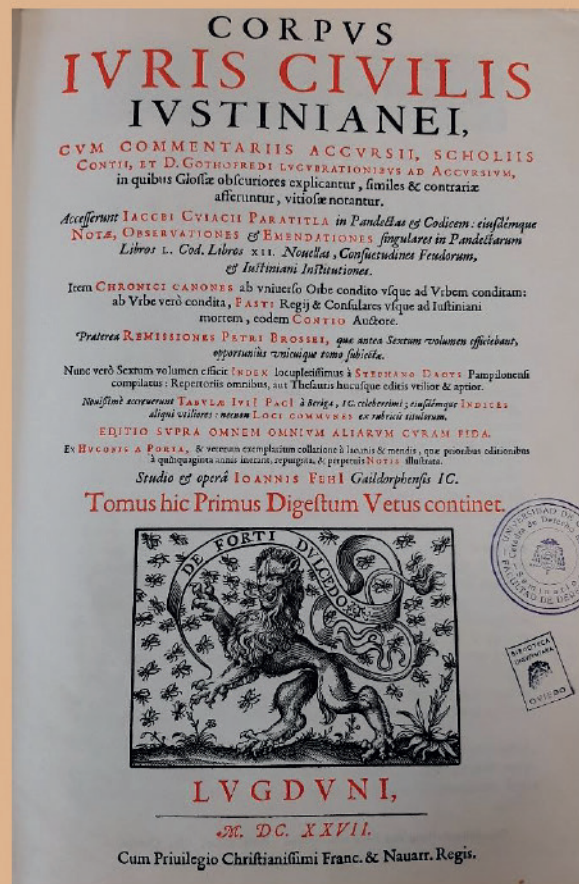


RIDROM

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

N.º 29 (2022)



Universidad de Oviedo



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Octubre-2022

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>



ÍNDICE

ARTÍCULOS

- The nature of the mule
PAUL J. DU PLESSIS 1
- Torturas, brujas, *maiestas* ...
Tortures, witches, mayesty ...
FELICE MERCOGLIANO 23
- Perspectiva histórica de la elasticidad del principio *salva rerum substantia*
Historical perspective of the elasticity of the principle salva rerum substantia
HENAR MURILLO VILLAR 36
- La anticresis en el derecho romano: algunas observaciones a propósito
de los documentos de la praxis greco-egipcia de época romana
*The antichresis in roman law: some observations regarding the documents of
the roman time graeco-egyptian legal practice*
XESÚS PÉREZ LÓPEZ 78
- L'intelligence artificielle, une chose nouvelle?
Artificial intelligence, a new thing?
PHILIPPE ROPENGA 158
- Comparación entre el tribuno de la plebe y el *defensor civitatis*.
A propósito de la prisión preventiva.
Comparison between the tribune of the plebs and the defensor civitatis.
About preventive detention.
ANDREA TRISCIUOGGIO 336
- La representación procesal en castilla: el personero y su relación con
el *vindex*, el *cognitor* y el *procurator*.
*Procedural representation in castile: the personero and his relationship with
the vindex, the cognitor and the procurator*
ALEJANDRO VALENCIA VIROSTA 366

Pactum de retrovendendo y su escaso tratamiento en las fuentes.
Pactum de retrovendendo and its rare treatment at the sources.

CARLOS VARELA GIL.

406

RECENSIONES

XESÚS PÉREZ LÓPEZ, *Metodología en la investigación del derecho romano: el latín jurídico romano y su caracterización*, ed. Edisofer S.L., ISBN: 978- 84-18493-32-4, 2022, 259 pp.

MARGARITA FUENTESECA DEGENEFFE

457

CIDONCHA REDONDO, FRANCISCO, *El concubinato y el contubernio en la sociedad romana (siglos I a.C.-III d. C.)*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2021, 358 pp.

ALICIA VALMAÑA OCHAÍTA

468



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN1989-1970

Octubre-2022

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Fulltextarticle

Fecha de recepción: 17/08/2022	Fecha de aceptación: 30/09/2022
Palabras clave: <i>Imperitia, skill, locatio conductio operis faciendi, culpa, mules, donkeys, horses.</i>	Keywords: <i>Imperitia, skill, locatio conductio operis faciendi, culpa, mules, donkeys, horses.</i>



THE NATURE OF THE MULE

Paul J. du Plessis¹

Professor of Roman law, School of Law,
The University of Edinburgh
ORCID: 0000-0003-2272-6905

(DU PLESSIS, Paul. The nature of the mule RIDROM [on line]. 29-2022.ISSN 1989-1970.p.1-22.

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Abstract:

This paper is concerned with the emergence of the concept of *imperitia* (lack of skill) as a form of *culpa* (fault) in the context of the Roman contract of letting and hiring. After revisiting the state of the debate, this paper focuses on one of the many different contexts in which lack of skill is discussed in Roman juristic thought, namely the mule driver. The central question posed by this article is why mule drivers were deemed in law to be “skilled” workers and how this assessment fits into the Roman jurists’ assessment of lack of skill as a form of fault.

¹ Professor of Roman law, School of Law, The University of Edinburgh. [Curriculum Vitae](#)

Summary. 1. Introduction. 2. What is an “expert”? 3. The problem with mules. 4. Conclusions.

1. Introduction

The teaching of Roman law as a component of contemporary legal education is not without differing opinions regarding how the subject should be taught. Some scholars prefer a contextual approach in which the growth and decline of Roman legal rules are explained with reference to larger contexts, while others, who prefer a more abstract, dogmatic approach, see the enduring value of the subject primarily in the teaching of isolated *regulae iuris*, shorthand statements expressing a key principle of the civilian tradition, to students in an abstract manner, which could then be applied in a deductive manner to contemporary legal problems arising in legal systems founded on Roman law.² Both approaches are, of course valid, but given the tendency of those who support the latter approach to negate the value of the contextual approach, it is worth demonstrating, as this article will do, why the abstract, dogmatic approach is not the panacea that it pretends to be.³ A strictly dogmatic approach, while potentially valuable and useful in certain contexts, is not without drawbacks. Chief among these is that it tends to downplay the extent to which these *regulae* are compressed arguments that require significant intellectual unpacking to retain their utility in different (read: modern) contexts. To demonstrate this

² Babusiaux, ‘The Future of Legal History’., generally.

³ Zimmermann, ‘Savigny’s Legacy. Legal History, Comparative Law, and the Emergence of a European Legal Science’., generally.

point, this piece will focus on one such rule, found in a Roman-law text on the contract of letting and hiring, namely that lack of skill (*imperitia*) counts as fault (*culpa*).⁴ The idea is articulated in several Roman-law texts, but perhaps nowhere as clearly as one by the Roman jurist, Ulpian. The text expresses it in the following manner:

D. 19, 2, 9, 5 Ulp. 32 ad ed.

Celsus etiam imperitiam culpa ad numerandam libro octavo digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit.

In this text, Ulpian cites the work of the jurist Celsus with approval. According to Celsus, in the eighth book of his *Digesta*, lack of skill (*imperitia*) should count (*adnumerare*) as fault (*culpa*). What follows is a summary of the main points of the Celsinian argument. Celsus lists three examples from commercial practice to substantiate his position. If someone undertakes to complete the task of raising calves, mending cloth, or polishing gems or marble, they will be liable under the contract of letting in hiring for any damage caused by their fault. In cases such as the ones listed, lack of skill (*imperitia*) amounts to fault, for the purposes of the law. The crux of Celsus' reasoning is summarised rather succinctly – the reason why lack of

⁴ Martin, 'Imperitia', for a full survey of the appearance and development of this concept in Roman law.

skill amounts to fault is because those who entered contracts of this kind had done so “as an expert” (*utartifex*).

2. What is an “expert”?

The statement in D. 19, 2, 9, 5 Ulp. 32 ad ed. requires some unpacking. The default standards of liability in letting and hiring are either *dolus* or *culpa*.⁵ In legal terms, this meant that the parties to the contract were obliged by law to fulfil their duties under it in good faith as encapsulated in the *lex contractus* or according to wider norms accepted within a specific case. Any behaviour which deviated from these duties, depending on its severity, would be termed either *dolus* or *culpa*, and would lead to the termination of the contract and a suit for damages. The terms *dolus* and *culpa* were abstract labels given by the Roman jurists to specific types of behaviour manifesting within the context of the contract itself. In purely abstract terms, they meant very little. In assessing whether behaviour in any given situation should be classed as culpable, the legal actors in the case (whether the Roman jurists providing advice

⁵ D. 50, 17, 23, Ulp. 29 ad Sab. *Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum: depositum et precarium. dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolum praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.*

or the judge presiding over the case) had to look at the facts.⁶ But facts in themselves were not sufficient. Apart from the facts of the case, these actors also had to take the broader context into account. While the Roman jurists tended to reason using abstractions, these were informed by and wholly dependent upon the world in which they inhabited (more about this presently).⁷

In the Roman legal text quoted above, the default position on liability has been expanded, or rather, rendered more precise. Ulpian, citing Celsus with approval, states that lack of skill should count as a form of *culpa*. This development suggests that the Roman jurists began to separate out a group or list of tasks which required specialist skills (*utartifex*). The historical processes whereby these types of tasks came to be recognised as specialised is lost in the mists of time.⁸ As Martin pointed out in her study:

“[T]he jurists’ development of *imperitia* as a legal doctrine was the product of a complex relationship between law and its social and economic context.”⁹

⁶ Ando and Sullivan, *The Discovery of the Fact.*, especially chapters 2 and 8 for insights into the construction of facts in Roman legal reasoning.

⁷ Easterbrook, ‘Abstraction and Authority’, for a survey of the functions of abstraction in legal reasoning. For a survey of the modes of reasoning of the Roman jurists, see the essays collected in Spagnolo and Sampson, *Principle and Pragmatism in Roman Law / Edited by Benjamin Spagnolo and Joe Sampson.*, generally.

⁸ Martin, ‘*Servum Meum Mulionem Conduxisti*’, 311.

⁹ Martin, ‘*Imperitia*’, 108.

As the text (D. 19, 2, 9, 5 Ulp. 32 ad ed.) quoted above shows, it was an open-ended list that included matters as diverse as raising cattle, to mending clothes. There is no evidence that a *numerus clausus* of “specialist tasks” ever formed in the minds of the Roman jurists. Some of these tasks, such as construction and medicine, have left a larger footprint in the Roman legal sources but it is clear from the texts that no comprehensive and definitive list ever existed of specialist skills for the purposes of this area of the law. Although the issue of specialist skills centres around the term “specialist” (*artifex*), Roman legal sources show that no constitutive definition of the term was ever formed. Apart from the mention in the text above, only three further references exist in Roman legal sources.¹⁰ Of these, two are insightful, primarily because they refer to types of specialist skills which have left a bigger footprint in the Roman legal sources:

D. 19, 2, 13, 5 Ulp. 32 ad ed.

Si gemma includenda aut insculpenda data sit eaque fracta sit, si quidem vitio materiae fractum sit, non erit ex locato actio, si imperitia facientis, erit. huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex receperat: tunc enim etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio.

D. 19, 2, 22, 2 Paul. 34 ad ed.

Cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert et tamen locatio est: locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem.

¹⁰ The remaining one is D. 38, 1, 7, 5 Ulp. 28 ad Sab., which contains a reference to a “*histrionum vel alterius voluptatis artifex*”.

The first text concerns the cutting and polishing of a precious gem.¹¹ Ulpian argues that if the gem shatters owing to a fault in the stone, the gem cutter won't be liable to the customer, the owner of the stone, under contract for the loss suffered. This is contrasted to the case where the fragmenting of the stone was caused by the lack of skill of the gem cutter. In such a case, he will be liable under the contract. The latter part of the text shows that the parties could vary these terms by way of contract. Thus, the gem cutter could expand his liability also to include faults in the gem. The motivations for doing so are not given, but may relate, for example, to a gem cutter being so confident in their skills and, having inspected the gem beforehand, that they would be prepared to undertake a riskier bargain.

The second text refers to the construction of a tenement building which has been tendered out.¹² It is written from the perspective of the customer wishing to have the tenement constructed. In this case, the details deviated from the industry norm. Whereas normally, the customer would supply the building materials from which the tenement should be constructed, in this case the builder did everything (*omnia faciat*) and presented the customer with the completed building. The question posed here is whether this would still qualify by law as a construction contract (*l.c. operisfaciendi*), to which Paul answers in the affirmative, the

¹¹ See Wacke, 'Bruchschäden an Diatretglass Und Gemme', generally, for a fully survey.

¹² Martin, 'The Case of the Collapsing Watercourse', generally.

reason being that what is contracted for is the specialist skill (*locat enim artifex operam suam*).

As these two cases demonstrate, the term *artifex* was context dependent. The Roman jurists did not formulate a constitutive definition of what constituted “an artisan” or which professions were indicative of “specialist skills”.¹³ Rather, it was a matter which could only be determined by looking at the specific context in which the legal issue had arisen and the prevailing contexts (mainly socio-economic). Martin, in her article on construction as a specialist skill in Roman law formulated it as follows:

“Building contracts were an area in which specialized knowledge had an important role to play. These contracts normally created a relationship between a skilled individual and one who had no particular knowledge of construction. Many lawsuits probably developed as a result of disappointed expectations, as for example, if the employer did not feel that the construction perfectly implemented his vision of the project, or the builder considered the employer’s expectations unrealistic. The jurists doubtless preferred to avoid assessing on a case-by-case basis the degree to which individual expectations of skill had been fulfilled. This task would also presuppose a certain degree of knowledge about building. Instead, they increasingly referred to the prevailing standard in the trade as a valid standard for the law of contract.”¹⁴

¹³ Martin, ‘Imperitia’, 108.

¹⁴ Martin, ‘The Case of the Collapsing Watercourse’, 435–36.

The final sentence of this quotation is particularly insightful. Even though the Roman jurists dealt with abstractions, these were not wholly divorced from the world in which they operated. After all, as experts who advised clients and Roman officials, they were at the thin end of the wedge when it came to law-making. Whatever concepts and categories they developed in their juristic writing, these would have been rooted in their experience of applying the law to achieve justice. Their experiences of the world around them continued to feed into the abstractions created for the purposes of the law.

3. The problem with mules

To illustrate this point, I will focus in this piece on one specific manifestation of *imperitia* discussed in the Roman legal sources, namely in relation to drivers of mules.¹⁵ Although there are several references to *imperitia* and the drivers of mules in the Roman legal corpus, none is perhaps clearer than the following statement by Gaius:

D. 9, 2, 8 Gai. 7 ad ed. provinc.

Idem iuris est, si medicamento perperam usus fuerit. sed et qui bene secuerit et dereliquit curationem, securus non erit, sed culpa reus intellegitur. mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum

¹⁵ Martin, 'Servum Meum Mulionem Conduxisti', for a survey.

retinere non potuerit, si eae alienum hominem obtriverint, volgo dicitur culpa nomine teneri. ...

This text, preserved in the context of discussions of wrongful damage to property, shows that lack of skill on the part of a doctor, manifesting in improper aftercare of a patient on which he had operated carefully, and lack of skill of a mule driver in controlling his mules, thus leading to wrongful damage, both qualify as *culpa* under the *lex Aquilia*.¹⁶

To explain further why context is important in relation to mule driving as a specialist task, the proverbial net must be drawn somewhat wider to a survey of four-footed animals, specifically those classified as beast of burden, in Roman law. As most scholars of Roman law will be aware, there were three animals of the kind that crop up in Roman legal texts with some regularity, namely the donkey, the horse, and the mule. Although other types of beasts of burden, like the camel, are mentioned in passing, they leave a rather small imprint upon the Roman legal sources.¹⁷ Many reasons may be offered for this, ranging from the focus of the legal texts to the activities of Justinian's commissioners. The most plausible reason may be one of legal focus:

Epit. Ulp. 19, 1.

¹⁶ Israelowich, 'Professional Liability and Forensic Science in the Context of the Lex Aquilia', on doctors. The contractual basis of the relationship between patient and doctor could have been more strongly addressed in this article.

¹⁷ On camels, see D. 9, 2, 2, 2 Gai. 7 ad ed. provinc., D. 50, 4, 18, 11 Arcad. l. s. de mun. civil., Gai. 2, 16, Epit. Ulp. 19, 1., CTh. 1, 15, 11, 0. (380 April. 4). Idem AA. Iustiano vic. Ponticae.

Omnes res aut mancipi sunt aut nec mancipi. Mancipi res sunt praedia in italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus; item iura praediorum rusticorum, velut via, iter, actus, aquaeductus; item servi et quadrupedes, quae dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini. Ceterae res nec mancipi sunt. Elefanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt.

Donkeys, horses, and mules were *res mancipi*, while more exotic animals such as elephants and camels were not. This classification of the three most common beasts of burden in the ancient Mediterranean as belonging to a special class of property, ownership of which could only be transferred using a formalised ritual known as a *mancipatio*, suggests that such animals would be at the forefront of juristic discussions than others. Evidence for this can also be seen, for example, in the frequency with which these types of beasts of burden appear in juristic discussions of the *lex Aquilia*, chapter 1, which catered for wrongful destruction of, among others, four-footed animals of burden.

When comparing the legal profiles of these three types of beasts of burden across Roman legal sources, however, important differences appear. By “legal profiles” here is meant the way in which the Roman jurists abstracted “donkey”, or “horse” across their juristic discussions. As will presently become clear, these abstractions contain important insights. Let us take the donkey first.

A survey of the references to donkeys across all Roman legal texts shows that they are treated in an entirely passive manner.¹⁸ I use the term “passive” here to highlight the fact that no reference is made by any Roman jurist to the natural temperament of the animal. Thus, Roman juristic discussions involving donkeys treat them entirely passively as the objects of wrongful damage to property, for example, or as forming part of the *instrumentum* of a business or a piece of land, or as the object of a legacy. I will cite two texts as examples:

D. 33, 7, 12, 10 Ulp. 20 ad Sab.

Et molas et machinas, fenum stipulas, asinum machinarium, machinam frumentariam, vas aeneum, in quo sapa coqueretur et defrutum fiat et aqua ad bibendum lavandamque familiam paratur, instrumenti esse, et cribra, et plaustra quibus stercus evehatur.

D. 9, 2, 2, 2 Gai. 7 ad ed. provinc.

Ut igitur apparet, serois nostris exaequat quadrupedes, quae pecudum numero sunt et gregatim habentur, veluti oves caprae boves equi muli asini. sed an sues pecudum appellatione continentur, quaeritur: et recte Labeoni placet contineri. sed canis inter pecudes non est. longe magis bestiae in eo numero non sunt, veluti ursi

¹⁸ D. 9, 2, 2, 2 Gai. 7 ad ed. provinc., D. 32, 60, 3 Alf. 2 dig. a Paulo epit., D. 33, 7, 12, 10 Ulp. 20 ad Sab., D. 33, 7, 18, 2 Paul. 2 ad Vitell., D. 47, 2, 52, 20 Ulp. 37 ad ed., I. 4, 3, 1, Gai. 1, 120, Paul. 3, 6, 37., Paul. 3, 6, 64., Epit. Ulp. 19, 1., Lex agraria. 16., CTh. 8, 5, 38, 0. (382 April. 24). Idem AAA. Floro pp., CTh. 8, 5, 41, 0. (382 Sept. 20). Idem AAA. Filagrino com. Orientis.

leones pantherae. elefanti autem et cameli quasi mixti sunt (nam et iumentorum operam praestant et natura eorum fera est) et ideo primo capite contineri eas oportet.

As these two legal texts show, donkeys are treated as domesticated and docile, without any reference to potential harm that they might cause.

Compared to donkeys, horses and mules are approached quite differently in Roman legal texts. I will treat horses first, before moving on to mules.¹⁹The first thing to note is the point of contact between donkeys and horses, as the following legal text shows:

D. 47, 2, 52, 20 Ulp. 37 ad ed.

Si quis asinum meum coegisset et in equas suas τῆς γονῆς dumtaxat χάρην admisisset, furti non tenetur, nisi furandi quoque animum habuit. quod et Herennio Modestino studioso meo de Dalmatia consulenti rescripsi circa equos, quibus eiusdem rei gratia subiecisse quis equas suas proponebatur, furti ita demum teneri, si furandi animo id fecisset, si minus, in factum agendum.

¹⁹ D. 6, 1, 5, 2 Ulp. 16 ad ed., D. 9, 1, 1, 4 Ulp. 18 ad ed., D. 9, 1, 1, 7 Ulp. 18 ad ed., D. 9, 1, 5, Alf. 2 dig., D. 9, 2, 57, Iav. 6 ex post. Labeonis., D. 13, 6, 5, 7 Ulp. 28 ad ed., D. 13, 6, 23, Pomp. 21 ad Q. Muc., D. 16, 3, 1, 5 Ulp. 30 ad ed., D. 17, 2, 58, pr Ulp. 31 ad ed., D. 21, 1, 38, 7 Ulp. 2 ad ed. aedil. curul., D. 21, 1, 38, 14 Ulp. 2 ad ed. aedil. curul., D. 31, 65, 1 Pap. 16 quaest., D. 47, 14, 3, pr Call. 6 de cogn., D. 49, 15, 2, 1 Marcell. 39 dig., D. 49, 16, 12, 1 Macer 1 de re milit., I. 2, 1, 37, I. 4, 1, 6, I. 4, 9, pr, Gai. 3, 196, Gai. 4, 27, Paul. 2, 4, 3., Paul. 5, 18, 1., Paul. 5, 18, 4., Interpr. Paul. sent. II 4, 3., Coll. 11, 3, 1., Coll. 11, 5, 1., Coll. 11, 8, 1., Edict. Theodor. lvii., Edict. Theodor. lviii.

This text, usually cited owing to the information it reveals about Modestinus, reveals that the mule is the offspring of a male donkey and a female horse. The focus of the text is “theftuous intent” where a person’s donkey has been used to impregnate the mares of another.

When surveying the references to horses across Roman legal sources, certain stock themes emerge. Much like donkeys, horses were moveable objects that could be sold, lent, and stolen. Evidence of the greater economic value of horses is to be found in juristic discussions concerning “permissible use” where a horse has been lent out, or the number of horses that had to be stolen before someone would be treated under Roman criminal law as an *abigeus* or *abactor* (cattle thief) who was subject to more severe penalties than a common thief. I cite two legal texts to demonstrate these stock themes:

Gai. 3, 196

Itaque si quis re, quae apud eum deposita sit, utatur, furtum committi; et si quis utendam rem acceperit eamque in alium usum transtulerit, furti obligatur, veluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad cenam invitaturus /rogaverit /, et id peregre secum tulerit, aut si quis equum gestandi gratia commodatum longius /cum /aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem perduxisset.

I. 4, 1, 6

Furtum autem fit non solum, cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis alienam rem invito domino

contractat. Itaque sive creditor pignore sive is apud quem res deposita est ea re utatur sive is qui rem utendam accepit in alium usum eam transferat, quam cuius gratia ei data est, furtum committit. Veluti si quis argentum utendum acceperit quasi amicos ad cenam invitaturus et id peregre secum tulerit, aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem equum perduxisset.

Apart from these, there is one aspect of the discussion of horses in Roman legal sources which is noteworthy, primarily because of its difference to the discussion of donkeys. In Roman legal texts in which horses are mentioned, their natural temperament, more specifically their tendency to kick, is mentioned where it is relevant to the legal matter to hand. Thus, for example, in the two text below:

D. 9, 1, 1, 4 Ulp. 18 ad ed.

Itaque, ut Servius scribit, tunc haec actio locum habet, cum commota feritate nocuit quadrupes, puta si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit, aut mulae propter nimiam ferociam: quod si propter loci iniquitatem aut propter culpam mulionis, aut si plus iusto onerata quadrupes in aliquem onus everterit, haec actio cessabit damnique iniuriae agetur.

D. 9, 1, 5, Alf. 2 dig.

Agaso cum in tabernam equum deduceret, mulam equus olfecit, mula calcem reiecit et crus agasoni fregit: consulebatur, possetne cum domino mulae agi, quod ea pauperiem fecisset respondi posse.

Both texts are concerned with the ancient remedy of *pauperies*, a form of liability assigned to the owners of four-footed animals where they cause loss of their own accord, in other words through their natural temperament, rather than because of human interference.²⁰ In the latter case, of course, delictual liability under the *lex Aquilia* would be potentially available. In both texts concerning *pauperies*, the natural temperament of the horse is to kick. In fact, in the first text, the horse is described as *calcitrosus* (inclined to/prone to kicking).

The observant reader will have noticed that in D.9.1.1.4, another four-footed animal is mentioned whose natural temperament may lead to liability under *pauperies*. This is, of course, the mule.²¹ In this text, mules are described as having “excessive ferocity” (*aut mulae propter nimiam ferociam*). This then brings us back to the following text cited at the start of this piece:

D. 9, 2, 8 Gai. 7 ad ed. provinc.

Idem iuris est, si medicamento perperam usus fuerit. sed et qui bene secuerit et dereliquit curationem, securus non erit, sed culpa reus

²⁰ Jackson, ‘Liability for Animals in Roman Law’, generally.

²¹ D. 9, 1, 1, 4 Ulp. 18 ad ed., D. 9, 2, 8, 0¹gai. 7 ad ed. provinc., D. 9, 2, 52, 2 Alf. 2 dig., D. 14, 3, 5, 5 Ulp. 28 ad ed., D. 19, 2, 60, 7 Lab. 5 post. a Iav. epit., D. 19, 2, 60, 8 Lab. 5 post. a Iav. epit., D. 32, 60, 1 Alf. 2 dig. a Paulo epit., D. 32, 99, 2 Paul. l. s. de instrumenti sign., D. 33, 7, 12, 9 Ulp. 20 ad Sab., D. 47, 2, 67, 2 Paul. 7 ad Plaut., I. 4, 3, 8, C. 12, 50, 4, 1 Iul., C. 12, 50, 17, Arcad./Honor. AA. Vincentio pp., Paul. 3, 6, 72., Paul. 3, 6, 91.

Interpr. Paul. sent. III 10, 75 (HAE.) = tit. vi, 91 (ps. ed.), CTh. 7, 14, 1. (398 Feb. 19)., CTh. 8, 5, 10. (358 Oct. 27)., CTh. 8, 5, 14, 2., CTh. 8, 5, 31. (370 Aug. 15)., CTh. 8, 5, 34, 1., CTh. 8, 5, 53. (395 Mart. 18)., CTh. 8, 5, 58. (398 Feb. 18)., Nov.Iust.22 CAPUT XVI.

intellegitur. mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obtriverint, volgo dicitur culpae nomine teneri. idem dicitur et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit: nec videtur iniquum, si infirmitas culpae adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram. idem iuris est in persona eius, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non poterit.

Mule drivers are liable for loss if their inexperienced handling of the mule caused loss. The reasons for this are because the average person without the expertise of a mule driver would not be able to control the “excessive ferocity” that constitutes the natural temperament of a mule. This may also go some way to explaining the vicarious liability of the owner for the actions of servile mule drivers. Take the following text:

D. 19, 2, 60, 7 Lab. 5 post. a Iav. epit.

Servum meum mulionem conduxisti: negligentia eius mulus tuus perit. si ipse se locasset, ex peculio dumtaxat et in rem versum damnum tibi praestaturum dico: sin autem ipse eum locassem, non ultra me tibi praestaturum, quamdolum malum et culpam meam abesse: quod si sine definitione personae mulionem a me conduxisti et ego eum tibi dedissem, cuius negligentia iumentum perierit, illam

quoque culpam me tibi praestaturum aio, quod eum elegerem, qui eiusmodi damno te adficeret.

In the latter part of this text, the owner of the servile mule driver is held liable precisely because he chose the specific individual, thereby vouching for his expertise.

4. Conclusions

In her discussion of the development of *imperitia* as a legal concept in Roman law, Martin stated that:

“[T]he jurists never state clearly what standard should be used to evaluate the worker’s performance. Analysis of the evidence showed that the jurists tend to favor a method of evaluation that focuses on the quality of the performance based upon external, objective criteria, rather than the individualized fault of the workers.”²²

In my view, one can take this statement slightly further. In the case of mule driving as an “skilled task”, the “objective criteria” as Martin calls them to which the jurists referred when judging whether damage had been caused through lack of skill were intimately connected to commonly held perceptions concerning the

²² Martin, ‘Imperitia’, 108.

nature of the animal in question. It was generally agreed in Roman society that mules had “excessive ferocity”. That there may have been awareness that this trait had been inherited from their equine parent cannot be ruled out. In any event, in establishing whether a mule driver was suitably skilled (or lacked the necessary skills), the Roman jurists incorporated this *topos* into their reasoning. An unskilled mule driver was someone who could not adequately control the “excessive ferocity” for which mules were known.

This then brings us back to the role of *regulae iuris* in the teaching of Roman law. There is no doubt that the teaching of a *regula iuris* such as “lack of skill counts as fault” can be useful to a law student. In an abstract sense, it creates a proverbial “hook” on which to hang a modern argument in law, especially when the same rule has been retained in the contemporary legal system in which they have been trained. Additionally, a study into the historical reception of this *regula* into contemporary law might also provide interesting insights as to the reasons for its retention. At the same time, however, neither of these two methods can replace a proper understanding of the reasoning, found in the works of the Roman jurists, which led to the creation of this *regula* in the first place.²³ It is only once one understands the reasoning behind the *regula* that it truly acquires didactic value.²⁴ And for this, I fear, a reduction of

²³ Nasti and Schiavone, ‘Jurists and Legal Science in the History of Roman Law’, for a survey of the importance of legal reasoning in understanding Roman law.

²⁴ Roman legal definitions were never monolithic. When a mechanical application of a definition gave rise to injustice, the Roman jurists could adjust it. This is exactly what the jurist Iavolenus meant when he wrote: D. 50, 17, 202, Iav. 11 epist. *Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est*

Roman law as a subject merely to the teaching of abstract *regulae iuris* will not do.

BIBLIOGRAPHY

Ando, Clifford, and William P. Sullivan. *The Discovery of the Fact*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2020.

Babusiaux, Ulrike. 'The Future of Legal History: Roman Law'. *American Journal of Legal History* 56 (2016): 6-11.

<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/amhist56&i=8>

Easterbrook, Frank H. 'Abstraction and Authority'. *The University of Chicago Law Review* 59, no. 1 (1992): 349.

<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/uclr59&i=355>

Israelowich, Ido. 'Professional Liability and Forensic Science in the Context of the Lex Aquilia'. *The Journal of Legal History* 41 (2020): 60-77.

<https://search-ebscohost-com.ezproxy.is.ed.ac.uk/login.aspx?direct=true&db=hlh&AN=142200020&site=ehost-live>

enim, ut non subverti posset. This must not be forgotten. Thus, a canonical approach to legal maxims, as a way of teaching Roman law causes more harm than it resolves. The true didactic value of Roman law lies in demonstrating the relationships between law and life. It lies in an appreciation that there are multiple answers to a single problem which should be fleshed out using juristic reasoning.

Jackson, Bernard S. 'Liability for Animals in Roman Law: An Historical Sketch'. *The Cambridge Law Journal* 37 (1978): 122-43.

<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/camblj37&i=140>

Martin, Susan. 'The Case of the Collapsing Watercourse: Builders' Responsibility for Damage in Classical Roman Law'. *Law and History Review* 4 (1986): 423-37.

<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/lawhst4&i=429>

Martin, Susan D. 'Imperitia: The Responsibility of Skilled Workers in Classical Roman Law'. *The American Journal of Philology* 122 (2001): 107-29.

<https://shibbolethsp-jstor-org.ezproxy.is.ed.ac.uk/start?entityID=https%3A%2F%2Fidp.ed.ac.uk%2Fshibboleth&dest=https://www.jstor.org/stable/1562022&site=jstor>

Martin, Susan D. 'Servum Meum Mulionem Conduxisti: Mules, Muleteers and Transportation in Classical Roman Law'. *Transactions of the American Philological Association* (1974-) 120 (1990): 301-14.

<https://shibbolethsp-jstor-org.ezproxy.is.ed.ac.uk/start?entityID=https%3A%2F%2Fidp.ed.ac.uk%2Fshibboleth&dest=https://www.jstor.org/stable/283993&site=jstor>

Nasti, Fara, and Aldo Schiavone. *Jurists and Legal Science in the History of Roman Law*. Routledge & CRC Press.

Spagnolo, B. J., and Joe Sampson. *Principle and Pragmatism in Roman Law / Edited by Benjamin Spagnolo and Joe Sampson*. Oxford, U.K.; Hart Publishing, an imprint of Bloomsbury Publishing, 2020.

Wacke, Andreas. 'Bruchschäden an Diatretglass Und Gemme: Gefahrtragungsklauseln Im Römischen Kunsthandwerk'. *Mélanges En l'honneur de Carlo Augusto Cannata : Cannata, Carlo A. [Festschrift]*, 1999, 91-104.

Zimmermann, Reinhard. 'Savigny's Legacy. Legal History, Comparative Law, and the Emergence of a European Legal Science'. *The Law Quarterly Review* 112 (1996): 576-605.

<https://uk.westlaw.com/Document/I6F2B3B30E71311DA915EF37CAC72F838/View/FullText.html>



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Octubre-
2022

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Full text article

Fecha de recepción: 15/06/2022	Fecha de aceptación: 08/07/2022
Palabras clave: <i>brujería - tortura - proceso inquisitivo - hechicería - maiestas</i>	Keywords: <i>witchcraft - torture - inquisitorial process - sorcery - maiestas</i>



TORTURAS, BRUJAS, MAIESTAS ... *

TORTURES, WITCHES, MAYESTY ...

Felice Mercogliano

Catedrático de Derecho Romano

Universidad de Camerino

felice.mercogliano@unicam.it

ORCID 0000-0002-3800-5793

**(MERCOGLIANO, Felice. Torturas, brujas, maiestas... RIDROM
[on line]. 29-2022. ISSN 1989-1970. p. 23-35.
<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)**

Resumen:

Relectura de la contribución que Alberto Filippi publicó en Index en 2017, en materia de juicios de brujería, sobre Friedrich Spee, *Cautio Criminalis* (Cautela Criminal). Estudio preliminar de Eugenio Zaffaroni, Buenos Aires, 2017, referente a los acusados por uso de la magia, a la luz del posible carácter arquetípico de algunas peculiaridades presentes en la historia del poder punitivo, que era ejercido mediante tortura a los 'jurídicamente vulnerables'. Algunas observaciones finales sobre el testimonio de Tac. ann. 2.27-32, relativo al proceso al que fue sometido Druso Libón en el 16 d.C.

Abstract:

Re-reading of the contribution that Alberto Filippi published in Index in 2017, about witch trials, speaking of Friedrich Spee *Cautio Criminalis* (Cautela Criminal). Estudio preliminar de Eugenio Zaffaroni, Buenos Aires, 2017, with some suspected of magic, in light of the possible archetypal character of some characteristics present in the history of the punitive power exercised through torture on the 'legally vulnerable'. Final remarks on the story of Tac. ann. 2.27-32, relating to the process that in 16 A.D. suffered Druso Libone

* La traducción al idioma español de este trabajo fue realizada por el dr. Gerardo Ulloa Bellorin (doctor de recerca Universidad de Camerino); revisión de la prof. Antonella Caso (linguista, San Severo, Foggia).

El ensayo que Alberto Filippi publicó en la revista *Index* en el año 2017, sobre el particular tema de los juicios seguidos contra las brujas¹ (que en realidad trata más sobre la historia de la difusión, por parte del tristemente célebre tribunal de la inquisición, de un despiadado método procesal penal inquisitorio, concretamente en el caso de personas con reputación de herejía y brujería²), me evoca recuerdos, reaviva reflexiones, revela perspectivas, que de ninguna manera se encuentran asociadas a determinadas sugerencias basadas en el derecho romano, fácilmente asociables a este tema, como en el caso del uso de la tortura judicial³, medio de prueba usado con los esclavos, a veces incluso invocado por el mismo reo, como sucedió en el juicio seguido contra Pisón padre en el año 20 d.C., sobre el cual realicé investigaciones, hace ya algunos años⁴.

-
- ¹ Alberto Filippi, "Per la storia critica del potere punitivo e la difesa dei 'giuridicamente vulnerati' ", en *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*. Per Luigi Labruna ottuagenario, n. 45, 2017, pp. 662-670 (en relación con Friedrich Spee, *Cautio Criminalis (Cautela Criminal)*. Estudio preliminar de Eugenio Raúl Zaffaroni, Buenos Aires, Ediar, 2017). [Traducción italiana de Alberto Filippi, "Reseña del libro *Cautio Criminalis (Cautela Criminal)*. Estudio preliminar de Eugenio Raúl Zaffaroni. Traducción del latín: Eugenia Nagore y Silvia Manzo", in *Revista de derecho penal y criminología*, año VII, n. 6, julio, 2017, pp. 261-266].
 - ² Sobre el procedimiento inquisitorio basado en las confesiones de brujas penitentes y, en general, sobre el fenómeno de la brujería y las estrategias represivas, véase Franco Cordero, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, Laterza, 1986, pp. 415-457.
 - ³ Véase en general, el reciente ensayo sobre el tema de Massimo Brutti, "La tortura e il giudizio", en *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, n. 38, 2010, pp. 36-69.
 - ⁴ Sobre este punto reenvío a Felice Mercogliano, *Pisone e i suoi complici. Ricerche sulla «cognitio senatus»*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, pp. 66-67 y nt. 18. De hecho, sobre la acusación de envenenamiento perpetrado a Germánico, el imputado, Pisón padre, pidió ofrecer a sus sirvientes y a los sirvientes del banquete donde se cometió el envenenamiento a tortura, para que pudieran testificar en su defensa (así Tac. *ann.* 3.14.2); la solicitud del delincuente, quizás porque le hubiera sido favorable, no fue aceptada y el juicio pasó del *veneficium*

Además, la tortura se utilizó, ya en la época republicana, en el procedimiento penal romano en detrimento de las personas libres, y posteriormente se amplió con la inquisitoria *cognitio extra ordinem* criminal⁵ “para extraer la verdad”⁶. La ampliación de los casos que permitirían la tortura en la fase de investigación previa indica que, en primer lugar, ésta se orienta a los delitos de magia, desde un primer uso distorsionado, especialmente en el caso del delito de lesa majestad⁷. La tortura a los herejes, se materializa con la constitución imperial⁸, por medio de la cual en el año 380 d.C., Teodosio I proclamó el cristianismo, según el credo niceno, como el culto oficial del imperio e impuso sanciones contra aquellos *haeretici*, que seguían prácticas lejanas de este modelo religioso, en consecuencia, fueron objeto de condenas en el ámbito penal e incapacidad jurídica de derecho civil⁹.

hacia la forma más ‘cómoda’ de probar y al caso más genérico de la *maiestas*. Véase también Sara Galeotti, “*Ex fisco principis: l’amministrazione finanziaria del principato da Augusto a Tiberio (note sul Sc. de Cn. Pisone patre)*”, in *Teoria e storia del diritto privato*, n. 10, 2017, pp. 1-38.

- ⁵ Carmela Russo Ruggeri, *Quaestiones ex libero homine. La tortura degli uomini liberi nella repressione criminale romana dell’età repubblicana e del I secolo dell’impero*, Milano, Giuffrè, 2002, cuestionó que los hombres libres no pudieran ser sometidos a torturas en la república romana.
- ⁶ Sobre esto, véase recientemente, Anna Bellodi Ansaloni, *Ad eruendam veritatem. Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta*, Bologna, Bononia University Press, 2011. El pasaje de referencia obligatorio sobre el interrogatorio mediante tortura, como instrumento de prueba admitido en el proceso penal, es el que se encuentra en Ulp. 77 *ad ed.* D. 47.10.15.41: ‘*Questionem’ intellegere debemus tormenta et corporis dolorem ad eruendam veritatem.*
- ⁷ También se concluye por una manifiesta ‘legalidad’ de la obtención de pruebas mediante la tortura, apenas mal vista a nivel de la dialéctica oratoria y por los historiadores, principalmente en referencia al período de la dinastía julio-claudia, Carmela Russo Ruggeri, *Quaestiones ex libero homine*, cit., pp. 179-188.
- ⁸ CTh. 16.1.2.
- ⁹ Véase sobre el tema Tullio Spagnuolo Vigorita, “*L’incapacità nella legislazione religiosa tardo antica*”, en *Studi in onore di Francesco Grelle*, Bari, Edipuglia,

Por último, Justiniano refuerza el marco dogmático clásico sobre el tema¹⁰. En definitiva, el medio represivo de la tortura como medio de afirmación y tutela del poder absoluto, tiene raíces romanas, con modificaciones medievales y modernas muy significativas.

Por otra parte, reaparece de inmediato en mi mente la propensión de Alberto Filippi por el análisis crítico y el estudio profundizado, con perspicacia intelectual de motivos inspiradores y causas de los más variados eventos, sin sombras conceptuales ni sumisiones banales ante eslogan de moda. El tema elegido, de hecho, subyace en el problema de crear sentimientos de culpa e inducir a la necesidad de una persecución penal de conductas y situaciones que, en sí mismas, no requerirían una represión organizada para no dañar el curso ordenado y pacífico de la vida en comunidad y de los organismos sociales. Como se especifica en una reciente contribución monográfica sobre Spee de Silvio Silvi¹¹, se genera miedo con la persecución penal: se había creado, por lo tanto, un mecanismo que producía culpables.

Pero muestra vínculos, evidentes para mí, con una tendencia orientada hacia una planificación intelectual propia de Alberto, combinada con una marcada preferencia por la argumentación *constructens* más que *destruens*, así como visiones básicas que su generación compartía con las mejores personalidades a nivel político

2006, pp. 281-287 (= Id., *Imperium mixtum. Scritti scelti di diritto romano*, Napoli, Jovene, 2013, pp. 355-361).

¹⁰ En la *sedes materiae* de los *Digesta*, es decir el título 48.18 *De quaestionibus*: así Anna Bellodi Ansaloni, *Ad eruendam veritatem*, cit., p. 11.

¹¹ Silvio Silvi, *Friedrich von Spee e la Caccia alle Streghe*, Grottaminarda (Av), Delta 3 Edizioni 2007, y cfr. Id., "La caccia alle streghe", en *Universidade de Caxias do Sul. Brasil, Filos. Educ.*, n. especial 23, dossiè Educação, Ética e Religião, 2018, pp. 59-77.

de izquierdas, principalmente en el mundo académico, que es el caso sintomático de la Universidad de Camerino desde finales de los años 60 hasta los 70 del siglo pasado, que irremediablemente se llevaron esperanzas e ilusiones.

De alguna manera, el sentido de lucha política, unido a una concepción detenida de una suerte de derecho penal mínimo, une a Alberto y a otros protagonistas de la cultura, no solo universitaria de la época, (no es por casualidad que la expresión divulgada por su gran amigo Alessandro Baratta fue recientemente citada en Camerino por nuestro Director, Rocco Favale, en una conferencia sobre la lucha anticorrupción¹²).

Por otro lado, Alberto era plenamente consciente del clima de garantismo y legalidad constitucional republicana, que caracterizaba a sus colegas y amigos de la época, desde Labruna a Lucarelli, a Perlingieri, así como a Ferrajoli, que pone fin al problema: acuña la expresión derecho penal mínimo, en una elaboración más amplia del garantismo penal, y es el abanderado del constitucionalismo como paradigma normativo de la democracia entre finales de la segunda mitad del siglo XX y las primeras décadas del XXI¹³.

