*, II, Milan 1998, p. 1 ss. (cfr. déjà ID., « In tema di sacertà », dans *Labeo*, 44, 1998, p. 432 s. et 444 s.) conteste l'applicabilité d'une sanction semblable au faux serment se fondent sur l'omission répétée des sources que l'on vient de rappeler et sur une analyse des textes complètement décontextualisée : la phrase *deorum iniuriae dis curae* (Tac. *ann.* 1, 73, 4), qui pour l'a. serait une « regola generale » de l'ordre romain dans le sens de l'impossibilité de punir le parjure dans le droit humain (ID., « Il giuramento », cit., 41), est en réalité une affirmation de l'empereur Tibère, instrumentaire à l'impunité de deux parjures, à l'intérieur d'un événement que Tacite juge scandaleux. Et dans le principe *periurii poena divina exitium, humana dedecus* (Cic. *leg.* 2, 22) le *dedecus* est une référence à la *nota censoria* qui à la fin de la république a remplacé la *sacratio* archaïque (cfr., pour parjure et *nota censoria*, Cic. *off.* 3, 111), ainsi que, également dans l'épisode rapporté par Gell. 6, 18, 10-11.

les serments doit être comprise dans ce contexte : celui qui prête serment prend la *fides* des dieux à témoin et en garantie de son propre engagement, à corroborer sa propre *fides*, ni plus ni moins que ce qu'il pourrait faire en demandant l'intervention d'un garant ou témoin humain, car les dieux font eux-mêmes – bien qu'à un niveau hiérarchique supérieur – partie du cosmos ordonné. Si bien que l'offense que le parjure provoque aux dieux ne dérive pas du mensonge en soi, mais d'avoir invoqué leur *fides*, leur garantie et témoignage, et donc d'avoir violé l'ordre cosmique sur lequel s'appuie la *pax deorum* [40].

5. Ce système de valeurs, du reste, n'est pas exclusivement interne à la société romaine, mais il est également projeté dans les rapports internationaux, à l'intérieur de ce qui a été appelé le « système supranational romain » [41]. Dans les relations publiques avec les étrangers – dans les *foedera*, dans la *sponsio*, mais aussi dans l'*amicitia* ou dans l'*hospitium* [42] – la *fides populi Romani* a son importance. Celle-ci s'alimente à la « stabilité » (*gravitas*) [43] et au *status* hiérarchique (*maiestas*) du peuple romain [44]. Mais il est intéressant de remarquer que, quand elle détermine des relations d'*amicitia* et d'*hospitium* entre et avec chacun, le paramètre de référence devient aussi la qualification de *bonus vir* (καλὸς καὶ ἀγαθός), qui, dans les inscriptions du premier et deuxième siècle avant J.C. est reconnue (et même attribuée : le verbe est προσαγορεύω) aux légats [45] et alors un rapport d'*amicitia* [46] est instauré.

II.

6. En un moment historique non précisé, que nous pouvons situer entre le IV^e^ et le III^e^ siècle avant J.C., la notion de *bona fides* s'est dégagée de la notion de *fides*. Je dis « s'est dégagée » car elle ne remplace pas la *fides*, mais constitue sa déclinaison presque uniquement dans le contexte du droit privé [47],

40. Et c'est dans ce sens qu'il faut entendre les formules archaïques de serment où l'on invoque la punition divine en cas de parjure, rapportées par ex. par Paul.-Fest. *verb. sign.* s.v. *lapidem silicem* (LINDSAY, p. 102) ; Liv. 1, 24, 8 ; Polyb. 3, 25, 7-9, sur lequel cfr. pour tous A. CALORE, *Per Iovem lapidem. Alle origini del giuramento*, Milan 2000, 42 ss. (qui toutefois ne peut pas être suivi par rapport aux conséquences du parjure : *ibid.*, p. 158 n. 37).

