

Jean-Robert ARMOGATHE

## ***Fides* :** **Notes de droit romain**

**L**ES mots ont une épaisseur qui vient de leur histoire. *Fidélité*, par le latin *fides*, plonge ses racines dans les origines romaines de l'Occident. Un parcours de vocabulaire dans le champ juridique n'est pas inutile pour comprendre le sens du mot à son arrivée aujourd'hui.

La *fides* n'est pas d'abord une attitude religieuse : ce sont les chrétiens qui, quelques générations après le Christ, ont spécialisé le mot dans son sens religieux (où les *fidèles* sont ceux qui croient). Au sens primitif, la *fides* est la confiance qu'autrui nous accorde. Il s'agit d'une confiance qui repose sur un fondement juré (d'où le mot *foedus*, le pacte). Aux origines de la piété romaine (avec Numa Pompilius, le roi mythique, qui a fait de *Fides* une déesse protectrice du peuple romain), le concept de *fides* occupe une place centrale dans le droit romain : sans fidélité, il n'y a plus de commerce et plus de société. La fidélité n'est donc pas une obéissance bornée et limitée, mais elle constitue un des fondements de la société : elle est la confiance accordée et reçue, qui permet de mettre en acte la parole donnée, justifiant ainsi l'ancienne étymologie, où le *fidèle* est celui par qui est fait (*feri*) ce qu'il a dit (*dicere*). Elle touche par là à l'organisation sociale des échanges et des pactes, et cette note voudrait montrer l'importance première de son sens juridique.

Le sens de la fidélité suit l'évolution du concept juridique de l'obligation. On sait que le droit des obligations est la partie la plus féconde et la plus fondamentale du droit<sup>1</sup>, puisqu'il s'agit des

1. Elles sont traitées au livre 5 qui occupe tout le second volume (400 p.) du *Précis de droit romain* de A.-E. GIFFARD (21938).

## THÈME \_\_\_\_\_ Jean-Robert Armogathe

rapports entre les personnes et que cela touche toutes les opérations de la vie en société. Le droit des obligations comprend, de manière générale, tous les actes juridiques de lien (*vinculum*), les contrats et les pactes. Il comprend aussi les obligations nées de faits illicites, contre la propriété (par exemple le vol) ou contre les personnes (par exemple les coups et blessures). Les manuels classiques comportent des centaines de pages sur l'évolution de l'obligation et ses adaptations selon les besoins de la pratique et les conditions de l'état social. Les XII Tables, qui font la part belle aux délits publics<sup>2</sup>, mentionnent déjà les délits privés, dont la répression est poursuivie par les victimes et à leur profit, au moyen de procédures civiles. Pourquoi ces délits privés entrent-ils dans le champ des obligations ? Parce qu'ils entraînent pour le condamné des dettes pécuniaires.

Nous ne retiendrons ici que les obligations de type contractuel, dont le *Code civil* français (article 1134) écrit, dans une sentence formulaire :

« les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »<sup>3</sup>.

Faire une convention (de *con-venire*, c'est-à-dire « se réunir à un endroit ou sur un point déterminé »), c'est accepter de se lier, autrement dit : de s'obliger (*ob-liger* signifie d'abord « lier, enchaîner »). L'obligé, dans le droit romain le plus ancien, était un emprunteur qui ne parvenait pas à rembourser sa dette ; le créancier pouvait le retenir, le lier avec des chaînes (il devenait *obligatus*) et le faire travailler comme esclave dans sa maison ou sur ses domaines. Il pouvait aussi s'agir de quelqu'un qui ne pouvait pas satisfaire à la réparation ordonnée par un juge pour un dégât ou un tort qu'il avait causé à autrui (c'est le deuxième type d'obligations, celles qui naissent des délits). La notion a évolué : chez les grands juriconsultes du II<sup>e</sup> et du III<sup>e</sup> siècle de notre ère, la substance des obligations consiste en ce qu'un tiers est astreint envers nous à faire un acte déterminé : plus de chaînes, plus de prise de corps. Ce qui est engagé, c'est la foi, *fides*.

2. C'est-à-dire ceux qui portent atteinte à la sûreté de la Cité : non seulement la trahison, mais aussi le vol nocturne de moissons ou l'incendie volontaire.

3. On est là au terme d'une évolution, longue, mais linéaire : en droit romain, « *ex nudo pacto non nascitur actio* », autrement dit : le pacte ne suffit pas pour créer une obligation contractuelle, encore faut-il qu'il ait connu un début de réalisation (la *res*, la « chose ») ou un acte formaliste de crédit (les *verba* ou les *litterae*, les « mots » ou les « lettres »).