Alberto ha enriquecido todo con una sensibilidad superlativa por Latinoamérica, de cuya realidad ha sido un inigualable conocedor, intérprete y defensor de novedades y cambios. Aquí celebra la

¹² Rocco Favale, "Principio di legalità ed eventi catastrofici", en *Anticorruzione, trasparenza e ricostruzione*. Camerino 21 maggio 2019, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 14-15.

¹³ Véase al menos las principales obras de sus cuarenta años de compromiso científico en este sentido: Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, y Id., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 1-3, Roma-Bari, Laterza, 2007.

duplicación de sus cuarenta años y le deseo, con el cariño y la amistad de más de veinte años que siempre he cultivado, que mantenga su preciosa cercanía incluso a distancia, modalidad que paradójicamente connota estos tristes tiempos marcados por la enfermedad por Covid.

Quizás, incluso la reflexión que he mencionado, denota otro reflejo de la mentalidad abierta de Alberto Filippi hacia la inextricable confluencia entre el poder político y la discriminación social. Lamentablemente, en esta sede, no puedo evocar nada más del ambiente intelectual camerte de los años de Filippi, más en contraposición que en continuidad con el precedente.

Pasando a una relectura, aun cuando resumida, de la contribución que Alberto publicó en la revista *Index* en el año 2017, sobre el tema de los juicios por brujería, sobre Friedrich Spee, *Cautio Criminalis*, con algunas observaciones sobre el relato de Tac. *ann.* 2.27-32, relativo al juicio al que fue sometido Druso Libón en el años 16 d.C.¹⁴, por ser sospechoso del uso de la magia, bajo la posible arquetipicidad que se muestra en este caso, de algunas características presentes en la historia del poder punitivo ejercido mediante la tortura de los 'legalmente vulnerables'.

Identificar al imputado significaba haber establecido ya el culpable, dado que la acusación se encontraba dirigida como una sentencia hacia quienes eran capaces de realizar actos demoníacos, de magia y de brujería. En estos casos el prejuicio social, que luego pasa a ser de creencia religiosa, significaba ya una condena penal para

¹⁴ Cfr. Laura Solidoro Maruotti, *Profili storici del delitto politico*, Napoli, Jovene, 2002, pp. 22-23 (= Ead., *La disciplina del 'crimen maiestatis' tra Tardo Antico e Medioevo*, in *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche, costituzionali e comparatistiche*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2002, pp. 383-384).

quienes fueran las víctimas. Es por ello, por lo que, para obtener la certeza de que el mecanismo de acusación funcionase rápidamente ‘fabricando’ culpables, se hizo uso de la tortura, a la que fueron sometidas – a menudo varias veces – las víctimas que se declaraban inocentes¹⁵.

El módulo de historiografía judicial que se vislumbra, por tanto, es la persecución de hechos, que en sí mismos no serían punibles porque no se encuentran incluidos claramente en otros casos con rasgos de derecho penal más definidos, que permitan condenar a determinados sujetos que no son autores de varios delitos concretos: casos de este tipo, con imputaciones improbables por la práctica de la magia, se encuentran ya en la experiencia romana del primer principado¹⁶. Este último fue el período en el que pareció casi delinearse este modelo, para luego ser aplicado, a partir del siglo III, a acusaciones que tenían una implicación conexas con diferentes factores, cercanos a líneas dogmáticas de la ortodoxia cristiana, pero que, por ostentosas razones de orden público, cambiaron de significado pasando a ser definidos de seguridad (*securitas*), frente a algún peligro para la república¹⁷. Al menos después de que madurara la transformación del concepto en una herramienta de comunicación, de acuerdo con la política eficaz del derecho, perseguida en este sentido

¹⁵ En ese sentido, persuasivamente, Silvio Silvi, *Friedrich von Spee e la Caccia alle Streghe*, cit., p. 94.

¹⁶ Cfr. recientemente Matthias Niedermayer, *Die Magie in den römischen Strafrechtsfällen. Von Richtern, Tätern und Dämonen*, Gutenberg, Computus Druck, 2017, sobre los hechos de quienes, acusados de practicar magia, se vieron implicados y sancionados según la justicia penal romana, a partir del juicio contra M. Scribonio Libón Druso en el año 16 d.C. (*ibid.*, pp. 79-96).

¹⁷ V. el reciente ensayo de Carla Masi Doria, “*Periculum rei publicae*”, en *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, 45, 2017, pp. 3-23, por el enlace con el problema del ‘estado de excepción’ y sobre todo la *maiestas*.

por Augusto, quien incluso concibió y preparó un diseño de topografía urbana que evocaba la seguridad de Roma, donde la seguridad realmente querida era la suya y la de la *domus Augusta*, hábilmente construida sobre los escombros de las guerras civiles centenarias finalmente erradicadas¹⁸.

Es necesario mencionar por un momento el caso de Libón Druso¹⁹, un joven noble de rango consular, de la ilustre *gens Scribonia*, pretor en el 16 d.C., quien fue acusado en ese año de maniobras revolucionarias y por el uso de la magia, condenado por *maiestas*, que aun así llegó a incorporar la *coniuratio*, a pesar del suicidio antes de la sentencia dictada por el tribunal senatorial. De hecho, Tácito afirma expresamente que Libón fue acusado por *moliri res novas*²⁰.

¹⁸ Sobre el tema últimamente, ver Cecilia Ricci, *Security in Roman Times. Rome. Italy and the Emperors*, London - New York, Routledge, 2018, que identifica en el paso decisivo de la república al principado el momento de cambio del concepto de *pax* y de *securitas*, como herramientas de la nueva ideología de régimen de represión de conflictos y disturbios (esp. pp. 31-104).

¹⁹ En la literatura ver Lucetta Desanti, *Sileat omnibus perpetuo divinandi curiositas. Indovini e sanzioni nel diritto romano*, Milan, Giuffrè, 1990, pp. 63-68, y más recientemente la monografía de Arduino Maiuri, *La giurisdizione criminale in Tacito. Aspetti letterari e implicazioni politiche*, Roma, Alpes, 2012, esp. pp. 29-35 y *passim* (así como, en más detalle, Id., “*Occultae notae. Linee evolutive del trattamento del reato di magia negli Annales di Tacito: profilo giuridico e puntualizzazioni*”, en *Contesti magici/Contextos mágicos*, Roma, De Luca, 2012, pp. 85-100), sobre la cual cfr. Aldo Petrucci, “L’immagine della dinastia giulio-claudia nei processi penali descritti da Tacito. Spunti a margine di una recente monografía di A. Maiuri”, en *Mediterraneo antico*, 16.2, 2013, pp. 843-850; por último, Jan Petersen, *Recht bei Tacitus*, Berlin - Boston, de Gruyter, 2019, pp. 312-316 con bibliografía.

²⁰ Tac. *ann.* 2.27.1: *Sub idem tempus e familia Scriboniorum Libo Drusus defertur moliri res novas*. Es agradable recordar lo que observó sobre la extensión subversiva de las hendíadis *res novae* Tullio Spagnuolo Vigorita, *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*, 3ª ed., Napoli, Jovene, 2010, p. 15: «*novus* aveva nella sensibilità linguistica dell’epoca una forte carica eversiva (si pensi ai sommovimenti politici, *res novae*)».

Tácito trata la historia de Libón, en seis capítulos del segundo libro de los *Annales*²¹, así como las implicaciones relacionadas con la magia y la astrología, de los crímenes que le fueron imputados, partiendo del trasfondo tejido por las maquinaciones tramadas por un senador, amigo íntimo de Libón, Firmio Cato. Este provocaría que el joven ingenuo siguiera los pasos de sus ilustres antepasados y diera fe a los horóscopos de los astrólogos Caldeos, a los ritos mágicos y a las interpretaciones de los sueños²². Sólo más tarde se acusó a Libón de consultar a las sombras del inframundo con fórmulas mágicas y se añadieron también acusaciones por la consulta a adivinos y, en particular, de colocar *atroces vel occultae notae* sobre los Césares y los senadores.

En concreto, la acusación fue admitida formalmente sólo cuando un informante de profesión, Fulcinio Trione, comunicó a los cónsules el haber obtenido información de un tal Giunio, según el cual, Libón lo había instado a evocar los espíritus de ultratumba con fórmulas mágicas²³. En el Senado, convocado por los cónsules, el debate se abrió sobre indicios casi ridículos, pero en su desarrollo se produjo un giro procesal, que originó la ruina del imputado: la exposición de unas

²¹ Tac. *ann.* 2.27-32: paso segundo por extensión de la exposición del juicio en los *annales* sólo en relación con el asunto judicial de Pisón (por el que reenvió a Felice Mercogliano, *Pisone e i suoi complici*, cit., pp. 15-35). Cabe señalar que Tácito declara que desea volver a relatar en detalle todo lo sucedido, por haber surgido por primera vez aquellas maquinaciones informativas que durante tantos años corroyeron la república: Tac. *ann.* 2.27.1. *Eius negotii initium ordinem finem curatius disseram, quia tum primum reperta sunt quae per tot annos rem publicam exedere*. Señala que la sentencia en el caso de Libón constituye una suerte de precedente divisoria, por la paradójica ausencia del término *maiestas*, en la exposición tacitiana de los juicios ‘maiestatici’ de Tiberio, Jan Petersen, *Recht bei Tacitus*, cit., p. 312.

²² Tac. *ann.* 2.27.2.

²³ Tac. *ann.* 2.28.2.

hojas en las que, junto a los nombres de los Césares y algunos senadores, aparecían unas notas misteriosas con la letra del acusado²⁴. El juicio a Libón, a este punto, se centró presumiblemente sobre una especie de alta traición. Seguidamente, por medio de la intervención del emperador, Tiberio, se venden los esclavos del imputado a un agente del tesoro público (*actor publicus*), para que puedan declarar bajo tortura contra el anterior amo, ya que por regla general no se encontraba permitido²⁵, como medio de prueba, el uso de la tortura de los sirvientes en los casos de interrogatorio contra su amo actual²⁶. Se pueden encontrar varias confirmaciones de esta historia tacitiana en muchas otras fuentes²⁷.

Posteriormente, Libón fue declarado ‘culpable’ de un plan subversivo contra el poder del príncipe y el senado y como forma probatoria, se recolectaron las sospechas de prácticas ocultas, hasta el punto de que inmediatamente después del juicio, por medio de un senadoconsulto, los magos y adivinos fueron expulsados de Italia²⁸. La

²⁴ Tac. *ann.* 2.30.2.

²⁵ Especifica, con admirable precisión, Carmela Russo Ruggeri, *Quaestiones ex libero homine*, cit., p. 116 nt. 242: «Divieto che l’oratore riconduce ai *maiores* (v. *pro Mil.* 22.59 e *pro rege Deiot.* 1.3), mentre per Tacito sarebbe stato introdotto da un antico senatoconsulto (*Ann.* 2.30) ...»; también cita como prueba de la prohibición Cic. *pro Rosc. Amer.* 42.120 Anna Bellodi Ansaloni, *Ad eruendam veritatem*, cit., pp. 206-207 nt. 53.

²⁶ Tac. *ann.* 2.30.3. Cfr. Arduino Maiuri, *La giurisdizione criminale in Tacito*, cit., pp. 32-33, quién correctamente observa sobre Tiberio *callidus et novi iuris repertor* (*ibid.*): «Tacito ... vuole evidenziare ancora una volta come il principe intenda mantenere un ossequio formale per la legalità, ma senza deporre le proprie reali intenzioni».

²⁷ Primero, como fuentes de tradición manuscrita, Vell. Pat. 2.130.3 (donde la mención emblemática del primero *scelerata consilia* de Libón); luego, Sen. *epist.* 70; Suet. *Tib.* 25.2 y 8; Dio Ca. 57.15.4-5; así como los Fasti Amiternini (CIL. I².1, p. 244), que mencionan en el epígrafe como Libón fue condenado por el Senado por haber concebido *nefaria consilia*.

²⁸ Tac. *ann.* 2.32.3.

acusación por el uso de la magia, sustraída mediante la tortura, venía soldada, según la experiencia jurídica y política imperial romana, con la cuestión de la exclusión de la ciudadanía, condena que llegaría a tener una larga (y nefasta) historia²⁹.

Referencias bibliográficas.

Anticorruzione, trasparenza e ricostruzione. Camerino 21 maggio 2019, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

Anna Bellodi Ansaloni, *Ad eruendam veritatem. Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta*, Bologna, Bononia University Press, 2011.

Massimo Brutti, "La tortura e il giudizio", en *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, n. 38, 2010, pp. 36-69.

Franco Cordero, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, Laterza, 1986.

Lucetta Desanti, *Sileat omnibus perpetuo divinandi curiositas. Indovini e sanzioni nel diritto romano*, Milan, Giuffrè, 1990.

Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche, costituzionali e comparatistiche, Napoli, Editoriale Scientifica, 2002.

Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989.

Id., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 1-3, Roma-Bari, Laterza, 2007.

²⁹ Me permito reenviar, sobre la inclusión en la ciudadanía Romana y la exclusión, a Felice Mercogliano, *Hostes novi cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*, 2ª ed., Napoli, Jovene, 2020.

Alberto Filippi, "Per la storia critica del potere punitivo e la difesa dei 'giuridicamente vulnerati' ", en *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*. Per Luigi Labruna ottuagenario, n. 45, 2017, pp. 662-670 (en relación con Friedrich Spee, *Cautio Criminalis (Cautela Criminal)*). Estudio preliminar de Eugenio Raúl Zaffaroni, Buenos Aires, Ediar, 2017). [Traducción italiana de Alberto Filippi, "Reseña del libro *Cautio Criminalis (Cautela Criminal)*. Estudio preliminar de Eugenio Raúl Zaffaroni. Traducción del latín: Eugenia Nagore y Silvia Manzo", in *Revista de derecho penal y criminología*, año VII, n. 6, julio, 2017, pp. 261-266].

Sara Galeotti, "*Ex fisco principis: l'amministrazione finanziaria del principato da Augusto a Tiberio (note sul Sc. de Cn. Pisone patre)*", in *Teoria e storia del diritto privato*, n. 10, 2017, pp. 1-38.

Arduino Maiuri, *La giurisdizione criminale in Tacito. Aspetti letterari e implicazioni politiche*, Roma, Alpes, 2012.

Id., "*Occultae notae. Linee evolutive del trattamento del reato di magia negli Annales di Tacito: profilo giuridico e puntualizzazioni*", en *Contesti magici/Contextos mágicos*, Roma, De Luca, 2012, pp. 85-100.

Carla Masi Doria, "*Periculum rei publicae*", en *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, 45, 2017, pp. 3-23.

Felice Mercogliano, *Pisone e i suoi complici. Ricerche sulla «cognitio senatus»*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009.

Id., *Hostes novi cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*, 2ª ed., Napoli, Jovene, 2020.

Matthias Niedermayer, *Die Magie in den römischen Strafrechtsfällen. Von Richtern, Tätern und Dämonen*, Gutenberg, Computus Druck, 2017.

Jan Petersen, *Recht bei Tacitus*, Berlin - Boston, de Gruyter, 2019.

Aldo Petrucci, "L'immagine della dinastia giulio-claudia nei processi penali descritti da Tacito. Spunti a margine di una recente monografia di A. Maiuri", in *Mediterraneo antico*, 16.2, 2013, pp. 843-850.

Cecilia Ricci, *Security in Roman Times. Rome. Italy and the Emperors*, London - New York, Routledge, 2018.

Carmela Russo Ruggeri, *Quaestiones ex libero homine. La tortura degli uomini liberi nella repressione criminale romana dell'età repubblicana e del I secolo dell'impero*, Milano, Giuffrè, 2002.

Silvio Silvi, *Friedrich von Spee e la Caccia alle Streghe*, Grottaminarda (Av), Delta 3 Edizioni 2007.

Id., "La caccia alle streghe", in *Universidade de Caxias do Sul. Brasil, Filos. Educ.*, n. especial 23, dossiè Educação, Ética e Religião, 2018, pp. 59-77.

Laura Solidoro Maruotti, *Profili storici del delitto politico*, Napoli, Jovene, 2002.

Tullio Spagnuolo Vigorita, *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*, 3ª ed., Napoli, Jovene, 2010.

Id., "L'incapacità nella legislazione religiosa tardo antica", in *Studi in onore di Francesco Grelle*, Bari, Edipuglia, 2006, pp. 281-287 (= Id., *Imperium mixtum. Scritti scelti di diritto romano*, Napoli, Jovene, 2013, pp. 355-361).



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN1989-1970

Octubre-2022
Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Fecha de recepción: 18/07/2022	Fecha de aceptación: 05/09/2022
Palabras clave: <i>Ususfructus, quasi ususfructus, salva rerum substantia, cautio ususfructuaria.</i>	Keywords: <i>Ususfructus, quasi ususfructus, salva rerum substantia, cautio ususfructuaria</i>



PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA ELASTICIDAD DEL PRINCIPIO SALVA RERUM SUBSTANTIA

HISTORICAL PERSPECTIVE OF THE ELASTICITY OF THE PRINCIPLE SALVA RERUM SUBSTANTIA

Henar Murillo Villar

Profesora de Derecho Romano

Universidad de Burgos

ORCID: 0000-0001-8196-8395

(MURILLO VILLAR, Henar. *Perspectiva histórica de la elasticidad del principio salva rerum substantia* RIDROM [on line]. 29-2022.ISSN 1989-1970.p.36-77.

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Resumen:

En este trabajo se analiza cómo la primitiva y originaria rigidez del principio *salva rerum substantia* fue atemperándose con el paso del tiempo. Ello se constata no solo en las propias fuentes jurídicas romanas, que ya manifestaban un desarrollo flexible del principio como consecuencia de la intervención jurisprudencial, sino también por la necesaria aceptación de la regulación del *quasi ususfructus*. Como resultado de la recepción del derecho justinianeo, en el derecho vigente se aprecian supuestos de usufructo que si bien no prescinden absolutamente del principio *salva rerum substantia* al menos ponen de manifiesto su absoluta elasticidad, es decir, su flexibilidad para adaptarse al régimen jurídico que se halla establecido. No obstante, lo fundamental en el derecho de usufructo son los derechos del usufructuario, *uti et frui*, siendo secundario, pero no por ello menos importante, pues es variable y modificable, el límite *salva rerum substantia*.

Abstract:

In this study, the way in which the primitive and original rigidity of the principle *salva rerum substantia* was moderated over the passage of time is analyzed. It is not only noted in the Roman legal sources themselves, which already showed a flexible development of the principle as a consequence of jurisprudential intervention, but also because of the necessary acceptance of the regulation *quasi ususfructus*. As a result of the reception of Justinian Law, examples of usufructuary may be appreciated in the current legal order that although not completely disregarding the *principle salva rerum substantia* at least highlight its absolute elasticity, in other words, its flexibility in adapting to the established legal order. Nevertheless, what is fundamental in the law of usufruct are the rights of the usufructuary, *uti et frui*, the limit *salva rerum substantia* being secondary, as it is variable and modifiable, although no less important for that reason.

Sumario: 1.- INTRODUCCIÓN. 2.- EL PRINCIPIO *SALVA RERUM SUBSTANTIA*: 2.1.- En el Derecho romano. 2.2.- En el Derecho intermedio: Fuero Real, Partidas, Leyes de Toro, Nueva y Novísima Recopilación. 2.3.- En los Proyectos del Código Civil español de 1821, 1836, 1851 y 1882. 2.4.- En el Código civil español. 2.5.- En la normativa civil autonómica: 2.5.1. Código civil de Cataluña. 2.5.2.- En la Compilación de derecho civil foral de Navarra o Fuero Nuevo. 2.5.3.- En el Derecho civil de Aragón, Galicia, Islas Baleares y País Vasco. 3.- A MODO DE CONCLUSIÓN. 4.- BIBLIOGRAFÍA.

1.- Introducción.

A lo largo de los siglos se ha transmitido una definición de usufructo, atribuida al jurista Paulo, recogida en las fuentes jurídicas romanas y sustancialmente clásicas, según la cual: *usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*¹. A partir de este concepto, el usufructo ha sido catalogado como el derecho de goce más extenso que una persona puede tener sobre bienes ajenos (*iura in re aliena*). Tradicionalmente se han diferenciado en la citada definición dos grandes derechos en favor del usufructuario: *uti* y *frui*, usar y disfrutar de las cosas ajenas, pero con una importante limitación: *salva rerum substantia* (dejar a salvo su sustancia). Esta limitación ha sido interpretada de diferentes maneras por la doctrina: como necesidad de que la cosa no cambie, como conservación de la integridad del objeto, como limitación de las facultades del usufructuario e incluso como término del usufructo representado por la destrucción de la cosa². Es más, algunos juristas

¹ D.7.1.1 (*Paul. 3 ad Vitel.*); I.2.4 pr.; *Epit. Ulp. 24.26. - Ususfructus legari potest iure civili earum rerum, quarum salva substantia utendi fruendi potest esse facultas; et tam singularum rerum, quam plurium, id est partis.*

² HERNÁNDEZ-TEJERO JORGE, F., *Derecho romano*, Madrid, Escelicer, S.A., 1959, p. 304. IGLESIAS, J., *Derecho romano. Historia e instituciones*, 10^a ed., revisada,

han opinado que se refería a la duración del usufructo y otros la han considerado relativa a los derechos del usufructo³.

Pues bien, con esta cláusula se indica, en principio, que el usufructuario debe ejercer sus derechos sobre las cosas sin poder modificarlas ni en su consistencia material ni en su destino económico-social, no pudiendo, por consiguiente, llevar a cabo modificaciones en la cosa usufructuada ni tan siquiera para hacerla más productiva, pues debe ser reintegrada al nudo propietario, cuando se extinga el derecho de usufructo, en el mismo estado en que se recibió. Sin embargo, aquella inicial rigidez del principio *salva rerum substantia* fue adaptándose progresivamente a las circunstancias sociales y económicas en las que la figura jurídica iba desarrollándose, incluso ya en época romana, hasta llegar a diluirse en la actualidad en determinadas instituciones jurídicas en las que, seguidamente veremos, se conservan los derechos del usufructuario, pero no así la obligación de conservar su sustancia.

Por lo tanto, en este trabajo se trata de analizar cómo la primitiva y originaria rigidez del principio *salva rerum substantia* fue atemperándose con el paso del tiempo. Y ello se constata no solo en las propias fuentes jurídicas romanas que manifiestan un desarrollo

Barcelona, Ariel, 1990, p. 328 nt. 88. SESMA URZAIZ, M^a V., *El principio "salva rerum substantia" en el usufructo en derecho romano*, Zaragoza, Kronos, 1996, pp. 59-106 estudia la interpretación que hace la doctrina romanista del significado de *salva rerum substantia* tanto en el derecho clásico como en el derecho justiniano, así como la teoría ecléctica que mantienen algunos autores junto a quienes sostienen que el inciso carece de sentido.

³ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, 3^a ed., tomo 2^o, Madrid, Imprenta de la Sra. V. e Hijas de D. Antonio Peñuelas, 1871, p. 606.

flexible del principio como consecuencia de la intervención jurisprudencial, sino también por la necesaria aceptación de la regulación del cuasi usufructo. Como resultado de la recepción del derecho justiniano se aprecia que en el derecho vigente existen supuestos de usufructo que si bien no prescindían absolutamente del principio *salva rerum substantia* al menos ponen de manifiesto su absoluta elasticidad, es decir, su flexibilidad para adaptarse al régimen jurídico que se halla establecido.

2.- EL PRINCIPIO SALVA RERUM SUBSTANTIA:

2.1.- EN EL DERECHO ROMANO.

Ya, en el mismo ordenamiento jurídico romano, la locución *salva rerum substantia* como limitación del *ius utendi fruendi* fue manifestando cierta flexibilidad en su aplicación, siendo todo ello compilado en D.7.1.13.4 (*Ulp. 18 ad Sab.*), fragmento que comienza con la siguiente afirmación: *Fructuarius causam proprietatis deteriore facere non debet, meliorem facere potest*⁴. En los primeros tiempos del derecho romano, quizás también durante toda la época clásica, el principio *salva rerum substantia* obligaba a que el usufructuario, en todos aquellos supuestos en que ejerciese su derecho sobre la cosa usufructuada, actuase con el máximo respeto a la misma, y que la conservase tal y como la había recibido, quedando constreñido a respetar el destino económico-social de la cosa, pues se trataba de un derecho dirigido esencialmente a una función alimentaria y, por

⁴ Para un análisis detallado de la frase, véase MURILLO VILLAR, A., *La concepción ulpiana del usufructo de canteras y minas*, en *Revista de Derecho de Minas y Aguas*, vol. III, 1992, pp. 74 ss. SESMA URZAIZ, M^a V., *El principio "salva rerum substantia" en el usufructo en derecho romano*, cit., pp. 264 ss.

lo tanto, ligado a la vida de la persona investida con el derecho real de usufructo⁵. Pues bien, de aquella primitiva rígida limitación se fue evolucionando hacia una mayor tolerancia, permitiendo al usufructuario, dentro de ciertos límites, mejorar la cosa, como aparece en D.7.1.13.4. Solamente en el derecho postclásico se consintió al usufructuario realizar modificaciones en el destino económico de la cosa, siempre que se plasmase en mejoras objetivas⁶.

Esta flexibilidad se observa, como se ha apuntado, en la propia opinión jurisprudencial romana, en absoluto rigurosa, pues va a admitir como objeto idóneo de usufructo múltiples objetos. Tanto Neracio (D.7.1.44; D.7.1.61; D.7.1.7.3) como Sabino (D.7.1.13.8) negaban que el usufructuario pudiese llevar a cabo innovación alguna en la cosa usufructuada (*facere novum*), incluso para hacerla económicamente más rentable, pues, como apostillaba Neracio, “*aliud est tueri quod accepisset an novum facere*”, es decir, una cosa es conservar lo que se ha recibido y otra hacer algo nuevo. Esta opinión, según la doctrina⁷, supone respetar el estado actual de la cosa cuando se constituyó el usufructo, lo que implica ir más allá del respeto a su naturaleza y destino económico-social. Por consiguiente, tal vez estemos ante la manifestación más rígida y materialista del concepto de usufructo y su limitación de *salva rerum substantia*. Sin embargo, paulatinamente fue flexibilizándose, de tal

⁵ BETTI, E., *Istituzioni di diritto romano*, vol. I, 2ª ed., Padova, Cedam, 1942, p. 458.

⁶ GUARINO, A., *Diritto privato romano*, 11ª ed., Napoli, Jovene, 1997, p. 755 nt. 66.4.1.

⁷ SESMA URZAIZ, Mª V., *El principio "salva rerum substantia" en el usufructo en derecho romano*, cit., pp. 128-145 (conclusiones p. 398).

modo que el primitivo rigor fue superado y sustituido a finales de la época clásica, como se desprende de un texto de Pomponio (D.7.1.73) en el que ya se admite hacer innovaciones en la cosa usufructuada (*facere novum*).

Esta evolución implica superar el deber de respetar el estado actual de la cosa, para pasar a respetar la naturaleza y destino socio-económico de la *res*. En definitiva, el límite general *salva rerum substantia*, plasmado por Paulo en D.7.1.1 y posteriormente recogido en I.2.4 *pr.*, es un principio formulado con carácter general que poco a poco ha ido superando su primigenio rigor de conservación de la naturaleza y destino económico-social de la cosa objeto de usufructo. Es decir, la propia definición de usufructo es el resultado de un proceso de flexibilización interno de las facultades reconocidas al usufructuario, *uti et frui*, limitadas a la realización de un uso conforme a la naturaleza de la cosa usufructuada respetando siempre su destino económico-social. Al margen de la mayor o menor clasicidad de los textos, lo cierto es que la recepción se produjo de la compilación justiniana, de ahí que lo importante sea que la doctrina se encuentra consagrada en las fuentes romanas, de las que procede la tradición romanística, no debiendo ser descartada porque sea justiniana⁸.

A partir de esta pérdida de rigor nos preguntamos si debe primar el uso y disfrute (*uti frui*) o *salva rerum substantia*, pues en no pocas ocasiones son absolutamente incompatibles, de ahí que a veces ceda *salva rerum substantia* en favor del *uti et frui* por medio del

⁸ BIONDI, B., *Las servidumbres*, (trad. esp.), Madrid, EDERSA, 1978, pp. 238 ss.

consumo, de la venta, o de su disposición tanto material como jurídica, de donde se colige una evidente confrontación entre los derechos que tiene el usufructuario y los límites de tales derechos. Por eso, al igual que se predica la elasticidad del derecho de propiedad, también puede entenderse la misma como una característica más del derecho de usufructo.

Pero el objetivo no es analizar *salva rerum substantia* como un límite del uso y disfrute que impide llevar a cabo modificaciones en la cosa para hacerla económicamente más rentable y obtener más frutos, sino si tal límite puede ser tan etéreo que haga que la cosa que deba restituirse al nudo propietario no sea la misma, lo cual sí parece admitirse meridianamente en el cuasiusufructo, en el usufructo de montes, de minas, de canteras, etc. *Salva rerum substantia*, como eje fundamental del instituto del usufructo, ha sido objeto de dos interpretaciones totalmente opuestas. Para algunos autores se trata de circunscribir el objeto del usufructo a todas aquellas cosas que son susceptibles de un uso repetido, lo que conlleva la exclusión de las cosas consumibles. Para otro grupo de autores el inciso *salva rerum substantia* busca obligar al usufructuario a respetar la naturaleza y destino económico de las cosas usufructuadas⁹. En ambas posturas doctrinales, vistas desde el prisma del principio *salva rerum substantia*, se sigue concibiendo la necesaria existencia y posterior devolución del mismo objeto usufructuado. Pero llegó un momento en que hubo un paso más, y *salva rerum substantia* significó poder reintegrar un objeto diferente

⁹ Vid. SESMA URZAIZ, M^a V., *El principio "salva rerum substantia" en el usufructo en derecho romano*, cit., pp. 59 ss.

al usufructuado, pero del mismo género y calidad. En definitiva, el principio *salva rerum substantia* no encierra un límite físico, aunque si jurídico¹⁰, que condiciona las características del objeto usufructuado que deberá de restituirse cuando llegue el momento de su devolución por haberse producido la extinción del derecho real de usufructo.

En su concepción primigenia, el límite impuesto al usufructuario por el cual estaba obligado a respetar el destino económico social de la cosa, o sea, *salva rerum substantia*, ciertamente era muy riguroso. Hasta tal punto, que cuando la cosa usufructuada perecía o se transformaba, dejaba de ser la misma, por eso se afirma que el usufructo se extinguía por *rei mutatio*¹¹. Son muchas las fuentes que repiten la idea de la extinción del usufructo por *rei mutatio*: D.7.4.5.2-3 (*Ulp. 17 ad Sab.*), D.7.4.10.1 (*Ulp. 17 ad Sab.*) y Paul. Sent. 3.6.31: por destrucción de una casa por ruina o incendio no recuperándose el usufructo, aunque la cosa transformada retornara a la forma primitiva; D.7.4.10.2 (*Ulp. 17 ad Sab.*): por inundación de un campo que se transforma en estanque o laguna; D.7.4.10.3 (*Ulp. 17 ad Sab.*): cuando un estanque que se seca y se transforma en campo; D.7.4.10.4 (*Ulp. 17 ad Sab.*): cuando un bosque talado es convertido en campo de labor; D.7.4.10.5 (*Ulp. 17 ad Sab.*): cuando de una masa de metal se hacen vasos; D.7.4.10.6 (*Ulp. 17 ad Sab.*): en caso de un ornamento deshecho; D.7.4.10.8 (*Ulp. 17 ad Sab.*): por perecimiento de un caballo de una cuadriga; D.7.4.12 pr. (*Ulp. 17*

¹⁰ MURILLO VILLAR, A., *La concepción ulpiana del usufructo de canteras y minas*, cit., p. 60

¹¹ GROSSO, G., *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, 2ª ed. ampliata, Torino, G. Giapichelli, 1958, pp. 381 ss.

ad Sab.): cuando un baño es transformado en habitación; D.7.4.12.1
(*Ulp. 17 ad Sab.*): cuando se cambia el destino de un siervo; D.7.4.31
(*Pomp. 4 ad Q. Mucius*): cuando un rebaño deja de serlo por reducción del número de cabezas.

Los supuestos recogidos en estas fuentes muestran que el usufructo se extingue porque las modificaciones producidas en las cosas usufructuadas tienen los mismos efectos que si le hubiera sucedido al propietario. Se centran en cosas materiales que una vez desaparecidas conllevan necesariamente la extinción del usufructo¹². Es decir, las cosas sobre las que recae el usufructo sufren una transformación sustancial, pues ya no facilitan *utendi fruendi*, como cumplían inicialmente, pues no es la misma cosa que se legó sino otra diferente, lo cual implica que desaparecido el objeto usufructuado se extingue el usufructo por *rei mutatio*. La razón es muy sencilla. Como el objeto del usufructo ha de ser siempre el mismo, en el momento en que éste cambie se extingue el usufructo. De ahí la razón de la exigencia de la *cautio usufructuaria*, que fue introducida para garantizar el legado de usufructo, y que consistía en una promesa, en forma de *stipulatio*, dirigida a garantizar que el usufructuario usase la cosa *boni viri arbitratu* y que la restituyese al finalizar el usufructo, evitando de ese modo todo comportamiento doloso (D.7.9.1 pr. (*Ulp. 79 ad ed.*); D.7.9.5 pr. (*Ulp. 79 ad ed.*)).

Esta garantía al nudo propietario se daba tanto cuando el objeto usufructuado era inconsumible, como cuando lo dejado en

¹² SESMA URZAIZ, M^a V., *El principio "salva rerum substantia" en el usufructo en derecho romano*, cit., pp. 156 ss.

uso y disfrute era consumible, y solamente se podían gozar y percibir los frutos mediante su consumo, disposición que no conllevaba su extinción, y tampoco por ello dejó de denominarse usufructo, lo cual implica que *salva rerum substantia* debió acomodarse a la nueva situación y buscar su finalidad mediante la sustitución del primitivo objeto usufructuado por otro igual del mismo género y calidad. En definitiva, *tantundem eiusdem generis et qualitatis* viene a suplir el límite establecido por su equivalente *salva rerum substantia*.

La elasticidad del principio *salva rerum substantia* adquiere plena manifestación en el *quasi ususfructus*, pues era un usufructo que incluía cosas consumibles en su constitución. El usufructo en origen solamente se podía constituir sobre cosas inconsumibles, pero era frecuente legar en testamento el usufructo de todos los bienes, consumibles e inconsumibles, es decir, constituir un *ususfructus omnium bonorum* (Cic. Top. 3,17). Esta circunstancia derivó en que a comienzos del Principado se publicara un senadoconsulto¹³, que, junto con la actividad jurisprudencial posterior, admitieron que las cosas legadas consumibles se atribuyesen al usufructuario en propiedad¹⁴, pero eso sí, con la

¹³ GROSSO, G., *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, cit., pp. 411 ss. CRIFÒ, G., *Studi sul quasi-usufrutto romano. 1. Problemi di datazione*, Padova, Cedam, 1977, pp. 17 ss.

¹⁴ Sobre esta cuestión, en la que una parte de la doctrina mantiene que el usufructuario deviene propietario de los bienes consumibles cuando se le entregan, y otra parte que el usufructuario solamente adquiere la propiedad de los bienes usufructuados cuando los consume, *vid.* SALAZAR REVUELTA, M^a., *La transmisión de la propiedad en el cuasiusufructo de las cosas "quae usu consumuntur" según el Derecho Romano y el Código Civil español*, en Los derechos reales: actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de

obligación de devolver al nudo propietario la misma cantidad de cosas. Es decir, se le exigía al usufructuario mediante la oportuna *cautio* que se comprometiese a restituir *tatumdem eiusdem generis et qualitatis*¹⁵. Realmente, es un derecho sobre cosa ajena alejado del tradicional usufructo, aunque ello no impidió que pasase a denominarse *quasi ususfructus*. Se trata de un usufructo en el que el usufructuario sigue disponiendo del *ius utendi fruendi*, pero en este caso sobre cosas consumibles, de tal forma que es imposible respetar en sentido material el principio *salva rerum substantia*.

A partir del mencionado senadoconsulto se estableció de modo general que sobre todo objeto que estuviera en un patrimonio se podía constituir un usufructo. Por ello, Gayo, en D.7.5.2.1, lo denomina *quasi ususfructus: Quo senatus consulto non id effectum est, ut pecuniae usus fructus proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit), sed remedio introducto coepit quasi usus fructus haberi*. Y también Ulpiano, en *Epit. Ulp.* 24.27, precisa meridianamente la admisión del usufructo de cosas consumibles: *Senatus consulto cautum est, ut etiamsi earum rerum, quae in abusu continentur, ut puta vini, olei, tritici, ususfructus legatus sit, legatario res tradantur, cautionibus interpositis de restituendis eis, cum ususfructus ad legatarium pertinere desierit*. Pero más detallado y explicado lo encontramos en I.2.4.2.- *Constituitur autem usus fructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et iumentis et ceterisque rebus exceptis his quae ipso usu consumuntur: nam eae neque naturali ratione*

Derecho Romano (coord. por A. J. Torrent Ruiz), Madrid, Edisofer, 2001, pp. 739-758.

¹⁵ Vid. GARCÍA GÉRBOLES, L., *Una aproximación a la naturaleza del quasi usus fructus*, en Anuario Jurídico Villanueva nº 6, 2012, pp. 79-102.

neque civili recipiunt usum fructum. Quo numero sunt vinum oleum frumentum vestimenta. Quibus proxima est pecunia numerata: namque in ipso usu adsidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis causa senatus censuit posse etiam earum rerum usum fructum constitui, ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. Itaque si pecuniae usus fructus legatus sit, ita datur legatario, ut eius fiat, et legatarius satisdat heredi de tanta pecunia restituenda, si morietur aut capite minuetur. Ceterae quoque res ita traduntur legatario, ut eius fiant: sed aestimatis his satisdatur, ut, si morietur aut capite minuetur, tanta pecunia restituatur, quanti eae fuerint aestimatae. Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usum fructum (nec enim poterat), sed per cautionem quasi usum fructum constituit¹⁶.

Resulta evidente, pues, que las cosas consumibles no encajan en un usufructo verdadero y propio, y no por el *ius utendi fruendi* sino por *salva rerum substantia*. De ahí que se le denomine *quasi*

¹⁶ I.2.4.2.- El usufructo puede constituirse no sólo sobre fincas rústicas y urbanas, sino también sobre los esclavos, las caballerías y todas las demás cosas, salvo las que se consumen por el uso, ya que éstas no pueden ser objeto de usufructo, ni desde el punto de vista de la razón natural ni desde el punto de vista del derecho civil. Entre estas cosas se encuentran el vino, el aceite, el trigo y los vestidos, y algo semejante puede decirse del dinero contante, pues en cierto modo se extingue al utilizarlo y estarlo cambiando constantemente. Mas el Senado decidió, teniendo en cuenta la utilidad que de ello pudiera derivarse, que también sobre estas cosas fuese posible constituir un usufructo, siempre que se diese al heredero suficientes garantías para salvaguardar sus derechos. Por ello, si se lega a uno el usufructo de una cantidad de dinero, se le entregará en propiedad al legatario y éste tendrá que garantizar al heredero la devolución de lo recibido, para el caso de morir o de sufrir una disminución de capacidad. Las demás cosas se entregan al legatario de modo que se hagan suyas, pero previa tasación, y siempre que dé garantías de que en el supuesto de morir o de sufrir una disminución de capacidad se pagaría el importe fijado en la tasación. El Senado no creó, pues, un usufructo sobre estas cosas, ni podía hacerlo, sino que por medio de un sistema de garantías creó el cuasi usufructo.

ususfructus, pues está modelado a imagen y semejanza del usufructo y se le aplican las mismas reglas. De ese modo se puede ver un paralelismo completo entre el usufructo y el cuasi usufructo, denominación reservada en derecho romano al usufructo de las cosas que no podían ser objeto de usufructo¹⁷. Está claro, por tanto, que estamos ante una figura anómala sobre cosas consumibles que no podía ser un verdadero y propio derecho real de usufructo, sino una relación merced a la cual el nudo propietario era, en realidad, un acreedor y el usufructuario un deudor. Sin embargo, “viene a ser como un usufructo paralelo que Gayo no supo denominar de otra manera que no fuera con la expresión “cuasiusufructo”. Ésta, pues, es una catacresis para algo perfectamente existente y lícito según el senadoconsulto, pero que carece de nombre propio y que no es ni puede ser un verdadero usufructo ni llamarse con la palabra que lo mienta”¹⁸.

Asimismo, en derecho clásico, al margen del cuasi usufructo, también existieron otra serie de supuestos en los que el usufructo recaía sobre cosas consumibles: dinero, bosques, montes, canteras, minas, rebaños, cuadrigas, etc.¹⁹, pero tratando de respetar el principio *salva rerum substantia*. En la inmensa mayoría de estos supuestos no se restituye lo que se ha consumido, sino que se reponen objetos de la misma calidad y cantidad. Un rebaño con cabezas de ganado de la misma especie; un bosque volviendo a

¹⁷ GROSSO, G., *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, cit., pp. 426 ss.

¹⁸ GUZMÁN BRITO, A., *El significado de “quasi” en el vocabulario de los juristas romanos*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección derecho romano]* XXXVIII, Valparaíso, Chile, 2016, pp. 91-93.

¹⁹ GROSSO, G., *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, cit., pp. 173 ss.

plantar los árboles talados; el dinero como es un valor con monedas del mismo valor si bien no las mismas; el usufructo de canteras y minas se explicaba con la ficción de su reproducción, etc. En todos estos supuestos nadie ha negado que estemos ante un usufructo, y por ello no se desvanece la exigencia de conservar las cosas, *salva rerum substantia*, de tal modo que su única explicación es que se aceptó que la salvaguarda del usufructo con el principio *salva rerum substantia* gozaba de una gran aceptación jurisprudencial, pues en caso contrario no tendría sentido denominar usufructo a los supuestos mencionados.

2.2.- EN EL DERECHO INTERMEDIO: FUERO REAL, PARTIDAS, LEYES DE TORO, NUEVA Y NOVÍSIMA RECOPIACIÓN.

No existen muchos textos en derecho intermedio que nos permitan hacer un rastreo riguroso del tema que nos ocupa. El usufructo aparece regulado de soslayo en Fuero Real libro 3, tit. 18, ley 7²⁰, pero donde realmente se le dedica una regulación más exhaustiva es en Partida 3, tit. 31, leyes 20-26²¹. Concretamente, en la Ley 20, intitulada *De las servidumbres que son llamadas usufructo, e uso tan solamente*, el principio *salva rerum substantia* se sustituye por la perífrasis “*que la cosa en que ha el usufructo no se pierda ni se empeore por su culpa ni por codicia que le mueva a esquilmarla más de lo que conviene*”. Es decir, no se impone explícitamente al usufructuario el

²⁰ F. R. 3.18.7.- *Sy algun ome diere a otro en su vida, o dexare a su muerte viña, o casa, o otra heredad qualquier, que la tenga e la desfruche por en sus dias, e que a su muerte la dexe a otro libre e quita, aquel que la a de tornar, sea tenuto de dar fiador que gela dexe libre e quita, o la valia, quando quier que demande el fiador.*

²¹ DOMINGO DE MORATÓ, D.R., *El derecho civil español con las correspondencias del romano I*, (reimpresión facsímil), Pamplona, Analecta, 2002, pp. 398 ss.

límite de conservar la sustancia y el destino económico social de la cosa, lo cual no significa que se exima de su cumplimiento.