41. P. CATALANO, *Linee del sistema sovrannazionale romano*, I, Torino 1965.

42. G. FREYBURGER, *Fides*, cit., p. 177 ss.

43. Cic. *Flacc.* 9.

44. Proc. 8 *epist.* D. 49, 15, 7, 1 et R. FIORI, *Homo sacer*, cit., p. 162 ss.

45. SC *de foedere cum Astypalaeensibus* (105 av. J.C.) (CIGr 2485 ; IG XII/3, 173 ; IGRR IV, 1028) *lin.* 3-4 : ἄνδρα καλὸν καὶ ἀγαθὸν [παρὰ δήμου] καλοῦ καὶ ἀγαθοῦ καὶ φίλου προσαγο[ρεῦσαι] ; SC *de Narthaciensibus et Melithaensibus* (150 et 147 av. J.C.) (IG IX/2, 89 ; *Syll.* 674 ; Girard-Senn, 23 ss. n. 4) *lin.* 62-63 : ἄνδρας καλοὺς κἀγαθοὺς προσαγορεῦσαι (cfr. *lin.* 16-18 et 39-41) ; SC *de Stratonicensibus* (81 av. J.C.) (*Syll.* 523 ; Dittemberger, OGIS 441) *lin.* 68 : ἄνδρας καλοὺς καὶ ἀγαθοὺς προσαγορεῦσαι καὶ φίλους ; Ios. Flav. *ant. Iud.* 13, 9, 2 (264) et 14, 8, 5 (146) : ἄνδρες ἀγαθοί (F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, II^2^, Naples 1973, p. 26 et nt. 24).

46. *SC de Asclepiade Clazomenio sociisque* (78 a.C.) (CIL I^2^ 588 ; IG XIV 951 ; GIRARD-SENN, 286 ss. n. 5 ; FIRA I 35) *lin.* 10-11 : ἄνδρας καλοὺς καὶ ἀγαθοὺς προσαγορεῦσαι καὶ φί[λους προσ]αγορεῦσαι (DE MARTINO, *Storia*, cit., II, p. 33 ss. ; cfr. A. RAGGI, « *Senatus consultum de Asclepiade Clazomenio sociisque* », dans *ZPE*, 135, 2001, p. 73 ss.).

47. Il est un peu forcé de soutenir que la *bona fides* « non ricorre altrove nell'intera letteratura latina », à part dans les témoignages relatifs aux formules, comme le soutient L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, cit., p. 179 (le jugement est partiellement mitigé *ibid.*, nt. 34), bien que dans les autres sources il y ait des utilisations effectivement seulement adverbiales : cfr. E. FRAENKEL, « *Fides* », cit., p. 680 s.

et même dans le seul domaine procédural des *iudicia bonae fidei* (desquels découle vraisemblablement aussi ce que l'on appelle la bonne foi subjective [48]) constituant, pour l'essentiel, une spécification de la notion plus ancienne [49].

Entre ces deux principes, il y a toutefois incontestablement des différences. Et la première de celles-ci se manifeste déjà au niveau de la terminologie dans l'ajout – qui ne peut certainement pas être défini comme tautologique [50] – au substantif *fides*, de l'attribut de *bona*.

Cette donnée, après tout ce que nous avons dit jusqu'à présent, ne peut pas apparaître fortuite. Comme nous l'avons vu, la notion de *fides* est étroitement liée à la structure hiérarchique de la société romaine, dont le sommet est constitué par les *boni*, qui se représentent eux-mêmes – également du point de vue de la jurisprudence, étant donné qu'ils ont le monopole de l'élaboration du droit – comme un modèle de comportement. Cela ne veut pas dire, naturellement, que l'expression *bona fides* peut être traduite par « *fides* aristocratique ». Comme nous l'avons vu, la *fides* est du *patronus* comme du *cliens*, du puissant comme du pauvre, car c'est une notion – comme les notions de *maiestas*, *gravitas*, *dignitas*, etc. – essentiellement relative, qui se définit seulement dans la comparaison entre les différents grades de la société. Cela veut dire, plutôt, que la *fides* subit une transformation cohérente avec le changement de la société dont elle est l'expression.

Tant que les rapports juridiques et – dans un sens plus large, socio-économiques – de la Rome archaïque étaient limités à la sphère restreinte de la communauté romaine, où le *status* et donc la *fides* de chaque sujet étaient connus, clairs et définis, chacun engageait sa propre *fides* réelle, effective. Mais lorsque Rome s'ouvre au monde confus et instable des marchés et des trafics internationaux, les rapports se réalisent entre personnes qui – n'appartenant pas à la même communauté – n'ont pas connaissance du « crédit » de l'un et de l'autre. Il est alors possible que la pratique commerciale ait évolué, et que le préteur romain ait adopté un paramètre objectif, abstrait, tiré de l'expérience romaine mais imposé aussi aux étrangers qui demanderaient une protection à l'intérieur de la *iusrisdictio* du préteur romain. (Mais le contraire pourrait également être vrai, comme il est probable que la nouveauté ait été introduite, par l'intermédiaire du préteur, sous l'impulsion des juristes.)

