

JEAN-JACQUES AUBERT
Université de Neuchâtel

L'économie romaine et le droit de la représentation indirecte sous la République

Dans l'Athènes de la fin du IV^e siècle av. J.-C., le logographe Hyperides eut l'occasion de rédiger un discours¹ – aujourd'hui partiellement préservé dans un papyrus du Louvre – à l'occasion d'une affaire opposant un pauvre naïf, peut-être nommé Epikrates², à un métèque sans scrupules du nom d'Athenogenes. La plainte déposée avait donné lieu à un procès privé pour dommage (*dike blabes*) et portait sur les faits suivants: Epikrates, le demandeur, un agriculteur de classe moyenne, s'intéressait à un jeune esclave, l'un des deux fils d'un certain Midas, lui-même esclave préposé à la gestion de l'une des trois parfumeries dont Athenogenes était propriétaire à Athènes, dans les années 330-324. Flairant un bon coup, ce dernier avait alors proposé de vendre à Epikrates non seulement l'esclave désiré, mais aussi son frère et son père (Midas), ainsi que la parfumerie dont ce dernier avait la charge, pour la bagatelle de 40 mines. Accord conclu, Epikrates s'était retrouvé subrepticement débiteur d'une somme de cinq talents, dette contractée antérieurement par Midas dans le cadre de la gestion de l'entreprise ainsi vendue. Le plaignant contestait la validité du contrat de vente, Athenogenes ayant à ses yeux frauduleusement dissimulé le passif de l'entreprise.

Qu'Epikrates ait été roulé ne fait aucun doute. Hyperides démontre qu'il avait eut affaire à forte partie du fait de la double

* Cet article publié ici en hommage à la générosité et courtoisie de mon collègue et ami L. Labruna a été présenté oralement, à des stages différents, à La Haye, Paris et Lecce. Je remercie les professeurs L. De Ligt, M. Humbert, F. Lamberti et F. Grelle de leurs remarques toujours pertinentes et M.V. Berlincourt d'avoir porté un regard critique sur la version finale du manuscrit.

¹ *Contre Athenogenes, 1^{er} Discours*, cf. éd. G. COLIN (Paris 1946) 181-217; cf. aussi D. WHITEHEAD, *Hyperides: The Forensic Speeches: Introduction, Translation, and Commentary* (Oxford 2000) 263-351.

² L'identification a été proposée sur la base du texte lacunaire du § 24. Cf. WHITEHEAD, *Hyperides* (2000) 327.

pression exercée sur lui par Antigona, une courtisane de petite réputation, et par Athenogenes lui-même, un logographe et commerçant d'origine égyptienne (et de ce fait peu recommandable aux yeux des Anciens). Les termes du contrat auraient dû alerter Epikrates, puisqu'Athenogenes avait précisé (§ 6) que les dettes impayées – à des fournisseurs ou à des investisseurs – incomberaient à l'acheteur de Midas. La malhonnêteté du vendeur ne portait que sur l'affirmation mensongère que de tels engagements étaient mineurs et de plus largement compensés par les produits en stock, ce qui n'était évidemment pas le cas. Aveuglé par sa passion (§ 2), Epikrates avait mal évalué la perte potentielle à laquelle il s'exposait et avait inconsidérément souscrit aux conditions du contrat (§ 7). Le document lui-même (*synthekai*), scellé hâtivement par Athenogenes après lecture, contenait bien, vérification faite ultérieurement, la mention de quelques créanciers et dépositaires. Mais les dettes les plus importantes n'étaient mentionnées qu'en termes vagues dans un appendice (§ 10, pour ce qui concerne les fournitures) ou de manière lacunaire (§ 11, pour les dépôts). Bref, la majorité des emprunts contractés par l'esclave Midas pour développer son entreprise ne figuraient pas dans l'inventaire lié au contrat. Confronté par sa victime, Athenogenes prétendait ne pas avoir eu connaissance de ces dettes et se référait à l'acte écrit (*grammateion*) passé entre les parties (§ 11).

Dans son discours, Hyperides examine soigneusement le caractère vraisemblable d'une telle ignorance de la part du maître/principal à l'endroit des transactions commerciales de son esclave/agent, pour finalement le rejeter (§ 19) du fait

- de l'expérience ancestrale d'Athenogenes dans le secteur de la parfumerie (entreprise familiale établie depuis trois générations);
- de la présence d'Athenogenes sur place (à Athènes, sur l'agora);
- de l'avantage que lui donnait le point de comparaison offert par l'exploitation, parallèle ou successive, de ses trois parfumeries;
- de la présentation mensuelle des comptes tenus par son agent³;
- et de la connaissance partielle de dettes mineures (celles mentionnées dans le document attaché au contrat).

On peut d'ailleurs légitimement se demander comment le défendeur pouvait expliquer qu'il n'ait fallu que trois mois au nouvel acquéreur pour découvrir l'étendue du passif qui grevait le gérant d'entreprise.

³ Cf. W.E. THOMPSON, *The Athenian Entrepreneur*, in *AC*. 51 (1982) 53-85.