A partir de la información que se proporciona en Partidas, Jordán de Asso y De Manuel²² definieron el usufructo como “el derecho de usar y gozar de todos los frutos de la cosa sin deteriorarla”. En esta definición subyace una equiparación o, mejor, una nueva versión de *salva rerum substantia*, no deteriorar la cosa, de donde se colige que no se admitió en Partidas el cuasiusufructo o usufructo de cosas consumibles a pesar de la influencia romana en el citado texto alfonsino de Partidas. Por el contrario, Domingo de Morató, con apoyo también en P. 3, tit. 31, ley 20, afirma que el usufructo igualmente recae sobre cosas muebles, semovientes y fungibles, en cuyo caso se debe hablar con más propiedad de cuasi usufructo pues el disfrute de una cosa fungible exige su consunción, por lo cual no queda a salvo físicamente la sustancia de la cosa, y sí tan solo legalmente en virtud de la caución que habrá de prestar el cuasi usufructuario de que a su tiempo devolverá otro tanto del mismo género y calidad²³. Sin embargo, tras una atenta lectura, no se llega a deducir de la citada Ley 20 que se reconociera la posibilidad de usufructuar cosas consumibles (cuasi usufructo), pues expresamente se dice que cuando llegue el momento de la extinción del usufructo “*que la cosa sea tornada*”, es decir, que la cosa (la misma) se restituya a quien otorgó el usufructo o a quien hubiera mandado o a sus herederos si el nudo propietario hubiera fallecido.

²² JORDÁN DE ASSO, I. Y DE MANUEL, M., *Instituciones del derecho civil de Castilla*, 3ª ed., Madrid, Imprenta Real de la Gazeta, 1780, p. 234.

²³ DOMINGO DE MORATÓ, D. R., *El derecho civil español con las correspondencias del romano I*, cit., p. 399.

Haciendo además mención expresa a que el usufructuario ejerza su *ius utendi et fruendi* de buena fe.

Por otro lado, no se encuentra referencia explícita al concepto de usufructo ni en la Nueva ni en la Novísima Recopilación, compendio este último que dio paso a los primeros Proyectos del Código civil español. No obstante, en la Novísima Recopilación 10.5.3, que recoge lo establecido en la Leyes de Toro 47 y 48 (Nuev. Recop. 5.1. 8 y 9), especialmente en la Ley 48 de Toro se establecía: “*El hijo casado y velado haya el usufructo de los bienes adventicios*”. Pues bien, el peculio adventicio constaba de todos los bienes que adquiriría el hijo, bien fuesen de su madre o de los parientes de la misma, de ganancias nupciales, legados o herencias de los amigos, y de todos los demás bienes que adquiriría por su trabajo o por casualidad o fortuna²⁴. Por consiguiente, resulta verosímil que entre todos los bienes adventicios hubiera tanto bienes inconsumibles como bienes consumibles. En tal caso, reconocido el usufructo, habrá de entenderse que el principio *salva rerum substantia* debía gozar de cierta elasticidad por cuanto si los bienes en usufructo han de restituirse al nudo propietario, aquellos que con su uso se consumen no podrán reintegrarse, viéndose obligado el usufructuario a reintegrar otro tanto del mismo género y calidad. Pues bien, de lo dicho se deduce que esta laxitud del usufructo recogida en las Leyes de Toro (1505), mantenidas en la Nueva Recopilación (1567) y refrendadas en la Novísima Recopilación (1805) inducen a sostener

²⁴ Así lo manifiesta DE LLAMAS Y MOLINA, S., *Comentario crítico-jurídico-litera l a las ochenta y tres Leyes de Toro*, 2ª ed., Madrid, Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino, 1852, p. 409, comentario 4.

que la vieja limitación romana *salva rerum substantia* se mantuvo sin la rigidez inicial.

2.3.- EN LOS PROYECTOS DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1821, 1836, 1851 Y 1882.

En el Proyecto de Código civil español de 1821 no se llegó a contemplar el usufructo, pues su redacción fue muy precipitada y con escaso tiempo para su composición completa, desconociéndose además sus fuentes de inspiración, al menos las preferentes²⁵. Solamente fueron impresos y publicados 476 artículos, entre los que no se halla ninguno relativo al derecho de usufructo. Por el contrario, en el Proyecto de Código civil español de 1836 se recoge el concepto de usufructo en el art. 817.- *Usufructo es el derecho de disfrutar de una cosa ajena en los mismos términos que puede hacerlo el propietario bajo la condición de conservar integra la cosa usufructuada.* Apostillando su contenido en el art. 818.- *El usufructo se constituye sobre toda cosa no fungible que pueda dar fruto u otra utilidad; también puede constituirse sobre un conjunto de bienes muebles o inmuebles. En las cosas que se consumen con el uso, sólo hay usufructo impropio o cuasi-usufructo.* Vemos, pues, que *salva rerum substantia* se sustituye por “conservar integra la cosa usufructuada”, lo que indica una vuelta a la primitiva rigidez de la definición de Paulo. Además, el usufructo solamente podía tener por objeto cosas no fungibles, inconsumibles, reservando para aquellas cosas dadas en usufructo que se consuman por el uso la calificación de origen romano de cuasi usufructo. Por lo tanto, el Proyecto de Código civil de 1836 seguía la originaria

²⁵ LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la codificación española 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, vol. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970, p. 68.

concepción romana de usufructo, diferenciando entre el usufructo que tiene por objeto cosas inconsumibles del cuasi usufructo que recae sobre cosas consumibles.

En el Proyecto de Código civil de 1851 se articula el precedente de nuestra actual regulación, introduciendo un concepto de *salva rerum substantia* ampliado: Art. 435.- *El usufructo es el derecho de disfrutar de los bienes ajenos sin alterar su forma ni sustancia, salvo lo dispuesto en el artículo 444 (cuasi usufructo).* La locución romana, *salva rerum substantia*, dice García Goyena, ha parecido tan enérgica que todos los códigos la han conservado. El añadido de la *forma* es porque alterarla o cambiarla supondría disponer de la cosa²⁶. Finalmente, en el Proyecto de Código civil de 1882²⁷, penúltima redacción de vigente Código civil español, se siguen los pasos del Proyecto de 1851, y conceptúa el usufructo en su art. 472.- *El usufructo es el derecho de disfrutar de los bienes ajenos sin alterar su forma ni sustancia.* En definitiva, todos los Proyectos de Código civil español se inspiraron en la definición clásica del derecho romano: *ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*.

2.4.- EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

Es obvio que al Código civil español se trasladó de un modo casi literal la definición paulina de usufructo. Dice el art. 467 C.c. que “*El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución*

²⁶ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Tomo I, (reimpresión obra 1852), Zaragoza, Cometa S.A., 1974, p. 227.

²⁷ Vid. la obra de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, 2ª ed., Madrid, Consejo General del Notariado, 2006.

o la ley autoricen otra cosa”²⁸. En este precepto, el principio *salva rerum substantia*, como obligación del usufructuario²⁹, se amplía a “*conservar su forma y sustancia*”. Cuando el artículo habla de conservar la sustancia se está refiriendo a la prohibición de destruirla o consumirla total o parcialmente, extendiéndose a aquellos actos que destruyen o alteran condiciones no sustanciales de la cosa y que se hayan tenido en cuenta de manera primordial a la hora de constituir el usufructo. Realmente, sustancia es sinónimo de identidad de la cosa, pues se debe restituir en la medida en que se mantiene idéntico³⁰. Es decir, sustancia e identidad tienen un mismo significado³¹. Por lo que respecta a la forma, se refiere a conservar el destino económico social de la cosa, de tal manera que el usufructuario no podrá alterarla perjudicando la cosa³². Con la

²⁸ Acerca de las diferencias con la primera redacción (art. 472 Proyecto 1882), *vid.*, MALUQUER DE MOTES, C. J., *Los conceptos de «sustancia», «forma» y «destino» de las cosas en el Código Civil*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 13 ss.

²⁹ Más bien se trata de un límite institucional de respeto a la forma de la cosa gravada, siendo incorrecto hablar de obligación, pues el C.c. lo ha transformado en un requisito meramente facultativo, GARCÍA CANTERO, G., *El usufructo: la regla “salva rerum substantia” y sus excepciones*, en *Derechos reales limitados de goce* (coord. por M. E. Clemente Meoro y G. García Cantero), Madrid, Dykinson, 2010, pp. 18 ss. Postura que ya había mantenido, entre otros, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentario STS27 de enero de 1993. Arrendamiento de finca usufructuada. Nulidad del contrato de arrendamiento por ilicitud de la causa. Infracción del principio «salva rerum substantia»*, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil* n° 31, 1993, p. 204, para quien la obligación de conservar la forma y sustancia que indica el art. 467 C.c., no es una verdadera obligación, sino un límite interno o institucional del *ius fruendi* del usufructuario; en su opinión, no es tanto un deber u obligación cuanto la expresión de un *no poder*.

³⁰ MANRESA Y NAVARRO, J. M^a., *Comentarios al Código civil español*, tomo IV, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1895, p. 340.

³¹ MALUQUER DE MOTES, C. J., *Los conceptos de «sustancia», «forma» y «destino» de las cosas en el Código Civil*, cit., pp. 18 ss. ROGEL VIDE, C., *La nuda propiedad*, Madrid, Reus, 2015, pp. 35-39.

³² BONET RAMÓN, F., *Código civil comentado con sus apéndices forales*, 2^a ed.,

exigencia de conservar la forma, a la que no se hace referencia en la definición de Paulo ya que su introducción en el derecho español fue una novedad legislativa³³, se está contemplando el que la actividad que se realice respecto de la cosa no atente nunca contra su estado, condiciones y características. Y ello porque las cualidades objetivas son las que determinan el estado de la propia cosa y representan la idea de forma³⁴. En definitiva, “La no variación de la forma y sustancia implica, según la Sentencia de 19 de enero de 1962, la prohibición de destruirla o consumirla, así como la prohibición de realizar actos que destruyan o alteren condiciones no sustanciales de la cosa que primordialmente se hayan tenido en cuenta al constituirse el usufructo. Y el límite de conservar la forma de la cosa usufructuada implica el deber, que afecta al usufructuario, de respetar el destino económico de la cosa, lo que le supone obtener las utilidades que produzca de acuerdo con su destino económico actual y, por consiguiente, sin posibilidad de modificar dicho destino”³⁵. Es decir, que la regla *salva rerum substantia* es un síntoma de la identidad del tipo, pero la autonomía

Madrid, Aguilar, 1964, pp. 408 ss. De todos modos, qué haya de entenderse por forma y sustancia no es una cuestión pacífica; durante siglos viene discutiéndose por la doctrina acerca de su contenido, *vid.*, entre otros, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a T., *El principio “salva rerum substantia” como límite típico*, en Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro, vol. 2, Valencia, Universitat de València, 1989, pp. 581-590; también en *Notas sobre el derecho de disfrute del usufructuario*, en Anuario de Derecho Civil, vol. 42, n^o 3, 1989, pp. 813-868.

³³ GARCÍA CANTERO, G., *El usufructo: la regla “salva rerum substantia” y sus excepciones*, cit., p. 19.

³⁴ MALUQUER DE MOTES, C. J., *Los conceptos de «sustancia», «forma» y «destino» de las cosas en el Código Civil*, cit., pp. 91 ss.

³⁵ YSÁS SOLANES, M^a., *Derecho de Cataluña. Usufructo. Salva rerum substantia. Extinción. Usucapión*, en Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil n^o 16, 1988, p. 101.

de la voluntad juega el papel de posibilitar el goce y disfrute efectivo que forman el contenido del derecho real de usufructo. En caso contrario, si se defiende a rajatabla la estabilidad del tipo usufructuario, podría darse el caso de que el titular del usufructo tendría un derecho que no le permite obtener el goce y disfrute que forma parte de su contenido³⁶.

Realmente se trata de una definición genérica e inacabada, disfrutar de los bienes ajenos, pues la limitación del usufructuario al uso y disfrute que además se extiende a conservar la forma, no sólo su sustancia, también tiene sus excepciones, y no por ello el uso y disfrute sobre cosa ajena deja de considerarse un usufructo³⁷. Entre esas excepciones tenemos la prevista en el art. 482 C.c., relativa al usufructo de cosas consumibles³⁸. Es más, en la apostilla final del art. 467 se indica que la obligación de conservar la forma y la sustancia será obligatoria “a no ser que el título de su constitución o la

³⁶ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a T., *El principio “salva rerum substantia” como límite típico*, cit., p. 590.

³⁷ La noción de sustancia desde siempre ha generado en la doctrina una gran incertidumbre. Ya las escuelas proculyana y sabiniana discutían sobre si era la forma o la materia la que constituye la cosa, pero cuando tenían que resolver casos reales abandonaban principios filosóficos (aristotélicos), y centraban la valoración jurídica en que la sustancia de la cosa es su valor. Es decir, habrá de entenderse que cuando se habla de conservación de la sustancia se habla de la conservación de su valor, criterio con la suficiente elasticidad como para poder aplicarse a todos los supuestos de usufructo. Por lo que respecta a la forma de la cosa es preciso entender que es el destino propio de la cosa, es decir, el destino socialmente reconocido y estimado. Sobre todo ello, *vid.* GARCÍA VALDECASAS, A., *La idea de sustancia en el Código civil*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 8, 1954, pp. 397-421.

³⁸ TORRELLES TORREA, E., *El usufructo de cosas consumibles*, Madrid, Marcial Pons, 2000. LECIÑENA IBARRA, A., *Capítulo 3. Excepciones a la regla salva rerum substantia en el marco del artículo 467 C.C.*, en *Tratado de usufructo: aspectos civiles, mercantiles y fiscales* (coord. por A. Leciñena Ibarra), Las Rozas (Madrid), La Ley-Wolters Kluwer, 2016, pp. 123-182.

*ley autoricen otra cosa*³⁹, lo cual ha servido para sustentar la existencia en nuestro ordenamiento de la figura del cuasiusufructo⁴⁰. El apostillamiento final flexibiliza el riguroso límite inicial de “conservar su forma y sustancia”, y abre el camino a nuevos tipos de usufructo como, por ejemplo, el usufructo de bienes consumibles y deteriorables o el usufructo con facultad de disposición de la cosa, que, aunque se consideren excepciones o usufructos especiales, siguen siendo un usufructo, en los que lo más importante es *utendi fruendi*, antes que conservar la cosa. El usufructuario para disfrutar de las cosas ajenas podrá hacer mejoras, sin derecho a indemnización al concluir el usufructo y si fuera posible pudiéndolas retirar, pero todo ello, previsto en el art. 487, “*con tal que no altere su forma o su sustancia*”. Misma condición que se impone, art. 489, al propietario de bienes constituidos en usufructo en favor de tercero, que podrá enajenarlos, “*pero no alterar su forma ni sustancia*”. Es decir, la rigidez del concepto romano *salva rerum substantia* se mantiene en nuestro Código civil, aunque perfectamente puede flexibilizarse en el título de su constitución o

³⁹ Con redacción equivalente se manifiesta la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 2018, en el *Artículo 351-1. Concepto*.

1. *El usufructo es el derecho a usar y disfrutar bienes ajenos con la obligación de conservar la forma y la sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa.*
2. *El usufructuario debe respetar el destino económico del bien usufructuado y actuar de acuerdo a las exigencias de las reglas de una buena administración.*

⁴⁰ JORDANO BAREA, J. B., El cuasi-usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena, ADC, 1948, vol. 1, nº 3, pp. 981 - 1023. ALBALADEJO GARCÍA, M., *El cuasiusufructo*, en Estudios jurídicos en homenaje al profesor E. Lalaguna Domínguez (coord. J. Alventosa del Río, R. M^a Moliner Navarro), vol. 1, Valencia, Universitat de València, 2008, pp. 3-8.

porque la ley así lo permita. Se trata, pues, de un límite de carácter dispositivo ya que puede prescindirse del mismo⁴¹.

Por lo que respecta al usufructo con facultad de disposición⁴², en realidad es una dispensa que deriva del título constitutivo del derecho real de usufructo. Tal figura carece de una regulación expresa en el articulado del Código civil, siendo mas bien una creación del derecho consuetudinario español⁴³. Pero lo cierto es que tanto para la doctrina mayoritaria como para la jurisprudencia⁴⁴, el usufructo con facultad de disponer es un derecho con sustantividad propia en el que las facultades dispositivas atribuidas al usufructuario no llegan a mutar su naturaleza⁴⁵. Es decir, la facultad

⁴¹ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a., *El usufructo con facultad de disposición: Estudio de sus caracteres especiales*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año n^o 84, n^o 709, 2008, pp. 2182- 2187.

⁴² SERRANO DE NICOLÁS, A., *Usufructo con facultad de disposición en el Derecho español*, (tesis inédita), Barcelona, 2005. (https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/34342/ASDN_TESIS.pdf?sequence=1&isAllowed=y). VERDA Y BEAMONTE, J. R., DE, *Usufructo testamentario con facultad de disposición en caso de necesidad apreciada según conciencia: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (sala 1^a) de 3 de marzo de 2000 (ACT. CIV. 2000 NÚM. 572)*, en *Revista de Derecho Privado*, año n^o 85, mes 12 (diciembre), 2001, pp. 1011-1031. GIL RODRÍGUEZ, J., 1976 *SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 2006: Usufructo testamentario con facultad de disponer en caso de necesidad. Regularidad de la disposición consiguiente. Ausencia de (prueba) de mala fe, abuso del derecho o ánimo de perjudicar*, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n^o 74, 2007, pp. 725-750. PINAGLIA-VILLALÓN GAVIRA, J. I., *Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el abuso del derecho en el supuesto del usufructo testamentario con facultad de disposición en caso de necesidad*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n^o. 6, 2016, pp. 99-112.

⁴³ REPRESA POLO, M^a P., *El usufructo con facultad de disposición*, en *Revista de Derecho Privado*, año n^o 92, mes 4, 2008, p. 35.

⁴⁴ GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C., *Usufructo con facultad de disponer. Análisis jurisprudencial*, en *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, n^o 6, 2001, pp. 483-515.

⁴⁵ LECIÑENA IBARRA, A., *Capítulo 3. Excepciones a la regla salva rerum substantia en el marco del artículo 467 C.C., cit.*, pp. 123 ss.

de disposición no supone que la obligación de conservar la forma y la sustancia necesariamente desaparezca, sino que recayendo dicha facultad sobre cosas consumibles habrá de entenderse que incluye tanto la consumibilidad física como la jurídica, lo que implica no sólo a la enajenación sino también el traspaso de un bien de una masa patrimonial a otra⁴⁶.

Diferente del usufructo con facultad de disposición, es el usufructo de cosas consumibles, usufructo impropio o cuasiusufructo⁴⁷, que es el usufructo que tiene por objeto exclusivamente cosas consumibles frente al denominado usufructo común o normal que recae sobre cosas inconsumibles por el uso, independientemente de que sean deteriorables por el uso continuado. Este supuesto de usufructo especial, está regulado en el art. 482 C.c., en donde se establece que, si el usufructo comprendiera cosas que no se puedan usar sin consumirlas, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas con la obligación de pagar el importe de su avalúo al terminar el usufructo si se hubiesen dado estimadas. Cuando no se hubiesen estimado, tendrá el derecho de restituirlas en igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo. En esta redacción solamente se contempla el uso efectivo de las cosas, de tal modo que, cuando el usufructuario no haya utilizado las cosas ni las haya consumido, tendrá la obligación de devolver las mismas cosas que recibió. Por lo

⁴⁶ DÍEZ-PICAZO, L. - GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil. Vol. III. Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, 7ª ed., Madrid, Tecnos, 2002, p. 353.

⁴⁷ Sobre el término cuasi usufructo y su posterior abandono, TORRELLES TORREA, E., *El usufructo de cosas consumibles*, cit., pp. 29 ss. MANRESA Y NAVARRO, J. Mª., *Comentarios al Código civil español*, tomo IV, cit., lo calificaba de usufructo especial, impropriamente llamado cuasi usufructo.

tanto, en el art. 482 se aprecia una excepción a la regla general establecida en el art. 467 C.c. No obstante, Jordano Barea califica al cuasi usufructo como una modalidad por razón de su objeto (cosas consumibles) del usufructo. Por ello, dice, “siempre que se esté ante un supuesto de hecho caracterizado por el “derecho a disfrutar”, habrá que calificarlo como usufructo, de acuerdo con nuestro ordenamiento, aunque aquel poder de goce conduzca, por la naturaleza especial del objeto, a la consunción del mismo”⁴⁸.

La elasticidad que ha ido adquiriendo el principio romano *salva rerum substantia* ha llegado hasta nuestra legislación vigente, y ello, dice Salinas, “porque era tan sabia aquella legislación de los Césares, tan exhaustiva, que abundaba cualquiera otra normativa que pudiera inventarse, que habría de ser mucho más imperfecta y deficiente que la romana. Y buena prueba de ello que fue copiada hasta por los Códigos contemporáneos vigentes, como el propio Código civil español”⁴⁹. Y, efectivamente, así es. Mientras que la regla general del art. 467 indica que “El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia”, esta obligación final no puede interpretarse con rigidez, vistas las anteriores excepciones, de donde se colige la elasticidad que en principio parece caracterizar al usufructo. Es decir, que “incorporar las cosas consumibles en la institución del usufructo, obliga a replantear los derechos y obligaciones propias de la

⁴⁸ JORDANO BAREA, J. B., *El cuasi-usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena*, ADC, 1948, vol. 1, nº. 3, cit., p. 982.

⁴⁹ SALINAS QUIJADA, F., *Derecho civil de Navarra. III Derecho de cosas. Derechos reales limitados. Vol. 1º. Usufructo, uso, habitación y otros derechos similares. Servidumbres*, Pamplona, Gómez, 1974, p. 18.

institución; supone encajar una pieza en un molde cuyas formas, tal como originariamente se habían concebido, no coinciden, pero se consigue en virtud de su elasticidad”⁵⁰. En conclusión, mientras que un usufructo normal recae sobre bienes inconsumibles y se caracteriza por las facultades otorgadas al usufructuario de *utendi fruendi* con el límite material de *salva rerum substantia*, en los usufructos especiales, (usufructo con facultad de disposición, cuasiusufructo y otros supuestos constituidos conforme a lo dispuesto *in fine* ex art. 467 (“a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa”), se mantienen las facultades del usufructuario de *uti et frui* pero con la limitación jurídica y económica de *salva rerum substantia* flexibilizada; en otras palabras, el usufructuario habrá de reintegrar al nudo propietario *tantundem eiusdem generis et qualitatis* o su valor económico, lo que significa que el usufructuario nunca quedará liberado de la obligación de restitución.

2.5.- EN LA NORMATIVA CIVIL AUTONÓMICA:

2.5.1.- EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA.

El ordenamiento jurídico en el que mejor se ha plasmado la influencia del derecho romano ha sido el catalán, que ha recogido con gran precisión la elasticidad que venimos atribuyendo al principio *salva rerum substantia*, como límite del uso y disfrute que se atribuye al usufructuario. En la derogada Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de Regulación de los Derechos de Usufructo, Uso y Habitación (LUUH), se optó por establecer sólo una regulación de las especificidades que ha tenido esta institución y las que se

⁵⁰ TORRELLES TORREA, E., *El usufructo de cosas consumibles*, cit., p. 73.

consideraba que debería tener en el futuro en el derecho catalán, reconociendo en su Preámbulo su evidente raíz romana y, por lo tanto, su compatibilidad con los principios propios del derecho catalán. Posteriormente, en la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, de nuevo en su Preámbulo se insiste en el origen romano del usufructo, pues se indica que “La regulación del libro quinto, (...) mantiene, actualizadas profundamente, instituciones tradicionales en el derecho catalán, algunas de ascendencia romana, como son el usufructo y sus diminutivos o las servidumbres, y otras de origen medieval, como son los derechos de censo o la medianería ...”.

Para el legislador catalán es meridiano el origen romano de la institución⁵¹, y ciertamente así lo plasma en el art. 561-2.- 1. “*El usufructo es el derecho real de usar y gozar de bienes ajenos salvando su forma y sustancia, salvo que las leyes o el título de constitución establezcan otra cosa. Seguidamente, en el parágrafo 3 se precisa que “Los usufructuarios deben respetar el destino económico del bien gravado y, en el ejercicio de su derecho, deben comportarse de acuerdo con las reglas de una buena administración”*. Aun siendo una regulación muy similar a la del C.c. art. 467, es más completa, no solo porque prescinde del término “obligación”, expresión que ha planteado muchas dudas en la doctrina civilista, sino porque cuando habla de actuar con las reglas de una buena administración se retrotrae al principio romano de que el usufructuario se comportará con la cosa *boni viri arbitratu*,

⁵¹ Vid. LLÁCER MATAACÁS, M^a R., *Los derechos reales de uso en la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Catalunya, relativo a los derechos reales*, en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, n^o 10, 2006, pp. 613-640.

exigencia que en Partidas se amplió a un comportamiento conforme a la buena fe. Por consiguiente, siguiendo la estela romana, también el derecho catalán se muestra flexible con el principio *salva rerum substantia* o como dice el texto legal “*salvando su forma y sustancia*”, pues no solamente regula el cuasiusufructo⁵², sino también el usufructo de bienes deteriorables⁵³, el usufructo con facultad de disposición⁵⁴ y el usufructo universal⁵⁵.

⁵² Artículo 561-5. Cuasiusufructo.

1. Si el usufructo recae, en todo o en parte, sobre bienes consumibles, deben restituirse bienes de la misma cantidad y calidad o, si ello no es posible, su valor en el momento de la extinción del derecho.

⁵³ Artículo 561-4. Usufructo de bienes deteriorables.

Si el usufructo recae sobre bienes deteriorables, los usufructuarios pueden servirse de los mismos según su destino y deben restituirlos, al extinguirse el usufructo, en el estado en que se encuentren, indemnizando a los propietarios por el deterioro que han sufrido por dolo o culpa.

⁵⁴ Usufructo con facultad de disposición

Artículo 561-21. Norma general.

- 1. Los usufructuarios pueden disponer de los bienes usufructuados si así lo establece el título de constitución.*
- 2. El otorgamiento de la simple facultad de disposición incluye las disposiciones a título oneroso. La facultad de enajenar a título de venta comprende la de hacerlo por cualquier otro título oneroso.*
- 3. El otorgamiento de la facultad de disposición a título gratuito debe expresarse con claridad.*

Sobre su anterior regulación en la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de Regulación de los Derechos de Usufructo, Uso y Habitación (LUUH), *vid.* BARDAJI, M^a D., *Consentimiento ajeno en el usufructo con facultad de disposición*, en *La Notaria*, n.º. 9, 2004, pp. 19-36.

⁵⁵ Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. Artículo 442-4. Usufructo universal.

- 1. El usufructo universal del cónyuge o del conviviente en pareja estable se extiende a las legítimas, pero no a los legados ordenados en codicilo, a las atribuciones particulares ordenadas en pacto sucesorio a favor de otras personas ni a las donaciones por causa de muerte.*
- 2. Si el cónyuge viudo o el conviviente en pareja estable superviviente concurre a la sucesión con herederos menores de edad de los que es representante legal, puede ejercer su representación para la aceptación de la herencia, sin necesidad de la intervención de un defensor judicial, y adjudicarse el usufructo universal.*
- 3. El usufructo universal se extingue por las causas generales de extinción del derecho de usufructo y no se pierde, aunque se contraiga nuevo matrimonio o se pase*

Es obvio, pues, que el CCCat. recoge el principio *salva rerum substantia* romano por el que el usufructuario tiene que conservar la sustancia de la cosa y también la forma. Ahora bien, una vez más nos encontramos con que “el legislador no ha dado unos criterios precisos sobre cuándo se conserva la forma y la sustancia y cuándo se altera, quizás porque sea imposible. Habida cuenta de las distintas cosas sobre las que puede recaer el usufructo y de la multitud de problemas que se pueden plantear sería inútil dar unos criterios muy precisos”⁵⁶. Y es precisamente porque sería inútil pretender regular la inmensa casuística de supuestos de usufructo en atención al objeto usufructuado, por lo que habrá de entenderse que *salva rerum substantia* se admita más como un límite del disfrute y utilización del usufructo que como una estricta obligación de conservar incólume la cosa usufructuada para ser restituida en las mismas condiciones en que fue puesta en usufructo. Por lo tanto, en el derecho civil catalán, como si de un espejo del derecho romano se tratara, se parte de la rigidez de conservar materialmente la cosa y, progresivamente, con excepciones al usufructo, se va presentando una flexibilización del principio *salva rerum substantia* que facilita que cualquier cosa, consumible o inconsumible, de acuerdo con la voluntad de las partes, pueda ser objeto de usufructo.

2.5.2.- EN LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL FORAL DE NAVARRA O FUERO NUEVO.

a convivir con otra persona.

⁵⁶ MONTSERRAT VALERO, A., *Curso de derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 430.

En la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, actualizada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo (art. 2), se redactó el concepto de usufructo del siguiente modo:

Ley 408 Concepto.

*El derecho real de usufructo concede a su titular, por tiempo limitado, las facultades dominicales con exclusión de la de disponer de la cosa objeto del usufructo*⁵⁷.

El usufructo es una institución con una sólida presencia en el derecho navarro⁵⁸, contemplado en el Título IV. Del usufructo, habitación, uso y otros derechos similares, Capítulo I. Del usufructo, Leyes 408 a 422 del Fuero Nuevo. Estas leyes se caracterizan por configurar un régimen completo para el usufructo, inspirado en el derecho romano, y por su generalidad, pues son de aplicación a todos los usufructos, incluidos los legales⁵⁹, siempre que carezcan de

⁵⁷ Redacción inicial de 1973 Ley 408. Concepto.

El derecho real de usufructo concede a su titular, por tiempo limitado, las facultades dominicales con exclusión de la de disponer de la cosa objeto del usufructo. El usufructuario podrá ejercitar con este fin todas las acciones pertinentes y recabar del nudo propietario lo necesario para su ejercicio.

El usufructuario no podrá ceder su derecho, pero sí el ejercicio del mismo por el tiempo que dure el usufructo. El arrendamiento establecido por el usufructuario se resolverá, en todo caso, al extinguirse el usufructo; pero los arrendamientos rústicos subsistirán hasta la terminación del año agrícola.

⁵⁸ Sobre ello, *vid.* la obra de FERNÁNDEZ ASIÁIN, E., *Estudios de derecho foral navarro: la facultad de disposición en el pacto sucesorio, la rescisión por lesión, la troncalidad, la prescripción, el usufructo de viudedad*, Pamplona, Gómez, 1952.

⁵⁹ *Vid.* TORRES LANA, J. Á., *El usufructo legal de fidelidad como limitación a la facultad de disposición mortis causa*, en *Revista Jurídica de Navarra*, nº 37, 2004, pp. 11-44.

una regulación específica⁶⁰. Se trata de una definición que rompe con la tradicional de Paulo, *ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*, que con más o menos alteraciones es recogida tanto por el Código civil español, art. 467, como por el Código civil catalán, art. 561-2. Que en la legislación navarra se ignore la referencia a *salva rerum substantia* se comprende si se acude a la opinión de D'Ors, redactor del Fuero Nuevo de Navarra, para quien el usufructo romano era como una propiedad temporal a la que se privaba del poder de disposición precisamente por ser temporal. Es decir, la frase puede entenderse en un sentido jurídico (privación de la facultad de disponer de la cosa misma) mejor que en uno económico (respecto de la integridad natural de la cosa productora)⁶¹.

A pesar de la sostenida influencia romana, no exenta de matices⁶², el concepto foral navarro de usufructo, a nuestro entender, difiere del romano, pues la ausencia de referencia a *salva rerum substantia* impide considerar la elasticidad de la que venimos hablando, salvo que entendamos que en el concepto navarro se acoge la máxima capacidad dispositiva del *utendi fruendi*. Esta opinión está avalada por lo dispuesto en la Ley 410 que regula el objeto sobre el que puede recaer el usufructo. Según esta disposición, el usufructo puede constituirse sobre toda clase de

⁶⁰ BARBER CÁRCAMO, R., *Título IV. Del usufructo, habitación, uso y otros derechos similares*, en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil foral de Navarra*, 2ª ed., (dir. E. Rubio Torrado y Mª L. Arcos Vieira), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 1710-1791.

⁶¹ D'ORS, A., *Derecho privado romano*, 8ª ed. revisada, Pamplona, EUNSA, 1991, p. 255 nt. 1.

⁶² *Vid.* SALINAS QUIJADA, F., *Derecho civil de Navarra. III Derecho de cosas. Derechos reales limitados*, vol. 1º., cit., pp. 32 ss.

bienes, incluso, curiosamente, aunque no produzcan frutos. Es decir, en el derecho foral navarro bajo el concepto de usufructo se incluye no solo lo que los romanos entendían por usufructo sino también el cuasi usufructo cuya regulación se extiende a los bienes consumibles. Ello implica que no existe en la Ley 408 una voluntad de separación respecto del concepto romano de usufructo, sino más bien una determinada interpretación de las fuentes romanas⁶³, prescindiendo de la diferenciación propia del ordenamiento jurídico romano (usufructo - cuasi usufructo). Por consiguiente, puede entenderse que en el concepto de usufructo que nos aporta el Fuero Nuevo navarro se condensa toda la evolución y elasticidad propias del derecho romano, por cuanto recoge las capacidades dispositivas permitidas al usufructuario, *uti et frui*, sin diferenciar el objeto sobre el cual recaiga, permitiendo de ese modo que la flexibilidad de *salva rerum substantia* se extienda tanto sobre objetos inconsumibles como sobre objetos consumibles.

2.5.3.- EN EL DERECHO CIVIL DE ARAGÓN, GALICIA, ISLAS BALEARES Y PAÍS VASCO.

En los restantes ordenamientos jurídicos autonómicos españoles también se regula el usufructo, aunque no precisan su concepto como lo hace el derecho civil catalán, absolutamente apegado al derecho romano, ni como lo hace el derecho foral navarro, a partir de una de las muchas interpretaciones que doctrinalmente admite la definición de Paulo en D.7.1.1. Tanto en

⁶³ BARBER CÁRCAMO, R., *Título IV. Del usufructo, habitación, uso y otros derechos similares*, cit., p. 1712.

el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas⁶⁴, como en el derecho civil de Galicia⁶⁵, en la compilación de derecho civil de las Islas Baleares⁶⁶, en el derecho civil vasco⁶⁷, el Código civil español actúa como derecho supletorio. En ninguno de estos cuerpos normativos se regula expresamente el usufructo, lo que no obsta para que se regulen algunas figuras específicas, por ello el concepto de usufructo aplicable será el previsto en el art. 467 C.c., que, como ut supra se ha visto, sigue la estela del derecho romano.

Con carácter particular se regula en el derecho civil aragonés el usufructo vidual, con la especificidad relativa a su transformación⁶⁸. También, en el derecho balear se contempla en su artículo 68 el usufructo universal capitular⁶⁹. En el derecho

⁶⁴ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas: *art. 1. 2. El Derecho civil general del Estado se aplicará como supletorio solo en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan.*

⁶⁵ Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia: *art. 1. 3. En defecto de ley y costumbre gallegas, será de aplicación con carácter supletorio el derecho civil general del Estado, cuando no se oponga a los principios del ordenamiento jurídico gallego.*

⁶⁶ Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares: *art. 1.3 5ª. Por defecto de norma de derecho civil propio, se aplicará, como derecho supletorio, el derecho civil estatal, siempre que su aplicación no sea contraria a los principios generales que informan el derecho civil propio y que el vacío normativo no sea querido por el legislador balear, en el marco de sus competencias.*

⁶⁷ Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco: *art. 3. El derecho supletorio. 1. En defecto de ley o de costumbre foral aplicable, regirá como supletorio el Código Civil y las demás disposiciones generales.*

⁶⁸ Artículo 291. Transformación del usufructo.
El viudo usufructuario y los nudos propietarios pueden pactar la transformación, modificación y extinción del usufructo como estimen oportuno.

⁶⁹ Art. 68.1. *El usufructo universal convenido en "espòlits" para después de la muerte faculta al usufructuario para regir y gobernar la casa y todos los bienes, el cual*

civil gallego se acotan las facultades dispositivas del cónyuge viudo⁷⁰. Y, finalmente, en lo relativo al derecho civil vasco se regula de modo específico el usufructo universal⁷¹, y de manera especial y diferenciada la figura del llamado “usufructo poderoso”, figura que otorga al usufructuario unas facultades desconocidas en otros cuerpos legales⁷².

3.- A MODO DE CONCLUSIÓN

A partir de la definición de Paulo (D.7.1.1), *usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*, y su posterior

queda dispensado de formar inventario y de prestar fianza.

⁷⁰ Del usufructo del cónyuge viudo. Artículo 228. *Los cónyuges podrán pactar en escritura pública o disponer en testamento la atribución unilateral o recíproca del usufructo sobre la totalidad o parte de la herencia.*

⁷¹ Artículo 57. *Usufructo universal del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho.*

El causante podrá disponer a favor de su cónyuge o miembro superviviente de la pareja de hecho del usufructo universal de sus bienes, que se extinguirá por las mismas causas que la legítima del artículo 55. Salvo disposición expresa del causante, este legado será incompatible con el de la parte de libre disposición.

Si el causante los dispusiere de modo alternativo, la elección corresponderá al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho.

⁷² Artículo 91. *La constitución del usufructo poderoso.*

1. Los que ostenten la vecindad civil local ayalesa pueden constituir a título gratuito inter vivos o mortis causa un usufructo poderoso.

2. Se entiende por usufructo poderoso el que concede al usufructuario la facultad de disponer a título gratuito inter vivos o mortis causa, de la totalidad o parte de los bienes a favor de los hijos o descendientes del constituyente y otras personas señaladas expresamente por el mismo.

3. El constituyente puede ampliar, restringir o concretar el contenido del usufructo poderoso.

Artículo 92. *Caracteres del usufructo poderoso.*

El usufructo poderoso es un derecho personalísimo. No podrá ser enajenado ni gravado por ningún título, salvo autorización del constituyente.

Artículo 93. *Ejercicio del usufructo poderoso.*

Si el usufructuario poderoso dispone parcialmente de los bienes, los legitimarios favorecidos quedan apartados con los bienes recibidos, sin perjuicio de que, en actos posteriores, pueda el usufructuario favorecerles con otros bienes.

evolución, el concepto de usufructo pasó de ser un concepto unitario y cerrado a ser un concepto con un significado múltiple y abierto. Ello significa que el límite *salva rerum substantia*, (conservar la cosa), dejando al margen las múltiples interpretaciones que ha recibido, hay que considerarle como un “deber flexible”. Mientras que el *ius utendi et fruendi* ha permanecido invariable desde el origen de la institución, recayendo originariamente sobre bienes no consumibles, e incluyendo posteriormente bienes consumibles, por el contrario, el principio *salva rerum substantia* se ha mostrado absolutamente elástico, permitiendo que el derecho de usufructo recaiga sobre cualquier tipo de cosas.

La elasticidad del concepto de usufructo ya se observa en el mismo derecho romano, y por supuesto en el derecho intermedio, y ha sido recogido sin matices en los ordenamientos jurídicos vigentes, tanto en el derecho civil español como derecho civil catalán, especialmente. Pero el *summum* de la elasticidad se ha plasmado en la Ley 408 del Fuero Nuevo de Navarra que concede al usufructuario la plena potestad dominical, como si fuera dueño de la cosa usufructuada, salvo la capacidad de disposición jurídica del objeto que no del derecho de usufructo. Es decir, el usufructuario navarro dispone del *ius utendi*, del *ius fruendi*, tanto sobre cosas consumibles como no consumibles, incluso aunque no produzcan frutos (Ley 410), pero tendrá que conservar la cosa o reintegrar *tantundem eiusdem generis et qualitatis*, o su avalúo⁷³, y sobre todo

⁷³ BARBER CÁRCAMO, R., *Título IV. Del usufructo, habitación, uso y otros derechos similares*, cit., p. 1721.

mantener su finalidad socio económica. En definitiva, cuando se indica en la Ley 408 “*con exclusión de la de disponer de la cosa objeto del usufructo*”, se está realizando una adaptación del viejo principio romano *salva rerum substantia*.

Lo fundamental en el derecho de usufructo son los derechos del usufructuario, *uti et frui*, siendo secundario, pero no por ello menos importante pues es variable y modificable, el límite *salva rerum substantia*. En otras palabras, si se acepta el principio de que el usufructuario debe conservar la sustancia y el destino económico-social de la cosa, es necesario admitir también que este principio debe interpretarse de manera absolutamente elástica y flexible.

4.- BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M., El cuasiusufructo, en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez (coord. Josefina Alventosa del Río, Rosa María Moliner Navarro), vol. 1, Valencia, Universitat de València, 2008, pp. 3-8.

BARBER CÁRCAMO, R., *Título IV. Del usufructo, habitación, uso y otros derechos similares*, en Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil foral de Navarra, 2ª ed., (dir. E. Rubio Torrado y Mª L. Arcos Vieira), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 1710-1791.

BARDAJI, Mª D., *Consentimiento ajeno en el usufructo con facultad de disposición*, en La Notaria, nº. 9, 2004, pp. 19-36.

BETTI, E., *Istituzioni di diritto romano*, vol. I, 2ª ed., Padova, Cedam, 1942.

BIONDI, B., *Las servidumbres*, (trad. esp.), Madrid, EDERSA, 1978

BONET RAMÓN, F., *Código civil comentado con sus apéndices forales*, 2ª ed., Madrid, Aguilar, 1964.

CRIFÒ, G., *Studi sul quasi-usufrutto romano. 1, Problemi di datazione*, Padova, Cedam, 1977.

DE LLAMAS Y MOLINA, S., *Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, 2ª ed., Madrid, Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino, 1852.

DÍEZ-PICAZO, L. - GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil, vol. III. Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, 7ª ed., Madrid, Tecnos, 2002.

DOMINGO DE MORATÓ, D.R., *El derecho civil español con las correspondencias del romano I*, (reimpresión facsímil), Pamplona, Analecta, 2002.

D'ORS, A., *Derecho privado romano*, 8ª ed. revisada, Pamplona, EUNSA, 1991.

FERNÁNDEZ ASIÁIN, E., *Estudios de derecho foral navarro: la facultad de disposición en el pacto sucesorio, la rescisión por lesión, la troncalidad, la prescripción, el usufructo de viudedad*, Pamplona, Gómez, 1952.

GARCÍA CANTERO, G., *El usufructo: la regla "salva rerum substantia" y sus excepciones*, en *Derechos reales limitados de goce* (coord. por Mario Enrique Clemente Meoro, Gabriel García Cantero), Madrid, Dykinson, 2010, pp. 9-60.

GARCÍA GÉRBOLES, L., *Una aproximación a la naturaleza del quasi usus fructus*, en Anuario Jurídico Villanueva nº 6, 2012, pp.79-102.

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, tomo I, (reimpresión obra 1852), Zaragoza, Cometa S.A., 1974.

GARCÍA VALDECASAS, A., *La idea de sustancia en el Código civil*, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo 8, 1954, pp. 397-421.