Ce paramètre abstrait est une *fides* fictive, conventionnelle, dégagée de la réalité concrète des parties, d'où le *status*, la fiabilité ne se vérifie pas – ne peut pas se vérifier. On cite au contraire un paradigme comportemental exprimé par la figure du *bonus vir* [51].

48. Qui reste en dehors de notre enquête : je considère comme vraisemblable le développement avancé par L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, cit, p. 209 ss.

49. Ceci résulte clairement, par ex., du discours de Cic. *off.* 3, 69 ss., dans lequel on passe avec désinvolture des cas de *fides* à des cas de *bona fides*, à l'intérieur d'un discours unitaire : cfr., pour une analyse plus étendue, R. FIORI, « *Ius civile, ius gentium, ius honorarium* : il problema della "recezione" dei *iudicia bonae fidei* », dans *BIDR*, 101-102, 1998-1999, p. 192 ss.

50. Ainsi au contraire F. SCHULZ, *Prinzipien*, cit., p. 154 : « eine tautologische Wortbildung ».

51. Cfr. en ce sens déjà A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*[2], II.1, Halle 1895, p. 80 s. ; H. KRÜGER, « Zur Geschichte der Entstehung der *bonae fidei iudicia* », dans *ZSS(RA)*, 11, 1890, p. 177 ; L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, cit., p. 181 ; D. Nörr, *Aspekte*, cit., p. 153.

7. Si l'on veut bien suivre mon raisonnement proposé jusqu'ici, on devra conclure que la *bona fides* est étroitement liée à la tradition du *ius*, constituant rien de plus qu'un paramètre de l'*oportere* du droit civil.

Alors deux problèmes voient le jour. Le premier concerne le rapport entre *bona fides* et *ius gentium*, et en particulier le sens de l'innovation déterminée par le procès formulaire : pourquoi la *bona fides*, tout en étant une institution de *ius civile*, peut-elle être garantie uniquement dans les *formulae* et non pas également dans les *legis actiones* ? Le deuxième problème, qui est lié au premier, concerne la plausibilité de la théorie majoritaire d'une origine prétorienne des *iudicia bonae fidei*.

Partons alors du premier problème.

La conception romaine du droit – et cela a été souvent relevé – n'est pas « positiviste ». En particulier dans la perspective archaïque, le *ius* existe indépendamment du fait d'être imposé par une autorité ou d'avoir une protection juridique : il en tire son origine de la nature même des choses, c'est une projection sur le plan juridique de l'ordre du monde. De là, il dérive que le *ius Quiritium* ne coïncide pas avec le « droit », mais avec cette partie du *ius* qui est réservée aux citoyens romains : le fait que les règles de droit qui restent ne reçoivent pas la protection des *legis actiones* ne veut pas dire qu'elles ne sont pas perçues par les Romains comme étant du *ius*. Les rapports de *emere* et *vendere* ou de *locare* et *conducere*, par exemple, sont connus – sur le plan économique – déjà à l'époque archaïque [52], même si on peut en trouver dans le *ius Quiritium* lorsqu'ils sont formalisés dans des actes que ce dernier reconnaît, comme la *traditio*, la *mancipatio* ou la *sponsio*. Ceci n'exclut toutefois pas qu'un *emere* réalisé avec un étranger de façon informelle ne soit pas perçu par les Romains comme un acte juridique, même s'il ne peut être garanti au moyen des *legis actiones* – qui sont de toutes façons interdites aux étrangers.

En réalité, pour que les Romains puissent parler de *ius gentium*, il n'était pas nécessaire d'attendre le procès formulaire ou encore le droit prétorien ; la conception du *ius gentium* comme partie du *ius civile* peut sans aucun doute être originaire. La nouveauté représentée par le procès formulaire n'est pas d'avoir « créé » le *ius gentium*, mais de lui avoir attribué pour la première fois une efficacité dans le cadre du droit romain. La façon dont cette efficacité est réalisée sur le plan de la technique formulaire est significative – du moins d'après la reconstruction qui me semble la plus probable [53].