De plus, comme le soulignait Epikrates lui-même (§ 20), la bonne foi d'Athenogenes était mise en cause par la précaution prise par ce dernier de nommer un garant, un certain Nikon de Chephisia (§ 8). Ce n'était donc pas l'existence du consentement des parties qui était contestée par le demandeur, mais bien l'objet de ce consentement (§ 13). A ses yeux, le contrat avait été annulé par le simple fait qu'Athenogenes avait menti par omission, en vertu d'une double disposition légale qui, d'une part, interdisait la tromperie (*pseudos*) dans les opérations commerciales (§ 14) et, d'autre part, stipulait que toute vente d'esclave devait préciser les vices de la chose vendue, faute de quoi la vente était rescindée (§ 15).

Loin de vouloir m'engager ici dans l'étude de la gestion d'entreprise et du droit de la représentation juridique dans l'Athènes de la fin du IV^e siècle, je retiendrai l'exemple d'Athenogenes et de son agent Midas, exposé du point de vue très subjectif d'Epikrates, pour illustrer quelques points utiles à la discussion de la création des *actiones adiecticiae qualitatis* (voir ci-dessous) dans l'économie romaine de l'époque républicaine. On retiendra surtout les détails suivants:

- Athenogenes employait un esclave, Midas, et les fils de celui-ci, dont il était le propriétaire, à l'exploitation d'un atelier de fabrication (*ergasterion*) et point de distribution (*myropolion*) de parfums;

- sans être nécessairement engagé personnellement dans l'exploitation, Athenogenes gardait (ou était supposé garder) un certain contrôle sur les activités de son agent. La nature de la cause le poussait à minimiser ce degré de contrôle – après tout, Athenogenes plaide l'ignorance – tout en suggérant une indéniable proximité du principal vis-à-vis de son agent, une proximité propre à l'interaction, sinon à l'interférence;

- Athenogenes était de ce fait aussi supposé prendre connaissance de comptes mensuels pour s'informer des transactions juridiques et commerciales engageant son agent esclave (et donc lui-même par conséquence, dans des termes que l'on discutera plus tard);

- la tenue et la vérification des comptes de l'entreprise impliquaient un certain niveau d'alphabétisation et de connaissances en arithmétique chez son exploitant et chez son propriétaire;

- dettes et avoirs étaient le fait du gérant et non celui de l'entreprise (ce qui supposerait le concept de personnalité juridique, introduit bien plus tard et seulement en droit romain)⁴: ce n'était qu'au titre de la convention de vente que l'acheteur se retrouvait responsable des dettes contractées par Midas;

– la responsabilité contractuelle d'Athenogenes pour les transactions conclues par son esclave reposait en premier lieu sur l'analogie avec la responsabilité d'un propriétaire vis-à-vis des dommages causés par ses esclaves, ainsi que de leurs délits et de leurs crimes. Hiperides rappelle, dans un passage malheureusement lacunaire (§ 21-22), qu'une loi de Solon prévoyait que «la responsabilité de tout crime commis/perte encourue (*zemia*) par des esclaves et de toute faute/dépense⁵ causée par eux incombe au maître pour lequel l'esclave travaille»;

– l'acheteur était un agriculteur peu préparé à se lancer dans une activité artisanale et commerciale, du fait de son manque d'expérience: s'il s'était résolu à l'achat de l'entreprise, de son gérant et de son personnel, c'était pour des motifs autres qu'économiques. Il est bien possible qu'il n'ait jamais été question pour lui de reprendre l'exploitation à titre personnel (§ 26);

– l'économie athénienne de la fin du IV^e siècle se laisse difficilement qualifier en quelques mots⁶. A la fois agricole et urbaine, jouissant d'un certain degré de monétarisation, ouverte vers l'extérieur (par le double mouvement des importations et des exportations) à la suite de deux siècles de suprématie politique, militaire et économique sur l'ensemble du monde égéen, emportée dans l'élan provoqué par les conquêtes d'Alexandre, la fondation d'Alexandrie et l'éclatement de la cité-état au profit des royaumes hellénistiques à venir, et profitant de sa situation de centre culturel vers lequel se pressent des populations originaires de l'ensemble du monde connu, Athènes pouvait probablement se prévaloir à cette époque d'une certaine avance sur n'importe quelle autre cité du monde méditerranéen. Mais Rome pointait déjà à l'horizon, et la conquête par celle-ci de la Grande Grèce et de la Sicile annonçaient déjà au III^e siècle l'extension de l'empire romain hors des limites de la péninsule italienne, suite aux guerres Punique.

Cette courte introduction devrait permettre d'examiner à nouveau la question de l'histoire de la représentation juridique romaine,

⁴ Cf. J.-J. AUBERT, *La gestion des collegia: aspects juridiques, économiques et sociaux*, in CCG. 10 (1999) 49-69.

⁵ Selon que l'on restitue *a[dikem]ata* ou *a[nalom]ata*. Cf. H. MEYER-LAURIN, *Die Haftung für den noxa non solutus beim Sklavenkauf nach griechischem Recht*, in A. BISCARDI (éd.), *Symposion 1974* (Cologne 1979) 263-282.

⁶ Cf. THOMPSON, *The Athenian Entrepreneur* (1982).

en la replaçant dans son contexte économique et social et en tenant compte de l'état fragmentaire et elliptique des sources. On commencera par dresser un état des lieux afin de déterminer les enjeux liés à la création du droit romain de la représentation indirecte, puis on envisagera deux modèles essentiellement sous l'angle de la méthodologie historique.