GIL RODRÍGUEZ, J., 1976 SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 2006: *Usufructo testamentario con facultad de disponer en caso de necesidad. Regularidad de la disposición consiguiente. Ausencia de (prueba) de mala fe, abuso del derecho o ánimo de perjudicar*, en Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, nº 74, 2007, pp. 725-750.

GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C., *Usufructo con facultad de disponer. Análisis jurisprudencial*, en Revista Aranzadi de derecho patrimonial, nº 6, 2001, pp. 483-515.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a., *El usufructo con facultad de disposición: estudio de sus caracteres especiales*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año nº 84, nº 709, 2008, pp. 2182-2186.

GROSSO, G., *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, 2^a ed. ampliata, Torino, G. Giapichelli, 1958.

GUARINO, A., *Diritto privato romano*, 11^a ed., Napoli, Jovene, 1997.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, 3ª ed., tomo 2º, Madrid, Imprenta de la Sra. V. e Hijas de D. Antonio Peñuelas, 1871.

GUZMÁN BRITO, A., *El significado de "quasi" en el vocabulario de los juristas romanos*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* [Sección derecho romano] XXXVIII, Valparaíso, Chile, 2016, pp. 79-95.

HERNÁNDEZ-TEJERO JORGE, F., *Derecho romano*, Madrid, Escelicer, S.A., 1959.

JORDÁN DE ASSO, I. Y DE MANUEL, M., *Instituciones del derecho civil de Castilla*, 3ª ed., Madrid, Imprenta Real de la Gazeta, 1780.

JORDANO BAREA, J. B., *El cuasi-usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena*, *ADC*, 1948, vol. 1, nº 3, pp. 981 - 1023.

LLÁCER MATAACÁS, Mª R., *Los derechos reales de uso en la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Catalunya, relativo a los derechos reales*, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 10, 2006, pp. 613-640.

LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la codificación española 4, Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, vol. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970.

LECIÑENA IBARRA, A., *Capítulo 3. Excepciones a la regla salva rerum substantia en el marco del artículo 467 C.C.*, en *Tratado de usufructo: aspectos civiles, mercantiles y fiscales* (coord. por Ascensión Leciñena Ibarra), Las Rozas (Madrid), La Ley-Wolters Kluwer, 2016, pp. 123-182.

MALUQUER DE MOTES, C. J., *Los conceptos de «sustancia», «forma» y «destino» de las cosas en el Código Civil*, Madrid, Civitas, 1992.

MANRESA Y NAVARRO, J. M^a., *Comentarios al Código civil español*, tomo IV, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1895.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a T., *Notas sobre el derecho de disfrute del usufructuario*, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 42, n^o 3, 1989, pp. 813-868.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a T., *El principio “salva rerum substantia” como límite típico*, en *Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro*, vol. 2, Valencia, Universitat de València, 1989, pp. 581-590.

MONTSERRAT VALERO, A., *Curso de derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 430.

MURILLO VILLAR, A., *La concepción ulpiana del usufructo de canteras y minas*, en *Revista de Derecho de Minas y Aguas*, vol. III, 1992, pp. 59-76.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El anteproyecto del código civil español (1882-1888)*, 2^a ed., Madrid, Consejo General del Notariado, 2006.

PINAGLIA-VILLALÓN GAVIRA, J. I., *Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el abuso del derecho en el supuesto del usufructo testamentario con facultad de disposición en caso de necesidad*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n^o. 6, 2016, pp. 99-112.

REPRESA POLO, M^a P., *El usufructo con facultad de disposición*, en *Revista de Derecho Privado*, año n^o 92, mes 4, 2008, pp. 31-64.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentario STS27 de enero de 1993. Arrendamiento de finca usufructuada Nulidad del contrato de arrendamiento por ilicitud de la causa Infracción del principio «salva rerum substantia»*, en Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, nº 31, 1993, pp. 195-208.

ROGEL VIDE, C., *La nuda propiedad*, Madrid, Reus, 2015, pp. 35-39.

SALAZAR REVUELTA, M^a., *La transmisión de la propiedad en el cuasiusufructo de las cosas quae usu consumuntur según el Derecho Romano y el Código Civil español*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, nº 3, 2000, pp. 455-476.

SALAZAR REVUELTA, M^a., *La transmisión de la propiedad en el cuasiusufructo de las cosas "quae usu consumuntur" según el Derecho Romano y el Código Civil español*, en Los derechos reales: actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano (coord. por Armando José Torrent Ruiz), Madrid, Edisofer, 2001, pp. 739-758.

SALINAS QUIJADA, F., *Derecho civil de Navarra. III Derecho de cosas. Derechos reales limitados, vol. 1º. Usufructo, uso, habitación y otros derechos similares. Servidumbres*, Pamplona, Gómez, 1974.

SERRANO DE NICOLÁS, Á. *Usufructo con facultad de disposición en el Derecho español*, Tesis doctoral inédita dirigida por Francisco Rivero Hernández (dir. tes.) Universitat de Barcelona (2005). (https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/34342/ASDN_TESIS.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

SESMA URZAIZ, M^a V., *El principio "salva rerum substantia" en el usufructo en derecho romano*, Zaragoza, Kronos, 1996.

TORRELLES TORREA, E., *El usufructo de cosas consumibles*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

TORRES LANA, J. Á., *El usufructo legal de fidelidad como limitación a la facultad de disposición mortis causa*, en *Revista Jurídica de Navarra*, n^o 37, 2004, pp. 11-44.

VERDA Y BEAMONTE, J. R., DE, *Usufructo testamentario con facultad de disposición en caso de necesidad apreciada según conciencia: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (sala 1^a) de 3 de marzo de 2000 (ACT. CIV. 2000 NÚM. 572)*, en *Revista de Derecho Privado*, año n^o 85, mes 12 (diciembre), 2001, pp. 1011-1031.



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN1989-1970

Octubre-2022
Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Fecha de recepción: 03/08/2022	Fecha de aceptación: 19/09/2022
Palabras clave: <i>Anticresis, D.13.7.33, D.20.1.11.1, P. Gron. 11, pignus, accesoriedad</i>	Keywords: <i>Antichresis, D.13.7.33, D.20.1.11.1, P. Gron. 11, pignus, accessoriness</i>



LA ANTICRESIS EN EL DERECHO ROMANO: ALGUNAS OBSERVACIONES A PROPÓSITO DE LOS DOCUMENTOS DE LA PRAXIS GRECO-EGIPCIA DE ÉPOCA ROMANA.

THE ANTICHRESIS IN ROMAN LAW: SOME OBSERVATIONS REGARDING THE DOCUMENTS OF THE ROMAN TIME GRAECO-EGYPTIAN LEGAL PRACTICE

Xesús Pérez López

Profesor titular de Universidad
Universidad Rey Juan Carlos
ORCID: 0000-0002-1935-3813

(PÉREZ LÓPEZ, Xesús. La anticresis en el Derecho Romano: Algunas observaciones a propósito de los documentos de la praxis greco-egipcia de época romana RIDROM [online]. 29-2022. ISSN 1989-1970. p.78 -157. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Resumen:

El uso de la palabra anticresis para designar un derecho real de garantía en muchos códigos actuales se debe en buena medida a la interpretación llevada a cabo en la Edad Moderna de los dos fragmentos de Marciano que mencionan la ἀντιχρησις. Pese a la ausencia de hipótesis sólidas sobre el significado que el jurisprudente le atribuyese, desde principios del siglo XX la doctrina ha venido entendiendo bajo la denominación general “anticresis” una serie de testimonios textuales, principalmente compilatorios y papirológicos. El presente estudio propone una lectura alternativa de la única mención del término ἀντιχρησις en las fuentes papirológicas de época romana en P. Gron. 11, así como un acercamiento a la singularidad de la relación entre los acuerdos anticréticos y la obligación principal.

Abstract:

Some modern legal codes use “antichresis” to design a lien, mainly due to the interpretation given during the Modern Era to the two fragments of Marcianus mentioning the ἀντιχρησις. As difficult as laying an interpretation about the actual meaning of such term for Marcianus may be, the scholarship since the beginning of the XXth century has come to understand a set of compilatory and papyrological evidences under the same denomination of “antichresis”. This paper proposes an alternative reading of the only apparition of the word ἀντιχρησις in the papyrological sources of Roman time in P. Gron. 11. It provides also insight as to the peculiarity of the connection between the antichretic agreements and the guaranteed obligation.

Sumario: 1. *Antiphona, antichresis* y anticresis. 2. La ἀντίχρησις en Marciano y los acuerdos anticréticos en los textos compilatorios y en los documentos papirológicos. 3. La mención de la ἀντίχρησις en P. Gron. 11: una duda razonable. 4. La accesoriadad de las garantías y los acuerdos anticréticos “mixtos” en la documentación papirológica. 5. Preguntas abiertas.

1. *Antiphona, antichresis* y anticresis

Al cuestionarse en distintos contextos el papel que deberíamos desempeñar los romanistas en el estudio de la fortuna histórica del derecho romano a lo largo de la Edad Media y la Edad Moderna, se ha insistido en la insuficiencia del conocimiento romanístico por sí solo a tal fin y, como consecuencia, en la necesidad de aunar la perspectiva del romanista con la de otros especialistas¹. Como ocurre con frecuencia, esta respuesta (que podemos, por nuestra parte, suscribir sin reservas) conduce inevitablemente a nuevas preguntas, muchas de las cuales no admitirán una única réplica. Puesto que toda la utilidad de la implicación de una pluralidad de disciplinas en una investigación de este tipo residirá en la incapacidad de cada especialista de aprehender por sí mismo todos los particulares a tener en cuenta para llegar a construir un

¹ Así por ejemplo A. TORRENT RUIZ, *Fundamentos del Derecho Europeo*, Madrid, Edisofer, 2007, pp. 136 s.; G. FINAZZI, “Identità nazionali ed identità europea alla luce del diritto romano e della tradizione romanistica”, en *Italian Review of Legal History*, 3, n° 9, 2017, pp. 1 ss. y en particular la conclusión en pp. 50 s.; en relación con la docencia de la asignatura “Fondamenti del diritto europeo” en Italia, G. SANTUCCI, “Introduzione ai temi del convegno”, en *Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive*, eds. G. SANTUCCI, P. FERRETTI, S. DI MARIA, Trieste, EUT, 2019, pp. 9 ss. y en concreto pp. 21 ss.

análisis completo del fenómeno a estudiar², se plantea la cuestión de la distribución del trabajo: ¿a qué particulares de una investigación de estas características debería extenderse la intervención del romanista y cuáles de ellos deberían, en cambio, constituir la provincia de otros especialistas? Idealmente, tal respuesta no debería traducirse en una atribución por sistema de determinados campos cronológicos o materiales a unos u otros investigadores (por ejemplo, de los elementos iusprivatísticos a los romanistas o de los elementos iuspublicísticos a los historiadores del Derecho): ello equivaldría a una “distribución por lotes” a priori de la historia, que resultaría poco productiva para lo que debería constituir un esfuerzo común, así como difícilmente justificable desde el punto de vista científico³.

Por lo tanto, la respuesta a esta pregunta requerirá de una puesta en común previa de conocimientos e impresiones por parte de los especialistas implicados, y tendrá que variar caso por caso.

² V. las observaciones a este respecto de A. MANTELLO, “Ancora sulle smanie romanistiche”, en *Labeo* 48, 2002, pp. 7 ss. y en particular, p. 19.

³ Y a este respecto resulta muy revelador el punto de vista crítico que PIO CARONI, como historiador del derecho italiano, formulaba con respecto al llamado enfoque “neopandectista” de la investigación romanística (llevando consigo el uso de tal etiqueta por la doctrina, con frecuencia, un matiz peyorativo; una valoración intermedia de la corriente en F. CUENA BOY, “Derecho romano y dogmática”, en *Derecho romano y ciencia del Derecho*, Santiago de Chile, Olejnik, 2017, pp. 13 ss. y en particular pp. 33 ss.). Según el historiador del Derecho, el “neopandectismo” privilegiaría el punto de vista iusromanístico en el estudio del derecho intermedio y respondería a una perspectiva de este último “che lottizza allegramente il passato, quasi fosse un campo da dividere fra coeredi”: P. CARONI, *La solitudine dello storico del diritto*, Milán, Giuffrè, 2009, pp. 115 s. (la desconfianza en ese sentido hacia un cierto intrusismo de la romanística afloraba igualmente en la presentación de la obra, que constituye un estudio en sí misma, llevada a cabo por I. BIROCCHI, “Presentazione”, ult. op. cit., pp. 1 a 39).

La organización de un esfuerzo investigador a desarrollar desde múltiples campos de especialización desembocará en una organización del trabajo distinta según factores que serán diferentes cada vez: el peso mayor o menor de la cultura romanística en las fuentes medievales o modernas objeto de estudio y en la formación y los intereses de los autores originales de las mismas; las competencias específicas de los investigadores implicados y los intereses de éstos⁴; el grado de particularismo del ordenamiento jurídico que constituya el fondo de la investigación, que puede hacer que la impronta iusromanística en los textos a tratar se reduzca al mero empleo de expresiones doctrinales al uso para describir un acervo institucional puramente local y

⁴ Que pueden resultar determinantes del éxito o fracaso de todo esfuerzo conjunto de este tipo: a este respecto, M^a F. CURSI, "Fondamenti del diritto europeo: dall'esperienza alcune perplessità e un'opportunità", en *Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive*, cit., pp. 83 ss. y en particular pp. 84 s., señalaba cómo su experiencia en los intentos de buscar sinergias con historiadores del Derecho y juristas positivos en el estudio de las vicisitudes dogmáticas de instituciones concretas desde la época romana hasta la actualidad se había topado con una falta de interés de las otras disciplinas hacia este tipo de estudios que atribuía, en el caso de los historiadores, a la tendencia a los estudios sincrónicos más que diacrónicos y a su falta de interés directo en las fuentes romanas; y en el caso de los juristas positivos, a su falta de interés en las claves interpretativas históricas. No creemos por nuestra parte, sin embargo, que estas conclusiones (surgidas, a la postre, de una experiencia individual) puedan generalizarse: por un lado, nosotros hemos conocido tanto historiadores del Derecho como juristas positivos sinceramente interesados en el estudio diacrónico de la historia de las instituciones jurídicas y en la explotación directa de las fuentes romanas; por otro, hemos conocido también romanistas cuyo interés por la historia del Derecho y el derecho positivo se limita a ver obstinadamente en ellos un mero producto del derecho romano (y ello incluso en las parcelas del derecho positivo que han surgido de cambios sociales, económicos o tecnológicos muy recientes). Así, si desinterés hay, tal vez haya que achacarlo también a este tipo de entronización apriorística e irreal de nuestro propio objeto inmediato de estudio.

particular; por el contrario, la familiaridad mayor o menor del investigador con las fuentes compilatorias tal y como éstas hubiesen sido conocidas y empleadas por los redactores de las fuentes examinadas; en general, el período de la historia del Derecho y el ámbito geográfico sobre los que recaiga el estudio de que se trate; etc. Se tratará, en definitiva, de llegar a encontrar una respuesta consensuada lo más pertinente posible a los problemas que plantee cada investigación transversal.

Un aspecto de este tipo de investigaciones (en particular de aquéllas dirigidas a la historia de las instituciones de derecho privado, aunque no sólo) que puede complicar estos esfuerzos de atribución de tareas reside en el propio modo de trabajar de los juristas medievales y modernos. El jurista medieval, al alegar la referencia a ciertas fuentes romanas como sostén de la interpretación de una disposición o materia determinadas, adaptaba su argumentación a los cambios de criterio normativos y judiciales en el derecho de su propio tiempo que traían consigo las evoluciones políticas y sociales a él contemporáneas: de este modo, la selección de las fuentes romanas alegadas se adecuaba de manera dinámica a la realidad normativa de su época⁵.

⁵ Un ejemplo claro de ello en S. MENZINGER, "Interazione tra testo e 'citazione' nella dottrina giuridica medievale: secoli XII e XIII", en *Juristische Glossierungstechniken als Mittel rechtswissenschaftlicher Rationalisierungen*, ed. S. LEPSIUS, Berlín, Erich Schmidt, 2022, pp. 15 ss. y en concreto pp. 20 s.: entre finales del s. XII y principios del s. XIII el cobro de impuestos municipales seguía un criterio territorial, alegando los juristas medievales en sostén de este criterio tanto D.50.15.4.2 como C.10.64.1; sin embargo, el paso gradual a un criterio personal para el cobro de dichos impuestos hizo que la doctrina contemporánea italiana postergase dichos textos para alegar con más frecuencia, en cambio,

En muchos casos, la referencia a las fuentes romanísticas podía llevarse a cabo con fines argumentativos o de autoridad en el contexto de la construcción de nuevas instituciones, lo cual requiere comprender el modo en el que dichas fuentes romanísticas constituían, a la postre, bloques de construcción que podían reutilizarse para erigir un edificio completamente distinto a aquél del que habían formado parte originalmente. Un ejemplo bien estudiado de ello es el de la responsabilidad aquiliana, en el que la discusión en torno a los textos compilatorios al respecto dio lugar no ya sólo a la superación definitiva de la impronta penal que ésta había mantenido en época romana, a la ampliación ulterior de los supuestos a los que ésta se aplicaba o incluso a la abstracción de sus contornos originalmente casuísticos en reglas cada vez más generales: tal discusión dio lugar también, en la doctrina centroeuropea a caballo entre los siglos XVII y XVIII, a la puesta en cuestión del principio de culpa subjetiva que había constituido la piedra angular del régimen romano de la responsabilidad aquiliana, tal y como éste se había entendido en los siglos precedentes⁶.

Por otro lado, el universo textual iusromanístico manejado por los juristas intermedios se limitaba con frecuencia a los textos

D.50.4.6.5.

⁶ Sobre la evolución de la institución en derecho intermedio v. aún el prolijo art. de G. P. MASSETTO, "Responsabilità extracontrattuale (diritto intermedio)", en *ED XXXIX*, Varese, Giuffrè, 1988, pp. 1099 ss.; en general, la lit. cit. en X. PÉREZ LÓPEZ, "Más sobre el derecho romano y el derecho comunitario europeo", en *BIDR* 103-104, 2000-2001 (aparecido en 2009), pp. 831 ss. y en particular pp. 842 s.; y, sobre todo, el estudio al respecto en M. F. CURSI, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, 2ª ed., Nápoles, Jovene, 2021, pp. 115 ss. en adelante.

compilatorios en sentido propio (y, por supuesto, a la doctrina iusromanística a ellos contemporánea). Ello podía poner distancia entre la descripción de una institución determinada por la doctrina intermedia (que podía girar en torno a los escasos materiales compilatorios que la abordasen expresamente) y la imagen de conjunto de la misma que arrojan para el romanista actual las fuentes jurídicas romanas (no sólo las compilatorias), epigráficas, papirológicas y literarias.

La anticresis ofrece, precisamente, un buen ejemplo de esto último. La institución aparece mencionada con su denominación griega ἀντίχρησις solamente en dos pasajes compilatorios: se trata de D.13.7.33⁷ y de D.20.1.11.1⁸, ambos tomados de un *liber singularis ad formulam hypothecariam* de Marciano. Ambos textos constituyen las únicas dos apariciones en la Compilación justiniana de un término griego que, por lo demás, en todo el conjunto de los textos escritos en griego de época romana que conocemos en nuestros días apenas aparece (y aún de ello se puede dudar, como veremos) en un único documento papirológico⁹. Así las cosas, no resultaría extraño que Acursio,

⁷ D.13.7.33 Marcian. sing. ad form. hypoth.: *Si pecuniam debitor solverit, potest pigneraticia actione uti ad recipendam ἀντίχρησιν: nam cum pignus sit hoc verbo poterit uti.*

⁸ D.20.1.11.1 Marcian. sing. ad form. hypoth.: *Si ἀντίχρησις facta sit et in fundum aut in aedes aliquis inducatur, eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque: itaque si amiserit possessionem, solet in factum actione uti.* Más abajo contextualizaremos ambos fragmentos dentro de la producción de este jurista (al menos, en la medida en que ello es necesario en esta sede).

⁹ Se trata de P. Gron. 11, documento egipcio datado en el s. II d. C., en el que nos detendremos más abajo. Los otros dos textos más o menos

encontrando en el texto de Marciano un ἀπάξ λεγόμενον ininteligible, tratase de enmendar la lectura de D.13.7.33 (de los dos textos compilatorios mencionados, tal vez el más apto *prima facie* para extraer de él una definición de lo que pudiera ser la ἀντίχρησις), o tal vez simplemente encontró ya una lectura incorrecta del término en un códice deteriorado o mal transcrito: sea como fuere, la lectura desafortunada y poco comprensible del término griego a la que llegó (leyendo “antiphona”¹⁰ en lugar de ἀντίχρησις), aunque habría encontrado la adhesión de Bártolo, sería objeto más tarde de la mordaz y, en general, justificada crítica de Andrea Alciato, quien en una de sus obras de juventud restauraba la lectura correcta del término griego ἀντίχρησις,virtiéndolo al latín como “antichresis”¹¹.

cronológicamente próximos a Marciano en los que aparece el término ἀντίχρησις, P. Freer V y P. Prag. 1 69, son ambos documentos bizantinos de finales del siglo VI o principios del siglo VII d. C. y, por tanto, ya de época postcompilatoria.

¹⁰ En griego antiguo, el adjetivo ἀντίφονος es empleado en textos literarios (en particular, en Esquilo: Aesch. Eu. 982; y en Sófocles: Soph. El. 248; Soph. Ph. 1156) para calificar lo llevado a cabo en venganza de un derramamiento de sangre; en el vocabulario culto empleado en el Medievo de la Europa occidental, la palabra podría relacionarse con la contravoz (“antiphona”) propia de la música religiosa antifonal.

¹¹ ALCIATUS, *Dispunctionum libri III*, Lyon, apud Sebastianum Gryphium, 1543, lib. II, cap. III: *Si pecuniam, inquit Marcellus, debitor soluerit, potest pigneratitia actione uti ad recuperandum antiphonam: nam cum pignus sit, hoc verbo poterit uti. Accursius hic, cum corruptum in codicem incidisset, meras nugas effutiuit in declaratione huius legis: quem et secutus Bartolus, existimavit hic probari pignus, quod sub alterius nomine datum esset, repeti per pigneratitia actionem. Sed nescio an maiora fuerint Pauli Castrensis somnia, qui nescio quid hic de praetorio pignore intellegit; quod tantum ad rem facit, quantum crepidae, ut dici solet, clavus trabalis. Itaque legendum est, non antiphonam, quae ad hanc legem nullius sensus est, sed antichresin...*En efecto, el término griego aparece correctamente declinado al acusativo en D.13.7.33 según la lectura de la Florentina generalmente asumida por los editores del Digesto hoy día; al margen de que la lectura en el manuscrito es clara, ésta es además

Con todo, la restitución adecuada de la lectura de D.13.7.33 por Alciato se veía acompañada por una aclaración del sentido en el texto del término ἀντίχρησις que, asumiendo la forma de una verdadera definición, venía a establecer que la figura era un tipo de *pignus* constituido de tal modo que el uso y disfrute de la cosa pignorada por parte del acreedor computasen contra los intereses de la obligación principal a su favor:

*ἀντίχρησις, ut ex etymo vocabuli coniiicere licet, pignus est, quod ita datur, ut eius usus et fructum pro usuris sibi creditor computet*¹².

Aunque la misma definición aventurada por Alciato no dejaba de ser tentativa (*ut ex etymo vocabuli coniiicere licet*), ésta fue seguida por otros comentaristas y, en particular, por Cuyacio, poco posterior a Alciato, quien consagró la definición de este último para los tiempos sucesivos. En efecto, el influyente jurista francés, en sus *Observationes et emendationes*, definía la anticresis como una *species pignoris* constituida de tal modo que, hasta el momento en que se pagase la obligación principal, el acreedor usase y disfrutase la cosa en lugar de recibir los intereses devengados por aquélla¹³. A partir de entonces, las ediciones

coherente con la fluidez en griego de Marciano: vid. más abajo, n. 62. Por el contrario, el texto de ALCIATO que hemos manejado atribuye erróneamente (tal vez por mero descuido, aunque lo hace otra vez más abajo en el mismo *caput*) el pasaje compilatorio a Marcelo en lugar de a Marciano.

¹² ALCIATUS, *Dispunctionum libri IIII*, Lyon, apud Sebastianum Gryphium, 1543, lib. II, cap. III.

¹³ CUIACIUS, *Observationum et emendationum libri XVII*, Colonia, apud Iohanem Gymnicum, 1578, lib. III, cap. XXXV, principium: *ANTIXPHΗΣΙΣ, est species pignoris ita dati, ut donec pecunia solvatur, pignore creditor utatur*

comentadas del Corpus Iuris Civilis al uso parecen haber seguido a Cuyacio, al acoger la definición de Alciato¹⁴.

Según nuestro entender, esta línea doctrinal, que configuraba la anticresis como un derecho real de garantía, pesó decisivamente en la recuperación de la anticresis durante la Codificación. El *Code civil* francés reguló la anticresis (hasta una reforma de 2006 que eliminó tal denominación) en un título *Du nantissement*¹⁵ que incluía dos capítulos, uno sobre la prenda y otro sobre la anticresis: la hipoteca quedaba regulada en un capítulo aparte, siendo tal agrupación ya elocuente de la tendencia del legislador francés a asimilar prenda y anticresis, en buena medida por motivos históricos¹⁶. Tanto el *gage* como la *antichrèse* serían tipos de *nantissement*, esto es, del “contrato por el cual un deudor entrega una cosa a su acreedor en garantía de la deuda”, caracterizándose el *gage* por recaer sobre cosa mueble y la

fruatur in vicem usurarum: verbi gratia, ut domum pignori obligatam usurarum vice creditor inhabitet...

¹⁴ Así en *Corpus Iuris Civilis Iustinianei, cum commentarii Accursii, scholis Contii, et D. Gothofredi Lucubrationibus ad Accursium [...] Accesserunt Iacobi Cuiacii Paratitla[...]: eiusdemque Notae, Observationibus et Emendationes...*, etc., Tomus Primus, Lyon, Iohannes FehI, 1621, col. 1411, ad loc. D.13.7.33: *Si pecuniam], ἀντίχρησις. vetus lectio antiphinam, sed mendosa. Est autem antichresis (teste Alciat. libr. Dispunct. ii c. iii) pignus, quod sub hoc nomine accepit creditor, ut eius usum et fructum pro usuris sibi computet...*

¹⁵ Se trataba del título XVII del libro III (*Des différents manières dont on acquiet la propriété*), formado por los arts. 2017 a 2091 del *Code civil* (en su versión anterior a la reforma operada por la Loi n° 2006-346, du 23 mars 2006).

¹⁶ Debido, sin duda, al empleo en los derechos históricos franceses de la denominación *gages-vifs* para aludir a la garantía sobre cosa inmueble con derecho de uso sobre la misma: acerca de las instituciones medievales asimiladas en Francia a la anticresis, vid. F. GUTIÉRREZ PEÑA, *El derecho de anticresis en el Código civil español*, Madrid, 2004, pp. 36 ss.

antichrèse por recaer sobre cosa inmueble¹⁷. En cuanto al capítulo específico sobre la anticresis, titulado *De l'antichrèse*, éste estaba conformado por siete artículos que limitaban el derecho del acreedor sobre la cosa dada en anticresis a percibir los frutos del inmueble para imputarlos anualmente primero a los intereses de la deuda y luego al capital de la misma¹⁸.

La influencia de la codificación francesa se hace sentir en la regulación de la anticresis que algunos otros códigos europeos llegaron a incluir. Siguiendo la línea adoptada ya en el *Codice civile* italiano de 1865¹⁹, el *Codice civile* italiano de 1942 retoma, en una traducción prácticamente palabra por palabra, la noción de la anticresis que contenía el *Code civil* francés²⁰, mientras que la regulación italiana de la figura en general sigue parcialmente el contenido de las disposiciones al respecto que contenía el código galo²¹.

¹⁷ La frase entrecomillada en texto es nuestra traducción de la definición del *nantissement* que aparecía en el art. 2071 del *Code civil*, mientras que el art. 2072 del mismo texto (ambos según su versión anterior a la reforma de marzo de 2006) rezaba simplemente: *Le nantissement d'une chose mobilière s'appelle gage. Celui d'une chose immobilière s'appelle antichrèse.*

¹⁸ Se trataba de los arts. 2085 a 2091 del *Code civil* (en su versión anterior a la reforma de marzo de 2006).

¹⁹ Que dedicaba a la figura el título XX, *Dell'anticresi*, de su libro III (*Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cosa*).

²⁰ Como resulta de un somero cotejo entre las definiciones de la anticresis contenidas en el art. 2085 del *Code civil* francés según su versión anterior a la reforma de marzo de 2006, por un lado, y, por otro, en el art. 1960 del *Codice civile* italiano en vigor.

²¹ Comp. en general los arts. 2085 a 2091 del *Code civil* (en su versión anterior a la reforma de marzo de 2006) con los arts. 1960 a 1964 del *Codice civile* italiano. Por supuesto, con ello no deben obviarse los rasgos propios de la anticresis en el derecho italiano (así, por ejemplo, el límite temporal de diez años, indisponible por las partes, establecido por el art. 1962 del

Algo parecido puede decirse de los avatares de la figura en España. Dejando de ahora de lado el interés de nuestra doctrina civilística por el remoto pasado romano de la anticresis²², parece muy probable que también en nuestro país la recuperación de la denominación “anticresis” se produjese únicamente a partir del siglo XIX a raíz de la influencia de la codificación francesa²³. Más aún que en el derecho italiano, la regulación de la anticresis en nuestro propio Código civil sigue muy de cerca el articulaje original del *Code civil* francés²⁴. Claro reflejo de ello es el encuadre

Codice civile italiano).

²² Interés un tanto difuso en el caso de C. LASARTE, “Anticresis y pacto anticrético”, en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín Rams Albesa*, coords. M. CUENA CASAS, L. A. ANGUIA VILLANUEVA y J. ORTEGA DOMÉNECH, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 935 ss., quien en p. 936 se limitaba a señalar que “...al parecer, ni siquiera bajo el antiguo Derecho griego, existía la anticresis como una figura independiente y, lo que más nos interesa, como un derecho real autónomo” (sin que tales afirmaciones se acompañasen, sin embargo, de referencias bibliográficas). Por su parte, GUTIÉRREZ PEÑA, *El derecho de anticresis en el Código civil español*, cit., pp. 28 a 35, venía a hacerse eco de la postura tradicional en la romanística del siglo XIX según la cual el pacto anticrético se habría añadido en derecho romano únicamente a derechos reales de garantía como la prenda y la hipoteca (postura hoy día superada, como veremos más abajo).

²³ Interesante a este respecto resulta la indicación por parte de GUTIÉRREZ PEÑA, *El derecho de anticresis en el Código civil español*, cit., p. 57, de la existencia de una Ley de 14 de marzo de 1856 que reconocía la validez del “anticrético” como uno de los pactos susceptibles de agregarse a la prenda o a la hipoteca. Es, desde luego, probable que, como señala el autor, los pactos anticréticos hubiesen sido el blanco de la reprobación medieval contra los préstamos a interés; el que se vieses eclipsados por instituciones como los *pennos vivos* consagrados en las Siete Partidas pudo obedecer también, sin embargo, a la desaparición pura y simple de la denominación “anticresis” hasta su recuperación, ya en la Edad Moderna, por ALCIATO.

²⁴ La figura aparece regulada en un capítulo específico, “De la anticresis”, formado por los arts. 1881 a 1886 CC. Como ocurre con el art. 1960 del *Codice civile* italiano, nuestro art. 1881 CC, que describe la noción de anticresis, podría ser una traducción palabra por palabra del art. 2085 del *Code civil* francés según su versión anterior a marzo de 2006. El resto de las

de la figura en España dentro de los derechos reales de garantía, quedando regulada la anticresis junto a la prenda y la hipoteca en un mismo título²⁵. En efecto, parece pacífico en nuestra doctrina civilística que la regulación en nuestro Código civil configura la anticresis como un derecho real de garantía limitado en su ámbito de aplicación a los bienes inmuebles y que atribuye los frutos del inmueble al acreedor anticrético²⁶. Otros aspectos del régimen jurídico de la figura han sido, en cambio, objeto de discusión entre los especialistas²⁷.

disposiciones de nuestro CC sobre la anticresis debe más al *Code civil* francés de lo que le deben las disposiciones al respecto del *Codice civile* italiano de 1942: teniendo en cuenta lo ya indicado *supra* en n. 20, comp. a tal propósito los arts. 2085 a 2091 del *Code civil* (en su versión anterior a la reforma de marzo de 2006) con los arts. 1881 a 1886 CC.

²⁵ El título XV, “De los contratos de prenda, hipoteca y anticresis”, del libro III, “De los diferentes modos de adquirir la propiedad”.

²⁶ LASARTE, “Anticresis y pacto anticrético”, en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín Rams Albesa*, cit., p. 937; GUTIÉRREZ PEÑA, *El derecho de anticresis en el Código civil español*, cit., p. 86.

²⁷ En particular, habrían existido múltiples posturas acerca del mejor modo de describir la institución, que en general girarían en torno a la configuración del derecho de preferencia del anticresista: vid. al respecto GUTIÉRREZ PEÑA, *El derecho de anticresis en el Código civil español*, cit., pp. 102 a 119. La discusión en torno al carácter personal o real del derecho de anticresis por parte de los tratadistas franceses del siglo XIX (como TROPLONG, AUBRY u otros) parece haber encontrado en nuestro país un eco tenue: a partir del siglo XX la doctrina civilista española se habría hecho eco de la discusión sólo para criticar la postura de los estudiosos galos del siglo anterior que habían sostenido el carácter personal de la anticresis, para afirmar, por su parte, su carácter de derecho real (GUTIÉRREZ PEÑA, op. cit., pp. 95 a 102). LASARTE, “Anticresis y pacto anticrético”, en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín Rams Albesa*, cit., pp. 938 s., 939 ss., argumenta en contra de sendas corrientes doctrinales que habrían, respectivamente, negado a la anticresis el carácter de derecho real de garantía por faltar el *ius distrahendi* y atribuido a la anticresis un carácter de “derecho mixto” dada su función de garantía y de percepción de los frutos en favor del acreedor anticrético; sin embargo, no cita a autor alguno que puedan servir como ejemplos de una u otra corriente.

Esta orientación real del derecho de anticresis aparece presente también en nuestros derechos forales. Por su parte, la legislación catalana afirma de manera inequívoca el carácter de derecho real de la anticresis, que aparece regulada como tal en el Libro Quinto del Código civil catalán²⁸. En cuanto al Fuero Nuevo navarro, la regulación de la institución llevada a cabo por éste presenta un grado de matización poco común, en la medida en que distingue entre el “Pacto anticrético”, que constituiría una configuración específica del derecho del acreedor en una prenda o una hipoteca, y la “Anticresis”, que consistiría en un acuerdo de compensación de deuda por el uso o disfrute de una cosa, pero desvinculado de todo derecho real de garantía²⁹.

La distinción navarra entre una forma de acuerdo anticrético ligado indisolublemente a los derechos reales de garantía y otra totalmente desvinculada de ellos constituye una rareza en un panorama europeo en la que anticresis y derechos reales de garantía aparecen unidos de manera inseparable (y ello como consecuencia histórica, pensamos, del triunfo de la línea doctrinal marcada otrora por Alciato y Cuyacio). Incluso en aquéllos países europeos cuyos códigos no recogen la anticresis como institución expresamente regulada, puede percibirse aún lo que no es, en nuestra opinión, sino un rastro de la doctrina

²⁸ En los arts. 569-23 a 569-26 CCCat, que conforman una subsección titulada “Derecho de anticresis”, colocada, junto con la regulación de los derechos de retención, prenda e hipoteca, en la sección “Garantías posesorias” del capítulo IX, “Los derechos reales de garantías”, incluido dentro del título VI (“De los derechos reales limitados”) de dicho libro V.

²⁹ Fuero Nuevo (versión en vigor según la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril), Ley 471.

intermedia que asimilaba la anticresis a una *species pignoris*, a saber: el empleo acostumbrado por la doctrina de dichos países del término “anticresis” para aludir a ciertos tipos de prenda en las que se atribuyen facultades de uso y disfrute al acreedor sobre la cosa pignorada. Tal es el caso de la doctrina alemana o suiza, que emplean el término “Antichrese” para aludir a la “Nutzungspfand”³⁰.

En definitiva, los avatares intermedios de los dos textos compilatorios de Marciano a los que aludíamos al principio han llevado a un uso moderno del término “anticresis” en el que éste aparece muy estrechamente ligado al campo de los derechos reales de garantía, tanto en el lenguaje técnico en general como en su uso en los códigos en particular. Hubo que esperar hasta el siglo pasado para que la doctrina romanística, en sus primeros intentos sistemáticos de reconstrucción de la praxis histórica de la anticresis, permitiese hacerse una idea de hasta qué punto la imagen de la anticresis según ésta había sido dibujada por Alciato y Cuyacio (sobre la base, principalmente, de los textos del Corpus Iuris Civilis) se distanciaba de los remotos orígenes romano-helenísticos de la institución.

³⁰ Sobre la cuestión v. en general S. WOLF, “Zum Nützungspfandrecht und seinen Erscheinungsarten – ein Streifzug von Rom ins ZGB”, en *Spuren des römischen Rechts. Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag*, eds. P. PICHONNAZ, N. P. VOGT, S. WOLF, Berna, Stämpfli, 2007, pp. 725 ss. y en particular pp. 728 s., pp. 736 ss. (“Nützungspfand” limitada, sin embargo, a cosas muebles, exactamente al contrario de lo que ocurría en el derecho francés): la figura aparece regulada en el § 1213 del BGB alemán y en los §§ 884 y 882 Abs. 2 del ZGB suizo.

2. La ἀντίχρησις en Marciano y los acuerdos anticréticos en los textos compilatorios y en los documentos papirológicos

Fue en 1910 que Alfred Manigk publicó la que sigue siendo aún hoy obra de referencia sobre la materia, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung*³¹, centrada principalmente en el estudio de la anticresis. Partiendo de una perspectiva de derecho histórico comparado, el autor alemán analizaba, entre otras fuentes de la Antigüedad, los documentos de la práctica jurídica greco-egipcia que contenían acuerdos de compensación de deuda mediante el uso de una cosa del deudor por parte del acreedor, y se apoyaba en tal análisis para interpretar de manera sistemática otros textos de la Compilación justiniana, además de los dos de Marciano que hemos mencionado, en los que se recogían contenían acuerdos de este tipo³².

La principal innovación aportada por el autor alemán residía en la proyección de su estudio más allá de los confines del derecho romano-justiniano. La doctrina anterior había tenido ya en cuenta también que existían textos compilatorios más allá de los dos de Marciano que se referían a un mismo tipo de acuerdos de compensación de deuda aunque no se usase en ellos el término

³¹ A. MANIGK, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung. Ein Institut der antiken Rechte*, Berlín, Franz Vahlen, 1910.

³² MANIGK, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung*, cit., pp. 17 a 38 (análisis de la documentación greco-egipcia), pp. 44 a 65 (nueva valoración de los textos compilatorios pertinentes a la luz de los resultados alcanzados en dicho análisis).

ἀντιχρησις³³; sin embargo, se habían interpretado siempre dichos textos partiendo de la existencia de un ligamen necesario de anticresis y *pignus*.

La conclusión alcanzada por Manigk venía a superar la línea doctrinal proveniente del derecho intermedio sobre la anticresis romana (cosa de la que el autor era bien consciente³⁴): de acuerdo con sus resultados, tanto en la práctica greco-egipcia según ésta resultaba de los documentos entonces disponibles como en la práctica romana según ésta resultaba de los textos compilatorios, no siempre este tipo de acuerdos aparecían asociados a la creación de un derecho real de garantía, sino que en muchos casos los derechos del acreedor anticrético sobre la cosa podían tener una naturaleza puramente obligatoria y no real.

No sólo esta conclusión general, sino muchos de los resultados del análisis de Manigk han sido seguidos o confirmados por la doctrina que se ha ocupado posteriormente de la institución para ocuparse de los muchos problemas que ésta plantea³⁵. Ejemplos de estos problemas (la mayoría de los cuales

³³ El mismo CUYACIO, *Observationum et emendationum libri XVII*, cit., lib. III, cap. XXXV, citaba al principio del *caput*, como ejemplo de anticresis “l. si servus, C. quod cum”, esto es, C.4.26, Valer.\Galer., a. 259. Su discusión sobre la figura se centraba, sin embargo, en una especulación acerca de la posible colisión de la anticresis con los límites generales a los intereses en derecho romano, volviendo el jurista francés al régimen sustantivo de la figura sólo brevemente al final de su discurso.

³⁴ MANIGK, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung*, cit., p. 14, pp. 44 ss.

³⁵ Para una referencia a la bibliografía alemana anterior a 1910 vid. MANIGK, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung*, cit., pp. 9 y 44 s. Prescindiendo ahora de los análisis de documentos anticréticos individuales, numerosos estudiosos han abordado estudios más generales de la anticresis: así p. ej. R. TAUBENSCHLAG, *The Law of Graeco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*,

siguen abiertos) son el origen y uso en la Antigüedad de la misma denominación ἀντίχρησις³⁶, los avatares de este tipo de acuerdos en el derecho helenístico³⁷, la cronología del empleo en el derecho romano de acuerdos similares³⁸, la posibilidad o no de asimilarla

2ª ed., Varsovia, Panstwowe Wydawnictwo Naukowe, 1955, pp. 286 ss.; M. KASER, "Besitzpfand und 'besitzsloses' Pfand (Studien zum römischen Pfandrecht III)", en *SDHI* 45, 1979, pp. 1 ss. y en particular pp. 80 ss.; H. KUPISZEWSKI, "Antichrese und Nutzpfaud in die Papyri", en *Iuris professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Viena, Böhlau, 1986, pp. 133 ss.; H.-A. RUPPRECHT, "Zur Antichrese in den griechischen Papyri bis Diokletian", en *Beiträge zur juristischen Papyrologie. Kleine Schriften*, ed. A. JÖRDENS, Stuttgart, Franz Steiner, 2017, pp. 127 ss. (= *Proceedings of the XIXth International Congress of Papyrology, El Cairo, 1989*, ed. A. H. S. ELMOSALLAMY, t. 2, El Cairo, 1992, pp. 271 ss.); B. TENGER, *Die Verschuldung im römischen Ägypten (1.-2. Jh. n. Chr.)*, St. Katharinen, Scripta Mercaturae, 1993, concretamente pp. 79 ss.; R. BOBBINK y Q. MAUER, "A comparative study of classical Roman law and the contractual praxis of Roman Egypt", en *TR* 87, 2019, pp. 356 ss.

³⁶ Sin perjuicio de las reflexiones que dedicaremos a esta cuestión más adelante, podemos pensar aquí en las consideraciones llevadas a cabo al respecto por MANIGK, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung*, cit., pp. 14 a 17 (pero ver también pp. 45 s.), o por KUPISZEWSKI, "Antichrese und Nutzpfaud in die Papyri", cit., pp. 133 a 136.