52. L'utilisation décemvirale de *emere* pour indiquer chaque *alienatio* (Arist. fr. 67 LENEL = Pomp. 18 *ad Q. Muc.* D. 40, 7, 29, 1 : ... *lex duodecim tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa videretur* ; cfr. également *tab.* 7, 11 = Inst. 2, 1, 41 e tab. 7, 12 = Tit. Ulp. 2, 4) devait être antérieur aux XII tables, comme le montre son utilisation dans le composé *coemptio*. Dans le texte décemviral le verbe *vendere* apparaissait avec certitude également dans la forme *venum dare* : cfr. tab. 4, 2*b* (= Gai. 1, 132) : *si pater filium ter venum du[uit] filius a patre liber esto* (cfr. Gai. 4, 79 ; Tit. Ulp. 10, 1 ; et aussi tab. 3, 5 = Gell. 20, 1, 47 : ... *trans Tiberim peregre venum ibant*). *Locare*, *merces*, *pretium* e *vendere* apparaissent en tab. 12, 1 (= Gai. 4, 28) : *lege autem introducta est pignoris capio velut lege XII tabularum adversus eum, qui hostiam emisset nec pretium redderet ; item adversus eum, qui mercedem non redderet pro eo iumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium, inpenderet* ; sur le caractère antique de ces termes et sur l'interprétation du passage cfr. R. FIORI, *La definizione della locatio conductio. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Naples 1999, 14 ss.

53. Pour ce qui suit, R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milan 2003.

Pour donner une protection aux rapports de *ius gentium* le préteur ne crée pas des *formulae in factum* – à part dans quelques cas marginaux, qui s'expliquent autrement – mais des *formulae in ius* où le défendeur fait semblant, dans une *demonstratio* au *quod*, de confesser sa dette, car il fait précéder sa confession d'une condition négative du constat, contenue dans une *praescriptio pro reo*. Si le juge vérifie le bien-fondé de la *praescriptio*, il ne se prononce pas sur les prétentions du demandeur et acquitte le défendeur. Si au contraire il constate qu'elle n'est pas fondée, la *confessio* vaut *pro iudicato*, si bien que – si le rapport concerne des parties romaines – il peut s'en suivre l'exécution du droit civil même sans l'instauration d'une *legis actio* et même avant la *lex Aebutia*.

Qu'est-ce que tout cela veut dire ? Que comme le *ius Quiritium* n'a pas un fondement (uniquement) législatif, mais au contraire essentiellement coutumier, tandis que les *legis actiones* sont basées sur la *lex* – celles prédecemvirales aussi, comme la *legis actio sacramenti* et la *manus iniectio*, que les douze Tables ont pour ainsi dire « refondées » – de la même manière, le *ius gentium* se fonde sur les *mores*, mais il est protégé par un procès qui se base sur l'*imperium* du préteur : jusqu'à la *lex Aebutia*, le procès formulaire est entièrement « prétorien », et les effets du droit civil se rejoignent seulement à travers les fictions rappelées ci-dessus ; mais cela n'implique absolument pas que les rapports qu'il défend doivent tous être ramenés au *ius honorarium*.

8. Ces considérations nous conduisent vers le deuxième problème. Tout comme il n'est pas nécessaire de penser à une origine prétorienne – non attestée – du *ius gentium*, il n'est pas non plus nécessaire de supposer une origine prétorienne des *iudicia bonae fidei*.

Cette théorie ne s'appuie pas non plus sur des bases textuelles certaines. Au contraire, comme on le sait, les textes des juristes romains, ainsi que les formules qui nous sont parvenues, conduisent sans aucun doute vers une nature de droit civil des *iudicia bonae fidei*. Et pourtant, comme on sait aussi, au moins depuis les études de Moriz Wlassak, on a affirmé que les rapports qui entrent dans cette catégorie auraient été, à l'origine, défendus par des formules *in factum*, dans le domaine du *ius honorarium*.

Wlassak pensait à une substitution successive des formules *in factum* par des formules *in ius*. Une trace du système disparu serait restée dans les formules *in factum* du dépôt et de la *negotiorum gestio*.

D'autres auteurs (Max Kaser, Wolfang Kunkel, André Magdelain et Franz Wieacker) ont au contraire imaginé une véritable transformation des formules prétoriennes en formules civiles : en effet, on affirme que toutes les *actiones civiles* dériveraient de la *lex*, tandis que les *iudicia bonae fidei* seraient – c'est comme cela qu'on interprète un passage connu du *de officiis* de Cicéron (3, 61) – *iudicia sine lege*. Le *praetor peregrinus* aurait transformé le lien de la *fides*, d'origine « éthique », en obligation juridique, déterminant une opposition entre le simple *oportere* du droit civil, dit *ex lege*, et l'*oportere* prétorien, dit *ex fide bona*. La « civilisation » des *iudicia bonae fidei* serait au contraire le fruit de l'œuvre des *prudentes*, menés – ou même induits en erreur – par

l'absence d'une clause édictale et par la présence, en revanche, d'une référence à l'*oportere* : l'origine honoraire de ce dernier, dénoncée par la clause *ex fide bona*, aurait été oubliée par les juristes car elle remonte à une sphère plus ancienne que l'activité du préteur [54].