Le *Digeste* de Justinien, suivant la disposition de l'Edit perpétuel du préteur codifié sous le principat d'Hadrien par le juriste Salvius Iulianus, fait état aux livres 14 et 15 d'un ensemble de six actions juridiques, qualifiées par les auteurs modernes du terme d'*actiones adiecticiae qualitatis*, c'est-à-dire permettant, par transposition de personne au sein de la formule, de poursuivre un principal pour les transactions conclues par son agent dans des circonstances précises mais variées. Ces actions tiennent compte

- du statut juridique de l'agent (*sui* ou *alieni iuris*, c'est-à-dire libre ou affranchi d'une part, et esclave ou fils/fille de famille subordonnée à un *paterfamilias* d'autre part), en particulier vis-à-vis du principal;
- de la sphère de compétence et du degré d'autonomie de l'agent par rapport au principal dans l'exécution de sa tâche;
- et du degré de responsabilité (complète ou partielle) du principal pour les actes accomplis par l'agent.

Ainsi, selon le premier critère de classification (statut juridique), les *actiones quod iussu, de peculio, de in rem verso* et *tributoria* sont réservées aux cas où l'agent est un esclave ou fils/fille *in potestate* du principal, tandis que les *actiones exercitoria* et *institoria* sont aussi adaptées, du moins à partir du II^e siècle apr. J.-C. au plus tard, au cas où l'agent ne serait pas juridiquement dépendant du principal (*sui iuris* et *servus alieni*). Selon le deuxième critère (sphère de compétence et degré d'autonomie), l'*actio quod iussu* est limitée au cas où la transaction en question a été spécifiquement et explicitement commanditée par le principal, alors que les *actiones de peculio, tributoria* et *de in rem verso* permettent la plus grande latitude dans les activités de l'agent (au point que l'on ne peut presque plus parler de représentation, si ce n'est dans les effets sur le principal). Un moyen terme est privilégié dans le cas des *actiones exercitoria* et *institoria*, puisque la sphère de compétence de l'agent, relativement large, reste strictement définie par le principal dans un cahier des charges (*lex praepositionis*) ou par la coutume (*consuetudo, mos*), à moins d'une volonté exprimée (par *iussus* ou par *proscriptio*), respectivement, d'étendre ou de restreindre cette sphère de compétence dans des limites préci-

ses. Finalement, le dernier critère (degré de responsabilité du principal) oppose une responsabilité totale (*in solidum*) dans le cas des *actiones quod iussu, exercitoria* et *institoria* à une responsabilité limitée (*dumtaxat* ...) au montant du *peculium* de l'agent (*actiones de peculio* et *tributoria*) ou à l'enrichissement du patrimoine du principal du fait des actes de son agent (*actio de in rem verso*). Comme on s'en aperçoit facilement, le système imaginé par le préteur romain dans son édit au cours de la période républicaine est à la fois sophistiqué et complet tout en demeurant simple et clair dans ses modalités et ses implications.

Dans l'Édit perpétuel, l'ordre dans lequel les différentes actions sont discutées, s'il n'est pas aléatoire, pourrait obéir à une disposition reconnue au II^e siècle apr. J.-C., sinon antérieurement, comme la plus pertinente d'un point de vue pratique et/ou systématique. Il est possible, mais nullement prouvé, que cette disposition reflète l'histoire de la création du droit romain de la représentation indirecte. De fait, une double question se pose aux historiens, celle de la chronologie absolue et relative d'introduction des différentes actions. La critique moderne suppose en général que chacune de ces six actions a été introduite à une date différente, mais pas nécessairement sur une longue période. Il faut noter toutefois qu'une telle supposition ne repose sur rien de très concret si ce n'est le sentiment commun que, le droit prétorien étant essentiellement réactif, chaque action prise individuellement a été conçue pour combler une lacune évidente dans le système juridique auquel avaient recours les acteurs économiques. De ce fait, l'attention s'est tournée le plus souvent vers le problème de la chronologie relative des *actiones exercitoria* et *institoria*, liées respectivement au commerce maritime et aux entreprises terrestres, voire à l'agriculture. Une autre question importante réside dans la relation qui pourrait exister entre le droit de la famille au sens large, la notion de responsabilité noxale du père de famille pour les délits de ses dépendants et l'extension de cette responsabilité des délits aux contrats.

L'orthodoxie officielle, représentée en particulier par Siro Solazzi dans un article publié en 1941⁷, propose la priorité de l'*actio exercitoria*, suivie de l'*actio institoria*, puis de l'*actio de peculio vel de in rem verso*, les *actiones tributoria* et *quod iussu* n'intervenant que plus

⁷ S. SOLAZZI, *L'età dell'actio exercitoria*, in *Riv. dir. navig.* 7 (1941) 185-212 [= *Scritti di diritto romano IV* (Naples 1963) 243-264].