³⁷ Al respecto v. MANIGK, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung*, cit., pp. 38 a 44; o J. VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, *Droit Grec d'Alexandre à Auguste. Personnes-biens-justice*, t. 2, Atenas, 2011, pp. 448 ss., quien se limitaba prácticamente, sin embargo, a constatar la práctica del préstamo con anticresis en el mundo griego, proponiendo como ejemplo un documento alejandrino datado en el año 9 a. C., BGU IV 1158.

³⁸ Así BOBBINK y MAUER, "A comparative study of classical Roman law and the contractual praxis of Roman Egypt", cit., pp. 361 ss.; los esfuerzos de los aa. en este sentido, loables como son, no dejan de arrojar resultados que están lejos de ser definitivos, en la medida en que el silencio de las fuentes compilatorias sobre una institución determinada (y además sobre una relativamente poco representada en ellas, como la anticresis) puede atribuirse verosímilmente a la escasez de constituciones imperiales anteriores al siglo III d. C. en el Codex (de donde proceden principalmente los testimonios compilatorios relativos a los acuerdos anticréticos: BOBBINK y MAUER, cit., p. 357), por un lado, y al peso predominante de los jurisprudentes del primer tercio del siglo III d. C. en el Digesto, por otro lado. Por su parte, KASER, "Besitzpfand und 'besitzsloses' Pfand", cit., pp. 88 s., señalaba que a partir de Salvio Juliano (primer jurista en el que aparece atestiguado el uso del término *hypotheca*), los jurisprudentes

al menos en ciertos casos a una *datio in solutum*³⁹, la relación entre la ἀντίχρησις y los derechos reales de garantía o incluso los rasgos que pudiesen definir a la ἀντίχρησις como institución⁴⁰.

La propia descripción de la institución resulta complicada. La doctrina ha tenido que decantarse a este respecto por definiciones que o bien dejan espacio para abarcar una casuística amplia a cambio de resultar más bien generales, o bien tratan de descender a un cierto nivel de detalle a costa de arriesgar una excesiva estrechez en su alcance. La necesidad de conservar un precario equilibrio entre exigencias contrapuestas (amplitud y concreción) no ha dejado de obstaculizar la adecuación de dichas definiciones. En efecto, una definición muy abierta no dejará de resultar muy general y, por tanto, menos eficaz como tal⁴¹. En

clásicos y postclásicos habrían mirado hacia ciertas figuras propias de la praxis local helenística, llegando a recibirlas en el “Reichsrecht”; tal recepción habría sido canalizada, desde el punto de vista procesal, a través de instituciones ya existentes y bien asentadas, como la *actio Serviana*; y la anticresis no constituiría sino un ejemplo de ello. La reconstrucción de KASER no dejaba de ser, con todo, puramente hipotética.

³⁹ Así, para MANIGK, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung*, cit., pp. 16 s., en la anticresis no se trataría de una *datio in solutum*, sino de una modalidad válida de cumplimiento de la obligación principal fijada por las partes de antemano y, por lo tanto, de algo jurídicamente muy diferente de una *datio in solutum*; mientras que según KASER, “Besitzpfand und ‘besitzloses’ Pfand”, cit., p. 87, en la medida en que el acreedor ha aceptado recibir los frutos de la cosa en lugar de los intereses del préstamo, el negocio aparecería configurado como una *datio in solutum* anticipada (“antizipierte *datio in solutum*”).

⁴⁰ Vid. p. ej. el intento de caracterizar la figura desde un punto de vista institucional llevado a cabo por KUPISZEWSKI, “Antichrese und Nutzung in die Papyri”, cit., pp. 147 ss.

⁴¹ Proponen, a nuestro entender, una definición cautelosamente abierta BOBBINK y MAUER, “A comparative study of classical Roman law and the contractual praxis of Roman Egypt”, cit., pp. 356 s.: “In antichresis, a debtor grants a right to utilise an asset to his creditor. By utilising this

cuanto a las definiciones que han tratado de descender a un cierto nivel de detalle, éstas han solido encontrar dificultades para aprehenderla institución en toda su amplitud, cosa que ha impedido, al menos desde nuestro punto de vista, que ninguna de ellas llegue a ser completamente satisfactoria, al dejar siempre fuera de su alcance alguna de las variantes que presenta la anticresis en la praxis greco-egipcia y romana⁴².

Sin duda, una buena parte de la dificultad que trae consigo el definir la anticresis en tanto que institución de derecho privado viene del mismo carácter compuesto de la misma. En efecto, bajo el término “anticresis” los estudiosos modernos reunimos lo que,

asset the creditor gains a profit. This profit is considered to be either a payment on the secured debt, or to come in lieu of interest.” Aunque la definición pueda ser formalmente correcta, su grado de generalidad obligará al lector, para hacerse una idea suficientemente precisa de su referente, a profundizar su conocimiento de la institución.

⁴² KASER, “Besitzpfand und ‘besitzsloses’ Pfand”, cit., p. 81: “In der römischen wie in der ausserrömischen Praxis ist die Antichrese ein Kreditsverhältnis, bei dem ein Darlehensgläubiger einen Gegenstand zur Nutzung erhält mit der Bestimmung, dass der Wert der Nutzung auf den Schuldszins oder das Kapital oder beides angerechnet werden soll.” De acuerdo con otros autores (comenzando por MANIGK, en cuyos resultados se apoyaba KASER particularmente, además, para la distinción de tipos de anticresis: KASER, ult. op. cit., pp. 81 ss.) no siempre se trataba, sin embargo, del acreedor de un préstamo, aunque fuese éste el caso más frecuente. Por su parte, la definía del siguiente modo KUPISZEWSKI, “Antichrese und Nutzpand in die Papyri”, cit., p. 133: “Unter dem Ausdruck Antichrese versteht man eine rechtsgeschäftliche Nebenbestimmung, die den Gläubiger berechtigt, sich wegen seiner Forderungen zu befriedigen. Dies kann geschehen aus den Früchten der Sache, die ihm der Schuldner zu diesem Zweck übergeben oder zur Verfügung gestellt hat, oder – so die παραρρονη – aus der Arbeitskraft des Schuldners oder einer vom diesen abhängigen Person“. El autor polaco parecía dejar aquí fuera de la definición la posibilidad de uso directo de la cosa por parte del acreedor, posibilidad que en la práctica greco-egipcia podía incluso constituir (al menos en algunos casos, como veremos) el interés principal del acreedor al acordar una anticresis.

en realidad, es una multiplicidad de fenómenos relacionados entre sí. Recordemos que cuando Alfred Manigk abordó el primer estudio sistemático de lo que pudiese ser la ἀντίχρησις mencionada en los dos textos de Marciano ya aludidos (D.13.7.33 y D.20.1.11.1, ambos tomados de su *liber singularis ad formulam hypothecariam*⁴³), tuvo el acierto de rastrear en otros derechos de la Antigüedad la existencia de instituciones similares a ella⁴⁴, con la finalidad de establecer una comparación.

La propuesta del autor alemán era ambiciosa: éste no solamente indagaba en el derecho greco-egipcio surgido del dominio macedonio sobre Egipto y preservado durante el

⁴³ El propio título de la obra, por emplear la expresión *formula hypothecaria* en lugar de *formula* o *actio Serviana*, había sido considerado como indicio de una reelaboración postclásica de la obra de Marciano: así, F. EBRARD, *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam und die Hypothekarrezeption*, Leipzig, Von Veit and Co., 1917, pp. 136 ss., consideraba las monografías *ad formulam hypothecariam* de Marciano, Gayo y Paulo atestiguadas principalmente en la Compilación como procedentes de una única recopilación prejustiniana de citas de los tres juristas en materia pignoratia, recopilación que el a. databa entre finales del siglo IV y principios del siglo V (EBRARD, ult. op. cit., p. 152); en dirección parecida F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1946, pp. 202 s., quien defendía la existencia de una revisión postclásica de las tres obras a la que se deberían sus respectivos títulos. Vid. sin embargo en contra F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, t. 2, ed. J. G. WOLFF, Múnich, C. H. Beck, 2006, p. 145. Un estudio de la evolución de la terminología procesal en materia pignoratia a lo largo del Principado en M. BRAUKMANN, *Pignus. Das Pfandrecht unter dem Einfluss der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft*, Göttingen, Wallstein, 2008, sosteniendo el a. en pp. 56 ss., la equiparación de los términos *actio hypothecaria* y *actio Serviana* ya en época poco posterior a la redacción del Edicto perpetuo.

⁴⁴ Vale decir, de acuerdos en los que el uso y disfrute por parte del acreedor de una cosa perteneciente al deudor (o, análogamente, la fuerza de trabajo de él o de un individuo a él vinculado) servían para una compensación entre deudor y acreedor: MANIGK, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung*, cit., p. 10.

dominio romano de la región, sino también en el antiguo derecho helénico (entendiendo por tal el conjunto de los derechos de las distintas comunidades políticas existentes en el área helénica antes de la dominación romana), en el propio derecho romano, en el presente en el libro sirio-romano (al que por aquél entonces se consideraba fuertemente influido por los derechos locales orientales preexistentes al derecho romano) e incluso en el derecho asirio-babilonio⁴⁵. La amplitud de esta perspectiva comparatística ha sido mantenida en algunos de los estudios posteriores de la anticresis, que se han ocupado, con mayor o menor profundidad, de la presencia de instituciones análogas en el derecho babilonio y asirio, en los derechos helénicos antiguos, en el derecho greco-egipcio de época helenística o en el derecho judaico⁴⁶. Sin embargo, la comparación más productiva para los fines propios del romanista ha seguido siendo (como resultaba de esperar) aquella entre el derecho greco-egipcio de época romana (según éste resulta, sobre todo, de los documentos papirológicos de la praxis) y el derecho romano.

⁴⁵ Respectivamente, las instituciones que respondían a la “satisfacción del acreedor mediante el uso” en el derecho greco-egipcio eran tratadas en MANIGK, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung*, cit., pp. 17 ss.; aquéllas que lo hacían en derecho helénico, en pp. 38 ss.; en derecho romano, en pp. 44 ss.; en el libro sirio-romano, pp. 66 ss.; y en el derecho asirio-babilónico, pp. 78 ss.

⁴⁶ Al respecto vid., además de la ya citada VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, *Droit Grec d’Alexandre à Auguste*, t. 2, cit., pp. 448 ss., la bibliografía cit. por TAUBENSCHLAG, *The Law of Graeco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, 2ª ed., cit., p. 286 n. 68, así como BOBBINK y MAUER, “A comparative study of classical Roman law and the contractual praxis of Roman Egypt”, cit., pp. 358 ss.

Comenzando por el trabajo de Manigk, varios autores han llevado a cabo una revisión de la testimonios papirológicos greco-egipcios que contienen la documentación de negocios privados, centrándose fundamentalmente en aquéllos documentos datables durante el período de dominación romana, en busca de actos privados que pudiesen responder a un esquema anticrético (es decir, de compensación al acreedor o bien mediante el uso y disfrute de una cosa legítimamente disponible por el deudor o bien mediante el empleo de la fuerza de trabajo de un individuo vinculado al deudor). Ahora bien, al existir una cantidad respetable de documentos que contienen acuerdos muy variados de este tipo, se hizo necesario el categorizarlos según las distintas características que pudiesen distinguir a uno u otro subconjunto de este tipo de documentos.

A la hora de configurar su categorización de los documentos greco-egipcios con contenido anticrético, ciertos autores optaron por atender principalmente a dos criterios: por un lado, al modo en que el acuerdo de que se tratase operaba la satisfacción de los intereses del acreedor, distinguiendo a tal fin entre la “anticresis de compensación” (“Tilgungsantichrese”), que podía compensar sólo los intereses de la deuda principal o bien tanto los intereses como el capital, y la “anticresis de demora” (“Verzugsantichrese”), cuya finalidad era compensar el perjuicio patrimonial que el acreedor sufriese en razón de la mora del deudor; y, por otro lado, a la accesión o no al acuerdo anticrético de un derecho real de garantía en sentido propio, distinguiendo

por ello, a su vez, entre “anticresis no pignoratícia” o “anticresis sin prenda” (“pfandlose Antichrese”) y “anticresis pignoratícia” o “anticresis con prenda” (“Pfandsantichrese”)⁴⁷. En algún caso la distinción ha partido de la conexión con la prenda como rasgo definitorio de la anticresis, diferenciando así entre “anticresis en sentido propio combinada con una prenda” y “anticresis independiente de una prenda”⁴⁸. Otro partido pasa por categorizar los documentos según la tipología propia de la papirología (construida, en parte, sobre la base de la terminología usada más frecuentemente en los documentos en función de su contenido), atendiendo para ello al contenido de los derechos sobre la cosa o sobre los servicios personales que se atribuyesen al acreedor sobre la base del acuerdo anticrético: derechos de uso y disfrute de una parcela para su cultivo y explotación (καρπεία), derechos de uso y disfrute de un edificio para su habitación (ἐνοίκησις) y derechos a la prestación de servicios por parte de un individuo determinado (παραμονή)⁴⁹.

⁴⁷ Esta es la categorización propuesta por MANIGK, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung*, cit., en pp. 17 s. (y desarrollada, aduciendo las referencias documentales pertinentes, en pp. 18 ss.).

⁴⁸ Así TAUBENSCHLAG, *The Law of Graeco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, 2ª ed., cit., pp. 286 ss.; compartimos la impresión apuntada por KUPISZEWSKI, “Antichrese und Nutzpfund in die Papyri”, cit., p. 135, quien veía un eco de la doctrina intermedia sobre la anticresis en la idea de considerar la “anticresis combinada con una prenda” como la “anticresis en sentido propio” (vale decir, como la verdadera anticresis).

⁴⁹ Así TENGER, *Die Verschuldung im römischen Ägypten*, cit., pp. 81 ss. (καρπεία), pp. 85 ss. (ἐνοίκησις) y pp. 90 ss. (παραμονή). En la misma dirección C. KREUZSALER, “Loan contracts serving other purposes”, en *Law and Legal Practice in Egypt from Alexander to the Arab Conquest*, eds. J. G. KEENAN, J. G. MANNING y U. YIFTACH-FIRANKO, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 265 ss. Por su parte, RUPPRECHT, “Zur

En aquéllas investigaciones que se han extendido al estudio general de la anticresis en el derecho romano, la exégesis de los relativamente numerosos textos compilatorios que podrían aludir directa o indirectamente a acuerdos de tipo anticrético⁵⁰ ha venido siendo abordada sobre la base de una comparación (más o menos explícita según los autores⁵¹) entre las informaciones (muchas veces, indirectas) que dichos textos aportan sobre el régimen de dichos acuerdos según el derecho romano, por un lado, y aquéllas que resultan del análisis de los documentos de la praxis greco-egipcia, por otro lado. Esta estrecha relación entre el análisis de la documentación greco-egipcia y el de los textos compilatorios en materia anticrética se ha venido poniendo de manifiesto en el

Antichrese in den griechischen Papyri bis Diokletian“, cit., pp. 130 ss., dividía los documentos anticréticos por él considerados en varios grupos en función de su contenido, alcanzando al hacerlo una categorización parecida a la de Tenger (dividiendo los documentos en aquéllos de “uso de parcelas” (“Grundstücksnutzung”), de “alquiler” (“Miete”) y de “prestaciones de servicios” (“Dienstsleistungen”), constituyendo los casos en los que el acreedor anticrético debía llevar a cabo prestaciones adicionales un grupo aparte.

⁵⁰ Sin ánimo de ofrecer un elenco exhaustivo, además de D.13.7.33 Marcian. sing. ad form. hypoth. y D.20.1.11.1 Marcian. sing. ad form. hypoth. se han considerado testimonios de acuerdos anticréticos de diverso tipo también D.2.14.52.1 Ulp. 1 opin.; D.13.7.35.1 Flor. 8 inst.; D.13.7.39 Mod. 4 resp.; D.20.1.1.3 Pap. 11 resp.; D.20.1.23 pr. Mod. 3 reg.; D.20.2.8 Paul. 2 sent.; D.36.4.5.21 Ulp. 52 ad ed.; C.4.24.1, a. 207; C.4.24.2 Alex., a. 222; C.4.24.3 Alex., a. 222; C.4.24.12 Diocl.\Maxim., a. 294; C.4.26.6 Valer.\Gallien., a. 259; C.4.32.14 Alex., a. 234; C.4.32.17 Philipp., s. a.; C.8.24.2 Diocl.\Maxim., a. 293; C.8.27.1 Alex., a. 223; o C.8.42.20 Diocl.\Maxim., a. 294.

⁵¹ Explícita en el caso de MANIGK, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung*, cit., o de BOBBINK y MAUER, “A comparative study of classical Roman law and the contractual praxis of Roman Egypt”, cit., especialmente en pp. 366 ss.; más indirecta en el caso de KASER, “Besitzpfand und ‘besitzsloses’ Pfand”, cit.

reconocimiento en éstos de las categorías empleadas en el estudio de aquéllos⁵².

Dado que el propio término ἀντίχρησις y su relación con la garantía de obligaciones se manifiestan de manera explícita sólo en dos los textos de Marciano ya citados⁵³, no es necesario decir

⁵² Tendencia que, desde nuestro punto de vista, parte del entendimiento por MANIGK de la “satisfacción del acreedor mediante el uso” como una “institución unitaria” presente en distintos derechos de la Antigüedad (MANIGK, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung*, cit., pp. 12 s. y sobre todo p. 17) o como una “institución general” con diversas formas de aplicación (MANIGK, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung*, cit., p. 46). Como consecuencia de este enfoque comparado de conjunto o “unitario”, el a. alemán empleaba las mismas categorías en la clasificación de la casuística anticrética que subyace en los documentos papirológicos greco-egipcios (MANIGK, ult. op. cit., pp. 17 ss.) y en la de aquélla que se oculta en los textos compilatorios (MANIGK, ult. op. cit., pp. 55 ss.). En su estudio centrado principalmente en la relación entre los acuerdos de tipo anticrético y los derechos reales de garantía en sentido propio, KASER, “Besitzpfand und ‘besitzsloses’ Pfand”, cit., pp. 81 ss., partía de la distinción entre “Pfandsantichrese” o “Nutzverpfändung” (ult. op. cit., pp. 82 ss.) y “pfandlose Antichrese” (ult. op. cit., pp. 85 ss.), siguiendo igualmente en la categorización de los acuerdos de anticresis pignoratícia la clasificación propuesta por MANIGK (correspondiéndose fielmente la categorización seguida por KASER, ult. op. cit., pp. 82 ss., con las distinciones acuñadas por MANIGK para la casuística greco-egipcia de “reine Zinsantichrese”, “Amortisationsantichrese”, “gemischte Zins- und Amortisationsantichrese”, “Verzugsantichrese”, etc.). TENGER, *Die Verschuldung im römischen Ägypten*, cit., pp. 79 ss., comenzaba la parte consagrada a la anticresis de su monografía presentando al lector la categorización de los documentos greco-egipcios propuesta por MANIGK, que usaba corrientemente en su análisis pese a emplear los conceptos καρπεία, ἐνοίκησις y παραμονή para la categorización general de los documentos objeto de su estudio. Se sitúa en una dirección parecida a la distinción de MANIGK la diferenciación de las “antichretic functions” llevada a cabo por BOBBINK y MAUER, “A comparative study of classical Roman law and the contractual praxis of Roman Egypt”, cit., pp. 374 ss.

⁵³ Puesto que en el único documento papirológico de época romana en el que podría aparecer el término ἀντίχρησις, P. Gron. 11, el relativamente escaso contexto de la mención del concepto no permite deducir gran cosa acerca del significado que se le pudiese atribuir: sin perjuicio de las consideraciones que haremos más adelante vid. por ahora TENGER, *Die*

que, en realidad, la relación entre fuentes romanas y greco-egipcias no deja de ser una relación triangular: entre el concepto ἀντιχρησις entendido según la interpretación que se lleve a cabo en primera instancia de los textos de Marciano, en primer lugar; los textos compilatorios que sin emplear el término ἀντιχρησις se han relacionado con él como aludiendo a una misma institución de derecho privado, en segundo lugar; y el tenor de los acuerdos contenidos en los documentos papirológicos greco-egipcios con los que se ha venido estableciendo la comparación a la que nos hemos referido más arriba, en tercer lugar.

Los puntos de contacto entre los tres términos de esta relación han permitido profundizar en la comprensión de cada uno de ellos por separado, y desde luego ha resultado productiva en términos de avance de nuestro conocimiento sobre cada uno de los tres. Al mismo tiempo, el carácter a veces amplio o laxo de la relación así concebida no deja de plantear ciertos problemas de delimitación. La misma determinación de cuáles documentos de la praxis y cuáles textos compilatorios aludirían a acuerdos anticréticos constituye ya el primero de esos problemas: dado que las únicas referencias explícitas a la ἀντιχρησις son las llevadas a cabo en D.13.7.33 y D.20.1.11.1 y dada la ausencia de marcas terminológicas claras que permitan por sí solas identificar una ἀντιχρησις, tal identificación deberá efectuarse analizando el contenido de cada texto caso por caso.

Verschuldung im römischen Ägypten, cit., p. 80, con cuya valoración sobre este particular concordamos plenamente.

Si se identifica en sentido amplio la anticresis entendida como la “satisfacción del acreedor mediante el uso” de la cosa puesta a disposición de él por el deudor, la misma amplitud del objeto de búsqueda situará una parte de la casuística atestiguada en una zona de penumbra. Primero, no todos los documentos de la praxis contendrán una descripción exhaustiva de lo dispuesto entre las partes (ya sea debido al estado de conservación del documento, ya sea debido a que para los fines para los que se hubiera redactado el documento no se requiriese de tal descripción exhaustiva), cosa que podrá suscitar al menos la duda razonable sobre la naturaleza “anticrética” o no de su contenido⁵⁴. Y segundo, no todos los textos compilatorios que aludan al uso o al disfrute por parte de un acreedor de una cosa puesta a disposición por su deudor aludirán necesariamente una anticresis. Por nuestra parte, no nos ocuparemos aquí específicamente de estos problemas de identificación, puesto que ello requeriría, en realidad, un estudio de conjunto de la anticresis que va más allá de nuestras ambiciones aquí: así, nos limitaremos a hacer referencia a aquéllos textos que estimemos sean pertinentes para nuestro discurso. Nos interesa llamar la atención del lector, sin embargo, sobre esta problemática.

Abundando, por tanto, en estos problemas de delimitación de la anticresis en los textos compilatorios, un conjunto de problemas importantes se plantea al tratar de trazar los confines en los que la anticresis limitaría con ciertas instituciones de

⁵⁴ Vid. p. ej. los casos dudosos señalados ya por MANIGK, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung*, cit., pp. 35 a 38.

derecho privado y, en particular, con el *pignus*. Una primera vertiente de este grupo de problemas viene dada por la posibilidad para el acreedor pignoraticio de reclamar los frutos pendientes de la cosa pignorada en el momento en el que el incumplimiento de la obligación principal lo facultase para hacer efectivo su derecho sobre la cosa pignorada: en ocasiones, será difícil asegurar si una fuente compilatoria determinada se refiere al derecho del acreedor pignoraticio sobre los frutos en relación con la ejecución de la prenda o, en cambio, si se refiere al derecho del acreedor sobre los frutos de la cosa puesta a su disposición por el acreedor (y a veces también pignorada) en el contexto de una anticresis⁵⁵. En el contexto de la realización del derecho del acreedor pignoraticio sobre la cosa (de manera variable en función de lo dispuesto en cada caso por las partes en la *conventio pignoris*, como consecuencia de la *lex commissoria* o del ejercicio en concreto del *ius distrahendi*), la atribución de los frutos de la cosa pignorada al acreedor pignoraticio desde el vencimiento de la obligación y la computación de los que éste así percibiese contra el monto de la deuda acumulada se llevaba a cabo por principio ya en época tardoclásica⁵⁶. Lógicamente, puede resultar difícil distinguir claramente entre este tipo de supuestos y aquéllos en los que una “anticresis de demora” conllevara la facultad por parte del acreedor de percibir los frutos de la cosa puesta a su disposición

⁵⁵ Problema de delimitación ya apuntado por MANIGK, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung*, cit., p. 46, llegando el a. a señalar: “Auch sonst machen uns, ohne dass wir hier dieser Frage bis in alle Details nachgehen können, die römischen Quellen die Grenzziehung zwischen Fruchtpfandrecht und Antichrese im Einzelnen nicht leicht.”

⁵⁶ Así resulta, p. ej., de C.4.24.3 Alex., a. 222; o de C.4.32.12 Alex., s. a.

por el deudor, computándolos contra los intereses de demora de la deuda vencida⁵⁷.

Otra vertiente de los problemas relacionados, por así decirlo, con la frontera institucional entre *pignus* y anticresis concierne el grado de asimilación con el régimen aplicable a la prenda en sentido propio del régimen jurídico que pudiese considerarse aplicable a los acuerdos anticréticos que no acompañaban a una prenda en sentido propio. Que en época tardoclásica existía ya un cierto grado de tal asimilación resulta claro de la exégesis de D.20.1.11.1 Marcian. sing. ad form. hypoth.: la expresión *pignoris loco*, “en lugar de una prenda”, “como si se tratase de una prenda”, no podía designar un derecho de prenda en sentido propio, puesto que el acreedor no tenía derecho a satisfacerse con la venta de la cosa, sino solamente a retenerla para usarla; por esto mismo, el acreedor no podía hacer uso de la *actio Serviana* (la *formula hypothecaria* a la que se refiere el título de

⁵⁷ En nuestra opinión, del cotejo de C.8.14.3 Alex., a. 223, y C.8.13.9 Gord., a. 239 no resulta una contradicción insalvable entre dos principios incompatibles que sólo pueda salvarse suponiendo, para el caso presentado en C.8.13.9, la existencia de un reconocimiento tácito de un derecho del acreedor a los frutos incluso antes del vencimiento de la deuda principal (como afirmaba MANIGK, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung*, cit., pp. 46 s.: “Zwei Rechtsgrundsätze dieses Inhalts sind nebeneinander unmöglich”): debe entenderse, en cambio, que la *detentio* a la que se refiere el último texto no es otra que la retención de la cosa pignorada por el acreedor como consecuencia del incumplimiento por parte del deudor, y que ésta se produce solamente a partir del momento del vencimiento de la obligación principal. Ello se sigue de las frases que abren C.8.13.9 (*Si dominium eius possessionis, quae cum pignori data esset, a debitrice donatu ad te translatum est, eamque postea creditor vel eius heredes detinere coeperunt...*), frases que constituyen el resumen de los hechos que se dan por ciertos para fundar la respuesta en sí de la Cancillería imperial (recogida a partir de *vindica eam...*, etc.)

la obra de Marciano), recibiendo una *actio in factum* (a la que alude el texto) modelada a partir de ésta⁵⁸. Esta tendencia jurisprudencial a asimilar a la prenda, al menos en supuestos determinados, los acuerdos anticréticos que no acompañaban a un *pignus* en sentido propio no debe llevar a suponer una aplicación general de todas las soluciones jurisprudenciales que concernían la prenda en sentido propio a todos los acuerdos anticréticos, como se ha venido a hacer en alguna ocasión⁵⁹.

⁵⁸ Esta es, en líneas generales, la exégesis propuesta por KASER, "Besitzpfand und 'besitzsloses' Pfand", cit., p. 87. Que de esta interpretación del texto pueda o no deducirse que la anticresis no asociada a un *pignus* diese lugar a un derecho real en sentido propio, como afirma también KASER, ult. loc. cit., es otra cuestión.

⁵⁹ Llevando, a la postre, a conclusiones erróneas. Así, no nos parece que D.43.25.1.5 Ulp. 71 ad ed., como afirman BOBBINK y MAUER, "A comparative study of classical Roman law and the contractual praxis of Roman Egypt", cit., p. 373, demuestre sin más que el acreedor anticrético tuviese derecho a ejercer las servidumbres que existiesen a favor del fundo anticrético. Aunque resulte verosímil la suposición de que tal derecho asistiese al acreedor anticrético, D.43.25.1.5 Ulp. 71 ad ed. en particular no prueba tal hipótesis, al resultar lo más probable que precisamente lo dicho en el texto pueda aplicarse al *pignus*, pero no a un acuerdo anticrético desvinculado de un *pignus*. Esto resulta claro cuando se relaciona este fragmento (cosa en la que, en nuestra opinión, los aa. aciertan, aunque no compartimos las conclusiones que parecen extraer de ello) con D.8.1.16 Julian. 49 dig., ya que el derecho por cuya atribución al acreedor pignoraticio abogaba aquí Juliano (y al que inequívocamente se refería también Ulpiano en D.43.25.1.5, como resulta de D.43.25.1 en general y, en particular, del contexto inmediato de nuestro fragmento, esto es, de D.43.25.1.4) no era el de ejercer las servidumbres que existiesen a favor del fundo pignorado, sino (cosa muy distinta) el de hacer valer judicialmente la existencia de dichas servidumbres (*petitio servitutis*). El interés para un acreedor pignoraticio (no anticrético) en la defensa judicial de dichas servidumbres resulta obvio: se trataba de hacer valer judicialmente la propia existencia de estas últimas, ya que de verse en situación de tener que ejecutar su derecho sobre la cosa pignorada, la existencia de servidumbres a favor de ésta podía tener un efecto importante sobre el valor de la cosa y, por tanto, sobre las posibilidades del acreedor de verse resarcido totalmente del perjuicio irrogado por el incumplimiento de la

Dejando de lado la discusión de estos problemas, nos interesa aquí subrayar que el grado de sistematización de la casuística variada que parecen haber presentado los acuerdos de tipo anticrético, al menos según aquél aparece atestiguado en las fuentes de que disponemos, parece a duras penas suficiente para haber alumbrado un régimen institucional en sentido propio, unitario y general, que probablemente nunca llegó a existir. Es el caso de recordar que la subsunción de tal casuística (tanto aquélla de la que nos dan noticia los documentos greco-egipcios de época romana como aquélla que conocemos a través de los textos compilatorios) bajo la denominación “anticresis” es obra de los estudiosos modernos. Por supuesto, tal subsunción está lejos de surgir de la nada, al tener por fundamento el uso de ἀντιχρησις por Marciano en D.13.7.33 y D.20.1.11.1.

obligación principal por el deudor; sólo este puede ser, a nuestro entender, el trasfondo de la decisión de Juliano. Por el contrario, una defensa de la existencia de servidumbres en sí considerada (esto es, desvinculada del ejercicio o no de las mismas) no concernía al acreedor anticrético en cuanto tal (esto es, cuando la anticresis no acompañase a una prenda en sentido propio), dada la ausencia por su parte de un interés directo (vale decir, directamente ligado a sus posibilidades de resarcimiento) en el mantenimiento del valor de mercado de la cosa a causa de su carencia, en principio, de *ius distrahendi*. Se podría suponer en Ulpiano, es cierto, la intención de ampliar el alcance de la *petitio servitutis* aludida por Juliano al ejercicio de la misma por parte de un acreedor anticrético contra quienes, al negar la existencia de las servidumbres o discutir su alcance, viniesen a perturbar el ejercicio pacífico de éstas por parte de dicho acreedor anticrético: sin embargo, para ello habría que dar por supuesto este matiz interpretativo en el muy breve D.43.25.1.5, lo cual pasa prácticamente por ignorar el contexto inmediato del fragmento en el conjunto de D.43.25.1 (cosa que en sí ya constituiría una auténtica acrobacia exegética) para poder suponer que las palabras de Ulpiano se refiriesen específicamente a un supuesto de prenda con pacto anticrético añadido (cosa que, según nuestra opinión, nada en el tenor de D.43.25.1.5 permite hacer).

El uso en los dos fragmentos de Marciano de este término no deja, sin embargo, de resultar en sí problemático, al plantear un dilema que, al menos por el momento, podría ser irresoluble. Por un lado, resulta innegable que en ambos fragmentos el jurisprudente emplea la palabra ἀντίχρησις como término apto para describir por sí solo un determinado tipo de acuerdo entre las partes⁶⁰; si además se tiene en cuenta que, entre toda la masa textual de época romana en latín y griego, el término aparece atestiguado solamente en ambos fragmentos de un jurista como Marciano⁶¹ y en un único texto papirológico de época romana,

⁶⁰ Especialmente en D.20.1.11.1 Marc. sing. ad form. hypoth., en el que, a propósito de la aplicación analógica del régimen correspondiente a la recuperación de la posesión de la cosa por parte del acreedor pignoraticio a la recuperación de la cosa por parte del acreedor anticrético que perdiese la posesión de la misma, viene a llevarse a cabo una descripción más detallada del supuesto de hecho tratado.

⁶¹ Fuera de lo que los fragmentos de sus obras puedan aclarar al respecto, de él se sabe poco más que lo que su nombre, Elio Marciano, permite deducir: aferrándose a su *nomen*, *Aelius*, los especialistas han planteado la hipótesis razonable de que, tratándose probablemente de un provincial oriental, la concesión de la ciudadanía a su familia datase del tiempo del emperador Adriano o, en general, del de los Antoninos: así p. ej. W. KUNKEL, *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, 2ª ed., Colonia, Böhlau, 2001 (reimpr. inalterada de la 2ª ed. de 1967), pp. 258 s., aunque con cautela debido a la relativa frecuencia del mismo *nomen* en familias aristocráticas ya desde comienzos del Principado; es seguido con similar cautela por L. DE GIOVANNI, *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Nápoles, M. D'Auria, 1989, pp. 13; en la misma dirección D. DURSI, *Aelius Marcianus. Institutionum libri I-V*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2019, p. 4; sin tales escrúpulos afirmaba D. LIEBS, "Älius Marcian. Ein Mittler des römischen Rechts in die hellenistische Welt", *ZSS* 118, 2011, pp. 39 ss. y en partic. p. 40: "Marcians Gentilname ist der des Kaisers Hadrian, woraus geschlossen werden kann, dass sein römisches Bürgerrecht auf diesen Kaiser zurückgeht". Dada la ausencia de datos (aún prosopográficos) significativos sobre el jurista que podamos adquirir por otras vías, los estudiosos concuerdan en que la fuente principal de información sobre su persona sigue siendo el propio análisis de sus escritos: así explícitamente DE GIOVANNI, *Giuristi severiani. Elio Marciano*, cit., p. 13; LIEBS, "Älius

resulta natural para el especialista el suponer que la palabra ἀντιχρησις habría sido empleada únicamente (o al menos prevalentemente) en el lenguaje jurídico técnico, no obstante el empleo aquí de un término en lengua griega para la viabilidad de esta suposición⁶². Por otro lado, y en la medida en que el análisis

Marcian", cit., pp. 40 y 42. Las hipótesis sobre la carrera de Marciano formuladas por T. HONORÉ, "The Severan lawyers: a preliminary survey", *SDHI* 28, 1962, pp. 162 ss. y en concreto pp. 212 s., y más tarde en HONORÉ, *Emperors and Lawyers*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 94 s., basadas principalmente en la estadística estilométrica, resultan en exceso especulativas, como lo resulta también la teoría sostenida (sobre la base, sobre todo, de consideraciones de convergencia estilística con éste) por LIEBS, "Älius Marcian", cit., p. 41, de que Marciano habría sido discípulo directo de Ulpiano (cosa que había ya sido enunciada como posibilidad con fundamentos similares por HONORÉ, *Ulpian, Pioneer of Human Rights*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 137). Igualmente, no parecen existir apoyos suficientes para sostener que Marciano se hubiese dedicado en especial a la enseñanza del Derecho, como afirma LIEBS, "Älius Marcian", cit., pp. 43 ss.: v. las consideraciones en contra de DURSI, *Aelius Marcianus. Institutionum libri I-V*, cit., pp. 5 ss.

⁶² Los préstamos del griego eran frecuentes en el latín técnico en general (al respecto C. DE MEO, *Lingue tecniche del latino*, 2ª ed., Bolonia, Patron, 1985, pp. 15 ss.); resulta obvio para el especialista que en el caso del latín técnico propio del derecho, estos préstamos fueron particularmente frecuentes en el campo de los acuerdos relacionados con la garantía de las obligaciones, como lo atestigua la acuñación de calcos de términos griegos al latín en este ámbito (como el muy frecuente *hypotheca* o, en D.20.4.20 Tryph. 8 disp., *hyperocha*). El mantenimiento de la grafía griega tanto en D.13.7.33 como en D.20.1.11.1 tal vez podría indicar una escasa penetración del término ἀντιχρησις como préstamo del griego en el latín jurídico en época de Marciano, pero esta posibilidad habrá de ser considerada cautelosamente si se tiene en cuenta la frecuencia con que los vocablos o las citas en griego eran empleadas por los jurisprudentes de época clásica (al respecto v. R. D'ALESSIO, "La Graeca vox nella giurisprudenza del Principato", en *Modelli di un multiculturalismo giuridico. Il bilinguismo nel mondo antico*, t. 1, eds. C. CASCIONE, C. MASI DORIA, G. D. MEROLA, Nápoles, Satura, 2013, pp. 119 ss.). Tampoco sorprende su empleo en un texto procedente de una obra de este jurista en concreto, que en los fragmentos de sus escritos que han llegado hasta nosotros llevaba a cabo citas literales (a veces largas) o referencias a distintas obras literarias y filosóficas en lengua griega (sobre lo cual LIEBS, "Älius Marcian", cit., pp. 57 ss.); hay quien ha considerado arriesgado, sin embargo, extraer

del latín técnico jurídico en cuanto tal requiere inevitablemente de un razonamiento estadístico⁶³, la muy débil muestra textual de que disponemos hace difícil el situar el empleo del término ἀντίχρησις aquí en unas coordenadas precisas en cuanto a su grado mismo de tecnicidad, pero convierte ya en impracticable una reconstrucción mínimamente concreta del posible trasfondo institucional que pudiese haber atribuido Marciano al contenido del término⁶⁴.

Consecuencia del carácter irresoluble de este dilema (imposibilidad de delinear con claridad los confines de lo que Marciano entendiese por ἀντίχρησις, pero probabilidad de la existencia de un tratamiento jurídico específico y diferenciado para el tipo de acuerdos a los que Marciano hacía referencia al

conclusiones tajantes con respecto a los orígenes o al ambiente cultural de Marciano sólo sobre la base de tales citas (DE GIOVANNI, *Giuristi severiani. Elio Marciano*, cit., p. 14 con n. 8).

⁶³ Nos remitimos a este respecto a lo dicho en PÉREZ LÓPEZ, *Metodología en la investigación del derecho romano: el latín jurídico y su caracterización*, Madrid, Edisofer, 2022, concretamente pp. 120 ss.

⁶⁴ Y en este sentido estamos de acuerdo con lo dicho por MANIGK, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung*, cit., pp. 44 ss., quien partiendo de la consciencia del escasísimo uso de la palabra ἀντίχρησις en la Compilación deducía que ésta nunca habría sido adoptada generalmente por los (juristas) romanos, concluyendo: “Eine Erneuerung des Streites darüber, was die Römer als ἀντίχρησις angesehen haben, ist heute nicht mehr am Platze” (ult. op. cit., p. 45). De manera coherente con este razonamiento, el a. alemán trataba de pergeñar una posible aclaración del sentido del término partiendo exclusivamente de argumentos filológicos, esto es, basados con la analogía de otros compuestos contruidos de manera similar a ἀντίχρησις en el griego antiguo (MANIGK, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung*, cit., pp. 14 ss.). En sentido parecido, KUPISZEWSKI, “Antichrese und Nutzpand in die Papyri”, cit., p. 136, se limitaba a señalar, a guisa de aclaración del sentido del término ἀντίχρησις en sí, la frecuencia de la formación de compuestos con ἀντι- en el ámbito del griego jurídico que implicaban la presencia de una contraprestación en el negocio de que se tratase.

usar dicho término) es, a nuestro entender, la posición cautelosa adoptada por la doctrina, que parece evitar el entrar en él frontalmente. En términos generales, los estudiosos que se han venido ocupando de la cuestión han optado por renunciar a tratar de definir con precisión el referente del término ἀντίχρησις en los textos de Marciano. En cambio, los estudiosos han venido tratando de obtener una imagen general del uso en la práctica de acuerdos similares en su mecánica y finalidad (esto es, que apuntasen a la satisfacción de los intereses del acreedor mediante la atribución a éste por parte del deudor de un derecho de uso y disfrute sobre una cosa) tal y como éstos pudiesen encontrarse en las fuentes jurídicas romanas, pero también en los documentos de la práctica del Egipto helenístico y romano, para “en lugar de a una reflexión específica deudora de la explicación unilateral de una sola palabra, llegar a una síntesis de las fuentes dispersas”⁶⁵.

Inevitablemente, la economía del lenguaje, la claridad del discurso y la fluidez del razonamiento han exigido que el amplio objeto de estudio así delimitado pueda ser abarcado mediante un único término: se emplea corrientemente, por convención generalmente aceptada (tal vez, debido al arraigo histórico del calco moderno al latín del término griego usado por Marciano⁶⁶),

⁶⁵ Traducimos así las palabras de MANIGK, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung*, cit., p. 46: “...an Stelle der durch eine einseitige Worterklärung verschuldeten Einzelbetrachtung zur Synthese der zerstreuten Quellen zu gelangen”.

⁶⁶ Recordemos que el calco al latín *antichresis* comienza a ser empleado sólo en el período intermedio por los comentaristas de la Compilación: remitimos al lector a las consideraciones que llevábamos a cabo al principio del artículo.

el término “anticresis” (“Antichrese”, “anticresi”, “antichresis”, etc.). A duras penas es necesario que, llegados a este punto del artículo, insistamos al lector en nuestro convencimiento de la utilidad del empleo de este término “paraguas” moderno: nosotros mismos hemos venido usándolo a lo largo de este trabajo. Por útil que ello pueda resultar en la investigación de los acuerdos con rasgos muy similares que nos ocupan, sin embargo, el uso de este calco puede resultar contra intuitivo a dos respectos que conviene guardar presentes al usarlo: primero, que el referente del término “anticresis” tal y como lo empleamos hoy día debe sus contornos precisos a la doctrina moderna; segundo, y teniendo lo primero en cuenta, que del mero empleo del término griego ἀντίχρησις en D.13.7.33 y D.20.1.11.1 no puede seguirse necesariamente (insistimos: no necesariamente) la existencia de un régimen institucional consolidado que concerniese la susodicha ἀντίχρησις (tal y como entendiese Marciano el sentido de la misma para los supuestos de hecho por él abordados en ambos fragmentos, cosa que no está clara) o los supuestos de hecho que la doctrina moderna ha ido aproximando a la misma por estimarlos similares a los considerados por Marciano.

3. La mención de la ἀντίχρησις en P. Gron. 11: una duda razonable

Abundando en esta segunda observación (y recordando ahora al lector la relación existente entre la imagen de la anticresis ofrecida por la documentación papirológica greco-egipcia y

aquella que resulta del análisis de los textos compilatorios), poco puede deducirse de las fuentes papirológicas en cuanto al significado preciso del término ἀντίχρησις. Lo que es más, consideramos que no está fuera de toda duda que el empleo de dicho término deba considerarse atestiguado en la documentación papirológica de época romana.

