

L'ACTION PRECEDE LE DROIT OU L'INJUSTICE INSTITUTIONNALISEE ? L'EXEMPLE DE LA *FIDUCIA* EN DROIT ROMAIN

Caroline Decoster*

Abstract

« Pas de droit sans action ». Cet emblématique principe traversa l'histoire juridique de Rome : là où il n'y avait pas d'action, il ne pouvait y avoir de droit. Un droit individuel n'existait que par sa sanction judiciaire. Premier monument législatif de Rome, la Loi des XII tables met en place cinq actions, nommées actions de la loi¹, qui permettaient de couvrir les principaux besoins juridiques de la Cité du V^e siècle avant notre ère, une Rome dans laquelle les patrimoines et les fortunes étaient essentiellement foncières. La conquête et le développement de l'Empire changèrent considérablement la donne ; Rome devint un empire commerçant. Cette évolution du contexte économique impacta, fort logiquement, la réalité juridique. Le monde des affaires devint foisonnant à travers tout l'Empire. De là, de nombreuses situations n'étaient plus couvertes par ces cinq actions. Usant de leur pragmatisme habituel, les Romains procédèrent à une réforme de la procédure par le biais de la *Lex Aebutia*², loi qui introduisit la procédure formulaire. Grâce à elle, le préteur élargit son pouvoir créateur de droit ; en effet, c'est à lui que la *Lex Aebutia* confie la rédaction de la formule, désormais acte central de la procédure. Le préteur va alors l'utiliser pour couvrir des situations jusque-là inconnues du droit et, ainsi, le faire évoluer. La loi lui accordant une totale liberté d'organiser le procès, il peut prendre en considération des situations

* Maître de conférences en Histoire du droit Université de Franche-Comté. Membre du CRJFC (UR 3225). caroline.decoster@univ-fcomte.fr

¹ Dans ses *Institutes*, Gaius nous présente ces cinq actions, ainsi que leurs caractéristiques communes : le *sacramentum*, la *judicis postulatio*, la *condictio*, la *manus injectio* et la *pignoris captio* (Gaius, *Institutes*, 4, 11-32 ; P.-Fr. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, éd. revue et mise à jour par F. Senn, Dalloz, Paris, 2003, p. 1029-1054).

² La datation de cette loi est imprécise. On estime qu'elle a été votée entre 146 et 126 avant notre ère.

que le Droit civil a ignoré ou réglé imparfaitement, en octroyant une action³. Si l'adoption de la procédure formulaire assouplit notre principe, elle ne le remet pas en cause ; il demeure le fondement de toute procédure à Rome.

Le but de cette contribution n'est évidemment pas de questionner ce principe dans sa généralité, mais de l'interroger au prisme de certains mécanismes juridiques. Le mécanisme au cœur de notre propos sera la fiducie⁴. Celle-ci fut, sans doute, le premier contrat réel de bonne foi. Elle fut très utilisée à la période républicaine car elle devait couvrir tous les besoins juridiques pour lesquels le préteur créa, par la suite, d'autres contrats réels. Les sources juridiques, littéraires, ainsi que les actes de la pratique, nous montrent la très large variété de ses destinations. Elle était très prisée, notamment, en matière patrimoniale⁵. Pourtant, nous verrons qu'elle n'apparaît pas dans les Compilations de Justinien. Entretemps, la fiducie a donc totalement disparu. Nous allons voir si cette disparition peut être en lien avec l'application de notre principe « Pas de droit sans action ». En effet, la fiducie avait une structure particulière. Elle était composée de deux actes : le premier était une mancipation, un acte juridique permettant le transfert de la propriété d'une chose ; le second était un pacte fondé, non sur le droit, mais sur la *fides*. Cette structure même aurait-elle pu être cause d'injustice du fait de l'application de notre principe ? Nous allons essayer de déterminer si tel fut le cas en deux temps : d'abord en nous intéressant, de plus près, à la définition de la fiducie (I), puis en décryptant la dynamique de sa structure duale (II).