tard. Cette orthodoxie repose sur une série d'arguments formels (disposition dans l'Edit perpétuel), linguistiques (sens premier des mots *institor* et *exercitor*), textuels (présence supposée d'interpolations dans plusieurs textes clés), contextuels (postulat de la primauté du commerce maritime au II^e siècle av. J.-C.) et conceptuels (degré relatif de sophistication des différentes actions) relativement douteux, qui ont été abondamment discutés ailleurs⁸ et sur lesquels il n'y a pas lieu de revenir ici. L'examen rigoureux des textes juridiques, sans recours au moyen un peu facile et souvent douteux du rejet d'un texte embarrassant sous l'accusation d'interpolation, m'a amené à proposer un ordre d'introduction des *actiones adiecticiae qualitatis* fondé sur l'acceptation du texte des *Institutes* de Gaius (4.70-71), selon lequel l'*actio quod iussu* a été introduite 'in primis' et les *actiones exercitoria* et *institoria* l'ont suivie 'eadem ratione'. Selon les trois types de critères retenus ci-dessus (statut juridique, sphère de compétence, degré de responsabilité), le mouvement général s'inscrit donc dans le passage d'une action réservée aux situations impliquant un agent dépendant du principal, agissant sur un mandat strictement défini au coup par coup et engageant la responsabilité totale vers un système finalement ouvert aux agents indépendants du principal selon le droit des personnes, agissant avec une autonomie totale vis-à-vis de celui-ci et n'engageant sa responsabilité contractuelle que dans la mesure du sous-patrimoine réservé à cet effet, soit le *peculium*. Notons en passant que l'évolution décrite ici ne s'achèvera que dans le droit post-classique⁹. La conclusion qui en découle tout naturellement est que l'ordre d'introduction des *actiones adiecticiae qualitatis* correspond au schéma suivant:

- 1) *actio quod iussu*;
- 2) *actiones exercitoria/institoria*;
- 3) *actiones de peculio/de in rem verso*;
- 4) *actio tributaria*.

Considéré dans son ensemble, le système a été introduit avant la fin de la République puisque des juristes comme Servius Sulpicius

⁸ J.-J. AUBERT, *Business Managers in Ancient Rome: A Social and Economic Study of 'Institores', 200 B.C. - A.D. 250* (Leiden 1994) 70-100, surtout 78-91.

⁹ C. 4.26.7.3 (294 apr. J.-C.); cf. M. KASER, *Das römische Privatrecht II*² (Munich 1975) 107, n. 53.

Rufus et ses élèves Ofilius et Alfenus Varus, ou encore Labeo¹⁰, en font état. Mais ce genre de considération ne fournit guère mieux qu'un *terminus ante quem* tellement vague qu'il manque de pertinence. En ce qui concerne la date d'introduction et la priorité relative des *actiones exercitoria* (D. 14.1) et *institoria* (D. 14.3), force est de reconnaître que les indices sont pour le moins aléatoires et doivent être traités avec circonspection. Ceux qui, comme moi, postuleront l'authenticité des textes (par ex. Ulp. D. 14.1.1 pr.) et la pertinence de leur disposition au sein de la compilation de Justinien admettront aussi qu'il est plus facile d'expliquer une référence à l'*actio exercitoria* en D. 14.3 qu'une référence à l'*actio institoria* en D. 14.1. Les philologues ont l'habitude d'accepter comme indices d'authenticité les anomalies du texte (*lectio difficilior*), que certains juristes sont prompts à rejeter au titre d'interpolations. Mais comme tous l'ont bien vu, aucun élément textuel ne permet de trancher dans un sens ou dans l'autre. C'est donc l'évaluation du contexte historique présumé de l'introduction des *actiones adiecticiae qualitatis* qui doit nous servir de guide. On y reviendra tantôt.

Ne serait-ce que parce qu'elle s'écartait de l'orthodoxie en la matière, cette thèse a suscité quelque débat, et en particulier une réponse intelligente et circonstanciée de Luuk De Ligt¹¹ dont la démarche et les arguments vont faire l'objet de ma discussion. Au début de son exposé, De Ligt suggère que toute reconstruction dépend inévitablement de l'idée préconçue que l'on peut avoir de la voie naturelle suivie par un changement dans le domaine juridique. Il est évident que le manque de données concrètes impose de telles constructions, que certains considèrent comme des modèles, pour donner un sens aux quelques rares sources qui nous sont parvenues. De fait, tout modèle doit reposer sur une base positive (sources primaires) plutôt que sur des *argumenta e silentio*. De ce point de vue-là, il faut bien admettre que, quel que soit le modèle (terrestre, c'est-à-dire agricole ou commercial, ou maritime) que l'on voudra bien privilégier, l'économie romaine aurait été assez sophistiquée dès le

¹⁰ Cf. A. WACKE, *Die adjektivischen Klagen im Überblick I. Von der Reeder- und der Betriebsleiterklage zur direkten Stellvertretung*, in *ZRG.* 111 (1994) 280-362, surtout 294, avec une référence erronée pour la première apparition de l'*actio quod iussu* (D. 15.4.1.9).

¹¹ L. DE LIGT, *Legal History and Economic History: The Case of the 'actiones adiecticiae qualitatis'*, in *TR.* 67 (1999) 205-226.

VI^e ou V^e siècle pour donner lieu à la création des *actiones exercitoria* ou *institoria*: que l'on pense seulement au traité traité de 509/7 entre Rome et Carthage, selon Polybe (3.22-23), au *Foedus Cassianum* entre Romains et Latins, selon Denis d'Halicarnasse (6.95.2), à la loi des XII Tables, même s'il faut compter avec un possible, voire probable, anachronisme dans nos sources primaires¹². A combien plus forte raison, la législation agraire *de modo agrorum* (*Lex Licinia* de 367, mais peut-être plus tardive, début du III^e siècle¹³) atteste de conditions cadres idéales pour le développement de la représentation indirecte dans le secteur agricole. Mais même si l'on accepte, contrairement à l'interprétation de M. Wlassak, l'éventualité d'un développement du droit prétorien dès le III^e siècle¹⁴, il est nécessaire de proposer un élément moteur externe au droit et à sa formation, c'est-à-dire un événement de nature sociale ou économique permettant de rendre compte d'un changement assez profond pour stimuler une innovation dans le domaine juridique. J'en vois deux:

– le *plebiscitum Claudianum* de 218 (Liv. 21.63), à cause duquel la classe sénatoriale attirée par le commerce maritime est forcée d'avoir recours à des intermédiaires externes à la *familia* pour pouvoir participer directement à l'essor économique lié à l'ouverture de marchés d'outre-mer;

– ensuite, le développement de l'économie de la villa, probablement stimulé par l'arrivée massive d'esclaves agricoles sur le marché du travail italien¹⁵.