Según hemos apuntado más arriba, son tres los documentos papirológicos en los que aparecería atestiguado el empleo del término ἀντίχρησις: se trata de P. Prag. I 69⁶⁷, de P. Freer 5⁶⁸ y de P. Gron. 11⁶⁹. Los dos primeros han sido datados a principios del medievo bizantino, aunque en fecha ya posterior a la Compilación justiniana⁷⁰. Aunque debe guardarse cautela a la hora de formular hipótesis acerca del uso que éste habría podido tener en la práctica antes de la Compilación, las menciones del término en ambos documentos bizantinos podrían interpretarse, en nuestra opinión, como un indicio de que el término, al menos desde época de Marciano, habría ido viendo un cierto uso en la praxis cotidiana, pero sin por ello llegar a penetrar del todo en el lenguaje técnico tal y como éste fue empleado por los

⁶⁷ En R. PINTAUDI, R. DOSTÁLOVÁ y L. VIDMAN, *Papyri Graecae Wessely Pragenses. PPrag. I*, Florencia, Gonelli, 1988, nº 69, p. 157.

⁶⁸ En L. S. B. MACCOULL, *Greek and Coptic Papyri in the Freer Gallery of Art* (disertación del a. en el contexto de la obtención del título de "Doctor of Philosophy"), Washington D. C., 1973, Papyrus 5, pp. 72 ss.

⁶⁹ En A. G. ROOS, *Papyri Groninganae*, Amsterdam, Uitgave van de N. V. Noord-Hollandsche Uitgevers-Maatschappij, 1933, Nr. 11, pp. 32 ss.

⁷⁰ Los eds. de P. Prag. I 69, ed. cit., sitúan la fecha del documento entre los siglos VI y VII d. C. Respecto a P. Freer 5, el editor sitúa su datación entre finales del siglo VI y principios del siglo VII, señalando, además, cómo el tenor de la *completio* notarial del documento estaría formulado para acomodarse a la legislación justiniana al respecto (P. Freer 5, ed. cit., com. a la lín. 15 en pp. 74 s.).

jurisprudentes primero y por los juristas de cancillería después. Nuestra hipótesis se basa en dos razones: por un lado, resulta improbable que Marciano acuñase un término técnico en lengua griega para emplearlo a renglón seguido en una obra monográfica escrita en latín, de manera que el término procedería, al resultar inverosímil que lo hiciese de un texto legislativo en lengua griega, del lenguaje empleado en la praxis contractual del oriente grecófono; por otro lado, las novelas justinianas que se refieren a negocios de tipo anticrético no solamente no empleaban el término ἀντίχρησις, sino que alguna de ellas se tomaba la fatiga de describir minuciosamente en qué podía consistir un acuerdo de este tipo sin por ello utilizar dicho término⁷¹.

En definitiva, y salvando la posibilidad de que el empleo en la praxis poco posterior a Justiniano del término ἀντίχρησις pudiese haber sido efecto únicamente de la aparición del mismo en el Digesto (cosa poco probable debido al carácter muy puntual de dicha aparición, pese al enorme ascendiente del Digesto sobre el aprendizaje y aplicación del Derecho entonces⁷²), el uso del término en dos documentos de la praxis poco posteriores a Justiniano y la ausencia del mismo en las novelas justinianas mencionadas podría suponer un argumento a favor de un uso del

⁷¹ Así, en particular, en Nov. Just. 120.4. Otras disposiciones contenidas en novelas justinianas que concernirían negocios de tipo anticrético aparecerían en la propia Nov. Just. 120.6.2 o en Nov. Just. 134.7: al respecto BOBBINK y MAUER, "A comparative study of classical Roman law and the contractual praxis of Roman Egypt", cit., pp. 364 ss.

⁷² Esto es, en la medida en que el Digesto constituía al mismo tiempo texto oficial y obligatorio empleado para el aprendizaje del Derecho y texto normativo de referencia en todo el Imperio bizantino.

mismo prevalentemente confinado dentro de los límites de la práctica contractual grecoparlante. Como ocurre para el caso del empleo del término ἀντίχρησις en los dos textos de Marciano, resulta difícil deducir por el contexto de la mención del mismo término en cada uno de estos dos documentos bizantinos el sentido específico que se atribuía en ellos a esta palabra. En el caso de P. Freer 5, el pobre estado de conservación del documento permite deducir poca cosa sobre su contenido⁷³, aunque resulta evocador el uso, en las dos ocasiones en que se usa el término que nos ocupa, del giro ἡ παροῦση ἀντίχρησις⁷⁴, locución frecuente en los documentos de época bizantina que parecería presuponer un conocimiento en el lector del funcionamiento de la misma como un tipo de negocio institucionalizado, al poderse traducir por “la presente anticresis”⁷⁵. En el otro caso, se trata de una orden de entrega de especies (en concreto, de grano) de la que sólo se puede deducir que la ἀντίχρησις era la razón de la entrega en cuestión⁷⁶.

⁷³ Como resulta de la restitución y transcripción del texto en P. Freer 5, ed. cit., p. 73.

⁷⁴ Respectivamente, P. Freer 5, ed. cit., lín. 6 (en genitivo: τῆς παροῦσης ἀντιχρήσεως) y lín. 9 (en dativo: τῇ παρουσῇ ἀντιχρησει). La tercera mención del término en lín. 12 aparece cortada de tal manera que carece de contexto inmediato.

⁷⁵ Uso que aparece atestiguado en numerosos documentos papirológicos de los siglos VI y VII d. C.: vid. al respecto FR. PREISIGKE, voz “πάρειμι”, en *Wörterbuch der griechischen Papyrusurkunden*, t. II, Berlín, autoedición, 1927, cols. 263 s. y en particular col. 264, acepción c): “von Verträgen oder Gegenständen, die als vorliegend bezeichnet werden [nur bnz.]”.

⁷⁶ La palabra ἀντίχρησις aparece mencionada (en genitivo: ἀντιχρήσεως) en P. Prag. I 69, ed. cit., p. 157, lín. 3; los eds. la traducen por “contraccambio”, traducción del término que nos resulta tanto menos convincente cuanto que el aparato crítico que acompaña la transcripción

Algo parecido cabe decir para el caso de P. Gron. 11, documento que nos interesa especialmente por ser el único testimonio del término ἀντίχρησις de época romana fuera de los dos textos de Marciano. El documento, fechado en el siglo II d. C. por su editor⁷⁷, contiene una contabilidad privada en la que sin embargo aparece reflejada únicamente una lista de salidas⁷⁸, cosa que resultaría clara de la naturaleza de los conceptos por los que se llevan a cabo los desembolsos, que responden a la adquisición de objetos o a la prestación de servicios demasiado variados como para que se trate de una lista de cobros por cuenta de un solo individuo. Si se tratase de un elenco en el que se recogiesen tanto entradas como salidas⁷⁹ (en cuyo caso la variedad de los conceptos habría sido posible), habría resultado indispensable para el redactor del documento el elaborar la lista de tal manera que los pagos pudiesen diferenciarse claramente de los cobros: en cambio, las entradas aparecen redactadas de manera prácticamente uniforme⁸⁰. Estos conceptos aparecen mencionados de manera telegráfica a dos columnas; dado el estado del documento, la restitución de la columna de la derecha es más bien

no menciona tan siquiera la rareza del término ni su sentido jurídico-técnico en un contexto en el que tal sentido requeriría, como poco, una mínima toma en consideración.

⁷⁷ P. Gron. 11, ed. cit., p. 33; el “v. Chr.” en KUPISZEWSKI, “Antichrese und Nutzpfund in die Papyri”, cit., p. 133, es sin duda una errata.

⁷⁸ Así lo señala (a nuestro entender, con razón) el mismo ed. del documento: ROOS, P. Gron. 11, ed. cit., p. 33.

⁷⁹ Como sostienen KUPISZEWSKI, “Antichrese und Nutzpfund in die Papyri”, cit., pp. 133 s., y TENGER, *Die Verschuldung im römischen Ägypten*, cit., p. 80.

⁸⁰ Al respecto v. más abajo, a continuación. ROOS, P. Gron. 11, ed. cit., p. 33, apuntaba que sólo en la col. 2, lín. 9, en cuyo comienzo podía leerse tentativamente παρὰ-, podría hacer pensar en la anotación de un ingreso en lugar de en la de un pago.

fragmentaria, mientras que la columna de la izquierda se conserva totalmente. Cada una de las líneas de cada columna recoge un concepto de pago en genitivo, seguido de la indicación de una cantidad en dracmas. Entre los conceptos de pago (como hemos apuntado, muy variados) se encuentra la simple mención al dativo de los nombres de dos individuos acompañados de la cantidad pagada, el coste de la mano de obra del tejido de un manto, el precio de adquisición de una cantidad de lana y de un utensilio de cocina, “gastos menores”, el flete de una embarcación, el precio de un martillo, etc.⁸¹

Por su parte, la ἀντιχρησις aparecería mencionada dos veces en el documento. La primera mención sería más completa o exhaustiva. En ella, la palabra ἀντιχρησις aparecería en genitivo (como el resto de los conceptos de pago elencados en el documento), precedida de la mención en dativo del individuo al que se llevaba a cabo el pago (en este caso, un cierto Harpócrates) y seguida de la cantidad pagada (a la sazón, la que en el siglo II d. C. era una cantidad relativamente modesta, doce dracmas): Ἀρποκράτει ἀντιχρήσεως ἑ ιβ⁸². La segunda mención del término aparece en la columna de la derecha, de la que sólo se conserva la mitad izquierda, quedando así legibles únicamente los inicios de cada línea de dicha columna; se lee en una de ellas ἀντιχρήσ-, que el editor ha restituido como ἀντιχρήσ[ηως en la lógica suposición

⁸¹ P. Gron 11, ed. cit., col. 1, lín. 4 (pago a Patalo); col. 1, lín. 5 (pago a Atenodoro); col. 1, lín. 6 (coste de mano de obra del tejido de un manto); col. 1, lín. 7 (precio de la lana), col. 1, lín. 8 (precio de una olla o sartén); col. 1, lín. 10 (“gastos menores” o “pagos por menudencias”); col. 1, lín. 11 (flete de una embarcación); col. 1, lín. 15 (precio de un martillo), etc.

⁸² P. Gron 11, ed. cit., col. 1, lín. 12.

de que se recogería aquí, como en la columna de la izquierda, un concepto de pago en genitivo⁸³.

Lógicamente, es la primera de estas dos menciones la más susceptible de aportar información útil para la comprensión del significado del término ἀντίχρησις (y, por tanto, indirectamente, útil también para la exégesis de D.13.7.33 y D.20.1.11.1). Como es lógico, la principal dificultad a tal fin reside en el muy escaso contexto de la mención en el documento. A este respecto, resulta particularmente desconcertante el hecho de que la ἀντίχρησις constituya el motivo del pago a Harpócrates. A tal respecto, no resulta convincente la idea de que el pago a Harpócrates constituyese un préstamo por valor de las doce dracmas anotadas, habiendo el redactor del documento recibido de éste una cosa en anticresis; menos aún la de que este último hubiese recibido de Harpócrates doce dracmas en la idea de entregarlos posteriormente para cubrir el importe de la deuda principal y así recuperar la cosa dejada al acreedor en anticresis⁸⁴.

En nuestra opinión, debe estarse de acuerdo en que el carácter fragmentario del documento (debido tanto al hecho de que se trate de una lista contable más bien esquemática como al propio estado de conservación del mismo) hace que no sea posible el deducir el sentido que hubiese querido atribuirse al término ἀντίχρησις en P. Gron. 11⁸⁵. Evidentemente, ello no quiere decir

⁸³ P. Gron 11, ed. cit., col. 2, lín. 5.

⁸⁴ Son estas las hipótesis de interpretación avanzadas por KUPISZEWSKI, "Antichrese und Nutzpand in die Papyri", cit., pp. 133 s.

⁸⁵ Así TENGER, *Die Verschuldung im römischen Ägypten*, cit., p. 80, a nuestro

de ningún modo que deba negarse todo valor a las menciones del término ἀντίχρησις en el documento: éstas atestiguarían, aunque fuese de manera escasa, que el término empleado por Marciano en D.13.7.33 y en D.20.1.11.1 habría visto, en época prácticamente contemporánea a este jurista, un cierto empleo en la práctica cotidiana de la mitad grecófona del Imperio⁸⁶.

Aún de ello, sin embargo, creemos que es posible dudar. Como hemos dicho, la mención de la ἀντίχρησις como concepto de pago en P. Gron. 11 no deja de resultar problemática. Es difícil aclarar satisfactoriamente por qué no se recogería en la lista contable como concepto de pago simplemente la entrega de dinero en préstamo o, por el contrario, en devolución de un préstamo, como parecería más sencillo o natural; la mención, en cambio, de un acuerdo accesorio como razón del pago parece innecesariamente aparatosa. De nuevo, el carácter fragmentario del documento desaconseja el atribuir a esta dificultad un peso excesivo, ya que precisamente a causa de dicho carácter todas las hipótesis de interpretación permanecen abiertas: podría pensarse, por ejemplo, en un uso metonímico de la palabra ἀντίχρησις, en la que para aludir al negocio principal (como ejemplo típico, un

entender con razón. Ya en la misma dirección se situaba el propio editor del documento, quien, no encontrando una interpretación de la mención del término en el documento que resultase satisfactoriamente coherente con la idea general del funcionamiento de la anticresis en el derecho romano y en la praxis greco-egipcia, propendía por pensar en la posibilidad de que el término se usase aquí en una acepción que se desviase de dicha idea general: ROOS, P. Gron 11, ed. cit., pp. 35 s.

⁸⁶ Al menos, un empleo suficiente como para que el término fuese utilizado en una lista que, por su carácter abreviado y conciso, no admitiría el uso de términos cuyo significado no fuese familiar para el redactor.

préstamo) se mencionaría directamente un negocio accesorio que lo acompañaba muy frecuentemente, viniendo tal frecuencia a crear en el oyente o lector la presuposición de que toda mención de la ἀντίχρησις presupondría un préstamo al que ésta acompañaría.

Creemos también posible, sin embargo, suponer que el documento no contuviese la mención de un sustantivo compuesto en genitivo (ἀντιχρήσεως), sino que se emplease en él más bien una locución preposicional en la que la preposición rige genitivo (ἀντι χρήσεως), suposición que la ausencia de separación de palabras y de acentos en la escritura griega del documento hace viable. Desde nuestro punto de vista, hay razones de peso suficiente como para considerar verosímil esta lectura. Desde el punto de vista de la simple posibilidad de la misma, cabe recordar al lector que el término χρεῖσις era empleado corrientemente en los documentos greco-egipcios de época romana para designar un tipo de préstamo a interés análogo al δάνειον, la otra forma de préstamo más frecuentemente atestiguada en la documentación del Principado⁸⁷. Por otro lado, la construcción preposicional ἀντι + genitivo (sin artículo) se usaba frecuentemente para aludir a una contraprestación, una devolución o un pago en restitución, existiendo abundantes ejemplos de ello tanto en el lenguaje literario y común⁸⁸ como en el lenguaje empleado en los

⁸⁷ Al respecto v. TENGER, *Die Verschuldung im römischen Ägypten*, cit., pp. 27 ss., con abundantes testimonios documentales.

⁸⁸ Vid. Al respecto H. G. LIDDELL, R. SCOTT, H. S. JONES, voz “ἀντι”, en *A Greek-English Lexicon*, 9ª ed. c. suplement., Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 153, acepción A.III.3: “to denote exchange, at the price of, in return for”, con

documentos jurídicos atestiguados papirológicamente⁸⁹, resultando pertinente para hacer referencia a la devolución de un préstamo.

Así, resulta al menos posible pensar que en lugar de leer Ἀρποκράτει ἀντιχρήσῳς ἑ ιβ (“A Harpócrates, por una [por la] anticresis, 12 dracmas”) podría leerse Ἀρποκράτει ἀντὶ χρήσῳς ἑ ιβ (“A Harpócrates, en devolución de un [del] préstamo, 12 dracmas”). Esta lectura tendría a su favor el hecho de que la devolución de un préstamo aludido mediante un término de uso corriente y añadiendo la mención del nombre del acreedor que recibe el dinero resulta inmediatamente coherente como concepto de pago y aporta así, en nuestra opinión, una *lectio facilior* del documento.

El uso aquí de una locución adverbial con el sustantivo en genitivo en lugar de la mera mención del concepto de pago en genitivo no nos parece que pueda constituir un motivo suficiente para desechar esta lectura: aunque pueda resultar extraño este

ejemplos de uso en relación con contraprestaciones de pagos dinerarios; F. PASSOW, VAL. CH. FR. ROST, FR. PALM, voz “ἀντὶ”, en *Handwörterbuch der griechischen Sprache*, t. I.1, Alemania, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2004 (reimpr. Inalterada de la 5ª ed. de Leipzig, 1841), p. 259, col. dcha.: “Hieraus [a partir de la acepción tratada antes en la entrada] entwickelte sich zunächst die Idee der *Entgeltung*, des *Ersatzes*, u. dann überhaupt die Idee des *Gründes* und der *Veranlassung*”, con ejemplos.

⁸⁹ E. KIESSLING, voz “ἀντὶ”, en *Wörterbuch der griechischen Papyrusurkunden*, t. IV, Marburgo\Wiesbaden, autoedición\Harrassowitz, 1944-1993, cols. 169 ss., siendo la única acepción especificada por el autor “anstatt, an Stelle von, für”, con numerosos ejemplos de uso de la preposición + genitivo (la mayor parte de las veces, sin artículo) para aludir a la contraprestación debida por una de las partes a la otra (en alguna ocasión, en contextos anticréticos: los documentos que analizaremos hacia el final del artículo contienen ejemplos de este uso de ἀντὶ).

desarrollo de la frase en un documento redactado, por lo demás, de modo extremadamente parco y en el que no parece usarse ninguna otra locución de este tipo⁹⁰, la mención del destinatario del pago en dativo y del concepto de pago en genitivo en la misma línea del documento que nos ocupa (como resulta en la lectura original del editor) suponen ya una ruptura de dicha parquedad de la redacción. Por añadidura, el empleo de la locución adverbial en cuestión podía resultar, en realidad, inevitable: mencionar únicamente “préstamo” en genitivo como concepto de pago, con una entrada del tipo Ἀρποκράτει χρήσῃς ἢ ἰβ , resultaría confuso, ya que podría pensarse en que la anotación recogería la entrega de dinero a Harpócrates en préstamo, quedando este obligado como deudor. Para evitar tal ambigüedad, el redactor se habría visto obligado a detallar mínimamente la entrada, para consignar clara e inequívocamente que la entrega de dinero se había producido en devolución de un préstamo. Puesto que ἀντὶ rige genitivo, quedando así el sustantivo final declinado en dicho caso, la entrada redactada de este modo tampoco vendría a constituir una fractura excesiva en el estilo de la sucesión de anotaciones contables recogidas en el documento, que seguiría leyéndose de manera uniforme y, por así decir, en una continuidad fácil o natural con respecto al resto de entradas.

Por lo demás, la lectura que proponemos no deja de ser hipotética. Como hemos señalado ya en varias ocasiones, el escaso

⁹⁰ Salvo que así fuese el caso en P. Gron 11, ed. cit., col. 2, lín. 9, de restitución por lo demás muy incierta.

contexto de las entradas contables anotadas en P. Gron. 11 y el mismo estilo telegráfico en que las mismas están redactadas hace impracticable el tratar de aclarar el sentido que se atribuiría al término ἀντίχρησις en el documento. Ahora bien, estos mismos problemas afectarán también, como es lógico, a todo intento que, como el nuestro, busque proveer una lectura alternativa del documento que tome en consideración la coherencia de lo leído con lo que sabemos del derecho aplicado en la praxis contractual greco-egipcia de época romana a través de otros documentos: de hecho, esta toma en consideración es (así lo esperamos) metodológicamente aceptable sólo si se tiene en cuenta que la separación de palabras y la acentuación, a aportar por el estudioso moderno, fuerza a llevar a cabo una elección entre la lectura original del editor como la nuestra (al resultar ambas posibles), elección que, a su vez, tendrá que basarse en criterios racionales.

Por añadidura, nuestra propia lectura (insistimos, hipotética) no sana, ni mucho menos, todas las incertidumbres que suscita la mención de la ἀντίχρησις en P. Gron. 11. En particular, la segunda mención del término en el documento, sita en la columna derecha del documento y, por tanto, mutilada en su parte final y restituida por el editor (a nuestro entender, de la única manera posible dado el contexto) como ἀντιχρήσ[ηως]⁹¹, no viene acompañada de la mención del destinatario del pago (suponiendo, esto es, que la columna de la derecha contuviese, como la de la izquierda, anotaciones de salidas contables). Sería

⁹¹ ROOS, P. Gron. 11, ed. cit., col. 2, lín. 5.

necesario suponer que el concepto de pago mencionado en ella sería ἀντὶ χρῆσ[η]ως, “en devolución de un [del] préstamo”, y dar por seguro que el redactor del documento se referiría al mismo préstamo aludido en la columna de la izquierda y que, por ende, éste habría omitido el consignar el nombre del destinatario del pago por tratarse siempre de un mismo y único acreedor. Una devolución gradual del préstamo en varios pagos explicaría, además, lo reducido de la suma de 12 dracmas mencionada en la columna de la izquierda. De nuevo, nos movemos aquí en el resbaladizo terreno de las hipótesis.

No pretendemos, por tanto, persuadir al lector de que deba dar un mayor crédito a nuestra lectura de los pasajes que nos conciernen de P. Gron. 11 que a aquélla realizada por el editor original del documento y acogida, en general, por la doctrina posterior. Sí deseamos, en cambio, llamar la atención del lector sobre la viabilidad o, si se quiere, aún sobre la simple *posibilidad* de nuestra lectura, que aconseja, en nuestra opinión, una cautela aún mayor a la hora de extraer conclusiones del cotejo del contenido de P. Gron. 11 con el de D.13.7.33 y D.20.1.11.1, los dos pasajes de Marciano en los que se menciona el término ἀντίχρησις. No sólo deberá tenerse en cuenta la escasa utilidad de cualquier comparación entre el sentido atribuido al término en los textos de Marciano (difícil de precisar) y el que se le habría atribuido en P. Gron. 11 (prácticamente imposible de precisar, dado lo parco de su contexto), sino que además deberá tenerse en cuenta la posibilidad de que el documento, simple y llanamente,

no contenga mención alguna del término atestiguado en los fragmentos compilatorios de Marciano y en los dos documentos de época bizantina ya mencionados.

4. La accesoriadad de las garantías y los acuerdos anticréticos “mixtos” en la documentación papirológica

Volvamos ahora a la observación cautelar que llevábamos acabo unas páginas más arriba y al hilo de la cual hemos llevado a cabo nuestras observaciones sobre P. Gron. 11: que el uso del término ἀντίχρησις por Marciano no implica por sí solo la existencia de un régimen institucional que cubriese los supuestos abordados por Marciano y los supuestos a ellos asimilados por los estudiosos que se han ocupado de lo que, en sentido amplio, entendemos por anticresis.

Hemos ya señalado cómo los textos compilatorios en materia anticrética atestiguan una tendencia a la asimilación del régimen jurídico del *pignus* y el de la anticresis⁹². Al estimar el alcance de esta asimilación se ha concluido que la anticresis, como el *pignus*, daría lugar a un derecho real de garantía en sentido propio incluso en aquéllos casos en los que no se presentase asociada a un *pignus*: constituiría el argumento más convincente al respecto la atribución al acreedor anticrético de una *actio*

⁹² Al respecto KASER, “Besitzpfand und ‘besitzsloses’ Pfand”, cit., p. 87. Señalan esta asimilación también KUPISZEWSKI, “Antichrese und Nutzpand in die Papyri”, cit., pp. 147 ss. (aunque con matices: v. más abajo, a continuación) o BOBBINK y MAUER, “A comparative study of classical Roman law and the contractual praxis of Roman Egypt”, cit., p. 371.

pignoraticia utilis en el caso tratado por Marciano en D.20.1.11.1 sing. ad form. hypoth., en el que la anticresis no aparecería asociada a un *pignus*⁹³. Aquí debemos formular nuestras reservas: dada la escasez de testimonios inequívocamente referibles a casos de anticresis sin prenda en el derecho romano, no es fácil saber si la solución provista por Marciano al caso de que se trataba podría haber variado en otros supuestos de anticresis sin prenda, o si otros jurisprudentes habrían estado de acuerdo con la solución provista por Marciano en D.20.1.11.1.

La confrontación de los textos compilatorios con los documentos de la praxis greco-egipcia de época romana sería, tal vez, susceptible de proporcionar un término de comparación útil sobre este particular. A este respecto, algún especialista ha afirmado que al menos en ciertos casos estaría atestiguado en los documentos de la praxis greco-egipcia de época romana que los acuerdos anticréticos darían lugar a derechos reales en sentido propio, siendo posible además el suponerlo en otros casos⁹⁴. La

⁹³ Y en este sentido KASER, "Besitzpfand und 'besitzsloses' Pfand", cit., p. 87: "Diese *actio in rem* beweist, dass auch die pfandlose Antichrese ein dingliches Recht begründete." En el mismo sentido BOBBINK y MAUER, "A comparative study of classical Roman law and the contractual praxis of Roman Egypt", cit., p. 370: "The independent right of antichresis was equal to a real right." No estamos seguros de que la doctrina cit. en ult. loc. cit., n. 60 coincida tan estrechamente con esta idea: a menos que se nos escape algún particular, en MANIGK, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung*, cit., pp. 48 y 49, la única afirmación que podría ir en esta dirección se daba cuando el a. alemán se limitaba a señalar, al comentar C.4.26.6: "Es wird eine dingliche Klage des Gläubigers in Betracht gezogen." De señalar el particular para un caso específico a afirmar que la anticresis equivalía a un derecho real en general hay, sin embargo, distancia.

⁹⁴ Así TAUBENSCHLAG, *The Law of Graeco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, 2ª ed., cit., p. 291. El a. no señala, sin embargo, un solo documento

afirmación de lo que pueda considerarse como un derecho real en la praxis greco-egipcia de época romana por el especialista presupondrá normalmente la identificación en el caso estudiado de elementos característicos de los derechos reales, estando nuestras coordenadas dogmáticas a tal efecto determinadas por la herencia romana de nuestra dogmática actual. Pese a la dificultad que conlleva así el tratar de situar la praxis greco-egipcia en dichas coordenadas dogmáticas, ciertas figuras de uso frecuente y de configuración constante en los documentos de dicha praxis responden bien a tales características de los derechos reales: puede pensarse, como ejemplo típico, en la ὑποθήκη⁹⁵. Sin embargo, cabe preguntarse en qué medida este paralelismo pueda funcionar convincentemente para el caso de los documentos que contienen negocios anticréticos.

En ciertos casos, puede dudarse de que las características identificadas en los documentos permitan realmente trazar una línea de conexión clara con lo que entendemos por un derecho real⁹⁶. En otros casos aparecen atestiguadas prácticas que ciertamente responden a algunas de las características definitorias de los *iura in re aliena*, como la inscripción de la existencia del derecho del acreedor sobre la cosa objeto de ἀντιχρησις que venía

que permita apoyar su suposición según la cual “It is also probable that the ἀντιχρησις on free persons was regarded as a real right.” (ult. loc. cit.).

⁹⁵ V. sin embargo las observaciones que acerca de los derechos reales de garantía en los derechos greco-helenísticos lleva a cabo VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, *Droit Grec d’Alexandre à Auguste*, t. 2, cit., pp. 141 ss.

⁹⁶ Cuestión que nos planteamos, en particular, con respecto a la aparición de la expresión τὸ ὀφείλειν ἐπ’ ἐνοικήσει en algunos de los documentos de este tipo, aducida por TAUBENSCHLAG, *The Law of Graeco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, 2^a ed., cit., p. 291.

a establecer un límite absoluto a la facultad de disponer de la cosa por parte del acreedor⁹⁷ o como la posibilidad para el acreedor anticrético, en caso de incumplimiento de la prestación principal, de ejercer un derecho sobre la cosa puesta a su disposición por el deudor similar al correspondiente en derecho romano *ex lege commissoria*, constituyendo a tal efecto una cuestión central la manera en que las partes podían respaldar tal derecho partiendo del acuerdo documentado entre ellas⁹⁸. Por supuesto, esta cuestión no se planteaba cuando el acuerdo anticrético apareciese asociado a una prenda en sentido propio⁹⁹.

⁹⁷ Así la παράθεσις que pesaba sobre la vivienda objeto de ἐνοικησις atestiguada en P. Princ. III 144, principios del s. III d. C., lín. 19: TAUBENSCHLAG, *The Law of Graeco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, 2ª ed., cit., p. 291 n. 92.

⁹⁸ Así en el caso de P. Fouad 44, a. 44 d. C. (sobre el cual KUPISZEWSKI, "Antichrese und Nutzpfund in die Papyri", cit., pp. 140 s.). La fuerza vinculante del contenido del documento (y, en particular, la de la cláusula recogida en las líns. 24 a 30 del documento, que faculta al acreedor para obrar como propietario de la parte de la vivienda sobre la que recae la anticresis en caso de impago de la deuda por parte del deudor) podría verse respaldada por el hecho de que el documento reviste la forma de una συνχώρησις dirigida al archidikastes de Alejandría: al respecto v. J. SCHERER, en *Les Papyrus Fouad I*, El Cairo, Imprimerie de l'Institut Français d'Archéologie Orientale, 1939, pp. 114 ss. Contendría una cláusula de efectos comparables a los de una *lex commissoria* también P. Princ. III 144 (KUPISZEWSKI, "Antichrese und Nutzpfund in die Papyri", cit., p. 143), ya citado en la n. anterior, según la restitución de una parte fragmentaria del mismo por parte de sus editores (v. A. C. JOHNSON y S. P. GOODRICH, en *Papyri in the Princeton University Collections*, vol. III, Princeton, Princeton University Press, 1942, n° 144, pp. 59 ss.). De ser correcta esta restitución, la παράθεσις constituiría en este caso el elemento que contribuiría a respaldar la fuerza vinculante de la cláusula.

⁹⁹ No creemos, en cambio, que pueda afirmarse, como lo hacen BOBBINK y MAUER, "A comparative study of classical Roman law and the contractual praxis of Roman Egypt", cit., p. 369, que "This combined concept [la combinación de un acuerdo anticrético con un derecho de prenda en sentido propio] was, as appears from the contract [el contenido de P. Mich. Inv. 4000 recto], so robust that it had preference over *protopraxis* by

Aún los casos en que pueda suponerse la voluntad por parte de los redactores de acercar la posición del acreedor anticrético a la del titular de un derecho real de garantía en sentido propio pueden admitir, sin embargo, interpretaciones divergentes, especialmente si consideramos que existían en el derecho greco-egipcio figuras que se acercaban de manera más directa a la finalidad y la mecánica de lo que entendemos por derechos reales de garantía¹⁰⁰. Sea como fuere, existen numerosos ejemplos en los

the state”, y ello por varios motivos. En primer lugar, el documento editado, traducido y comentado por A. CONNOR y T. COUGHLAN, “*Antichresis and Dioikesis: Negotiating Public and Private Debt in the Egyptian Delta*”, en *ZPE* 205, 2018, pp. 217 ss., no recoge un contrato (a menos que nos equivoquemos sobre el sentido de la palabra “contract” en inglés), sino en el mejor de los casos una descripción del contenido de un contrato junto con la de las circunstancias que rodeaban a dicho contrato (descripción llevada a cabo en la petición original de Ammonio a Julio Crispino, consignada en las líns. 18 a 28 del documento: v. CONNOR y COUGHLAN, ult. op. cit., p. 221). En segundo lugar, el documento en su conjunto no demuestra que el derecho invocado por el solicitante pasase siempre por delante de la πρωτοπραξία existente a favor del Fisco, sino que prueba la posibilidad, en las circunstancias de que se trataba (conservándose, además, de manera fragmentaria la descripción llevada a cabo por el solicitante de las circunstancias del caso, aparentemente bastante complejas: v. la reconstrucción del caso llevada a cabo por CONNOR y COUGHLAN, ult. op. cit., pp. 218 s.), de solicitar que las autoridades concediesen una excepción para este caso de la prioridad del Fisco en las ejecuciones sobre el patrimonio real del deudor: el hecho mismo de que fuese necesaria una solicitud a tal efecto apunta ya claramente a que en el caso no era de aplicación una regla general que en sí y por sí supusiese una excepción a la πρωτοπραξία. En tercer lugar, del documento no es posible deducir que fuese la existencia de un acuerdo anticrético asociado a una prenda el motivo de que se apreciase la solicitud del requirente, y menos aún que tal existencia bastase para fundar una respuesta positiva a cualquier otra solicitud de este tipo: dicho de otro modo, de este caso concreto no puede ni debe deducirse una regla general.

¹⁰⁰ Pensamos en BGU 1273, a. 222/221 a. C. (cuya fecha, sin embargo, debería aconsejar cautela a la hora de proyectar las conclusiones que de su lectura puedan sacarse sobre la praxis de época romana): buena parte de la doctrina ve en él la intención de asimilar la posición del acreedor

que no parece existir esfuerzo alguno por aproximar la posición del acreedor anticrético a la de un acreedor pignoraticio en sentido propio, existiendo más bien una casuística variada en la que el aseguramiento de la posición del acreedor anticrético podía asumir formas distintas y no necesariamente cercanas a la posición del titular de un derecho real de garantía¹⁰¹. Ello debería bastar para evitar la tentación de alcanzar conclusiones demasiado amplias, como la de suponer una tendencia general en el derecho greco-egipcio a atribuir eficacia real a los acuerdos anticréticos, lo que facilitaría así pensar en una analogía con lo que ocurriría en el derecho romano.

anticrético a la que podría corresponder a un titular de un derecho real sobre cosa ajena (v. la lit. citada al respecto por KUPISZEWSKI, "Antichrese und Nutzpfund in die Papyri", cit., pp. 137 s.). Sin embargo, resulta convincente la argumentación en contra de E. SEIDL, *Ptolemäische Rechtsgeschichte*, 2ª ed., Glückstadt, J. J. Augustin, 1962, p. 142: en lugar de rodear un acuerdo anticrético de cláusulas que en la práctica equipararían la posición del acreedor anticrético a la del titular de una prenda, la deudora habría podido simplemente constituir un derecho análogo a la prenda a favor de su acreedor. De ahí el autor concluye que se trataría de una parcela de la que la deudora no sería propietaria, al tratarse de un derecho basado originariamente en el asentamiento de soldados macedonios en tierra egipcia y, por tanto, presentar ciertas limitaciones con respecto a la propiedad en sentido propio: "Es könnte sich aber um unveräußerlichen σταθμός handeln, und so auch hier die Antichrese eine Verpfändung verschleiern." (SEIDL, ult. loc. cit.).

¹⁰¹ V. al respecto los ejemplos analizados por KUPISZEWSKI, "Antichrese und Nutzpfund in die Papyri", cit., pp. 137 ss. y, sobre todo, las conclusiones de su estudio en pp. 148 s.: la posición del deudor anticrético presenta una configuración muy variable en función de las cláusulas recogidas en cada documento, siendo frecuente (sobre todo en época romana) la cláusula de βεβαιώσις (sobre la cual v. p. ej. RUPPRECHT, "Die 'bebaiosis' - Zur Entwicklung und den räumlich-zeitlichen Varianten einer Urkundsklausel in den graeco-ägyptischen Papyri", en *Beiträge zur juristischen Papyrologie. Kleine Schriften*, cit., pp. 75 ss., public. orig. en *Studi Sanfilippo*, t. III, Milán, 1983, pp. 611 ss.) y, en menor medida, las cláusulas de efectos análogos a la *lex commissoria*.

Terminaremos tratando de insistir en (y de ilustrar ulteriormente) un punto que acabamos de señalar: la variedad casuística que presentan los acuerdos anticréticos atestiguados en los documentos de la práctica greco-egipcia hacen que éstos sean esquivos a su aprehensión desde los conceptos propios de la dogmática romana. Esta variedad determina, por ejemplo, que al menos una parte no insignificante de los acuerdos anticréticos reflejados en la documentación greco-egipcia se conforme mal a alguna de las que han venido considerándose características definitorias de las garantías tanto reales como personales en derecho romano, cual es la accesoriedad de las mismas con respecto a la obligación principal garantizada. Esto último no obsta para la persistencia de la discusión doctrinal acerca de la manera en que los jurisprudentes romanos pudiesen haberla concebido, discusión que ha venido oscilando entre dos extremos: en uno de ellos, la disciplina jurídica de la accesoriedad de la garantía con respecto a la obligación principal habría sido concebida de manera elástica y no axiomática; en el otro, ésta habría dado lugar a un régimen sólido y riguroso¹⁰².

Según la concepción que de ella tenemos en nuestros días, la accesoriedad de la garantía de las obligaciones es una idea relacional, en la medida en que concierne la conexión existente

¹⁰² Sobre la evolución de esta discusión doctrinal desde la Pandectística vid. S. MARINO, *Sull'accessorietà del pegno per la giurisprudenza romana*, Nápoles, Jovene, 2018, pp. 1 a 33; el propio a. concluye que la accesoriedad de la prenda en derecho romano habría sido objeto de una disciplina completa consolidada por vía procesal, pero también que ésta no habría constituido para los jurisprudentes, sin embargo, un principio rector en sentido propio (ult. op. cit., pp. 209 ss.).

entre la obligación garantizada y la garantía (real o personal) de la misma. Esta conexión (y, por tanto, la misma accesoriidad) es entendida en términos de funcionalidad o utilidad¹⁰³ y, por tanto, atendiendo a los intereses de las partes a los que ésta sirve. Podría decirse que el establecimiento de una garantía sirve de manera inmediata al interés del acreedor de la obligación garantizada: aunque ambas partes miren hacia la obligación garantizada al establecerse una garantía, ésta sirve en primer lugar para robustecer la posición del acreedor de la obligación garantizada, precaviéndolo ante un incumplimiento, mientras que el interés del deudor de la obligación garantizada se realizará principalmente en la mayor probabilidad de obtención del consentimiento del acreedor a obligarse que traerá consigo el robustecimiento de la posición de éste.

Prima facie, nada obstaría para proyectar este esquema sobre los acuerdos anticréticos: estos cubrirían funciones similares al posibilitar una mayor seguridad al acreedor de la obligación garantizada de que éste, según los casos, obtendrá el pago de los intereses, la devolución de la suma principal o el pago de los intereses de demora. Sin embargo, los intereses de las partes que subyacían a una parte importante de los acuerdos anticréticos atestiguados en las fuentes papirológicas del Egipto greco-romano discurrían por derroteros que divergían del conjunto de intereses típico de la garantía de las obligaciones, y ello de maneras variadas. En particular, una parte de la doctrina ha señalado cómo

¹⁰³ Vid. al respecto MARINO, *Sull'accessorieta del pegno per la giurisprudenza romana*, cit., pp. 2 s.

los intereses de las partes subyacentes a este tipo de acuerdo podían ir mucho más allá de la mera garantía de la obligación principal, pudiendo un acuerdo anticrético vinculado típicamente a un mutuo con interés servir a finalidades muy alejadas de aquélla¹⁰⁴. En estos casos, también el mutuo con interés que constituye normalmente la obligación principal se veía afectado inevitablemente por este alejamiento o desvío del negocio con respecto a su finalidad típica¹⁰⁵.

Así, en ciertos casos parece muy probable que el interés del acreedor anticrético en la adición de un acuerdo anticrético al mutuo con intereses no apuntase tanto a asegurar el cumplimiento de dicha obligación principal, sino más bien inmediata y principalmente a obtener para sí la posesión y el uso de la cosa o incluso, a la larga, la plena propiedad de la misma: cuando el acuerdo previese la καρπεία de un fundo, su conclusión

¹⁰⁴ Podemos pensar ya, por ejemplo, en la interpretación que de BGU 1273 llevaba a cabo SEIDL, *Ptolemäische Rechtsgeschichte*, 2ª ed., cit., p. 142, ya mencionada (v. supra, n. 94). Esta diversidad de los intereses de las partes en los acuerdos anticréticos es afirmada explícitamente en las reflexiones llevadas a cabo por KUPISZEWSKI, “Antichrese und Nutzpand in die Papyri”, cit., p. 140 con n. 29, a propósito de P. Lond. 1168 y de P. Mich. 635, y analizada específicamente (desde una perspectiva con frecuencia económica) a lo largo de las páginas de su obra dedicadas a la ἀντίχρησις en múltiples documentos anticréticos por parte de TENGER, *Die Verschuldung im römischen Ägypten*, cit., pp. 79 ss.: más abajo, a continuación, haremos referencia a las consideraciones del a. sobre el modo en que esta diversidad de intereses de las partes se reflejaba en los distintos documentos.

¹⁰⁵ Siendo este el enfoque adoptado por KREUZSALER, “Loan contracts serving other purposes”, cit., p. 265: “In some cases, a loan becomes merely a means to an entirely different end from the original economic purpose of a loan, the transfer of money”, indicando la a. a continuación que el medio típico para hacerlo consistía en la adición de un acuerdo anticrético al préstamo.

podía constituir para el acreedor anticrético una vía indirecta para lograr invertir su capital en tierras cuando la oferta de las mismas fuera escasa¹⁰⁶, mientras que en el caso de la ἐνοικησις el interés del acreedor podía estar orientado a obtener un espacio habitable¹⁰⁷, o bien a llegar a consolidar, cuando fuese ya propietario de una parte de la vivienda, la disponibilidad o la propiedad plenas de la misma, al dar un préstamo a interés a un deudor que fuese propietario de una cuota de la misma vivienda, cuota sobre la que recaería la anticresis¹⁰⁸. Por su parte, los

¹⁰⁶ Ver TENGER, *Die Verschuldung im römischen Ägypten*, cit., pp. 84 ss., donde el a. analiza BGU I 101, a. 114 d. C. (que contiene cláusulas que denotan el desinterés de las partes en una posible renuncia de su derecho por parte de la acreedora), y sobre todo P. Lips. 10, a. 240 d. C. (que atestigua la existencia continuada de una anticresis de intereses sobre un fundo durante 62 años, cosa que denota la ya probable imposibilidad del deudor de hacer frente al pago de la obligación y un interés del acreedor en conservar el uso del fundo a largo plazo en lugar de pasar a la ejecución judicial de lo dispuesto en el contrato para el caso de incumplimiento).

¹⁰⁷ Sirviendo el mutuo garantizado por una anticresis en estos casos como una especie de renta de alquiler: P. Mich. III 188, a. 120 d. C., es analizado como ejemplo de ello por KREUZSALER, "Loan contracts serving other purposes", cit., pp. 267 ss.