³ Entre autres moyens procéduraux, le préteur pouvait délivrer ce qu'on dénommait des actions *in factum*. Il rédigeait une formule prenant en compte des situations ignorées du droit civil. Il lui suffisait simplement d'ordonner au juge de condamner s'il constatait que certaines circonstances de fait étaient remplies. Une autre méthode assez efficace consistait à se servir d'une fiction juridique, en utilisant le mécanisme de l'action utile. Le préteur posait comme judiciairement vrai ce qui ne l'était pas dans la réalité. L'idée était de faire bénéficier un demandeur de certaines prérogatives du droit civil dont il ne pouvait se prévaloir. L'exemple classique était de réputer un pérégrin citoyen romain.

⁴ Sur les mécanismes similaires de l'*use* et du *trust* de droit anglais, voir dans cet ouvrage l'article de Célia Berger-Tarare, « L'action précède le droit ou l'injustice institutionnalisée ? L'exemple de l'*use* et du *trust* en droit anglais ».

⁵ P.-Fr. Girard, *Manuel élémentaire de droit roman, op. cit.*, p. 552-558.

Indice Contributo

Abstract.....	237
Keywords.....	239
1. Les Aléas D'une Définition	239
2. Une Structure Duale, Cause De Désaffection ?.....	242

Keywords

Substantive rights and remedies - Roma law fiducia

1. Les Aléas D'une Définition

Si l'on ouvre un manuel d'Histoire du droit privé⁶, ou plus spécifiquement d'Histoire des obligations⁷, la fiducia y est présentée parmi contrats réels de bonne foi, avec un accent mis sur sa structure particulière : la fiducia est

« un contrat aux finalités pratiques multiples, qui comporte un transfert de propriété d'une chose, assorti d'un pacte de fiducia par lequel l'acquéreur s'engage à restituer la chose acquise »⁸.

⁶ Il suffit de citer le manuel de référence en la matière : J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 1^{ère} éd., Dalloz, Paris, 2002, p. 708-710.

⁷ Par exemple, E. Chevreau, Y. Mausen et Cl. Bouglé, *Introduction historique au droit des obligations*, 1^{ère} éd., Litec, Paris, 2007, p. 59-61.

⁸ J. Gaudemet et E. Chevreau, *Droit privé romain*, 3^e éd., Montchrétien, Paris, 2009, p. 268.

Pourtant, si on s'attelle à en rechercher une définition sous la plume des jurisconsultes, les choses deviennent plus complexes. La place qui lui est accordée varie. Prenons l'exemple des *Institutes* de Gaius. L'emblématique jurisconsulte la mentionne à plusieurs reprises, sans toutefois la faire apparaître dans sa célèbre répartition quadripartite des contrats⁹, et plus spécifiquement dans sa présentation des contrats réels. De la même manière, la lecture des *Institutes* de Justinien¹⁰ laisse également le lecteur juriste dubitatif. Aucune mention de la fiducie. Pourtant, les textes relatifs à ce contrat furent repris par les compilateurs, mais dans les passages relatifs au gage, autre contrat réel du droit romain¹¹. Reste alors au lecteur la possibilité de se tourner vers les œuvres des auteurs non-juristes, recours parfois bien utile¹². Il trouve alors une piste intéressante dans le Commentaire sur les *Topiques* de Cicéron, rédigé en 523, par Boèce, philosophe et homme d'État. La définition qu'il nous en donne est assez enthousiasmante :

« Le fiduciaire est une personne à qui une chose est transférée par mancipation afin qu'il la retransfère par mancipation au transférant originaire. Ainsi, par exemple, lorsqu'une personne qui craint des temps incertains transfère par mancipation un fonds à un ami plus puissant afin que ce dernier le lui rende quand ces temps difficiles auront cessé. Cette mancipation est appelée fiduciaire car vient s'interposer l'assurance d'une restitution fondée sur la *fides* »¹³.

⁹ Gaius, *Institutes*, 3, 89.