En l'occurrence, la simultanéité des deux phénomènes ne permet pas de trancher en faveur de la prédominance de l'un par rapport à l'autre. Toujours est-il qu'une date plus haute pour l'introduction et

¹² J.-J. AUBERT, *The Republican Economy and Roman Law: Regulation, Promotion, or Reflection?* in H.I. FLOWER (éd.), *Cambridge Companion to the Roman Republic* (Cambridge 2004) 160-178.

¹³ D.W. RATHBONE, *The Control and Exploitation of 'ager publicus' in Italy under the Roman Republic*, in J.-J. AUBERT (éd.), *Tâches publiques et entreprise privée dans le monde romain* (Neuchâtel-Genève 2003) 135-178, en part. 149.

¹⁴ L'abondance de la littérature secondaire citée en note 3, p. 206, ne constitue pas un argument péremptoire. Pour un avis contraire, cf. AUBERT, *Business Managers* (1994) 75-78, s'appuyant, entre autres, sur J.M. KELLY, in *IJ.* 1 (1966) 341-355 et A. WATSON, *The Development of the Praetor's Edict*, in *JRS.* 60 (1970) 105-119, écartés par De Ligt au moyen d'un splendide *argumentum e silentio* (222 n. 61).

¹⁵ Les références bibliographiques citées p. 222-223, n. 62-67 équivalent au mieux à une collection d'"educated guesses" ni démontrés ni réfutés par les sources.

le développement du droit de la représentation n'affecte pas le choix du modèle déterminant pour la priorité d'une *actio* par rapport à l'autre. La notion de besoin en relation avec les impératifs du commerce maritime, invoquée par S. Solazzi et jugée particulièrement pertinente par De Ligt (p. 209), ne serait pas moindre au VI^e/V^e siècle qu'au III^e, et tombe à l'eau si l'on envisage la possibilité d'un *institor* affecté à des comptoirs outre-mer ou attaché à un navire sans avoir pour autant le statut de capitaine de navire (*magister navis*) tel qu'il est envisagé en D. 14.1¹⁶.

Quoi qu'il en soit, la reconstruction de l'économie romaine avant le II^e siècle av. J.-C. est extrêmement délicate et peut donner lieu à des extrapolations hâtives. Pour prendre un seul exemple, De Ligt fait reposer sa démonstration tendant à anticiper l'introduction des *actiones adiecticiae qualitatis* au III^e siècle av. J.-C. sur l'évolution présumée de l'économie romaine, en particulier l'asservissement massif de prisonniers de guerre. Pour ce faire, De Ligt convoque (p. 223) l'autorité de M.I. Finley et T. Cornell qui jettent l'un et l'autre dans la balance quelques chiffres glanés dans les sources littéraires de l'époque augustéenne et les appuient de réflexions personnelles du type: «We have little specific information about the social and economic effects of the process, but it is possible to construct a plausible account of the changes that occurred. It is reasonable to suppose ...»¹⁷. Sur une telle base, il est difficile d'argumenter pour ou contre un contexte favorable à l'introduction d'un instrument juridique dont les modalités d'application échappent complètement aux

¹⁶ Le modèle est exploré dans J.-J. AUBERT, *Les 'institores' et le commerce maritime dans le monde romain*, in *Topoi* 9 (1999) 145-164.

¹⁷ T. CORNELL, *The Beginnings of Rome* (New York/London 1995) 393, citant (n. 52, p. 470) P.A. BRUNT, *Italian Manpower* (Oxford 1971) 377 et 386: «It can hardly be doubted that slaves and freedmen formed of the urban population». Cf. aussi CORNELL 333, et M.I. FINLEY, *Ancient Slavery and Modern Ideology* (London 1980) 83. De la même veine est la reprise (DE LIGT, *Legal History* [1999] 22 n. 63) des estimations de la progression démographique sur la base des hypothèses de N. MORLEY, *Metropolis and Hinterland: The City of Rome and the Italian Economy, 200 B.C. - A.D. 200* (Cambridge 1996) 39, où l'auteur accepte les chiffres de P.A. BRUNT, *Italian Manpower* (1971) 383-384 basés sur l'évolution du système d'approvisionnement en eau de la ville de Rome à l'époque d'Auguste: «This is problematic, but no other index of the city's growth is available». Et l'auteur d'accepter les chiffres de 500.000 ou 375.000 habitants pour 130 av. J.-C., selon l'estimation divergente à l'époque augustéenne pour aboutir à 'a working figure' of 200.000 au début du II^e siècle av. J.-C.

sources primaires, qu'elles soient littéraires, épigraphiques, papyrologiques ou archéologiques¹⁸.