¹⁰⁸ KUPISZEWSKI, "Antichrese und Nutzpfund in die Papyri", cit., p. 140, extraía como conclusión de su análisis de P. Lond. III 1168, en el que la deudora constituía una anticresis sobre su cuota de 1/6 sobre la propiedad de una vivienda, cuyo uso por el acreedor, ya propietario de 5/6 de la misma, compensaría los intereses del préstamo así garantizado): "Es bestand nicht allein ein Interesse der Schuldnerin, den Kredit zu erhalten, sondern auch ein Interesse des Gläubigers, den Besitz am gesamten Haus zu erlangen. Diese Interessenlage ist schon deshalb hervorzuheben, weil sie in römischer Zeit sehr häufig zu beobachten ist." Comparte las conclusiones de KUPISZEWSKI sobre este documento TENGER, *Die Verschuldung im römischen Ägypten*, cit., pp. 86 s., quien, además de traer a colación P. Lond. III 1168, examinaba en una serie de documentos de la colección de Michigan (considerados también por KUPISZEWSKI, "Antichrese und Nutzpfund in die Papyri", cit., pp. 141 ss., con lista en p. 141, n. 33) la progresiva acumulación de cuotas sobre la propiedad de una misma casa por parte del acreedor de varios préstamos garantizados mediante anticresis sobre aquéllas. El papiro citado supra, n. anterior,

acuerdos anticréticos que previesen una παραμονή, cuando los servicios prestados lo fuesen por un hombre libre (que han venido suscitando una discusión doctrinal acerca de si éstos deberían ser descritos como un préstamo con garantía o como un contrato de trabajo¹⁰⁹), podían realizar para el deudor intereses que iban más allá de la obtención de un préstamo a interés, en la medida en que el acuerdo anticrético podía recoger cláusulas que obligasen al acreedor a mantener y vestir al trabajador, así como a pagarle un salario periódicamente (esto es, a mayores de la cantidad obtenida en préstamo y de los intereses que los servicios del trabajador habrían de servir para compensar)¹¹⁰. La conclusión de estos

pertenece al mismo grupo de documentos: sobre dicho grupo v. lo indicado por KREUZSALER, "Loan contracts serving other purposes", cit., p. 268, y por RUPPRECHT, "Zur Antichrese in den griechischen Papyri bis Diokletian", cit., pp. 132 y 134 s., quien señalaba la frecuencia con la que los acuerdos anticréticos con ἐνοικησις recaían sobre cuotas partes de la vivienda de que se trataba, relacionando tal frecuencia con la de la posible concurrencia de las circunstancias que habrían dado lugar a la progresiva acumulación de cuotas sobre el derecho de uso sobre la misma vivienda atestiguada en la serie de documentos en cuestión (individuo ya propietario de alguna cuota de la vivienda que, deseando un derecho de uso más amplio, cruza con otros copropietarios de la misma un acuerdo por el que él se convierte en acreedor anticrético con derecho de ἐνοικησις).

¹⁰⁹ Ya que el préstamo concedido al deudor anticrético puede ser concebido como una suerte de salario pagado por anticipado a éste o al hombre libre cuyos servicios éste pusiese a disposición del acreedor anticrético (en este último caso, frecuentemente en el marco de un aprendizaje): KREUZSALER, "Loan contracts serving other purposes", cit., p. 266. Sobre este punto v. KUPISZEWSKI, "Antichrese und Nutzpand in die Papyri", cit., p. 147, y TENGER, *Die Verschuldung im römischen Ägypten*, cit., p. 90 y conclusión en p. 95; por su parte, concibe al menos ciertos acuerdos anticréticos con παραμονή como "labor contracts" A. JÖRDENS, "Roman and Byzantine labor contracts", en *Law and Legal Practice in Egypt from Alexander to the Arab Conquest*, cit., pp. 410 ss.

¹¹⁰ Sobre estos casos, v. los distintos ejemplos tratados por TENGER, *Die Verschuldung im römischen Ägypten*, cit., pp. 92 ss. (así P. Tebt. II 384, a. 10

acuerdos anticréticos con παραμονή podía también, en cambio, robustecer la posición del empleador, ya que el monto de la indemnización en caso de incumplimiento por parte del trabajador quedaba ya fijado sobre la base de la suma entregada en préstamo¹¹¹.

Es posible analizar estos casos desde el punto de vista del valor relativo que atribuirían las partes a sus respectivos intereses a la hora de fijar los términos del contrato. En ellos, al interés del acreedor en la compensación de los intereses del préstamo (o, en su caso, en la de los intereses de demora¹¹²) mediante la capacidad de trabajo puesta a su disposición se le atribuiría un valor menor que al coste de la mano de obra aportada por el deudor anticrético: si bien la obtención de esta última iba en interés del deudor, la prestación de la misma en contrapartida de algo que tuviese un valor económico suficiente constituía uno de los intereses del acreedor anticrético que estaban en juego.

En principio, el equilibrio de los distintos intereses de las partes comprendidos en la relación contractual exigiría el establecer a cargo del acreedor anticrético la obligación de pagar

d. C.; más duras para el deudor anticrético resultan las condiciones recogidas en otros documentos analizados por el a. en ult. op. cit., p. 94, como P. Mich. V 241, líns. 24 a 38, a. 16 d. C.; P. Mich. X 587, a. 24/25 d. C.; o P. Flor. I 44, a. 148). V. también JÖRDENS, "Roman and Byzantyne labor contracts", cit., pp. 414 ss. (a propósito de P. Oxf. 10, entre el a. 98 y el 117 d. C.) y pp. 416 s. (acerca de P. Oxy. LXIII 4353, a. 304 d. C.).

¹¹¹ En este sentido RUPPRECHT, "Zur Antichrese in den griechischen Papyri bis Diokletian", cit., p. 136.

¹¹² Tanto la "anticresis por los intereses" como la "anticresis de demora" son configuraciones atestiguadas en los acuerdos anticréticos con παραμονή conservados en las fuentes documentales: al respecto TENGER, *Die Verschuldung im römischen Ägypten*, cit., p. 90.

al trabajador una cantidad que permitiese salvar la brecha entre el valor económico atribuido a la compensación de los intereses y el valor económico de la utilidad que supondría para el acreedor la mano de obra obtenida mediante la παραμονή, entendiéndose este último valor económico en términos de salario por la actividad realizada: lógicamente, ello presupondría una compensación de ambos valores que normalmente resultaría en el pago de un salario por debajo del habitual para el tipo de trabajo provisto por el deudor anticrético. Ello no quiere decir que las condiciones de este tipo de acuerdos se planteasen siempre de manera equilibrada o equitativa: de hecho, las fuentes documentales dan fe en no pocas ocasiones de lo contrario. Así, en algunos casos el monto reducido del salario pagado al trabajador, combinado con la atribución al mismo de los gastos de manutención y fiscales, podía resultar en una ventaja exorbitante a favor del acreedor anticrético¹¹³. En otros supuestos no se preveía el pago de un salario a cambio de la mano de obra en absoluto: aunque a veces la elevada cuantía de los intereses a compensar (y, por tanto, la también más o menos elevada cuantía de la suma principal recibida por el deudor) justificase la equidad del acuerdo¹¹⁴, en otros casos el monto anual de los intereses

¹¹³ Un caso de estas características en P. Mich. V 241, líns. 24 a 38: al respecto TENGER, *Die Verschuldung im römischen Ägypten*, cit., p. 94. El documento contiene un total de cuatro resúmenes de contratos registrados en el γραφεῖον local en la misma fecha, de los que la anticresis con παραμονή que nos interesa, recogida en las líns. citadas del documento, es el tercero: v. A. E. R. BOAK, en *Michigan Papyri*, vol. V, eds. E. M. HUSSLEMAN, BOAK y W. F. EDGERTON, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1944, n° 241, pp. 82 ss.

¹¹⁴ Así ocurriría en P. Kron. 16, a. 138 d. C. (en el que los gastos de

compensados estaría desproporcionadamente por debajo de los salarios habituales¹¹⁵. Estos acuerdos anticréticos con παραμονή sumamente desventajosos para el deudor anticrético podían constituir para el acreedor anticrético, en la práctica, un modo fraudulento de circunvenir el límite legal al interés del 12%, y resulta lógico pensar que sólo un deudor en condiciones económicas desesperadas daría su consentimiento a acuerdos tan desfavorables¹¹⁶. Algunos documentos, en cambio, recogen acuerdos anticréticos con παραμονή en los que el monto de la suma principal a restituir por el deudor anticrético es comparativamente mínimo, pudiendo equivaler a un solo mes del salario que recibiría del acreedor anticrético: en estos casos resulta probable que la frecuencia de los acuerdos anticréticos con παραμονή en la praxis local hubiese llevado a desvincularlos por completo de su finalidad principal (contribuir al pago de la obligación principal y asegurarlo), mencionándose sólo *pro forma* la cantidad prestada¹¹⁷.

Volviendo a nuestro discurso sobre el valor relativo que atribuirían las partes a sus respectivos intereses a la hora de fijar los términos del contrato, hay buenos motivos para suponer, pese a la diversidad de la casuística analizada y a despecho de la

manutención y fiscales seguían quedando, además, a cargo del acreedor anticrético), de acuerdo con los cálculos de TENGER, *Die Verschuldung im römischen Ägypten*, cit., p. 95.

¹¹⁵ Tal era el caso en P. Mich. X 587, a. 24/25 d. C., según el análisis de KREUZSALER, "Loan contracts serving other purposes", cit., pp. 269 ss., y el de TENGER, *Die Verschuldung im römischen Ägypten*, cit., p. 94.

¹¹⁶ Así TENGER, *Die Verschuldung im römischen Ägypten*, cit., pp. 92 s.

¹¹⁷ Al respecto v. el análisis por JÖRDENS, "Roman and Byzantine labor contracts", cit., pp. 414 a 417, de P. Oxf. 10 y de P. Oxy. LXIII 4353

frecuencia de las prácticas abusivas mencionadas, que estos juicios de proporcionalidad y de equilibrio de intereses se tenían presentes en la conclusión de los acuerdos anticréticos con παραμονή: así, un escrito fechado en el año 18 d. C. recoge lo que con toda probabilidad es la reclamación presentada contra el acreedor anticrético que, habiendo debido retener dos tercios del sueldo del hijo del deudor anticrético, hijo que habría sido puesto por éste a disposición del acreedor anticrético en παραμονή, habría, en cambio, retenido la totalidad del salario¹¹⁸. Sin duda, la reclamación presupone un razonamiento basado en el equilibrio de intereses de ambas partes, ya que parte de la conciencia por parte del reclamante de que la retención del total del salario sobrepasaría el derecho del acreedor, al tratar éste de obtener más de lo que le correspondería para la compensación de la deuda mediante el trabajo.

Otros acuerdos anticréticos, y no solamente aquéllos con παραμονή, nos dan prueba de hasta qué punto la complejidad y la reciprocidad de los intereses en juego en ellos iban más allá de la mera garantía de una obligación principal. Tenemos un buen ejemplo en un documento editado recientemente: se trata de un borrador de un acuerdo anticrético por el que el deudor ofrece al acreedor el uso de una vivienda en compensación de los intereses

¹¹⁸ Se trata de P. Strasb. II 116, documento conservado, sin embargo, muy fragmentariamente: así interpretamos la restitución del mismo por F. PREISIGKE, en *Griechische Papyrus der Universitäts- und Landesbibliothek zu Strassburg*, t. II, ed. F. PREISIGKE, Leipzig, J. C. Hinrich, 1920, Nr. 116, pp.64 s., siguiendo en nuestra interpretación a TENGER, *Die Verschuldung im römischen Ägypten*, cit., p. 95.

de un préstamo, tratándose así de una ἐνοικησις¹¹⁹. Más concretamente, bajo la forma de una συγχώρεσις se recoge un acuerdo contractual¹²⁰según el cual una mujer, Nikarion, y su suegro, Filamón, reciben 100 dracmas en préstamo de otra mujer¹²¹, Jaras, a cambio de lo cual Nikarion concede a ésta el derecho de usar una vivienda durante tres años; al término de estos tres años será exigible a Nikarion la devolución de las 100 dracmas sin intereses. Se trataría aquí, por tanto, de una típica “anticresis de compensación de intereses” con derecho de ἐνοικησις a favor de la acreedora. Lo que resulta más infrecuente (así como más interesante de cara a las observaciones que estamos llevando a cabo), se recoge también la obligación de la acreedora anticrética de pagar a la deudora una dracma al mes por tal uso a lo largo de los tres años en cuestión¹²². Esta configuración del acuerdo anticrético (que recuerda a la de los acuerdos anticréticos con παραμονή en los que se paga un salario al trabajador) aparece

¹¹⁹ El documento en cuestión, BGU IV 1156 verso, está fechado en 14/13 a. C., y ha sido editado y comentado por W. GRAHAM CLAYTOR y P. VAN MINNEN, “An Antichretic Loan from Early Roman Alexandria”, en *ZPE* 217, 2021, pp. 158 ss.

¹²⁰ GRAHAM CLAYTOR y VAN MINNEN, “An Antichretic Loan from Early Roman Alexandria”, cit., p. 158.

¹²¹ Ambas mujeres actúan bajo κούρια (Nikarion, bajo la de su marido Sujammón; Jaras, bajo la de un cierto Akusilao): GRAHAM CLAYTOR y VAN MINNEN, “An Antichretic Loan from Early Roman Alexandria”, cit., p. 160, líns. 3 a 7.

¹²² En las líns. 11 ss. del documento (GRAHAM CLAYTOR y VAN MINNEN, “An Antichretic Loan from Early Roman Alexandria”, cit., p. 160): en ellas se consigna que en lugar de los intereses y a cambio de un dracma mensual a entregar a Nikarion por Charas de su propio bolsillo, Charas y sus allegados recibirán el derecho de habitar la vivienda, así como un vestíbulo, un almacén y otras zonas comunes.

recogida al menos en otro documento de ἐνοικησις (y tal vez en otro más)¹²³.

Del mismo modo que ocurre regularmente en otros documentos de “anticresis de intereses”, la redacción del documento configura el derecho de ἐνοικησις atribuido a la acreedora como una contrapartida directa de los intereses de la deuda principal a satisfacer por los deudores, añadiéndose sin embargo en este caso al platillo de la balanza en el que se encuentra lo obtenido por la deudora el pago de la dracma mensual por parte de la acreedora. En las primeras líneas del contenido dispositivo del documento se recoge la recepción por Nikarion y Filamón del préstamo de cien dracmas; inmediatamente después de la indicación de la suma dada en préstamo, el documento sigue:

...ἀντὶ

δὲ τῶν τούτων τόκων καὶ ἥς προσ-
δώσει αὐτῆ ἐκ τοῦ ιδίου κατὰ μῆνα
ἕκαστον δραχμῆς μιᾶς ἐπάναγκες
τὴν Νικάριον ἔασειν τὴν Χαράν καὶ
τοὺς παρ’ αὐτῆς ἐπὶ χρόνον ἔτη τρία ἀπὸ
[mes] τοῦ ἐνεστῶτος ιζ ἔτους Καίσα-
ρος ἐνοικεῖν...¹²⁴

¹²³ Se trata de BGU IV 1115 y (tal vez, como veremos más abajo) de P. Yal. I 68: al respecto RUPPRECHT, “Zur Antichrese in den griechischen Papyri bis Diokletian”, cit., p. 132, n. 30, y GRAHAM CLAYTOR y VAN MINNEN, “An Antichretic Loan from Early Roman Alexandria”, cit., p. 158.

¹²⁴ Transcribimos aquí el texto editado de BGU IV 1156v por GRAHAM CLAYTOR y VAN MINNEN, “An Antichretic Loan from Early Roman

A continuación del verbo en infinitivo que cierra nuestra cita, sigue la indicación de los lugares específicos que Jaras y sus allegados podrían usar. Nos interesa subrayar cómo la redacción del documento viene a describir explícitamente los intereses del préstamo que Nikarion y Filamón dejarían de pagar, junto con el pago mensual de la dracma que Nikarion recibiría¹²⁵, como la

Alexandria”, cit., p. 160, comenzando por la última palabra de la línea 11 y dejando a medias la línea 18, omitiendo los signos de lectura e incluyendo las restituciones llevadas a cabo por los eds. Tenga presente el lector que cualquier error o incongruencia en la transcripción es sólo achacable a nosotros.

¹²⁵ La descripción de las partes en el documento es fluctuante. En las primeras líneas del mismo, en las que se recogen formalmente los nombres de las partes (como declarantes ante la autoridad judicial, según la forma típica de la συγχώρεσις), las partes son Jaras, por un lado, y Nikarion y Filamón, por otro (GRAHAM CLAYTOR y VAN MINNEN, “An Antichretic Loan from Early Roman Alexandria”, cit., p. 160, líns. 1 a 8). También Nikarion y Filamón declaran haber recibido las 100 dracmas de Jaras (ult. loc. cit., líns. 8 a 11). Sin embargo, en las líneas que hemos recogido más arriba se menciona únicamente a Nikarion como la deudora a cargo de la obligación de permitir el uso de la vivienda por parte de Jaras, y únicamente a Nikarion como la acreedora de la recepción de la dracma mensual a entregar por Jaras (ult. loc. cit., líns. 11 a 18). Más abajo, es nuevamente Nikarion el único sujeto posible según la redacción del texto para la obligación de devolver las 100 dracmas al término de tres años fijado en el acuerdo (ult. loc. cit., líns. 27 a 29). A continuación, sin embargo, se recogen las cláusulas de responsabilidad en caso de incumplimiento del contrato por parte de Nikarion y de Filamón, usándose verbos y pronombres en tercera persona del plural (ult. loc. cit., líns. 29 a 43); en un caso, incluso, los eds. señalan la corrección en estas líneas de un pronombre en femenino singular por uno en tercera persona del plural (ult. loc. cit., lín. 40). De nuevo, sin embargo, en las últimas líneas del documento en las que se recogen las obligaciones contraídas por Jaras, solamente Nikarion es mencionada como contraparte (ult. loc. cit., líns. 43 a 52). En el caso de la obligación de restitución de las 100 dracmas sin intereses a la llegada del término establecido (ult. loc. cit., líns. 27 a 29), parece probable que la atribución de ésta únicamente a Nikarion sea un error, cosa que no sorprende en lo que no es sino un borrador: no sólo el documento consigna inequívocamente que son ella y Filamón quienes

contrapartida del derecho de usar la vivienda recibido por Jaras. Se hace aquí evidente, por lo tanto, no solamente la concepción de la compensación de intereses operada mediante el acuerdo anticrético como un intercambio de prestaciones entre las partes (renuncia al cobro de los intereses debidos por el préstamo a cambio del derecho a usar la casa), sino también que la compensación de intereses a cambio del uso de la cosa no agotaba por sí misma dicho intercambio: en él podían entrar prestaciones ulteriores precisamente porque los intereses de las partes no se agotaban necesariamente en tal compensación.

En este caso, creemos que el pago de una dracma mensual por parte de la acreedora anticrética respondería a un cálculo tendente al equilibrio de las prestaciones en juego: subyacería la idea de que el valor del derecho de uso sobre la vivienda atribuido a Jaras excedería el valor del monto de los intereses del préstamo compensados por dicho uso, y de ahí que se estipulase en el contrato una compensación dineraria por parte de la acreedora anticrética que, a su vez, compensase tal exceso. Evidentemente, la entrega mensual de la dracma hace pensar en

reciben las 100 dracmas en préstamo, sino que también son ambos los señalados por el documento como codeudores y fiadores mutuos de las obligaciones que resultarían de una responsabilidad por incumplimiento del acuerdo por su lado. En cambio, la mención únicamente de Nikarion como deudora de la obligación de permitir el uso de la vivienda y como acreedora de la recepción de la dracma mensual podría no deberse a un error, sino responder al hecho de que ésta fuese propietaria plena de la vivienda dada en ἐνοικησις y, por tanto, única de los dos deudores en poder permitir el uso de la misma, así como acreedora lógica del pago de la renta de una dracma mensual debida por Jaras. Sea como fuere, tal y como están redactadas las cláusulas de responsabilidad, en caso de incumplimiento de la obligación de permitir el uso de la vivienda a Jaras, Filamón también respondería.

una renta de alquiler: otro documento de ἐνοικησις de tipo parecido, que mencionábamos más arriba¹²⁶ (probablemente fechado en el mismo año que el que nos ha ocupado y, por tanto, datable también en los primeros años de ocupación directa de Egipto por parte de los romanos¹²⁷), respondía a un modelo formulario muy similar al empleado en nuestro documento¹²⁸: también aquí, el derecho de uso de la vivienda atribuido al acreedor anticrético es presentado en la redacción del documento como contrapartida de la omisión del cobro de los intereses devengados por el préstamo otorgado al acreedor anticrético, más un pago mensual de tres dracmas con tres óbolos¹²⁹. Un tercer documento, conservado muy fragmentariamente y de interpretación discutida, podría contener un complejo acuerdo anticrético en el que la καρπεία del terreno no sólo le era atribuida contra la compensación de capital e intereses del préstamo, sino que requería además de una contraprestación ulterior por su parte¹³⁰.

¹²⁶ BGU IV 1115.

¹²⁷ Concluía esta datación en su edición original del documento SCHUBART, *Ägyptische Urkunden aus den Königlichen Museen zu Berlin. Griechische Urkunden*, vol. IV, Berlín, Weidmann, 1912, Nr. 1115, pp. 193 ss. y en particular p. 193.

¹²⁸ Como resulta claro de un cotejo entre BGU IV 115, ed. cit., y de la ed. de GRAHAM CLAYTOR y VAN MINNEN de BGU IV 1156v que hemos venido citando.

¹²⁹ BGU IV 1115, ed. cit., líns. 7 a 14 (que recuerdan muy de cerca a la redacción de las cláusulas correspondientes en BGU IV 1156v: GRAHAM CLAYTOR y VAN MINNEN, "An Antichretic Loan from Early Roman Alexandria", cit., p. 160, líns. 11 a 18).

¹³⁰ Se trata de P. Yal. I 68, a. 204 d. C. Los eds. originales consideraban su contenido como un acuerdo *sui generis*, sobre lo cual v. J. F. OATES, A. E. SAMUEL, C. BRADFORD WELLES, *Yale Papyri in the Beinecke Rare Book and*

A duras penas es necesario decir que este tipo de compensaciones respondían al reconocimiento por las partes de un interés económico por parte del acreedor anticrético en el uso de la vivienda en sí, y que la toma en cuenta explícita de tal interés por las partes en el momento de fijar los términos del acuerdo demuestra cómo los acuerdos anticréticos iban más allá, con frecuencia, de la pura garantía de una obligación. En estos dos casos, una descripción sucinta del acuerdo alcanzado por las partes como un préstamo con acuerdo anticrético de uso de vivienda en compensación de los intereses resultaría insuficiente, ya que el pago periódico de una renta por parte del acreedor anticrético introduce matices locativos en dicho contenido (que han sido explícitamente reconocidos como tales por los especialistas en el estudio de los documentos papirológicos de la praxis greco-egipcia de época romana¹³¹).

Manuscript Library, t. I, New Haven, American Society of Papyrologists, 1967, nº 68, pp. 219 ss. y en particular p. 220: "We can, however, state that this document is not a mortgage, hypotheke, hypallagma, loan or security, antichretic loan, or prodomatic lease". Sin embargo, H. J. WOLFF, en su recens. a ult. op. cit., en *ZSS* 86, 1969, pp. 448 ss. y en particular p. 458, afirmaba con respecto a esta afirmación de los eds.: "Juristisch gesehen, haben wir es mit einer ganz normalen Pachtantichrese zu tun, die nur darum etwas komplizierter ausgefallen ist..." Ponían en duda que esta afirmación fuese correcta para el contenido del documento según su nueva edición del mismo D. HAGEDORN y J. D. THOMAS, "Eine Neuedition von P. Yale I 68", *ZPE* 11, 1973, pp. 133 ss. y en particular p. 134 s. Según la interpretación sostenida por RUPPRECHT, "Zur Antichrese in den griechischen Papyri bis Diokletian", cit., p. 132 n. 30, el acreedor anticrético, además de recibir el derecho de usar y disfrutar una cierta superficie de terreno en compensación de la suma principal y de los intereses devengados por ésta, tendría que pagar a los deudores a una suerte de renta variable en forma de interés o "Pachtszin".

¹³¹ Ya en este sentido SCHUBART, *BGU* IV 1115, ed. cit., p. 193, describiese el contenido del documento con la frase "Vertrag über ein Darlehn in

5. Preguntas abiertas

Volviendo, para concluir, a los dos textos compilatorios de Marciano en los que aparece el término ἀντίχρησις, si consideramos probable que éste procediese del lenguaje de la praxis contractual del oriente grecófono¹³² y a la vista de los acuerdos anticréticos de la práctica greco-egipcia de época romana que hemos venido analizando, cuatro cuestiones permanecen abiertas. De ellas, tres conciernen la interpretación del término ἀντίχρησις en D.13.7.33 y en D.20.1.11.1, mientras que la cuarta, de alcance más amplio, concierne el papel que deba atribuirse al estudio de la anticresis en el debate doctrinal sobre la accesoriedad de las garantías. Estas cuestiones son, pues, las siguientes:

- Si resulta verosímil que el jurisprudente romano pudiese haber afirmado en su monografía *ad formulam hypothecariam* la aplicabilidad a todos los acuerdos de este tipo del régimen procesal correspondiente al *pignus*;

Verbindung mit Wohnungsmiete"; también en esta dirección RUPPRECHT, "Zur Antichrese in den griechischen Papyri bis Diokletian", cit., pp. 131 s., quien al clasificar por grupos los negocios anticréticos contenidos en los documentos tomados en consideración en su estudio agrupa bajo la etiqueta "Miete" los documentos que confieren al acreedor anticrético el derecho de ἐνοικησις.

¹³² Como nosotros lo hemos hecho sobre la base, sobre todo, de la presencia del término en P. Freer V y en P. Prag. y de la ausencia del mismo en las constituciones justinianas poco anteriores a estos dos documentos (y a pesar, en cambio, de la posibilidad afirmada por nosotros de dudar de la presencia del término en P. Gron. 11).

- Si, en cambio, Marciano habría afirmado la aplicabilidad de tal régimen a los acuerdos anticréticos sólo en casos puntuales, dado que dentro de la diversidad de su casuística no eran insólitos aquellos acuerdos en los que la compensación de los intereses de un préstamo ni siquiera constituía el interés principal de las partes, como hemos visto;
- O, incluso, si el jurisprudente romano no habría empleado el término ἀντιχρησις en un sentido más estrecho del que se le atribuye de costumbre, refiriéndose Marciano con él tal vez a aquéllos acuerdos anticréticos, asociados o no a un *pignus* en sentido propio¹³³, en los que el interés principal de las partes recayese sobre el aseguramiento de la satisfacción del derecho del deudor a la restitución del préstamo. Quedaría fuera del alcance del término, por tanto, una parte de la casuística habitualmente incluida dentro del mismo por la doctrina.
- Si podría afirmarse la accesoriedad de los acuerdos anticréticos en tanto que garantía de una obligación según éstos aparecen atestiguados, por un lado, en las fuentes compilatorias y, por otro lado, en las fuentes papirológicas de época romana. Teniendo en cuenta que nuestra imagen doctrinal de la anticresis como fenómeno amplio presupone

¹³³ En la medida en que el término es empleado tanto en D.13.7.33 (fragmento en el que el jurisprudente aconseja la aplicación de la *actio pignoratitia*) como en D.20.1.11.1 (en que Marciano concluye la aplicación al caso de una *actio in factum* que, con toda probabilidad, seguiría de cerca el modelo de la *actio Serviana*: KASER, "Besitzpfand und 'besitzsloses' Pfand", cit., p. 87).

la relación entre los textos de Marciano que mencionan la ἀντίχρησις, los acuerdos anticréticos a los que se alude en los textos compilatorios y aquéllos atestiguados en las fuentes papirológicas, creemos indispensable al menos el plantearse la relación que podrían tener entre sí la respuesta a este interrogante para el caso de los textos compilatorios (incluidos los dos de Marciano que usan el término ἀντίχρησις), por un lado, y, por otro, la respuesta al mismo (por fuerza, fuertemente casuística) en lo que respecta a los acuerdos anticréticos atestiguados en los documentos de la praxis greco-egipcia de época romana. Si en este sentido tomamos en consideración los resultados de la sección precedente de este artículo, parece probable que la posible accesoriidad de los acuerdos anticréticos haya presentado, cuando ésta pueda afirmarse, una configuración “elástica y flexible, o incluso simplemente imperfecta”¹³⁴. Dado que existe, como hemos visto, una conexión entre la disciplina procesal aplicable a los acuerdos anticréticos y aquella aplicable al *pignus* al menos en ciertos textos jurisprudenciales, deberá evaluarse el alcance que pueda tener, a su vez, la respuesta que se dé a esta cuestión dentro del debate sobre la accesoriidad de las garantías en el derecho romano en general.

¹³⁴ Parafraseamos aquí en castellano las palabras con las que MARINO, *Sull'accessorieta del pegno per la giurisprudenza romana*, cit., p. 29, describía una de las dos posiciones en la discusión doctrinal en torno al tema de su trabajo.

BIBLIOGRAFÍA:

- ALCIATUS, A.: *Dispunctionum libri IIII*, Lyon, apud Sebastianum Gryphium, 1543.
- BIROCCHI, I.: "Presentazione", en CARONI, P.: *La solitudine dello storico del diritto*, Milán, Giuffrè, 2009, pp. 1 ss.
- BOBBINK, R. y MAUER, Q.: "A comparative study of classical Roman law and the contractual praxis of Roman Egypt", en *TR* 87, 2019, pp. 356 ss.
- BRAUKMANN, M.: *Pignus. Das Pfandrecht unter dem Einfluss der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft*, Göttingen, Wallstein, 2008.
- CARONI, P.: *La solitudine dello storico del diritto*, Milán, Giuffrè, 2009.
- CONNOR, A. y COUGHLAN, T.: "Antichresis and Dioikesis: Negotiating Public and Private Debt in the Egyptian Delta", en *ZPE* 205, 2018, pp. 217 ss.
- CUENA BOY, F.: "Derecho romano y dogmática", en *Derecho romano y ciencia del Derecho*, Santiago de Chile, Olejnik, 2017, pp. 13 ss.
- CUIACIUS, J.: *Observationum et emendationum libri XVII*, Colonia, apud Iohanem Gymnicum, 1578.
- CURSI, M^a F.: *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, 2^a ed., Nápoles, Jovene, 2021.
- DE GIOVANNI, L.: *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Nápoles, M. D'Auria, 1989.

- DE MEO, C.: *Lingue tecniche del latino*, 2ª ed., Bologna, Patron, 1985.
- DURSI, D.: *Aelius Marcianus. Institutionum libri I-V*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2019.
- EBRARD, F.: *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam und die Hypothekarrezeption*, Leipzig, Von Veit and Co., 1917.
- FINAZZI, G.: "Identità nazionali ed identità europea alla luce del diritto romano e della tradizione romanistica", en *Italian Review of Legal History*, 3, n° 9, 2017, pp. 1 ss.
- GRAHAM CLAYTOR, W. y VAN MINNEN, P.: "An Antichretic Loan from Early Roman Alexandria", en *ZPE* 217, 2021, pp. 158 ss.
- GUTIÉRREZ PEÑA, F.: *El derecho de anticresis en el Código civil español*, Madrid, 2004.
- HAGEDORN, D. y THOMAS, J. D.: "Eine Neuedition von P. Yale I 68", *ZPE* 11, 1973, pp. 133 ss.
- HONORÉ, T.: "The Severan lawyers: a preliminary survey", *SDHI* 28, 1962, pp. 162 ss.
- HONORÉ, T.: *Emperors and Lawyers*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1994.
- HONORÉ, T.: *Ulpian, Pioneer of Human Rights*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2002.
- HUSSLEMAN, E. M., BOAK, A. E. R. y EDGERTON, W. F.: *Michigan Papyri*, vol. V, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1944.
- JOHNSON, A. C. y GOODRICH, S. P.: *Papyri in the Princeton University Collections*, vol. III, Princeton, Princeton University Press, 1942.

- KASER, M.: "Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand (Studien zum römischen Pfandrecht III)", en *SDHI* 45, 1979, pp. 1 ss.
- KIESSLING, E.: *Wörterbuch der griechischen Papyrusurkunden*, t. IV, Marburgo\Wiesbaden, autoedición\Harrassowitz, 1944-1993.
- KUNKEL, W.: *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, 2ª ed., Colonia, Böhlau, 2001 (reimpr. inalterada de la 2ª ed. de 1967).
- LIDDELL, H. G., SCOTT, R. y JONES, H. S.: *A Greek-English Lexicon*, 9ª ed. c. suplem., Oxford, Clarendon Press, 1996.
- LIEBS, D.: "Älius Marcian. Ein Mittler des römischen Rechts in die hellenistische Welt", *ZSS* 118, 2011, pp. 39 ss.
- MACCOULL, L. S. B.: *Greek and Coptic Papyri in the Freer Gallery of Art* (disertación del a. en el contexto de la obtención del título de "Doctor of Philosophy"), Washington D. C., 1973.
- MANIGK, A.: *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung. Ein Institut der antiken Rechte*, Berlín, Franz Vahlen, 1910.
- MANTELLO, A.: "Ancora sulle smanie romanistiche", en *Labeo* 48, 2002, pp. 7 ss.
- MARINO, S.: *Sull'accessorietà del pegno per la giurisprudenza romana*, Nápoles, Jovene, 2018.
- OATES, J. F., SAMUEL, A. E. y BRADFORD WELLES, C.: *Yale Papyri in the Beinecke Rare Book and Manuscript Library*, t. I, New Haven, American Society of Papyrologists, 1967.
- PASSOW, F., VAL. CH. FR. ROST y PALM, FR.: *Handwörterbuch der griechischen Sprache*, t. I.1, Alemania, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2004 (reimpr. Inalterada de la 5ª ed. de Leipzig, 1841).

- PÉREZ LÓPEZ, X.: “Más sobre el derecho romano y el derecho comunitario europeo”, en *BIDR* 103-104, 2000-2001 (aparecido en 2009), pp. 831 ss.
- PÉREZ LÓPEZ, X.: *Metodología en la investigación del derecho romano: el latín jurídico y su caracterización*, Madrid, Edisofer, 2022.
- PINTAUDI, R., DOSTÁLOVÁ, R. y VIDMAN, L.: *Papyri Graecae Wessely Pragenses. PPrag. I*, Florencia, Gonelli, 1988.
- PREISIGKE, FR.: *Griechische Papyrus der Universitäts- und Landesbibliothek zu Strassburg*, t. II, Leipzig, J. C. Hinrich, 1920.
- PREISIGKE, FR.: *Wörterbuch der griechischen Papyrusurkunden*, t. II, Berlín, autoedición, 1927.
- ROOS, A. G.: *Papyri Groninganae*, Amsterdam, Uitgabe van de N. V. Noord-Hollandsche Uitgevers-Maatschappij, 1933.
- RUPPRECHT, H.-A.: “Die ‘bebaiosis’ – Zur Entwicklung und den räumlich-zeitlichen Varianten einer Urkundsklausel in den graeco-ägyptischen Papyri”, en *Beiträge zur juristischen Papyrologie. Kleine Schriften*, ed. A. JÖRDENS, Stuttgart, Franz Steiner, 2017, pp. 75 ss. (= *Studi Sanfilippo*, t. III, Milán, 1983, pp. 611 ss.).
- RUPPRECHT, H.-A.: “Zur Antichrese in den griechischen Papyri bis Diokletian”, en *Beiträge zur juristischen Papyrologie. Kleine Schriften*, ed. A. JÖRDENS, Stuttgart, Franz Steiner, 2017, pp. 127 ss. (= *Proceedings of the XIXth International Congress of Papyrology, El Cairo*, 1989, ed. A. H. S. EL-MOSALLAMY, t. 2, El Cairo, 1992, pp. 271 ss.).

- SCHULZ, F.: *History of Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1946.
- SEIDL, E.: *Ptolemäische Rechtsgeschichte*, 2^a ed., Glückstadt, J. J. Augustin, 1962.
- TAUBENSCHLAG, R.: *The Law of Graeco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, 2^a ed., Varsovia, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1955.
- TENGER, B.: *Die Verschuldung im römischen Ägypten (1.-2. Jh. n. Chr.)*, St. Katharinen, Scripta Mercaturae, 1993.
- TORRENT RUIZ, A.: *Fundamentos del Derecho Europeo*, Madrid, Edisofer, 2007.
- VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, J.: *Droit Grec d'Alexandre à Auguste. Personnes-biens-justice*, t. 2, Atenas, 2011.
- WIEACKER, F.: *Römische Rechtsgeschichte*, t. 2, ed. J. G. WOLFF, München, C. H. Beck, 2006.
- WOLFF, H. J.: recens. a J. F. OATES, A. E. SAMUEL, C. BRADFORD WELLES, *Yale Papyri in the Beinecke Rare Book and Manuscript Library*, t. I, en ZSS 86, 1969, pp. 448 ss.
- VV.AA.: *Ägyptische Urkunden aus den Königlichen Museen zu Berlin. Griechische Urkunden*, vol. IV (BGU IV), Berlín, Weidmann, 1912.
 - o SCHUBART, W.: ed. y com. del doc. Nr. 1115, pp. 193 ss.
- VV.AA.: *Corpus Iuris Civilis Iustinianei, cum commentarii Accursii, scholis Contii, et D. Gothofredi Lucubrationibus ad Accursium [...] Acesserunt Iacobi Cuiacii Paratitla[...]: eiusdemque Notae, Observationibus et Emendationes...*, etc., Tomus Primus, Lyon, Iohannes FehI, 1621.

- VV.AA.: *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXIX, Varese, Giuffrè, 1988:
 - o MASSETTO, G. P.: “Responsabilità extracontrattuale (diritto intermedio)”, pp. 1099 ss.
- VV.AA.: *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín Rams Albesa*, coords. M. CUENA CASAS, L. A. ANGUITA VILLANUEVA y J. ORTEGA DOMÉNECH, Madrid, Dykinson, 2013:
 - o LASARTE, C.: “Anticresis y pacto anticrético”, pp. 935 ss.
- VV.AA.: *Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive*, eds. G. SANTUCCI, P. FERRETTI, S. DI MARIA, Trieste, EUT, 2019:
 - o CURSI, M^a F.: “Fondamenti del diritto europeo: dall’esperienza alcune perplessità e un’opportunità”, pp. 83 ss.
 - o SANTUCCI, G.: “Introduzione ai temi del convegno”, pp. 9 ss.
- VV.AA.: *Iuris professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Viena, Böhlau, 1986:
 - o H. KUPISZEWSKI, “Antichrese und Nutzpand in die Papyri”, pp. 133 ss.
- VV.AA.: *Juristische Glossierungstechniken als Mittel rechtswissenschaftlicher Rationalisierungen*, ed. S. Lepsius, Berlín, Erich Schmidt, 2022:
 - o MENZINGER, S.: “Interazione tra testo e ‘citazione’ nella dottrina giuridica medievale: secoli XII e XIII”, pp. 15 ss.
- VV.AA.: *Law and Legal Practice in Egypt from Alexander to the Arab Conquest*, eds. J. G. KEENAN, J. G. MANNING y U. YIFTACH-FIRANKO, Cambridge, Cambridge University Press, 2014:

- A. JÖRDENS, “Roman and Byzantine labor contracts”, pp. 410 ss.
- C. KREUZSALER, “Loan contracts serving other purposes”, pp. 265 ss.
- VV.AA.: *Les Papyrus Fouad I*, El Cairo, Imprimerie de l’Institut Français d’Archéologie Orientale, 1939 :
 - SCHERER, J.: ed. y com. de P. Fouad 44, pp. 114 ss.
- VV.AA.: *Modelli di un multiculturalismo giuridico. Il bilinguismo nel mondo antico*, t. 1, eds. C. CASCIONE, C. MASI DORIA, G. D. MEROLA, Nápoles, Satura, 2013:
 - D’ALESSIO, R.: “La Graeca vox nella giurisprudenza del Principato”, pp. 119 ss.
- VV.AA.: *Spuren des römischen Rechts. Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag*, eds. P. PICHONNAZ, N. P. VOGT, S. WOLF, Berna, Stämpfli, 2007:
 - S. WOLF, “Zum Nützungspfandrecht und seinen Erscheinungsarten – ein Streifzug von Rom ins ZGB”, pp. 725 ss.



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Octubre-2022

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Full text article

Fecha de recepción: 09/05/2022	Fecha de aceptación: 01/07/2022
Mots-clés : détournement - business model - intelligence artificielle - perturbation - possession - traitement des données en masse	Keywords: artificial intelligence - big data - business model - disruption - hacking - possession



L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE, UNE CHOSE NOUVELLE ?¹

ARTIFICIAL INTELLIGENCE, A NEW THING?

Philippe Ropenga

Docteur en droit, Avocat au Barreau de Paris (France)

ORCID : 0000-0002-5082-9234

(ROPENGA, Philippe. L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE, UNE CHOSE NOUVELLE? RIDROM [on line]. 29-2022. ISSN 1989-1970. p.158-335
<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Résumé :

Lorsque le logiciel est conçu pour parvenir à un résultat connu à l'avance, le droit de propriété sur son code source est sa clef de voûte juridique. L'intelligence artificielle permet d'atteindre un résultat sans avoir à le prévoir. Ceci permet notamment à une chose « intelligente » de traiter des données pertinentes qui ne peuvent être connues à l'avance.

Cette évolution du logiciel déterministe vers le logiciel « intelligent » nuance fortement l'importance du code source. Déterminer ce qui a été fait par l'entrepreneur qui a rendu la chose d'autrui « intelligente » suppose de se concentrer sur la possession à travers le *corpus* et l'*animus* puis à distinguer l'appropriation par le traitement de données en masse.

Abstract

When a software is conceived to achieve a result that is known in advance, legal title to its source code is its legal keystone. Artificial intelligence allows to achieve a result without having to foresee it. This allows an « intelligent » thing *inter alia* to treat relevant data that cannot be known in advance. This evolution from determinist software to "intelligent" software heavily nuances the importance of source code. Determining what has been done by the contractor who has made someone else's thing "intelligent" requires to focus on possession through *animus* and *corpus* then to distinguish appropriation by big data.

¹ L'auteur tient à remercier très chaleureusement Andréa Assor-Doukhan, Alexandre Dazin, Feres Dkhil, Paul Garnier, Alfonso Murillo Villar ainsi que les moines de l'Abbaye Saint-Pierre de Solesmes pour leurs observations. Des relations professionnelles ainsi que des liens d'amitié, de confiance ou d'estime unissent l'auteur à ceux qu'il entend remercier. Il n'a reçu ni gratification ni rémunération pour la préparation de cet article et assume l'entière responsabilité du de ses propos.

Sommaire: 1 La réalité perturbée. 1.1 Des personnes singulières. 1.2 Des lieux précis. 1.3 Des connaissances informelles. 2 La possession assumée. 2.1 Un réductionnisme ambivalent. 2.2 Trois approches du corpus. 2.3 Trois approches de l'animus. 3 L'appropriation dissimulée. 3.1 L'imitation. 3.2 L'organisation. 3.3 La fragmentation.