¹⁰ *Corpus juris civilis*, éd. Th. Mommsen et P. Kruger, 3 vol., Berolini : apud Weidmannos, 1872-1895. Signalons une traduction récente des *Institutes* de Justinien : Ph. Cocatre-Zilgien et J.-P. Coriat, *Institutes de Justinien. Traduction française avec le texte latin en regard*, Dalloz, Paris, 2021.

¹¹ Ces interpolations ont été mises en lumière par Otto Lenel : O. Lenel, *Essai de reconstitution de l'Édit perpétuel*, trad. Fr. Peltier, Paris, 1901.

¹² La fiducie est également présente dans les *Étymologies* d'Isidore de Séville.

¹³ Boèce, *Commentaire sur les Topiques de Cicéron*, 4. 10. 14, trad. E. Chevreau, *Introduction historique au droit des obligations*, *op. cit.*, p. 59-60.

Cette définition accroche l'intérêt du lecteur ; elle nous apparaît tout à la fois simple et claire. Pourtant, sa structure est particulière : Boèce l'ouvre sur la personne du fiduciaire – premier mot choisi par lui –, pour, ensuite, nous décrire le mécanisme contractuel fondé sur une double mancipation. Le choix de Boèce fut donc de mettre en avant la personne, plus que l'acte. C'est par le prisme du fiduciaire qu'il nous définit la fiducie. Le terme est d'ailleurs étrangement absent de sa définition. D'une certaine manière, il nous présente le fiduciaire, plus qu'il ne nous définit la fiducie. Il semble, que, pour notre auteur, le cœur de l'institution n'est donc pas tant le mécanisme contractuel, que la personne choisie par le fiduciaire, personne à laquelle il va transférer, temporairement, la propriété de la chose. Et c'est dans cet esprit qu'il nous présente ce contrat.

Il continue sa définition en nous donnant un exemple d'utilisation de la fiducie, choisi parmi la pluralité d'utilisations du mécanisme : la fiducie *cum amico*. Sa particularité est qu'il existe ici un lien d'amitié entre le fiduciaire et le fiduciaire. Le lien fiduciaire repose sur un lien amical préexistant. Ce choix est assez parlant sur l'image que Boèce se fait de la fiducie. On peut remarquer ensuite la sémantique adoptée par notre auteur dans ce passage. Il nous dit que le fiduciaire « craint des temps incertains », qu'il affronte des « temps difficiles » : Boèce nous le présente face à l'adversité. Il s'adresse alors « à un ami plus puissant » et conclut, avec celui-ci, un pacte fiduciaire. De ces quelques lignes, transparaît nettement l'idée de protection : la fiducie est là face à la crainte, à l'incertitude, aux difficultés essuyées par le fiduciaire. C'est un mécanisme qui nous apparaît donc rassurant. Cette idée est encore renforcée par la suite de la définition. Boèce revient à l'étymologie de l'adjectif fiduciaire, accolé au terme mancipation. Fiduciaire vient de *fides*, c'est-à-dire, en latin, la confiance. Si le fiduciaire est assuré/rassuré de récupérer sa chose, c'est que le fiduciaire est lié par la *fides*. C'est la source de son engagement envers son ami en détresse.

À s'en tenir à cette définition, Boèce nous décrit donc un mécanisme juridique source d'une belle protection pour le fiduciaire. Pour autant, si l'on retient la date à laquelle cette définition a été rédigée, la réalité se trouble quelque peu. Nous sommes en 523, quelques années avant la promulgation du plus grand monument de notre histoire

juridique : les Compilations de l'Empereur Justinien¹⁴. Si l'on s'en tient à la définition laissée par Boèce, on pourrait s'attendre à ce que la fiducie ait toute sa place en leur sein. Or, nous avons vu qu'il n'en est rien. La fiducie n'y apparaît pas ou, plutôt, elle y est déguisée sous les traits du contrat de gage. Comment appréhender ce paradoxe ? L'examen du mécanisme fiduciaire peut nous donner des éléments de réponse.