Si l'on retourne maintenant à la thèse principale soutenue par De Ligt, selon laquelle l'*actio de peculio* est la plus ancienne des *actiones adiecticiae qualitatis* (p. 214), on peut constater que des quatre propositions fondamentales nécessaires à la construction jugée la plus convaincante (p. 212), seule la troisième («the praetor took the *familia* as his starting point») repose sur une réalité bien documentée et incontournable, soit la structure de la famille romaine et la concentration du droit de propriété et de la personnalité juridique entre les mains du *paterfamilias*, les dépendants libres ou esclaves ne constituant que des parties intégrantes de cette entité. C'est d'ailleurs une constatation qui mine la théorie orthodoxe de S. Solazzi et de ses partisans, puisque l'*actio exercitoria* est supposée être pertinente même lorsque l'agent n'est pas un dépendant du principal, et cela dès sa création, à moins d'accepter la thèse de P. Fabricius¹⁹, selon laquelle cette action aurait subi une évolution au cours de son histoire, thèse rejetée par De Ligt et considérée (p. 209) comme «a secondary assumption [which] sheds considerable doubt on the overall validity of his [= Aubert's] scheme». De fait, si l'on accepte, ce qui n'est pas mon cas, «the basic fact that ... any reconstruction in which there is no need to resort to such secondary assumptions should be regarded as superior» (p. 211), la quatrième prémisse sous-tendant la thèse de De Ligt pourrait lui être fatale pour cette raison précise: «In the early stages of the development of agency the overriding concern was to give the principal as much control as possible over the extent of his liability. It was only later on that more attention began to be paid to the interests of the creditors» (p. 212).

D'un point de vue méthodologique, le recours à des hypothèses (libellées «central idea underlying the foregoing discussion» lorsqu'il s'agit de la thèse proposée par l'auteur, et «assumptions» dans le cas des prémisses proposées par un contradicteur), qu'elles soient primaires (le plus souvent) ou secondaires (le moins possible), est dans la nature des choses, étant donné l'état des sources. Mais en l'occurrence, ce que De Ligt condamne comme mon hypothèse secondaire, à savoir l'idée que les *actiones exercitoria* et *institoria* n'auraient eu

¹⁸ AUBERT, *Business Managers* (1994) 203.

¹⁹ P. FABRICIUS, *Der gewaltfreie Institor im klassischen römischen Recht* (Würzburg 1926).

cours à l'origine et dans un premier temps que lorsque l'agent était un dépendant du principal pour s'étendre par la suite aux situations impliquant des agents outsiders²⁰, n'est que la traduction de ce que propose Ulpien au 29^e livre de son commentaire sur l'édit (D. 15.1.1 pr.): *Ordinarium praetor arbitratus est prius eos contractus exponere eorum qui alienae potestati subiecti sunt, qui in solidum tribuunt actionem, sic deinde ad hu(n)c pervenire, ubi de peculio datur actio*. De deux choses l'une: soit l'on considère que la disposition adoptée par le préteur dans son exposé reflète une certaine réalité historique, comme S. Solazzi et ses adeptes l'ont suggéré, soit on démontre au moyen d'arguments positifs que ce n'est pas le cas. Mais la combinaison des textes d'Ulpien (cf. ci-dessus) et de Gaius²¹ me paraît fournir un indice relativement cohérent qui n'a jamais été rejeté que pour des raisons dogmatiques et en invoquant une fois de plus le biais de l'interpolation. Sur un problème aussi peu documenté que la chronologie de l'introduction des diverses *actiones adiecticiae qualitatis*, quelques textes, aussi elliptiques soient-ils, valent mieux que pas de textes du tout. Dans un même ordre d'idée, on pourrait souligner qu'aucun texte ne suggère que la priorité du préteur était de limiter la responsabilité du principal (p. 212-13), alors que quelques textes révèlent le parallélisme entre responsabilité noxale ou délictuelle du maître (fixée au montant du dommage causé par son dépendant) et sa responsabilité contractuelle²². Tout porte donc à croire que le droit prétorien, à l'instar du droit civil, était plus intéressé à protéger les intérêts des tiers contractants que ceux des principaux. Mais on verra tantôt que la thèse de De Ligt se heurte à un autre obstacle pratique, plus décisif que l'absence de base textuelle.

L'argument formel n'aboutit à aucune conclusion péremptoire. C'est donc bien vers l'étude du contexte socio-économique qu'il faut se tourner. Tous ceux qui se sont penchés sur la question considèrent que ce sont les besoins pratiques des acteurs économiques, besoins liés aux développements de la société et de l'économie dans la mesure où ils peuvent être reconstitués avec un certain degré de probabilité, qui ont constitué le moteur de l'innovation prétorienne. De Ligt (223) croit trouver dans l'*actio de peculio* une réponse adéquate aux

²⁰ FABRICIUS, *Der gewaltfreie Institor* (1926); AUBERT, *Business Managers* (1994) 84 et 91-95.

²¹ Gai 4.70-71 et D. 14.5.1 (Gai. 9 *ad ed. prov.*).