En réalité, aucun *oportere ex lege* n'est attesté dans les textes romains : les seuls cas où l'expression apparaît se réfèrent en général à un devoir imposé par la loi [55]. Et le passage de Cicéron d'où est tirée la définition des *iudicia bonae fidei* comme *sine lege iudicia* entend dire tout autre chose : lorsqu'il parle de l'introduction des formules *de dolo* par Aquilius Gallus, il dit que le *dolus malus* était puni *lege* bien auparavant, comme dans la *tutela* des douze tables et dans la *circumscriptio* de la *lex Laetoria*, et *sine lege*, dans les *iudicia bonae fidei* [56]. L'opposition de l'*oportere ex lege* et de l'*oportere ex fide bona* est donc complètement artificielle, à tel point qu'on peut se demander quelles sont les raisons historiques qui ont poussé les interprètes à représenter la *fides* comme un devoir éthique, à inventer la catégorie de l'*oportere ex lege*, et à supposer l'origine prétorienne des *iudicia bonae fidei*.

Il me semble que ces raisons doivent être recherchées dans la projection, sur la réalité antique, de perspectives et de catégories modernes, surtout sur la base de trois facteurs.

a) Le premier est l'idée différente de *fides* et de *credo* soutenue par le christianisme, à laquelle nous avons déjà fait allusion : l'attraction de la *fides* dans la sphère de la « foi » en a amplifié les caractères éthiques au détriment des caractères véritablement juridiques.

b) Le deuxième est le procédé d'exclusion graduelle de la *bona fides* par le *ius civile*.

Dans l'expérience romaine déjà, la fin de la procédure formulaire avait rapproché la *bona fides* de l'*aequitas*. Mais tant que cette dernière était considérée elle-même comme un principe de droit, car expression de « droit naturel », la nature « juridique » de la bonne foi n'était pas mise en doute. Quelque chose commence à changer avec le jusnaturalisme allemand, lorsque s'affirme la séparation du droit (positif et naturel) de la théologie morale, et surtout avec

54. M. WLASSAK, *Zur Geschichte der negotiorum gestio*, Jena 1879, p. 153 ss. ; cf. aussi ID., *Römische Processgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens*, II, Leipzig, 1891, p. 302 s. nt. 10 ; ID., *Actio*, dans *RE*, I.1, Stuttgart 1893, col. 311 ; ID., *Die klassische Prozessformel, mit Beiträgen zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit*, I, Wien-Leipzig 1924, p. 22 nt. 44 ; ID., *Rechtshistorische Abhandlungen* (hrsg. E. Schönbauer), Wien 1965, p. 75 s. M. KASER, « *Mores maiorum* und Gewohnheitsrecht », dans *ZSS(RA)*, 59, 1939, p. 52 ss, 67 ss. ; ID., « Die Anfänge der *manumissio* und das fiduziarisch gebundene Eigentum », dans *ZSS(RA)*, 61, 1941, p. 153 ss., 181 ss. ; ID., *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen 1949, p. 289 ss. ; ID., dans *ZSS(RA)*, 71, 1954, p. 430 ss., 436 ss. ; ID., *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, p. 109 ss. ; ID., *Das römische Privatrecht*, I[2], cit., p. 202 s., 207, 485 s. ; ID., « *Ius honorarium* und *ius civile* », dans *ZSS(RA)*, 101, 1984, p. 30 ss., 83 ss. ; M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*[2], München 1996, p. 153 ss. ; W. KUNKEL, « *Fides* als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht », cit., p. 1 ss. ; A. MAGDELAIN, *Les actions civiles*, Paris 1954, p. 42 ss. ; F. WIEACKER, « Zur Ursprung der *bonae fidei iudicia* », dans *ZSS(RA)*, 80, 1963, p. 1 ss. Pour une analyse de ces théories cfr. R. FIORI, « *Ius civile* », cit., p. 165 ss.