2. Une Structure Duale, Cause De Désaffection ?

Comme nous l'avons vu, la fiducie est présentée comme un des contrats réels du droit romain. C'est-à-dire un contrat qui est subordonnée à la remise d'une chose, ou plus généralement à l'accomplissement d'une prestation réelle, qui sert de vecteur à l'expression des volontés des parties au contrat et permet la constitution d'un lien juridique entre elles. Il y a cinq contrats réels en droit romain, chacun destiné à couvrir un besoin juridique particulier¹⁵. Parmi eux, la fiducie a une structure particulière, une structure duale. Mais ce n'est pas un montage contractuel comme un autre. La définition de Boèce met bien en lumière cette double structure ; c'est un contrat qui est constitué par la juxtaposition de deux actes. La particularité est qu'ils ne sont pas de même nature. Si l'un est certes juridique, l'autre ne l'est pas.

Acte premier : le transfert de propriété, un acte juridique

Pour ce premier acte – le transfert de propriété –, il existe une action. Donc ici, l'application de notre principe, « pas de droit sans action », ne poserait pas de difficulté. En droit romain, il y a trois manières de transférer la propriété : la

¹⁴ Une première édition du Code date de 529, la seconde – celle qui nous est parvenue – de 534. Le Digeste et les Institutes entrent en vigueur en 533. Les Nouvelles seront publiées postérieurement à ce premier moment de compilation.

¹⁵ Outre la fiducie, il existe quatre autres contrats réels. Le premier, et le plus ancien, est le *mutuum*, un contrat de prêt à la consommation de choses fongibles et consommables par le premier usage. Les trois autres contrats sont des contrats de bonne foi : le *commodatum*, contrat de prêt à usage ; le dépôt et le gage qui sont généralement utilisés comme des sûretés (E. Chevreau, Y. Mauten et Cl. Bouglé, *Introduction historique au droit des obligations*, op. cit., p. 53-63).

mancipation (mentionnée dans la définition de Boèce)¹⁶, l'*in jure cessio*¹⁷ et la tradition¹⁸. Et, pour chacun de ces différents modes, il existe une action correspondante. Toutefois, la fiducie ne peut pas être fondée sur n'importe lequel de ces mécanismes ; le transfert de propriété ne peut se faire que par une mancipation ou une *in jure cessio*. La raison se trouve dans leurs différentes caractéristiques. La mancipation et l'*in jure cessio* ont plusieurs points communs, dont trois vont plus particulièrement retenir notre attention.

Première caractéristique commune : ce sont des procédés formalistes, c'est-à-dire que le transfert de propriété est soumis à l'accomplissement de certaines formalités. Pour la mancipation, il s'agit de la pesée par la balance et l'airain, réalisée évidemment devant témoins ; quant à l'*in jure cessio*, c'est, en quelque sorte, un procès fictif. Dans ses *Institutes*, Gaius nous dit que, dans les faits, la mancipation a la préférence. Effectivement, la dernière mention de l'*in jure cessio* daterait du III^e siècle. Cela nous explique pourquoi, dans la définition de Boèce, seule la mancipation apparaît : à la période où l'auteur écrit son commentaire, l'*in jure cessio* est inusitée depuis longtemps.

Deuxième caractéristique commune : mancipation et *in jure cessio* ne peuvent être utilisées que par les citoyens romains et par les Latins, c'est-à-dire les personnes qui détiennent le *commercium*, le droit d'aliéner et d'acquérir conformément aux règles du droit de la Cité. Ces deux mécanismes sont parfaitement inaccessibles aux pérégrins qui ne possèdent pas la citoyenneté romaine, et donc le *commercium* nécessaire. De ce fait, ils ne sont pas en mesure d'utiliser le mécanisme fiduciaire. Dans un Empire romain qui transforme en un empire commerçant, dans lequel les citoyens romains et les pérégrins entretiennent des relations juridiques denses, cela a pu être cause de désaffection pour la fiducie. À l'inverse des deux mécanismes précédents, la tradition n'est pas un mode formaliste de transfert de la propriété. La remise de la chose suffit à effectuer ce transfert. De plus, elle peut être utilisée aussi bien par les citoyens romains que par les pérégrins. On pourrait donc penser que la tradition serait le

¹⁶ Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du Droit civil, op. cit.*, p. 552-559.