²² AUBERT, *Business Managers* (1994) 71-75.

besoins nés de l'essor de l'économie, en particulier du développement de l'exploitation agricole esclavagiste, de l'artisanat et du commerce, terrestre et maritime, au cours du III^e siècle av. J.-C. Comme il a été suggéré ci-dessus, il est difficile d'évaluer l'importance de ce développement par rapport aux périodes précédente (IV^e/III^e siècle) et suivante (II^e siècle). Mais un point mérite une attention particulière: c'est la notion de *peculium*, en tant que partie, isolée d'un point de vue comptable, du patrimoine du principal (*res familiaris*). Selon le système de l'*actio de peculio*, la responsabilité du principal pour les actes de son dépendant, mandaté ou non, est limitée au montant du *peculium*, probablement au moment de la conclusion du contrat sur la base duquel un tiers contractant décidera de se retourner contre le principal. Même dans une économie très rudimentaire, tout patrimoine (*res familiaris* ou *peculium*) est constitué non seulement d'une encaisse, mais aussi d'un actif et d'un passif, en nature et en espèces, dont le bilan fait l'objet d'une comptabilité parfois écrite, mais peut-être peu détaillée, voire peu précise. Comme le démontre l'exemple de Midas et d'Athenogenes dans le discours d'Hyperides, il devait être très difficile pour un tiers contractant de se faire une idée ne serait-ce que générale du contenu et de la nature du *peculium*, a priori et à combien plus forte raison a posteriori, c'est-à-dire lorsqu'agent et principal auraient tout intérêt à cacher une partie des avoirs pour éviter de devoir éponger la dette. De toute façon, le système supposerait une maîtrise, relativement répandue dans les milieux serviles, des principes de la comptabilité, donc de l'usage de l'écriture et de l'arithmétique, conditions moins probables au III^e s. qu'au II^e. Et même si l'on peut admettre qu'à l'instar du *vilicus* de Caton²³, de nombreux esclaves pouvaient faire valoir des compétences dans le domaine de l'alphabétisation et de la comptabilité²⁴, il n'en allait pas nécessairement de même des tiers contractants.

Pour que le concept de responsabilité limitée ait un sens, il faut donc qu'un tiers contractant ait quelque certitude sur l'état du *peculium* (voire de la *res familiaris* si l'on veut prendre en ligne de comp-

²³ Cato, *Agr.* 2.2 et 5; et 5.4 (vers 160 av. J.-C.).

²⁴ Sur ce point, W.V. HARRIS, *Ancient Literacy* (Cambridge MA 1989) 151-174, surtout 162-163, sur la base duquel on résistera à l'*argumentum e silentio*. Cf. aussi J.-J. AUBERT, *De l'usage de l'écriture dans la gestion d'entreprise à l'époque romaine*, in J. ANDREAU, J. FRANCE, S. PITTIA (éds), *Mentalités et choix économiques des Romains* (Paris-Bordeaux 2004) 127-147, surtout 141-144.

te l'enrichissement du principal). Hormis les terres, tous les biens mobiliers sont vulnérables, éphémères et faciles à dissimuler (esclaves, bétails, stocks, etc.). Il en va de même des espèces monétaires. De plus, si l'agent se trouve à la tête d'un atelier, il faut encore distinguer ce qui fait partie du *peculium* de ce qui fait partie de l'*instrumentum*. Finalement, contrairement à l'assertion de De Ligt (p. 215), il n'est pas exclu que certains *peculia* aient été importants et complexes, reflets du succès professionnel de l'agent et de la gratitude et des encouragements du principal à son égard²⁵. Inutile d'insister plus longuement sur le fait que ce type de garantie est extrêmement volatile. L'objection opposée ici à la solution proposée par De Ligt prend un sens particulier lorsque l'on songe que l'une des faiblesses relevées (p. 214) à l'endroit d'un système de gestion sanctionné par les *actiones exercitoria* ou *institoria* consiste dans la difficulté de déterminer quelles transactions entrent ou non dans le cadre de la *praepositio*. Il est vrai qu'une grande partie de la jurisprudence conservée dans les titres 14.1 et 14.3 du *Digeste* de Justinien traite justement de ce problème. Mais contrairement à l'évaluation du *peculium*, tout comme celle de l'enrichissement présumé du principal (*in rem versum*, cf. De Ligt 216), la réponse à la question précédente est binaire (oui ou non) et pouvait être le fait, dans le cadre de la procédure formulaire, d'une décision judiciaire ou arbitrale (*apud iudicem*) fondée sur le contenu de la *lex praepositionis*, d'éventuels *proscriptiones* ou *iussus*, voire de la coutume ou de l'équité.

Un dernier point soulevé par De Ligt (p. 223, n. 70) mérite d'être clarifié. En adoptant une chronologie relativement basse pour l'introduction de toutes les *actiones adiecticiae qualitatis*, j'avais suggéré qu'il y avait dû y avoir une époque – antérieure à cette introduction – où les esclaves étaient capables de négocier des contrats juridiquement valables (parce qu'ils pouvaient améliorer la condi-

²⁵ On pensera aux cas extrêmes attestés au I^{er} siècle apr. J.-C. de ce *dispensator* de Néron qui a payé sa liberté la bagatelle de 13 millions de sesterces (Pline, *n.h.* 7.39.129) ou de cet autre *dispensator*, Musicus Scurranus, attaché au *fiscus Gallicus provinciae Lugdunensis* sous Tibère (*CIL.* VI 5197 = *ILS.* 1514), qui se déplaçait avec un train de *vicarii*. Pour un exemple de la difficulté d'évaluation de patrimoine envisagé par les juristes en rapport avec le *kalendarium*, cf. Scaevola (3 resp.) D. 31.88 et G. MINAUD, *Principes de comptabilité privée dans le monde antique romain* (Aix-en-Provence 2002) 255, ouvrage maintenant publié sous le titre *La comptabilité à Rome. Essai d'histoire économique sur la pensée comptable commerciale et privée dans le monde antique romain* (Lausanne 2005).