55. R. FIORI, « *Ius civile* », cit., p. 188 nt. 99.

56. Cic. *off.* 3, 61 : *atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adulescentium lege [P]laetoria et sine lege iudiciis, in quibus additur ex fide bona.*

la distinction kantienne entre éthique et droit [57] : quand ensuite le positivisme déplace le droit naturel de la sphère du droit à celle de la morale, une nouvelle notion d'équité s'affirme, comme correctif de l'ordre, et de la bonne foi comme principe moral – ceci au moins pour la tradition du droit civil : le discours pour l'*aequitas canonica* serait différent. Cette tendance est accompagnée d'une transformation, induite par l'affirmation des états nationaux, du rôle de la loi, de plus en plus identifiée avec l'ordre positif tout entier, à satisfaire la volonté du législateur au détriment de la tradition scientifique et du pouvoir des tribunaux. Ceci a déterminé, surtout dans la doctrine européenne du XIX^e^ siècle, une dévalorisation substantielle de la bonne foi, perçue comme un principe éthique (équitable) de correction de la loi [58].

c) Le troisième facteur est l'affirmation, dans l'histoire du droit privé, de l'idée de contrat comme « accord ».

9. Nous ne pouvons pas, en ce lieu, affronter ce dernier problème comme il le mériterait.

On sait qu'à partir de l'école du droit naturel – en se fondant sur les suggestions du droit canonique filtrée par la Deuxième Scolastique – le contrat a perdu de plus en plus ses caractéristiques romaines de « manière » dont naît l'obligation, pour revêtir les traits presque organiques de « substance » (pensons à la doctrine des *substantialia contractus*). Dans ce processus, qui dans les pays allemands s'exprime dans la théorie de l'acte juridique (*Rechtsgeschäft*), le cœur du contrat devient la manifestation de volonté, tandis que l'obligation est simplement une conséquence éventuelle – comme le montre la possibilité de recourir, dans certains systèmes juridiques, comme le système italien, à un « contrat à effets réels ».

La volonté des contractants exprime, dans le microsystème contractuel, la souveraineté manifestée, dans le macro-système de l'état, par le législateur. Le contrat tend à être identifié avec l'autonomie des parties et ceci, idéologiquement, ne peut que se refléter en une marginalisation de la bonne foi, ou pour mieux dire, en une identification forcée avec la fidélité à l'accord. On parvient à ce résultat en particulier dans le positivisme juridique, et surtout dans l'aire allemande, où même dans le langage commun la correction est appelée *Redlichkeit*, qu'on pourrait rendre par « fidélité à la parole donnée » : on amplifie d'un côté le rapport entre *bona fides* et *conventio* – qui, comme nous l'avons vu, était présent mais pas absorbant, dans les sources romaines –, de l'autre l'opposition entre *bona fides* et dol – réduit à « vice de la volonté ».

57. Pour une vision synthétique de ces problèmes, cfr. pour tous H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milan 1965 (ed. or. *Naturrecht und materiale Gerechtichkeit. Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie*[4], Göttingen 1962), 161 ss. ; F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, Milan 1980 (ed. or. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*[2], Göttingen 1967), II, 1 ss. ; et surtout G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologne 1976, *passim*.

58. Pour un cadre assez synthétique de ces procès, je renvoie à R. FIORI, « Storicità del diritto e problemi di metodo. L'esempio della buona fede oggettiva », dans L. GAROFALO (éd.), *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo* (Actes Padoue 2005), Naples 2007, p. 25 ss.

Ces résultats se reflètent sur la doctrine du droit romain, également à une époque plus récente. La nouvelle et influente proposition de la théorie qui tend à reconnaître le noyau primordial et fondamental de la *bona fides* dans le « respect de la parole donnée », à savoir de l'accord contractuel, date de quelques années : ce n'est que par la suite que la réflexion jurisprudentielle y aurait ajouté la tâche de corriger des solutions qui n'étaient pas convenables et d'introduire des obligations complémentaires [59].

Il s'agit évidemment d'une projection, sur la notion plus récente, de la théorie dont nous avons déjà discuté par rapport à la *fides* archaïque [60] ; mais dans ce cas-là aussi, il ne me semble pas qu'il y ait des réponses appropriées dans les sources elles-mêmes.

Tout d'abord, comme nous l'avons vu (§ 3), la deuxième fonction était déjà présente dans la *fides* archaïque, si bien qu'il est plutôt improbable que la *bona fides* l'ait d'abord perdue et ensuite récupérée.