¹⁷ *Ibid.*, p. 559-562.

¹⁸ *Ibid.*, p. 563-569.

mécanisme parfait pour contrebalancer les caractéristiques rigides des deux précédents, et, ainsi, assouplir le mécanisme fiduciaire. Cette utilisation n'est toutefois pas possible car il manque à la tradition une caractéristique possédée à la fois par la mancipation et l'*in jure cessio*.

Troisième caractéristique commune : lorsque les parties utilisent la mancipation et l'*in jure cessio* pour effectuer un transfert de propriété, elles peuvent en profiter pour faire naître des créances accessoires. Et c'est donc pour cela qu'elles seules peuvent servir de support au mécanisme fiduciaire. À l'inverse, la tradition a uniquement des effets réels. Elle ne peut faire naître aucune obligation, et donc, elle ne peut pas permettre de valider un pacte de fiduciaire.

Acte second : le pacte fiduciaire, un acte non juridique

Dans sa définition, Boèce nous indique que l'assurance d'une restitution de la chose est fondée sur la *fides*, que l'on traduit généralement par confiance ou encore, dans un contexte juridique, par bonne foi. Mais la *fides* signifie beaucoup plus que cela, tant dans la conscience romaine que dans l'exécution de la parole donnée. Lorsque nous considérons le pacte fiduciaire, nous sommes face à un acte qui n'est pas fondé sur le droit, mais sur la *fides*. Donc un acte non juridique. Or, si nous revenons au point de départ de notre réflexion – « pas de droit sans action » –, en cas de non-exécution du pacte fiduciaire par le fiduciaire, le fiduciaire ne disposera, de ce fait, d'aucune action à invoquer devant le préteur. Placé face à un fiduciaire de mauvaise foi, le fiduciaire se retrouverait dépourvu de recours juridique. En effet, il y a bien eu mancipation, donc transfert de la propriété de la chose. Le fiduciaire en est devenu le propriétaire. Il peut faire protéger ce droit par le préteur. Par contre, rien ne permet au fiduciaire d'alléguer en justice le pacte fiduciaire, c'est-à-dire l'acte sur lequel est fondée l'obligation de restitution de la chose. Alors comment comprendre la genèse de ce pacte fiduciaire, ses multiples utilisations, et pourquoi la *fides* transparissait, dans la définition de Boèce, comme fiduciaire une assurance que la chose sera bien restituée ? Tout cela nous ramène à l'importance de la *fides* pour les Romains.

De l'importance de *Fides* pour les Romains

À l'origine, *Fides* était une déesse du Panthéon romain¹⁹, dont le culte aurait été introduit par le deuxième roi de Rome, Numa Pompilius²⁰. Le titre officiel qui lui avait été donné était *Fides populi romani* : la Bonne foi du peuple romain. Numa Pompilius aurait eu, à son égard, une dévotion si particulière qu'il lui aurait élevé un autel. *Fides* veille à la foi jurée, ainsi qu'à la foi promise. Pour Cicéron, qui invoquait ici les stoïciens, son nom viendrait de l'expression *Fiat* : « que soit fait ce qui a été dit »²¹. L'intérêt de cette étymologie ne réside pas essentiellement dans son exactitude – sans doute discutable – mais dans la compréhension qu'elle nous donne de la manière dont les Romains percevaient cette divinité. Dans le Panthéon romain, Jupiter était, entre autres, le dieu protecteur des contrats, le dieu du serment et de la loyauté. *Fides* était la divinisation de cette attribution propre de Jupiter. Elle personnalisait le respect des engagements ; elle était la gardienne de l'intégrité des transactions entre les individus. *Fides* représentait le plus ancien moyen pour conférer à un engagement un caractère contraignant, d'essence religieuse.