tion de leur maître), sans pour autant garantir aux tiers contractants l'exécution de leur partie du contrat en vue d'éteindre leur obligation. Ainsi, avant l'introduction de l'*actio de in rem verso*, un esclave qui se voyait remettre une somme d'argent en contrepartie d'une prestation à venir ou jugée a posteriori insatisfaisante ne pouvait engager la responsabilité de son maître. De Ligt juge un cas de figure de ce genre «self-contradictory and unconvincing. One need only ask how many people are likely to have been willing to do business with slaves on such a basis» (*ibid.*). Répondre «aucun» à cette question rhétorique équivaut à dire qu'avant l'introduction des *actiones adiecticiae qualitatis*, que ce soit au III^e ou au II^e siècle av. J.-C., esclaves, fils de famille et tous les autres *alieni iuris* étaient exclus de la vie économique en dehors de l'entité familiale. Mais, une fois encore, le cas de Midas et d'Athenogenes nous fournit une réponse moins catégorique et plus réaliste. Si Athenogenes avait pris soin de faire passer au nouvel acquéreur, au moyen d'une clause spéciale des *synthekai*, les dettes contractées par son agent, ce n'est pas parce que le droit athénien du IV^e siècle av. J.-C. disposait d'un instrument juridique comparable aux *actiones adiecticiae qualitatis*, mais bien plutôt parce que le non-remboursement des dettes de Midas, que ce soit par son ancien ou par son nouveau propriétaire, pouvait entacher gravement le statut civique et social de celui sous l'égide de qui ces dettes avaient été contractées²⁶. L'insolvabilité de Midas condamnait Athenogenes à l'*atimia* (l'équivalent grec du latin *infamia* ou *capitis deminutio*). De même, le maître d'un esclave obligé contractuellement avant la création des *actiones adiecticiae qualitatis* engageait non pas sa fortune (*in solidum* ou non), mais sa *fides*, c'est-à-dire son crédit et sa respectabilité. Et c'est bien ce concept de *fides* du principal qui est invoqué par Gaius (*Inst.* 4.70) pour justifier la création des *actiones quod iussu, exercitoria* et *institoria* et qui, relevant du *ius gentium* plus que du droit civil, remonte probablement aux origines de Rome, pour trouver une sanction dans la procédure formulaire²⁷. Et ce n'est vraisemblablement que lorsque le monde des affaires a transcendé le cadre restreint de la cité pour se diffuser

²⁶ Hyperides, *Athen.* 27. Il s'agit bien sûr d'une crainte exprimée par Epikrates, puisque la responsabilité des dettes de Midas lui a été transférée par la convention de vente. Cf. M.H. HANSEN, 'Atimia' in Consequence of Private Debts?, in J. MODRZEJEWSKI, D. LIEBS (éds.), *Symposion 1977* (Cologne-Vienne 1982) 113-120.

²⁷ M. KASER, *Das römische Privatrecht* I² (Munich 1971) 171, 200, 486.

dans les campagnes (*fundi, officinae*) ou dans les ports d'outre-mer, ou encore lorsqu'il a perdu son caractère aristocratique pour se démocratiser en recourant à des acteurs de condition ou d'origine servile, que ce concept de *fides* a dû se traduire en responsabilité contractuelle chiffrée en espèces numéraires, un phénomène impliquant un certain degré de monétarisation de l'économie. De telles conditions sont possibles au III^e siècle, et deviennent de plus en plus probables au II^e. L'augmentation progressive et durable de la population servile, le développement du phénomène de la villa catonienne et la réglementation restrictive du commerce maritime par le *plebiscitum Claudianum* de 218 peuvent dès lors être retenus comme les facteurs visibles présidant à l'instauration de conditions cadres adéquates pour stimuler les créations en matière de droit prétorien.

Pour conclure, on admettra que le manque de clarté des sources ne permet pas d'être aussi précis qu'on pourrait le souhaiter sur la chronologie et les modalités de l'introduction du droit de la représentation indirecte au cours de la période républicaine. Mais des sources existent et doivent contribuer à la construction des modèles: leur rejet pour cause d'inadéquation à un modèle préconçu constitue un biais inacceptable. Sur un plan plus général, l'application d'une méthode historique et exégétique transcende l'intérêt de la question particulière, sous peine de verser dans un positivisme futile. Ainsi, toute reconstruction doit déterminer préalablement

- quelle valeur donner aux *argumenta e silentio*,
- dans quelle mesure le consensus d'un groupe de savants élève une simple supposition au rang de fait,
- quel poids attribuer à une supposition par rapport au témoignage des sources primaires,
- si une série de suppositions dépendantes l'une de l'autre mine immanquablement une reconstruction fondée de toute nécessité sur des prémisses subjectives ou impressionnistes,
- et si une série de suppositions peut donner lieu en fin de compte à des conclusions acceptables²⁸.

Il va de soi, au vu de la démonstration qui précède, que ma réponse ne peut être que minimaliste ou négative.

²⁸ Je reprends ici les conclusions auxquelles j'avais abouti dans un autre contexte, cf. J.-J. AUBERT, *Conclusion: A Historian's Point of View*, in J.-J. AUBERT, A.J.B. SIRKS (éds), *Speculum Iuris: Roman Law as a Reflection of Social and Economic Life* (Ann Arbor, Mi. 2002) 189-190.