Il apparaît ensuite difficile d'amplifier le rapport entre *fides* et consentement. Les *iudicia bonae fidei* ne sont pas limités aux contrats consensuels, mais comprennent aussi des rapports dans lesquels le consentement n'a aucun rôle constitutif de l'*oportere* (*ex fide bona*) – comme la *tutela* et la *negotiorum gestio*, quelques *obligationes re contractae* [61], et ainsi que (peut-être) les rapports défendus par des *actio rei uxoriae* et d'autres encore [62].

Enfin, on ne peut pas ne pas remarquer que, dans le travail accompli par la jurisprudence pour reconnaître une protection aux contrats atypiques, la *bona fides* n'est jamais rappelée par les juristes [63], tandis qu'il est clair que – si elle avait vraiment déterminé un lien obligatoire fondé sur la prestation du consentement et la nécessité qui s'en suit de respecter la parole donnée – son rôle n'aurait pas été indifférent. Non seulement parce qu'elle aurait reconnu une protection immédiate aux contrats atypiques, mais aussi parce que ces derniers auraient été construits comme des contrats consensuels, sans

59. M. TALAMANCA, « La *bona fides* nei giuristi romani », cit., p. 1 ss. (la citation est à la p. 186). L'hypothèse était de toute façon déjà dans F. SCHULZ, *Prinzipien*, cit., p. 151 ss. ; M. HORVAT, « Osservazioni », cit., p. 425 s.

60. Le rapport est clair dans F. SCHULZ, *Prinzipien*, cit., p. 151 ss. ; M. HORVAT, « Osservazioni », cit., p. 425 s. ; M. TALAMANCA, « La *bona fides* nei giuristi romani », cit., p. 40 n. 129.

61. À ce propos, il ne me semble pas suffisant de soutenir que celles-ci auraient eu initialement une protection extérieure à la *bona fides*, moyennant des *formulae in factum* (M. TALAMANCA, « La *bona fides* nei giuristi romani », cit., p. 61 ss.), car il faudrait de toute façon expliquer la raison pour laquelle, à un moment donné, on a voulu défendre celles-ci également avec des formules inspirées du principe de la bonne foi – c'est-à-dire, selon l'hypothèse critiquée ici, du principe du caractère contraignant de l'accord – sans transformer le rapport en rapport consensuel.

62. Sur la question de la liste des *iudicia bonae fidei* cfr. pour tous M. TALAMANCA, « Processo civile (diritto romano) », dans *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milan 1987, p. 64 n. 457.

63. M. TALAMANCA, « La *bona fides* nei giuristi romani », cit., p. 53 ss., lui-même le reconnaît. Il est bon de souligner que le problème est distinct de la construction des formules de l'*agere praescriptis verbis* (auquel Talamanca le rattache au contraire : *op. cit.*, p. 59 s.), qui constituent quand même l'instrument le plus efficace pour la défense des contrats atypiques : il est vraisemblable que ces formules soient construites de manière très variable, et il est possible que parfois elles contiennent des références à la *bona fides* et d'autres non (partageable M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin 2002, p. 51). Par ex., il est très difficilement imaginable que la formule accordée dans Lab. *ad ed.* fr. 98 LENEL = Pap. 8 *quaest.* D. 19, 5, 1, 1 – hypothèse où l'on discute dans quel modèle de rapport de location il ait été adopté, mais on ne met pas en doute que le rapport soit de location : cfr. R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., p. 128 ss. – soit dépourvue d'un *oportere ex fide bona*.

aucun besoin d'attendre – pour qu'une protection soit consentie par le préteur – l'exécution d'une prestation [64].

En réalité, entre la *bona fides* et le consentement il ne peut y avoir, en droit romain, aucun rapport privilégié. Comme nous y avons déjà fait allusion ci-dessus, la conception romaine du contrat est basée non pas sur l'accord, mais sur le lien obligatoire : chaque *pactum* n'est pas un *contractus* protégé par une action, mais seulement l'accord conforme à un *oportere* typique (ou quand, dans les *nova negotia*, il y a une *causa*). C'est pourquoi pour l'identification de la catégorie du « contrat » ne relève pas tant la prestation du consentement que de l'obligation qui naît non seulement *consensu*, mais aussi *re*, *verbis* ou *litteris*.

10. Pour comprendre la valeur de la *bona fides* en droit romain, il faut donc s'arrêter à l'*obligatio*. Le contenu de l'obligation est déterminé aussi bien par le *consensus* que par les règles du type (le *nomen contractus*), et la *bona fides* se réfère non seulement au premier, mais aussi aux deuxièmes : ce n'est pas un hasard si les juristes du Moyen Age – qui restent peut-être les meilleurs interprètes du droit romain sur le plan dogmatique – ont formalisé les principales règles de l'exécution du contrat selon la bonne foi dans la notion de *natura contractus*.