Dans l'ancien droit romain, la sanction de la fiducie nous apparaît comme purement morale, relevant du domaine religieux. Si l'efficacité d'un tel engagement nous paraît ténue, il faut bien garder à l'esprit que, pour les Romains, rompre un engagement fondé sur la *fides* était, sans doute, aussi grave – si ce n'est plus – que de ne pas exécuter une obligation juridique. Si le fiduciaire venait à conserver la chose, il aurait porté atteinte à la *fides*. Cela aurait causé un véritable scandale, scandale qui porterait une atteinte fatale à sa *fama*, sa bonne réputation. Et c'est une chose extrêmement grave pour un citoyen romain que de perdre sa *fama*. Si nous revenons à l'exemple retenu par Boèce dans sa définition, la fiducie *cum amico*, nous mesurons facilement la gravité

¹⁹ Sur *Fides* et sa place dans la Cité : G. Freyburger, *Fides. Étude sémantique et religieuse depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne*, Paris, Les Belles Lettres, 1986, 361 p. ; du même auteur, « La *fides* civique », *Antiquité et citoyenneté. Actes du colloque international de Besançon (3-5 novembre 1999)*, Besançon, Institut des Sciences et Techniques de l'Antiquité, coll. « ISTA » (n° 850), 2002, p. 341-348 ; P. Grimal, « *Fides* et le secret », *Revue de l'histoire des religions*, t. 185, n° 2, 1974, p. 141-155.

²⁰ Le second roi de Rome, Numa Pompilius, a une place toute particulière dans l'histoire juridique de Rome. En effet, la légende veut que c'est à lui que la nymphe Égérie aurait dicté la première législation romaine.

²¹ Cicéron, *De officiis*, livre I, VII.

d'un tel acte. Le fiduciaire viendrait non seulement à dépouiller un ami, mais un ami plus faible, affrontant des temps difficiles.

Donc, si les Romains mettent en place un pacte de fiducie, pour appuyer un acte aussi lourd de conséquence qu'un transfert de propriété, c'est que la *fides* apparaissait comme un fondement solide à l'obligation de restitution. Et cela est illustré par les utilisations très diverses de la fiducie. Les plus connues sont la fiducie *cum amico*, présente dans la définition de Boèce, et la fiducie *cum creditore*, où la chose sert de sûreté réelle envers un créancier. Cette dernière fut certainement l'utilisation la plus répandue. La formule de Bétique nous en donne un bel exemple²². Mais ce furent loin d'en être les seules ; la fiducie était employée en matière patrimoniale, également. Ainsi, en matière de testament, dans le mécanisme de la *mancipatio familiae*. Celle-ci consistait à vendre par mancipation tout son patrimoine à un acquéreur fictif, le *familiae emptor*. Tenu par la *fides*, il devait ensuite remettre les biens aux bénéficiaires indiqués par le testateur²³. Citons aussi le *coemptio* fiduciaire, qui était un mariage avec *manu*, mais accompagné d'une promesse de divorce quasi-immédiat²⁴. Plus encore, la fiducie était également utilisée pour transférer une puissance sur une personne. Ainsi, que ce soit pour l'adoption ou pour l'émancipation, on opérait au moyen de trois affranchissements, affranchissements qui faisaient l'objet d'une promesse fiduciaire. Pour tous ces actes, d'une importance lourde pour le patrimoine familial, les Romains trouvaient en la *fides* le fondement d'un engagement, certes de valeur morale, mais qui leur apparaissait suffisant pour les garantir.