---

## Fides : Notes sur le droit romain

Le mot apparaît dans ce sens et dans ce contexte chez Papinien (début du III<sup>e</sup> siècle). Il s'agit d'un commentaire sur un Sénatus-consulte, le SC Velléien, du nom d'un des consuls qui l'a proposé au début du règne de Néron. C'est un texte qui interdit aux femmes de se porter caution ou d'emprunter pour autrui. La jurisprudence généralisa la règle en interdisant aux femmes d'intercéder pour quoi que ce soit pour autrui. Cette protection accordée à la femme était considérée d'ordre public : elle valait même si la femme avait intercédé pour autrui sans le savoir. Il s'agissait de protéger le patrimoine des femmes, dont on pensait qu'elles pouvaient plus facilement que les hommes être abusées et trompées. Les juristes considéraient que, s'il était licite qu'une femme puisse aliéner son bien propre – elle se rendait compte de l'appauvrissement immédiat qu'elle consentait –, il fallait la protéger contre des promesses possibles, où elle pouvait facilement être trompée, par exemple si elle se portait caution pour quelqu'un dont elle pouvait espérer qu'il s'acquitterait de l'échéance sans qu'elle ait rien à débours<sup>4</sup>. Papinien emploie dans ce contexte le mot *fides* pour désigner l'acte auquel s'engage le débiteur : *fidem suam obligare*<sup>5</sup> (« engager sa *fides* », ce que les femmes ne pouvaient pas faire).

Au cours du temps, au mode ancien de l'obligation, se substitue le mode nouveau : au VI<sup>e</sup> siècle, lorsque l'empereur Justinien fait composer un code et compiler les interprétations des jurisconsultes (ce qu'on appelle le *Digeste* ou encore les *Pandectes*, en 529), on s'obligeait en vertu d'un acte comportant l'engagement de donner. Le terme même de « créancier », *creditor*, vient de *credere* qui signifie d'abord, en étymologie populaire, donner son cœur (*cor dare*), ajouter foi à une déclaration faite par autrui. Mais la confiance ne s'accorde qu'aux personnes dont on connaît l'exactitude à tenir leurs promesses. Cicéron a donné une étymologie symbolique au mot *fides* : il viendrait, prétend-il, de *fieri* (être fait) et *dicere* (dire)<sup>6</sup>. Être fidèle, c'est faire ce qu'on a dit, c'est tenir sa parole. Obtenir du crédit, c'est être cru (les deux mots ont la même origine). Cette

4. D'où l'axiome d'Ulpien : « la femme promet plus facilement qu'elle ne donne à autrui » (*facilius se mulier obligat, quam alicui donat*) (*Digeste* XVI, 1, 4, 1).

5. *Digeste* XVI, 1, 27, 2.

6. « *Fides... est dictorum conventorumque constantia et veritas. Ex quo credamus... quia fit quod dictum est, appellatam fides* », *De officiis* I, 7 ou encore (II, 24) : « *fides... esse nulla potest, nisi erit necessaria solutio rerum creditarum* ».

## THÈME \_\_\_\_\_ Jean-Robert Armogathe

étymologie a été reprise par saint Augustin, puis, dans ses *Étymologiques*, par saint Isidore de Séville († 636). Ce dernier ouvrage a constitué pendant tout le Moyen Âge une source inépuisable de connaissances grammaticales et d'interprétations sémantiques. Le mot *fides* désigne l'acte par lequel s'engage le débiteur.

Les formules d'engagement ont très tôt été précisées : ainsi, pour qui se porte caution, le créancier demande : « id fide tua esse jubet ? » (« consens-tu que la dette soit sous ta foi ? »), et la caution répond « in fide mea esse jubeo »<sup>7</sup>.

Cet usage est renforcé par la manière dont l'engagement est appelé : le droit que nous appelons aujourd'hui droit de créance est désigné à Rome par le mot *nomen*. C'est un piège des apprentis latinistes qui trouvent chez Cicéron *nomen* (ou *nomina*) *solvere, persolvere, expedire*, qui signifie simplement *payer sa dette* (ou *ses dettes*), tandis que *nomina sua exigere* signifie faire *rentrer ses créances*. Cette désignation ne provient pas de l'origine matérielle (contrairement à l'explication du dictionnaire latin-français de Félix Gaffiot : à partir du nom du débiteur inscrit sur un cahier<sup>8</sup>), mais d'un concept juridique précis : on ne possède pas de la même manière l'argent qu'on a prêté et celui qu'on a effectivement dans son coffre. On est propriétaire de celui-ci, et seulement créancier de celui-là. Le droit du propriétaire s'identifie avec l'objet du droit, celui du créancier ne porte que sur la *fides*, la solvabilité du débiteur, autrement dit : sur son nom. Au II<sup>e</sup> siècle de notre ère, on continuait à distinguer les biens *in patrimonio*, dont on était propriétaire, et ceux *in nominibus*, qui consistaient en créances, et donc dans la confiance que l'on avait en autrui<sup>9</sup>.

L'évolution de la jurisprudence va dans le sens d'une ratification judiciaire de la sanction. Les droits du créancier sont progressivement rognés : toute obligation, quelle qu'en soit la source, ne peut être exécutée, contre le gré du débiteur, sans un jugement préalable. Les droits de créance et les droits de propriété vont être réunis par la jurisprudence sur un concept commun, celui de « biens », *bona*.