C'est au contraire justement à ces règles qu'il faut ramener la nouveauté de la *bona fides* par rapport à la *fides* archaïque. La *bona fides*, comme elle agit sur des actes informels, tend à amplifier la fonction de la *fides* que nous avions rappelée ci-dessus en premier (§ 2 *sub a*), à savoir l'introduction dans le rapport de tous les devoirs codifiés par les *mores*, même s'ils ne sont pas expliqués dans les *verba* des contractants. Le défendeur, lorsqu'il accepte – dans la *formula* – de payer une somme qui correspond à tout ce qui, en vertu du rapport, est dû *ex fide bona* (*quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*), autorise le juge à quantifier une somme différente de celle que ce dernier aurait déterminée sur la base du simple *oportere* descendant directement du contenu exprimé du rapport.

La deuxième fonction (§ 2 *sub b*), à l'égard des *verba*, tend au contraire à rester enracinée dans la notion archaïque de *fides*, s'insinuant seulement en partie dans le nouveau principe, lorsque l'on constate que la *bona fides* peut se dire observée uniquement si l'on respecte la *conventio* qui existe entre les parties [65]. On explique ainsi pourquoi un acte traditionnellement basé sur la *fides* comme la *sponsio* n'appartient pas aux *iudicia bonae fidei* [66] : le juge ne peut pas intégrer le rapport avec les devoirs typiques de l'acte quand le contenu du contrat est entièrement absorbé par les *verba* ; ceux-ci devront être respectés en considérant la *fides* qui anime le rapport, mais l'évaluation de l'*oportere* ne sera pas *ex fide bona*.

64. Pour dépasser cet obstacle, il ne suffit pas d'affirmer que le préteur et les juristes auraient trouvé dans la typicité contractuelle une limite à la portée du principe de la bonne foi, ne reconnaissant pas un caractère contraignant à n'importe quelle décision sur laquelle l'accord des parties serait intervenu (M. TALAMANCA, « La *bona fides* nei giuristi romani », cit., p. 66 s.), car le point est justement celui-là : pour quelle raison – alors qu'une catégorie comme la bonne foi était capable de donner vie à un *oportere* naîtrait du seul consentement – affirmer que la typicité contractuelle aurait résisté à la naissance d'une catégorie générale de contrat-accord ?

65. Iav. 11 *epist.* D. 19, 2, 21 et Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 1, 11, 1.

66. Bien que dans la *lex Rubria de Gallia Cisalpina* (20, 27) la formule rapporte un *oportere ex fide bona* : c'est là, à mon avis, une preuve de la persistance du lien entre *fides* et *bona fides*, même dans les distinctions discutées dans le texte.

III.

11. Nous pouvons donc conclure.

La *fides* et la *bona fides* ne sont ni des catégories morales, ni des « formules vides » remplies au fur et à mesure avec les valeurs que la société considère les plus importantes sur le plan éthique. Elles sont au contraire extrêmement liées à la structure de la société et à ses besoins économiques et sociaux, comme filtrés par l'*interpretatio* des juristes. Leur critère de référence est toujours objectif : à l'époque archaïque, le *status* des parties du rapport ; par la suite un paramètre abstrait identifié avec le *bonus vir*. Sur ces bases, les deux notions ont développé dès les origines une (en apparence) double valeur : d'un côté, le respect de l'accord de l'acte, de l'autre le respect de toutes les règles qui dérivent implicitement de la nature du rapport.

En outre, ce sont des notions qui appartiennent depuis toujours au *ius civile*. La bonne foi est aujourd'hui souvent présentée dans les droits contemporains comme une sorte de correctif éthique du système juridique, et elle est décrite en ces mêmes termes par le droit romain. Au contraire, à travers la *fides*, elle appartient à la plus vieille couche du *ius civile* romain, et même cela nous fait faire un retour en arrière dans le temps, aux conceptions de la hiérarchie élaborées par les traditions juridiques des peuples indoeuropéens.

Il me semble que tout cela démontre que si, comme je le crois, le droit romain peut aider à mieux comprendre les systèmes juridiques actuels, il est aussi vrai, et les spécialistes du droit romain l'oublient souvent, que le droit classique est incompréhensible sans une analyse adéquate de l'expérience archaïque.

Roberto FIORI
Université de Rome « Tor Vergata »