Pourtant, aux alentours du IIe-IIIe siècle avant notre ère, le préteur a reconnu la fiducie en créant l'action de fiducie, une action de bonne foi qui est octroyée au fiduciaire en cas de non-restitution. Désormais, si le fiduciaire ne veut pas lui restituer sa chose, manquant ainsi à l'obligation prévue dans le pacte fiduciaire, ce dernier pourra tenter

²² Découverte en 1868 au sud de l'Andalousie, la formule de Bétique date du Ier ou du IIe siècle de notre ère (*FIRA*, III, p. 292). C'était un formulaire type de fiducie, qui servait d'exemple pour les actes de la pratique. Pour une traduction, voir E. Chevreau, Y. Mausen et Cl. Bouglé, *Introduction historique au droit des obligations*, *op. cit.*, p. 61.

²³ J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, *op.cit.*, p. 1190.

²⁴ *Ibid.*, p. 86.

cette action devant le préteur. Qui plus est, c'était une action infamante, ce qui montre la gravité de la non-restitution. À la période classique, le préteur avait attaché un ensemble de conséquences juridiques automatiques à certaines condamnations. Il s'agissait à la fois d'interdictions de droit privé et d'incapacités de droit public, englobées sous le terme d'infamie : c'est-à-dire la situation de celui qui perd sa *fama*, sa bonne réputation. Par exemple, le condamné frappé d'infamie était déchu de son statut de *pater familias*, perdant ainsi son statut de *sui juris*, et, donc, sa capacité juridique. Avec la création de cette action, le préteur a pallié ce qui nous semblait l'inconvénient initial – et majeur – du pacte de fiducie : l'absence de recours en cas de non-restitution. L'application de notre principe – « pas de droit sans action » – ne semble plus poser aucun problème. Par la création de cette action, le préteur crée la sanction juridique nécessaire au pacte fiduciaire. À partir de là, la fiducie aurait donc dû continuer à être utilisée largement. Il n'en fut rien.

Cette intervention du préteur, que l'on aurait pu penser salutaire, reflète un changement sans doute plus profond que la simple volonté d'appliquer notre principe. Elle peut être mise en parallèle avec un changement de conception de la *fides* à l'époque impériale. Sous la Rome républicaine, la *fides* était pensée de manière horizontale ; les citoyens s'estimaient liés les uns aux autres par un devoir de fidélité, au sein d'une même communauté politique. Les troubles de la fin de la République commencèrent à y porter atteinte. Avec l'avènement du pouvoir impérial, elle était désormais appréhendée de manière verticale : elle incarnait la fidélité que les sujets devaient à leur empereur²⁵. D'où la nécessité de l'intervention du préteur. Les mécanismes fondés sur la *fides* ne pouvaient plus fonctionner comme précédemment. Cette création par le préteur reflète bien plus qu'un changement social ; elle exprime un changement de mentalité. Le citoyen romain est devenu un sujet.

Finalement, ce qui a causé la fin de la fiducie n'est pas tant le pacte fiduciaire que le formalisme de l'acte de transfert de propriété. Le sort de la fiducie était lié, en quelque sorte, au sort de la mancipation lui servant de support. Ce destin commun est mis en lumière par le fait que, tout comme pour la fiducie, les Compilations de Justinien viendront consacrer sa disparition. Et ce qui a, sans doute, accéléré le phénomène est que le préteur avait aussi créé d'autres contrats réels – tel le gage ou le dépôt – qui

²⁵ G. Freyburger, « *La fides civique* », art. cit., p. 341-348.

pouvaient également remplir le même objet : servir de sûreté, sans les inconvénients et la lourdeur du mécanisme fiduciaire.

Ce qui pourrait nous apparaître comme une injustice – l’absence de sanction juridique du pacte fiduciaire –, n’est peut-être qu’un reflet de notre propre conception du droit. Tant que le citoyen romain se sentait suffisamment lié par la *fides*, le mécanisme fonctionnait. Quand cette *fides* évolua et qu’elle changea de destination, alors le préteur intervint pour accorder la sanction juridique attendue. Dans sa définition, Boèce avait su rendre, avec justesse, l’esprit originel de la fiducie : un mécanisme rassurant et protecteur, tant que la *fides* liait la conscience romaine. Le citoyen laissant la place au sujet, le temps de la fiducie était révolu.