Mais un nouvel élément se présente alors, celui de la bonne foi, *bona fides*. Il est clair que dans ce contexte, l'exécution de l'enga-

7. Gaius III, 116.

8. Ou peut-être parce que le débiteur malhonnête s'exposait à voir son nom inscrit sur les registres du cens comme un mauvais payeur (E. Cuq, *Institutions* p. 365).

9. Pomponius, *Digeste* XLVI, 6, 9.

---

## Fides : Notes sur le droit romain

gement contracté va reposer sur la loyauté, la *bonne foi* du débiteur. Un lieu juridique classique est celui du mode particulier de possession qu'on appelle *usucapion*, autrement, la possession par usage. Au droit classique de propriété par titre, le besoin de clarifier et de fixer la possession a conduit à reconnaître celui de l'usage, de la possession prolongée et ininterrompue pendant un long délai. On peut avoir acquis un bien de quelqu'un qui ne le possédait pas et n'avait pas pouvoir de le vendre : l'*usucapion* prive pourtant le légitime propriétaire de son droit. Les juristes estiment en effet que le propriétaire négligent, qui se laisse longtemps dépouiller, n'a qu'à s'en prendre à son incurie, on lui a laissé le temps de se rendre compte de la perte de son bien : s'il n'a pas fait valoir son droit, on présume qu'il y a renoncé. Dans ce type de relation, la bonne foi de l'acquéreur est évidemment capitale, et cette *bona fides* est de premier ordre, car elle doit toujours être *supposée*, autrement dit : il appartient, par exemple au propriétaire qui s'estime spolié, de prouver que l'acquéreur savait qu'il achetait à quelqu'un qui n'avait pas le pouvoir d'aliéner. Ce n'est pas à l'acquéreur de prouver qu'il ne savait pas. La *bonne foi* se présume toujours (à la différence de la juste cause, qui doit se prouver).

Nous ne sommes même plus dans un régime d'obligations écrites, la bonne foi introduit une contrainte légitime d'engagement sur la parole proférée, appuyée par le geste. La main droite joue un rôle important pour marquer cet engagement, et sa valeur religieuse est rappelée par un texte de l'*Histoire naturelle* de Pline l'Ancien (XI, 103, § 250), qui mentionne :

« on cherche le dos [de la main droite] pour le baiser, on l'étend pour prêter serment »<sup>10</sup>.

Isidore de Séville reprend cette mention :

« la main droite est donnée en signe de paix, elle sert pour témoigner la fidélité et le salut » (*fidei testis atque salutis*)<sup>11</sup>.

Le geste traditionnel (« toper », pour marquer un engagement) revient au passage d'un acte religieux (poser sa main sur l'autel pour le serment) à un acte social (présenter sa main droite à un contractant), mais la dimension du serment (religieux) n'est jamais éloignée. Ce lien subsiste clairement dans ce qu'on nomme la *fidéi-commission*. Au départ, il s'agit d'une disposition testamentaire, c'est-à-dire d'une demande qui ne peut guère revêtir que le mode de

10. « In fide porrigitur ».

11. *Étymologiques* XI, I, 67.

## THÈME \_\_\_\_\_ *Jean-Robert Armogathe*

la prière : je confie par testament un bien à quelqu'un (je présume donc de sa bonne foi) pour qu'il le transmette à quelqu'un d'autre (par exemple, quand il sera majeur). Il s'agit d'une action *post mortem*, la *fides* est exercée ici envers un mort, c'est-à-dire ce qui ne peut plus entamer d'action. La *fides bona* est invoquée dans ce contexte comme une vertu, et précisément une vertu romaine, « quirite », opposée à la *fides graeca* (ou *punica*), qui est la mauvaise foi<sup>12</sup>.

Le christianisme renouvela l'usage du terme fidélité : en l'étendant aux deux époux, en rendant réciproque le devoir de fidélité (l'inégalité subsistant cependant dans le traitement de l'adultère : peine du parricide pour la femme, perte de la donation « avant les noces » pour le mari)<sup>13</sup> et en donnant à *fides* non plus le sens social de « fidélité », mais le sens religieux de « foi », les *fideles* devenant alors les adhérents à une religion, les « fidèles » de l'assemblée chrétienne. Ce renouvellement s'est opéré sur la base de l'évolution du terme juridique, qui par une évolution linéaire, n'a pas cessé de faire de la *fides* la pierre angulaire des relations sociales.

Jean-Robert Armogathe, né à Marseille (1947), prêtre de Paris (1976), directeur d'études à l'*École pratique des hautes études (Sciences religieuses, Sorbonne)*, président de l'*Association Communio*. Prochaine publication : *La nature du monde. Science nouvelle et exégèse au XVII<sup>e</sup> siècle*, PUF, coll. « Épiméthée ».

12. On lit dans l'historien Tite-Live : « c'est la foi romaine, et non celle des malices puniques ou de la finesse de la Grèce » (XLII, 47).

13. Relevons cependant que Constantin supprime le droit des tiers d'intervenir, réservant au seul conjoint et aux proches la qualité d'intenter l'accusation (C. IX, 9, 30 pr.).