«Presque tout ce que nous savons d'autrui est de seconde main. Si par hasard un homme se confesse, il plaide sa cause; son apologie est toute prête. Si nous l'observons, il n'est pas seul. On m'a reproché d'aimer à lire les rapports de la police de Rome; j'y découvre sans cesse des sujets de surprise; amis ou suspects, inconnus ou familiers, ces gens m'étonnent; leurs folies servent d'excuses aux miennes. Je ne me lasse pas de comparer l'homme habillé à l'homme nu. Mais ces rapports si naïvement circonstanciés s'ajoutent dans la pile de mes dossiers sans m'aider le moins du monde à rendre le verdict final. »²

La sagesse des propos que Marguerite Yourcenar fait tenir à l'empereur Hadrien fait écho à la perplexité du praticien du droit qui a eu à s'intéresser à l'intelligence artificielle (IA). Il est question de données utilisées pour traiter la chose d'autrui sans l'avoir ni vue ni touchée. Un entrepreneur qui possède des compétences en informatique remet à un programmeur une sorte de kit destiné à rendre son programme « intelligent ». Le nombre des services qu'il est susceptible de rendre est à multiplier par le nombre de *business models* appliqués afin de les monnayer. Cette subtile hybridation de la technique avec la vente et la publicité est répandue en pays anglo-

² YOURCENAR, Marguerite. Mémoires d'Hadrien. Paris: Gallimard, 2003, p. 31. (folio; n° 921). ISBN 978-2-07-036921-8. Première parution en 1958.

saxon. Le *Massachusetts Institute of Technology*, plus connu sous l'acronyme MIT a popularisé des modèles destinés à rendre l'activité des entreprises de haute technologie financièrement viables en amenant les entrepreneurs à présenter un projet technologique de manière attractive tant pour le grand public que pour les investisseurs³ Les *business models* sont également élaborés par des *business schools*⁴. L'attractivité du projet repose sur des critères particulièrement importants pour la croissance de ces entreprises car elles espèrent croître très rapidement à partir de presque rien. Ce curieux cocktail de vogue, de finance et de technologie ne parvient pas à étancher la soif de compréhension du praticien dont les repères culturels propres aux pays latins semblent inopérants. La culture est pourtant destinée à permettre à une personne d'aborder les difficultés pratiques qui la dépassent notamment en coopérant avec d'autres, parfois au sein d'une communauté. Benoît XVI insiste sur le fait que « la volonté [des premiers moines européens] n'était pas de créer une culture nouvelle ni de conserver une culture du passé. Leur motivation était beaucoup plus simple. Leur objectif était de chercher Dieu, *quaerere Deum*. Au milieu de la confusion de ces temps où rien ne semblait résister, les moines désiraient la chose la plus importante : s'appliquer à trouver ce qui a de la valeur et demeure toujours, trouver la Vie elle-même. Ils étaient à la recherche de

³ Rappr. KÉPÈS, François. « La biologie de synthèse : développements, potentialités et défis ». *Annales des Mines - Realités industrielles*. ESKA, 2010, Vol. Février 2010, n° 1, p. 8-14; Rappr. FLOCCO, Gaëtan et GUYONVARCH, Mélanie. « Modifier le vivant pour sauver la planète ? ». *Savoir/Agir*. Éditions du Croquant, Mai 2020, Vol. N° 51, n° 1, p. 61.

⁴ Ces concepts n'étant pas latins, leur traduction est inopportune car elle crée une impression fautive de familiarité.

Dieu. »⁵ Le juriste comprend alors que d'une part sa formation ne s'intéresse qu'à un monde de personnes et non un monde de données, et qu'il n'a d'autre part pas besoin d'utiliser une forme déterminée à l'avance pour rendre compte de ce qu'il ne comprend pas. Il peut cesser de parler pour chanter, peindre ou écrire. Par ailleurs, lorsqu'il écrit selon une forme établie, il peut formuler sa pensée en exploitant des registres différents, parfois très éloignés de ceux dans lesquels il trouve les notions qui lui sont familières. Cardon rappelle la dimension sociale de l'être humain et l'oppose à un « système artificiel, qui a une naissance brutale, qui n'a pas de généalogie et qui doit apprendre très vite »⁶. Un être humain, même jeune, peut volontairement accomplir un acte imprévu par lui afin de faire face à une situation donnée de manière appropriée. Une machine est au contraire incapable d'exécuter la moindre opération de manière imprévue, même si le résultat d'une opération peut être inattendu par l'utilisateur d'un programme informatique ou par le programmeur lui-même. Lafuente insiste sur le fait que le libre arbitre est lié à la mémoire que le corps conserve de sa motricité. Cette mémoire exerce une influence sur les décisions futures d'un individu alors qu'il n'en a pas conscience⁷. Prolongeant la réflexion

⁵ BENOÎT XVI. Discours au monde la culture [en ligne]. Collège des Bernardins, Paris, 12 septembre 2008. Disponible à : <URL : https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/fr/speeches/2008/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20080912_parigi-cultura.html>.

⁶ CARDON, Alain. Conscience artificielle et systèmes adaptatifs. Paris : Eyrolles, 1999, p. 32. ISBN 978-2-212-09124-3.

⁷ DE LA FUENTE FLORES, Victor Hugo. « Libre albedrío y toma de decisiones ». Dans : GIORDANO MAGDA, MERCADILLO ROBERTO EMMANUELE, et DÍAZ GÓMEZ JOSÉ LUIS, Cerebro, subjetividad y libre albedrío: discusiones interdisciplinarias sobre neuroética. Ciudad de México : Herder, 2016, p. 78 et s. ISBN 978-84-254-3409-9.

de l'auteur, il est intéressant de remarquer que la variété des données transmises par le corps au cerveau conduit à une représentation de la réalité très différente d'un robot qui bouge et qui ne traite que des données d'une façon considérée comme pertinente par une personne entièrement occupée à leur analyse. Cette approche réductionniste indispensable au développement de l'informatique⁸ a un effet sur d'autres disciplines. Les lignes qui suivent ont été écrites par Lyotard en 1979 et semblent aujourd'hui tellement banales que la clairvoyance de leur auteur peut passer inaperçue : « Dans cette transformation générale, la nature du savoir ne reste pas intacte. Il ne peut passer dans les nouveaux canaux, et devenir opérationnel, que si la connaissance peut être traduite en quantités d'information. On peut donc en tirer la prévision que tout ce qui dans le savoir constitué n'est pas ainsi traduisible sera délaissé, et que l'orientation des recherches nouvelles se subordonnera à la condition de traduisibilité des résultats éventuels en langage de machine. Les "producteurs" de savoir comme ses utilisateurs doivent et devront avoir les moyens de traduire dans ces langages ce qu'ils cherchent les uns à inventer, les autres à apprendre. »⁹ Les praticiens du droit n'ont pas eu à se préoccuper dans leur grande majorité de ces questions car l'informatique était principalement considérée comme un domaine d'activité dont s'occupaient certains praticiens mais pas toute la profession. Dans les différends relatifs à la conception ou à

⁸ «L'informatique est la science du traitement de l'information.», rappelle Sabouret. V. sur ce point SABOURET, Nicolas et DE ASSIS, Lizete. *Comprendre l'intelligence artificielle*. Paris : Ellipses, 2019, p. 8. ISBN 978-2-340-03095-4.

⁹ LYOTARD, Jean-François. *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*. Paris : Éditions de Minuit, 1979, p. 13. (Collection Critique). ISBN 978-2-7073-0276-2.

l'utilisation d'un logiciel, le code source conçu par le programmeur était essentiel ; l'essor de l'IA impose de changer de paradigme. Lorsque le programme informatique repose sur l'écriture d'une succession d'opérations sur des données dont le résultat est connu à l'avance, il importe peu de s'interroger sur le rapport entre le programme, ici appelé déterministe et une autre personne qui en aurait tiré un avantage indu. Le titre de propriété intellectuelle relatif au logiciel sert de point de repère incontournable¹⁰. Lorsque le code source à exécuter par la machine ne suffit plus à lui seul à déterminer le résultat produit par cette dernière, le titre de propriété sur le logiciel n'est plus la clef de voûte juridique de la relation d'affaires car fournir un service d'IA impose de ne pas envisager principalement l'écriture d'un code informatique. Ce code informatique est une chose du point de vue du droit romain. L'entrepreneur ou l'informaticien qui rend la chose d'autrui « intelligente » n'est pas apprécié seulement pour sa capacité à produire du code. Il doit faire preuve d'un certain savoir-faire puisque son objectif premier n'est pas de fournir un code mais de faire en sorte qu'une chose soit en mesure d'intégrer des données qui peuvent varier d'une utilisation à une autre afin de fournir, de manière autonome, un résultat adapté compte tenu de ces variations de données. Ce savoir-faire est difficilement réductible à une question de titre de propriété précisément parce que l'exploitation de ce savoir-faire varie selon les circonstances de fait. Comment un juriste

¹⁰ Le titre de propriété est l'origine des licences dites libres ou ouvertes, qu'il s'agisse de code informatique ou de contenu destiné à des êtres humains. V sur ce point STROWEL, Alain. « Omnia sunt ©ommunia : des opera au Big Data ». Revue interdisciplinaire d'études juridiques. 2018, Vol. Volume 81, n° 2, p. 189.

peut-il traduire en droit ce que fait un entrepreneur ou un informaticien qui rend la chose d'autrui « intelligente » ? Répondre à cette question n'est pas aisé car la chose à rendre « intelligente » peut très bien être un code informatique qui sera rendu « intelligent » par un autre code informatique sans que l'on puisse voir autre chose que des données circuler ! Une proposition de régulation de l'IA est en cours d'élaboration au sein des institutions de l'Union européenne¹¹. Elle est bienvenue mais il s'agit d'une régulation sectorielle. Elle n'aide par nature pas le juriste à analyser ce qui se passe dans un contexte d'IA. Les mots de Lyotard l'aide déjà à comprendre que l'IA et l'informatique en général ont des effets qui s'étendent au-delà d'un secteur. Il est de ce fait pertinent de chercher des réponses en partant du droit des choses. Il a été relevé qu'un informaticien ou un entrepreneur exerçait une influence sur une chose en vue d'en tirer un avantage financier. Vermond indique que « la possession n'est autre chose que le rapport matériel existant entre une personne et une chose, rapport consistant en ce que cette chose est mise en contact avec la personne qui a justement recherché, désiré ce contact pour être à même de s'en servir et d'en tirer les avantages qu'elle est susceptible de procurer. »¹² Comme l'avantage perçu par une des parties prenantes à la relation d'affaires peut être la conséquence de l'exploitation indélicate du savoir-faire d'une autre partie prenante, le

¹¹ Proposition de règlement du Parlement et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union, 2021/0106(COD), 21 avril 2021.

¹² EDMOND VERMOND. Théorie générale de la possession en droit romain [en ligne]. Paris, France : Librairie du recueil général des lois et des arrêts, 1895, n° 1. Disponible à : <URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k553826/>>.

furtum devra être envisagé. La dimension économique de la possession en matière d'IA est déjà envisagée par le droit de la concurrence. L'ambition de ce travail n'est pas d'énumérer les différents cas d'IA ni de la définir. Le droit romain se passe d'ailleurs très bien de définitions formelles. Le lecteur qui s'attend à trouver un régime juridique applicable tel quel à une situation sera déçu. La démarche intellectuelle proposée dans le cadre de ce travail est plus importante que son résultat. Ceci correspond très bien à ce qui vient d'être écrit au sujet du changement de paradigme requis pour aborder l'IA. Ce dernier aurait pu avoir lieu alors que Lyotard faisait paraître les propos cités plus haut. On peut aujourd'hui s'interroger sur la nouveauté juridique des programmes d'IA par rapport aux programmes déterministes. L'informatique traite des données. Il sera vu que ceux qui arrivent à représenter le réel sous une forme traitable par un programme peuvent par exemple exercer un effet sur le marché même sans IA, parfois dans des cas où l'informatique est peu visible comme dans une voiture. La possession en droit rend compte de tous ces cas d'influence et elle présente l'avantage de le faire de manière imparfaite. C'est sans aucun doute une marque de sagesse des Romains. González García rappelle que l'être humain se distingue par l'effort qu'il fait pour atteindre la vérité¹³ Ce point peut-être perçu comme une source de frustration. C'est en pratique une source de liberté pour le praticien notamment quand il cherche avec son client une solution négociée à un différend qui l'oppose à un

13 GONZÁLEZ GARCÍA, Gonzalo. « La libertad: poder y debilidad del hombre ». Dans : MÉNDEZ FRANCISCO LUIS, La ética, aliento de lo eterno: homenaje al Profesor Rafael A. Larrañeta. Salamanca : Editorial San Esteban Departamento de Filosofía del Derecho Moral y Política II, Universidad Complutense, 2003, p. 147. (Aletheia). ISBN 978-84-8260-133-5.

partenaire en affaires. A fin de pouvoir analyser un cas comportant de l'IA, le juriste doit comprendre comment un entrepreneur perturbe la réalité (1). Il se rendra compte que dans la pratique de ces relations d'affaires, la possession est assumée (2) alors que l'appropriation est souvent dissimulée (3).

1 La réalité perturbée

La perturbation est le fait de personnes singulières (1.1). Elle se déroule dans des lieux précis (1.2) et repose sur des connaissances informelles (1.3).

1.1 Des personnes singulières

Contardo Ferrini (1.1.1), Nicolas G. Hayek (1.1.2) ainsi que trois programmeurs qui ont participé au système d'exploitation Unix (1.1.3) ont abordé les questions auxquelles ils étaient confrontés sous un angle différent.

1.1.1 Contardo Ferrini

La perturbation n'est pas née avec l'informatique. Elle est souvent le fait d'êtres singuliers. Contardo Ferrini est un juriste qui maîtrise très bien les textes antiques. Son goût pour le droit romain et la pensée grecque le prédisposait a priori à l'étude des subtilités de la philosophie du droit. Pie XII remarque à l'occasion de sa béatification que le bienheureux pavesan voulait servir son pays et son prochain de manière concrète. Le souverain pontife relève que l'éminent juriste

a étudié en Allemagne.¹⁴ Il est en effet le contemporain de Mommsen, de Lenel ou encore de Savigny. En pénaliste, il a manifesté un intérêt pour les comportements contraires à l'ordre public à une époque où le droit pénal ne sanctionnait pas le manquement à une réglementation extrêmement précise sans considérer la gravité du comportement au regard du préjudice effectivement subi et attachait une grande importance à la personne poursuivie avant de prononcer une peine. En romaniste, il connaissait la définition du droit selon Celse « *l'art du bon et du juste* » ou « *ars aequi et boni* ». (D. Ulp. libro 1 Inst.). Il se réfère dans son manuel des Pandectes au *juris praecepta* qui sont des « *normes de conduite* »¹⁵. Si ces règles ne changent pas, les choses et les circonstances dont il faut tenir compte lors de l'application d'une règle varient. C'est pourquoi il souligne l'importance de l'expérience de ceux qui appliquent le droit¹⁶. Ses « *idées géniales* » et son « *intuition sûre* » ont été louées à sa disparition par Olivi¹⁷. L'une de celles-ci est particulièrement pertinente en matière d'intelligence artificielle. Selon l'article L. 311-1 du Code pénal français, « Le vol est la soustraction frauduleuse de la

14 PIE XII. Discours à l'occasion de la béatification de Contardo Ferrini [en ligne]. Cité du Vatican, 14 avril 1947. Disponible à : <URL : https://www.vatican.va/content/pius-xii/it/speeches/1947/documents/hf_p-xii_spe_19470414_singolare-gradimento.html>.

15 FERRINI, Contardo. Manuale di Pandette [en ligne]. 3e éd. Milano : Società editrice libraria, 1908, n° 4. Disponible à : <URL : <http://archive.org/details/manuale dipandett00ferr>>. L'auteur cite D. 1.1.10 et emploie l'expression « *norme di condotte* » dans le texte.

16 Ibid.

17 OLIVI, Luigi. « *Cenni commemorativi: Contardo Ferrini* ». Rivista Internazionale di Scienze Sociali e Discipline Ausiliarie. Vita e Pensiero – Pubblicazioni dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, 1902, Vol. 30, n° 119, p. 487 Les expressions « *intuito sicuro* » et « *genialità di vedute* » figurent dans le texte.

chose d'autrui. » Cette infraction est considérée à juste titre comme une atteinte à la propriété. Une personne qui vient de se faire voler son porte-feuille ne se demande pas ce que le voleur va en faire alors que la présence d'espèces et de documents d'identité peut lui donner de mauvaises idées. Il suffit que la victime sache qu'on lui a soustrait sa chose sans son consentement pour porter plainte. L'intelligence artificielle permet de réaliser des opérations sur des données qui sont souvent celles d'autrui. En cas de litige lié au fonctionnement de la reconnaissance faciale, la propriété des données ne sera pas la seule question à se poser et sera peut-être secondaire. Il est très vraisemblable que la puissance exercée par l'entrepreneur en intelligence artificielle sera la question principale. Contardo Ferrini a eu l'audace d'estomper la distinction entre le licite et l'illicite et de rapprocher le *furtum*, infraction romaine apparentée au vol au droit français, de la possession. Ceci permet d'aborder directement la manière dont un entrepreneur ou informaticien prend possession des données d'autrui dans le cadre de l'intelligence artificielle. Cette perturbation s'apparente à une transgression. Le pavesan note : « On ne peut nier que le *furtum* était considéré comme délit occulte et insidieux. »¹⁸ Son franchissement de la frontière entre le licite et l'illicite est pourtant impeccable ; son attachement à la dimension culturelle du droit et sa maîtrise des sources le conduisent à éclairer la possession d'un jour nouveau.

¹⁸ FERRINI, Contardo. *Diritto penale romano: teorie generali*. Milano : Hoepli, 1899, p. 84. «Non si può negare che il *furtum* si considerasse come un delitto occulto e insidioso.».

Cet exemple indique l'utilisation d'éléments connus de longue date dans un contexte nouveau peut être un vecteur de perturbation. Ce que Contardo Ferrini a fait en droit, Nicolas G. Hayek le fit à sa façon à l'industrie horlogère suisse.

1.1.2 Nicolas G. Hayek

Nicolas G. Hayek, entrepreneur et physicien de formation¹⁹ a vu la puissante industrie horlogère suisse décliner dans les années 80 à cause de l'arrivée des montres japonaises à quartz équipées d'une puce électronique. Elles étaient d'une grande précision et vendues à un prix faible²⁰. Il voulait « sauver le savoir-faire suisse »²¹. Il a su tempérer son enthousiasme pour les montres d'entrée de gamme à quartz afin de préserver une capacité de production industrielle en Suisse : « il a fallu que nous produisions 10 millions de montres Swatch mécaniques. Les gens nous demandaient alors avec étonnement pourquoi nous faisons cela et nous leur répondions avec un énorme mensonge de circonstance : " Parce qu'en Afrique et en Inde les gens ne savent pas comment on change une pile. Ce n'était que des bêtises." »²² Garel estime que la production des premières montres Swatch reprenait différents procédés de production

¹⁹ HAYEK, Nicolas G et BARTU, Friedmann. Au-delà de la saga Swatch: entretiens d'un authentique entrepreneur avec Friedmann Bartu. Paris : A. Michel, 2006, p. 212. ISBN 978-2-226-17079-8.

²⁰ Ibid., p. 84.

²¹ Ibid., p. 92.

²² Ibid., p. 96.

auxquels l'industrie horlogère n'avait pas recours à l'époque.²³ La paternité d'une invention au stade de la maquette, du croquis ou concept est discutée.²⁴ La perturbation causée par le célèbre entrepreneur ne se résume toutefois pas à la mise au point d'un procédé de production industrielle ou à la politique commerciale. Longines licenciait sa marque en exigeant seulement l'utilisation d'un mouvement ETA fabriqué en Suisse. La marque a souffert de la qualité hétérogène de ses produits à travers le monde. Nicolas G. Hayek a décidé de racheter toutes les licences. Il affirme : « Cela nous a demandé beaucoup d'efforts et coûté beaucoup d'argent pour résoudre définitivement ce problème fâcheux et pour changer fondamentalement la mentalité du management impliqué. »²⁵ Une entreprise repose aussi sur des croyances. Le célèbre homme d'affaires poursuit : « D'après moi, toute entreprise a une culture et une âme qui lui sont propres, exactement comme un pays. Toute entreprise de qualité offre à ses collaborateurs un sentiment fort en termes d'identité, de sécurité et de protection. Depuis l'Antiquité jusqu'au milieu du siècle dernier, cette fonction d'intégration était assurée par la famille, la tribu, le village, la ville ou la patrie. Aujourd'hui, dans notre société industrielle moderne personne ne peut plus prétendre de bonne foi que la patrie, le village ou la famille constituent encore ce système et ses liens solides. De plus en plus ce rôle est aussi celui de l'entreprise et du travail qui permet de procurer

²³ GAREL, Gilles. « Lessons in Creativity from the Innovative Design of the Swatch ». *Technology Innovation Management Review*. Ottawa : Talent First Network, 2015, Vol. 5, n° 7, p. 37.

²⁴ Ibid., p. 34 ; confer HAYEK, Nicolas G et BARTU, Friedmann, op. cit., p. 105 et s.

²⁵ HAYEK, Nicolas G et BARTU, Friedmann, op. cit., p. 100 et s.

à chacun le sentiment d'appartenance, de sécurité et de protection, et aussi de donner une identité à l'individu. »²⁶ Il est intéressant de noter que la perturbation engendrée par cet homme d'affaires repose en partie sur une conception traditionnelle de la société qui accorde une grande importance à la dimension territoriale de la création de valeur. Chaque produit véhicule un « message »²⁷ qui repose sur des qualités intrinsèques et les combine à des aspects notamment émotionnels qui demeurent étroitement liés au produit en question et ne sont transposables à aucun autre.

Une entreprise prospère pour Nicolas G. Hayek sur des croyances traditionnelles liées notamment au lieu de production. Des informaticiens plus jeunes sont à l'origine d'autres croyances.

1.1.3 Trois programmeurs d'Unix

Richard M. Stallman travaillait déjà sur l'intelligence artificielle au MIT dans les années 1970. Il est très influent dans le milieu du logiciel libre en raison du projet GNU et de sa contribution au système d'exploitation Unix. Ces logiciels sont dits « libres » car ils sont élaborés selon un « plan » qui vise à faciliter la diffusion et la modification.²⁸ Richard Stallman accorde beaucoup d'importance à l'octroi de licences par lesquelles le créateur du programme

²⁶ Ibid., p. 38 et s.

²⁷ Ibid., p. 125 et s.

²⁸ STALLMAN, Richard M. « About the GNU Project ». Dans : - GNU Project - Free Software Foundation [en ligne]. 25 décembre 2021 [consulté le 3 mai 2022]. Disponible à : <URL : <https://www.gnu.org/gnu/thegnuproject.en.html>> V spécialement la section «Scratching an itch?».

informatique se réserve peu de droits. Il pense que les utilisateurs seront « libres » de faire ce qu'ils veulent avec le logiciel. Il lie étroitement son travail informatique et ses convictions politiques favorables notamment à la théorie du genre. La planification et les idéaux politiques sont deux points de désaccord entre Stallman et un autre contributeur au système Unix, à savoir Eric S. Raymond qui insiste sur l'« ouverture » du code source d'un logiciel qui, à la manière d'archives ouvertes permet à tout un chacun de voir ce qui a été fait et de modifier le code selon son intuition, sentiment auquel il attache beaucoup d'importance²⁹. Il préfère les logiciels dont le code est accessible, essentiellement parce que cette façon de travailler permet à des tiers de remarquer les défauts du code³⁰. Il n'est pas réfractaire à l'organisation en tant que telle et souligne l'influence d'un troisième homme, Linus Throvalds qui a mis au point Linux, un noyau pour le système d'exploitation Unix reposant sur des travaux peu coordonnés de différentes personnes et qui a préféré reprendre ce qui existait plutôt que de partir d'une page blanche³¹. L'adjectif « libre » peut prêter à confusion. Le système d'exploitation Android de Google repose en partie sur du logiciel libre et permet pourtant à la firme californienne de réaliser des profits tout en amenant ses utilisateurs à utiliser ses services comme Google l'entend. Ces

²⁹ L'auteur affirme : «Every good work of software starts by scratching a developer's personal itch.» RAYMOND, Eric S. «When Is a Rose Not a Rose? ». Dans : *The Cathedral and the Bazaar* [en ligne]. 3e éd. [S. l.] : Site Internet de l'auteur, 8 février 2002. Disponible à : <URL : <http://www.catb.org/~esr/writings/cathedral-bazaar/cathedral-bazaar/index.html>>.

³⁰ RAYMOND, Eric S. « Open Minds, Open Source ». *Analog Science Fiction & Fact*. 2004, Vol. 124, n° 7/8, p. 100-109. Texte reproduit le 21 juin 2005 sur le site Internet de l'auteur à l'adresse : <http://www.catb.org/esr/writings/analog.html>.

³¹ RAYMOND, Eric S., *op. cit.*

références à la propriété et à la liberté ont de quoi désarçonner un juriste. En effet la fondation Linux du nom du noyau du système d'exploitation créé par Linus Torvalds propose des certifications destinées à certifier qu'un logiciel est « libre ». L'intention est louable car il s'agit de limiter les contraintes de diffusion ou de modification d'un code informatique et non de réglementer la liberté d'une personne à proprement parler. Ceci explique également qu'il existe autant de licences différentes pour des logiciels « libres » ou « ouverts » Cet attrait pour la conformité à des certifications à des normes est commun à tous les procédés techniques. Comme on le voit, le logiciel dit « libre » attache plus d'importance à l'échange et l'exploitation qu'à la liberté ou la propriété. Les discussions sur les effets sociaux des logiciels libres ou ouverts sont intéressants mais dépassent le cadre de ce travail qui porte sur la chose « intelligente » que produisent ceux qui travaillent l'intelligence artificielle comme d'autres travaillent la pâte à pain le bois ou le droit. Raymond attire l'attention sur une caractéristique essentielle du développement collectif de Linux : il aurait été impossible sans l'existence préalable d'Unix³². Ceci semble aller de soi. Raymond remarque toutefois qu'un projet de logiciel entièrement nouveau ne peut être mené à bien de manière peu coordonnée³³. Dans le cadre d'un tel projet, un programmeur doit systématiquement envisager de

³² RAYMOND, Eric S. « The Social Context of Open-Source Software ». Dans : *The Cathedral and the Bazaar* [en ligne]. 3e éd. [S. l.] : Site Internet de l'auteur, 8 février 2002. Disponible à : <URL : <http://www.catb.org/esr/writings/cathedral-bazaar/cathedral-bazaar/ar01s11.html>>.

³³ *Ibid.*

détourner³⁴ le travail d'autrui. Il ajoute qu'un projet de ce type doit répondre à deux critères essentiels : « fonctionner »³⁵ et attirer d'autres programmeurs convaincus que ce projet peut donner quelque chose de « vraiment super dans un avenir prévisible »³⁶. Ceci signifie que, contrairement à un atelier d'artistes au sein duquel des élèves travaillent pour un maître ou à une communauté monastique où les individus s'effacent afin de s'élever, les programmeurs qui contribuent à un projet collectif n'ont pas à chercher à devenir meilleurs. Comment vérifier que le projet collaboratif peu coordonné évolue dans le bon sens ? Raymond apporte un élément de réponse aussi pragmatique que surprenant : la structure des données est plus importante que la qualité du code informatique produit³⁷. Cette observation porte sur l'informatique mais elle apparaît particulièrement pertinente lorsque l'on sait qu'un entrepreneur en intelligence travaille à partir des données d'autrui. En dépit de son désaccord politique profond avec Richard M. Stallman, il reconnaît la nécessité de « récits » dans l'adoption d'une nouvelle technologie et remarque les efforts accomplis par ce dernier en vue de créer « une nouvelle façon de voir le monde autour de [la programmation de logiciels à code source ouvert] »³⁸.

³⁴ Le verbe « détourner » rend bien l'ambivalence de « to hack » qui ne désigne pas forcément une action malveillante et qui peut être élégant. Le sens premier de to hack n'est pas péjoratif. V. RAYMOND, Eric S., *art. cit.*

³⁵ L'expression « to run » figure dans le texte original. RAYMOND, Eric S., *op. cit.*

³⁶ L'expression « something really neat in the foreseeable future » *ibid.*

³⁷ RAYMOND, Eric S. « When Is a Rose Not a Rose? ». Dans : *The Cathedral and the Bazaar* [en ligne]. 3e éd. [S. l.] : Site Internet de l'auteur, 8 février 2002.

³⁸ « RMS tried to create a new way of seeing the world around it. » RAYMOND, Eric S., *art. cit.*

La perturbation causée par Contardo Ferrini est similaire à celle causée par Nicolas G. Hayek. Ces deux personnes tiennent à s'inscrire dans la continuité, qu'elle soit relative à un territoire, à une organisation ou à des mœurs, bonnes ou mauvaises. Ces deux personnes ont utilisé leur connaissance du droit ou de l'horlogerie pour aborder différemment les difficultés qui se posaient à eux. Leur respect du contexte social rend cette perturbation acceptable. La perturbation causée par Richard M. Stallman repose au contraire sur la rupture : le « récit » cherche à modifier complètement le contexte social afin qu'il corresponde à la technique sans que le grand public n'ait à s'intéresser à son fonctionnement. Ces développements ne portent pas sur l'intelligence artificielle et pourtant beaucoup d'éléments relevés dans les années 1970 sont pertinents en matière d'IA, qu'il s'agisse du rôle du MIT ou de l'usage de termes qui n'ont qu'un lien technique ténu avec celle-ci

Il apparaît que certaines personnes ont perturbé les analyses et pratiques propres à leur savoir ou à leur activité professionnelle. La perturbation n'est de ce fait pas propre à l'IA même si l'informatique s'est en partie développée en promouvant un changement de pratiques sociales plutôt qu'en acclimatant la technique à ces dernières. Il va être vu que cette perturbation se produit toujours dans des lieux précis.

1.2. Des lieux précis

La proximité créée par les technologie de l'information est virtuelle (1.2.1) : elle masque la dynamique locale du développement technique (1.2.2), d'une part ainsi qu'une réalité indépassable (1.2.3), d'autre part.

1.2.1 Une proximité virtuelle

Rendre la chose d'autrui « intelligente » suppose en premier lieu qu'une chose existe. Au lieu de chercher à définir la chose et l'intelligence artificielle, il est intéressant, tout du moins en premier lieu, de se demander où se passe l'action. On pourrait penser à première vue que les moyens de communication ont rendu la question définitivement superflue. Burns insiste sur l'importance des récits qui donnent l'impression que la technique instaure une « proximité »³⁹ entre des personnes éloignées notamment dans le domaine humanitaire. Tout le monde peut s'impliquer car grâce à la technique « tout le monde peut le faire »⁴⁰. L'idée que des gens se connectent les uns aux autres, partout, tout le temps semble presque naturelle. Les gens qui utilisent un service en ligne ne se connectent pourtant pas entre eux mais à une machine. Ils se trouvent toujours quelque part à un instant donné. Le fait de ne pas voir la machine à laquelle se connectent différentes personnes qui utilisent un même service en ligne peut donner l'impression qu'elles échangent directement entre elles. Un forum sur Internet peut servir de

³⁹ BURNS, Ryan. « New Frontiers of Philanthro-capitalism: Digital Technologies and Humanitarianism ». Antipode [en ligne]. 2019, Vol. 51, n° 4, p. 1103. DOI <https://doi.org/10.1111/anti.12534>. Le terme « nearness » est employé entre guillemets par l'auteur.

⁴⁰ Ibid. L'expression « anyone can do it » figure dans le texte.

messagerie alors qu'il fonctionne sans intelligence artificielle. Qu'est-ce que l'intelligence apporte de plus? Le traitement autonome des données après apprentissage permet de représenter la réalité autrement que ne le feraient deux personnes échangeant entre elles sur un forum Internet hébergées sur un serveur. Une machine ne sait cependant pas ce qu'est telle ou telle chose. L'IA peut réaliser des opérations sur des données en repérant elle-même les images de chat, encore faut-il apprendre à la machine à repérer les images de chats afin qu'elles puissent par la suite réaliser des opérations sur des images. Les services en lignes de grandes firmes qui réalisent du traitement de données en masse disposent d'un outil industriel de traitement des données et essaient de faire en sorte que leur représentation de la réalité paraisse plus pertinente que celle de la concurrence, ne serait-ce que pour fournir des résultats de recherche ou une traduction automatique plus pertinente. Sabouret attire l'attention sur un aspect de l'intelligence artificielle qui n'a rien d'immatériel « Essayez de vous imaginer le temps et l'énergie qu'il faut pour construire des corpus où chaque donnée est étiquetée : ceci est un chat, cela n'en est pas un. Grâce aux milliards de requêtes que nous faisons chaque minute sur leurs serveurs, les chercheurs de Google obtiennent toutes ces données gratuitement. Avouez que cela vaut le coup ! »⁴¹ L'Union européenne est très vigilante quant à la détermination de la finalité des données comme l'illustre l'article 22 du RGPD. Évoquer la liberté, l'accessibilité des données partout et tout le temps est plus flatteur que d'attirer l'attention sur l'endroit où se trouvent ces données ou sur leur exploitation à des fins autres que

⁴¹ SABOURET, Nicolas et DE ASSIS, Lizete. Comprendre l'intelligence artificielle. Paris : Ellipses, 2019, p. 137 et s.

la fourniture du résultat d'une recherche donnée. Plusieurs auteurs insistent sur la dimension territoriale des nouvelles technologies et de la technique en général. Scaringella et Radziwon rappellent qu'un milieu est propice à l'innovation dans un domaine donné parce qu'il regroupe différents acteurs qui échangent des connaissances informelles en confiance et que ce type de milieu est difficilement délocalisable⁴². Les auteurs rappellent d'ailleurs que beaucoup de politiciens ont essayé de transposer la Silicon Valley dans leurs pays, sans succès⁴³. Le caractère vaporeux de la notion d'intelligence artificielle et les récits qui la soutiennent n'aident pas à comprendre ce qui se passe concrètement car l'analyse bute sur des concepts abstraits dont les contours sont mal définis. Les contours du *furtum* ont été analysés avec soin par les juristes et soulèvent d'intéressantes discussions chez les romanistes. Ce cheminement intellectuel mérite d'être à nouveau emprunté par toute personne qui s'intéresse à l'intelligence artificielle.

Il est inutile de chercher à définir une notion bâtie sur l'illusion d'une proximité instaurée entre des gens qui profiteraient de cette technique pour accroître leur capacité d'action. L'étude du *furtum* aidera à se défaire de cette illusion en mettant la dynamique de l'action en évidence.

⁴² SCARINGELLA, Laurent et RADZIWON, Agnieszka. « Innovation, entrepreneurial, knowledge, and business ecosystems: Old wine in new bottles? ». *Technological Forecasting and Social Change* [en ligne]. Novembre 2018, Vol. 136, paragr. 4.3. DOI 10.1016/j.techfore.2017.09.023.

⁴³ Ibid., paragr. 6.2.4.

1.2.2 Une dynamique locale

Gaius, Institutes, III.183 : « *Furtorum autem genera Ser. Sulpicius et Masurius Sabinus IIII esse dixerunt, manifestum et nec manifestum, conceptum et oblatum; Labeo duo, manifestum <et> nec manifestum; nam conceptum et oblatum species potius actionis esse furto cohaerentes quam genera furtorum; quod sane uerius uidetur, sicut inferius apparebit.* »

Gaius privilégie la classification binaire du vol à la classification quaternaire.

Il y a deux *furta*, l'un *manifestum*, l'autre *nec manifestum* et deux actions spécifiques : les *actiones furti concepti* et *furti oblati* qui désignent des actions spécifiques utilisées pour établir le *furtum* lorsque le voleur n'est pas présent sur les lieux où se trouvent des objets volés. Cette analyse est unanimement partagée par la doctrine⁴⁴. Il est intéressant de garder à l'esprit la question du lieu qui semble intéressante lorsque des éléments litigieux sont difficiles à déterminer, qu'il s'agisse de droit ou de technologie.

La nature du *furtum manifestum* est quant à elle un peu plus discutée. De Visscher dont le point de vue est minoritaire attache plus d'importance à l'auteur des faits qu'au résultat de l'action. L'auteur considère comme important de saisir le voleur avec la chose volée (*cum re furtiva*). Il se fonde notamment sur le fragment suivant :

⁴⁴ V. par exemple DE VISSCHER, Fernand. « Le «fur manifestus» ». *Revue historique de droit français et étranger*. 1922, Vol. 1, p. 467 et s ; FENOCCHIO, Marco Antonio. *Il momento genetico e l'evoluzione del concetto di furtum in diritto romano*. « *Detrahere alteri aliquid* ». Per una ricostruzione storica del delitto di furto: genesi, sviluppi, vicende [en ligne]. Thèse de doctorat. Università degli Studi di Padova, 2008, p. 198 s. Disponible à : <URL : <http://paduaresearch.cab.unipd.it/282/>>.

D.47.2.3.2 Ulp. 41 ad Sab. : « *Et magis est, ut et Iulianus scripsit, etsi non ibi deprehendatur, ubi furtum fecit, ad tamen esse furem manifestum, si cum re furtiva fuerit adprehensus, priusquam eo loci rem pertulerit, quo destinaverat.* »

Il n'importe pas, comme l'écrit Julien, de saisir le *fur* sur le lieu où il a commis le *furtum* mais de le saisir avec la chose volée avant qu'il n'atteigne sa destination. Toutefois, les *Institutes* de Justinien (4.1.3) ne mentionnent pas le fait d'être pris avec la chose volée⁴⁵. Un autre fragment du Digeste écarte expressément la qualification de *fur manifestus* après l'arrivée à destination du *fur*, même si ce dernier est pris avec la chose volée.

D. 4.7.2.5.1 Ulp. libro 41 ad Sab.

« *Sed si pertulit quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur.* »

Le fait de saisir le voleur sur le fait renvoie à la flagrance mais quel est l'élément constitutif de celle-ci ? Le fait de saisir le voleur avec la chose volée ou de trouver la chose volée avant que le voleur ne parvienne à destination ? Quelle que soit la réponse apportée à cette question, il est intéressant de noter à nouveau que la flagrance n'est pas un élément constitutif du *furtum* mais désigne le stade de l'infraction auquel le voleur a été saisi. En effet, même si deux *fures*

⁴⁵ DE VISSCHER, Fernand, art. cit., p. 454 et s. ; Rappr. au sujet des XII Tables FENOCCHIO, Marco Antonio, op. cit., p. 10 ; ibid., p. 210 et s.

ont commis le même acte, le *fur* qui est saisi avec la chose volée avant d'avoir rejoint sa destination est considéré différemment de celui qui est appréhendé sans la chose volée, après avoir rejoint sa destination.

MacCormack relève que Justinien a souhaité élargir le champ d'application du *furtum manifestum* dans ses Institutes d'époque impériale en considérant non seulement le contact corporel mais aussi le contact visuel (*visus vel deprehensus*) dans le fragment IV.1.3 :

« immo ulterius furtum manifestum extendendum est, quamdiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit sive in publico sive in privato vel a domino vel ab alio, antequam eo pervenerit quo perferre ac deponere rem destinasset, sed si pertulit quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur. »

Le fait de devoir saisir ou au moins apercevoir le voleur donne de l'importance au lieu du contact. Ceci semble indiquer qu'il est pertinent de rechercher les lieux de la conception ou de l'usage de l'IA. La relecture d'un arrêt récent du Tribunal de l'Union européenne montrera que le lieu est une réalité indépassable en matière d'IA.

1.2.3 Une réalité indépassable

Gaius, *Institutiones*, III.184 « *Manifestum furtum quidam id esse dixerunt, quod dum fit, deprehenditur. alii uero ulterius, quod eo loco deprehenditur, ubi fit, uelut si in oliueto oliuarum, in uineto uuarum furtum factum est,*

quamdiu in eo oliueto aut uineto fur sit; aut si in domo furtum factum sit, quamdiu in ea domo fur sit. »

Le vol des olives a lieu dans une oliveraie, un vol de grappes dans un vignoble et un vol d'objets domestiques dans une maison. Cette évidence mérite d'être rappelée à une époque où on peut penser que des données, intangibles par nature, viennent d'un nuage – terme aujourd'hui utilisé de manière publicitaire. Tout le monde sait que des données sont stockées quelque part dans une machine mais l'intangibilité des données tend à estomper cette connaissance. Les récits créés autour de l'informatique ont remarquablement réussi à dissimuler une réalité indépassable alors même qu'elle est liée à une question prégnante en matière d'intelligence artificielle.

Les olives et les grappes de raisin ressemblent peu aux images de chat. Les *fures* d'olives et les entrepreneurs en intelligence artificielle éprouvent cependant le même intérêt pour la territorialité. Un *fur* sait que pour faire de l'huile, il faut des olives qui poussent dans un lieu précis. Il en est de même pour les procédés utilisés pour la reconnaissance d'images de chat. Les entrepreneurs qui les conçoivent proposent souvent un service de dépôt gratuit de vidéos. Ce sont eux qui décident de l'endroit où les images de chat seront collectées. À la différence des paysans, les utilisateurs du service de vidéo en ligne ne ressentent rien lors de la collecte. Une dynamique locale est alors amorcée car les données passent du lieu où se trouve l'ordinateur de l'utilisateur au serveur du fournisseur du service qui va traiter les vidéos comme un huilier presse les olives. Les données comme les olives peuvent être utilisées à d'autres fins que la

production d'huile. En pratique, tout se passe comme si l'huilier examinait l'huile à intervalles réguliers afin d'améliorer sa technique de pressage. Il y a une dynamique locale de l'ordinateur de l'utilisateur aux serveurs en passant par l'infrastructure de traitement des données. Le règlement général sur la protection des données (RGPD) prend en considération l'ensemble du cycle d'utilisation et aborde les cas d'un transfert de celles-ci en dehors de l'Union européenne.⁴⁶ Le comité européen de protection des données estime pourtant que le nombre de données collectées dans le cadre de la voiture autonome est appelé à s'accroître pour enregistrer non seulement les informations techniques des véhicules et l'identité des passagers en cas d'accident mais aussi le style de conduite⁴⁷. Ce dernier élément peut être déterminé sur la base des modèles traités par de l'intelligence artificielle à condition à nouveau de lui fournir les données pertinentes. L'attrait pour les données de Google est partagé par le Comité européen pour la protection des données alors même que l'Union européenne porte haut le principe de restriction de la collecte des données et s'attache à déterminer précisément les finalités du traitement. Le préambule de la directive européenne 2019/790 du Parlement et du Conseil sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE contient un paragraphe 8 qui énonce que : « Les nouvelles technologies permettent une analyse

⁴⁶ Article 44 du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE ().

⁴⁷ Guidelines 1/2020 on processing personal data in the context of connected vehicles and mobility related applications, version 1.0. : Comité européen de la protection des données (EDPB), janvier 2020, p. 3.

informatique automatisée d'informations sous forme numérique, telles que du texte, des sons, des images ou des données, ce que l'on appelle généralement la fouille de textes et de données. Cette fouille rend possible le traitement de grandes quantités d'informations en vue d'acquérir de nouvelles connaissances et de découvrir de nouvelles tendances. Les technologies de fouille de textes et de données sont très répandues dans l'ensemble de l'économie numérique; toutefois, il est largement reconnu que la fouille de textes et de données peut être en particulier profitable à la communauté des chercheurs, et ainsi soutenir l'innovation. » Comme on le voit, la fouille de données est une activité très différente de la constitution de base de données car il ne s'agit pas de structurer des connaissances selon un plan figé mais de prospecter des sources de contenus afin de trouver des données qui vont ensuite être transformées par des outils en vue de produire un résultat inconnu à l'avance qui pourra à son tour être utilisé pour traiter d'autres données de manière plus précise. L'article 4 de ladite directive permet de fouiller des données sans autorisation préalable afin d'identifier celles qui pourraient être pertinentes dans le cadre de travaux sur l'intelligence artificielle, quelle qu'en soit la finalité. Une faculté d'opposition est prévue par la directive mais sa mise en œuvre est loin d'être simple ainsi que le soulignent Bensamoun et Bocquerel⁴⁸. Chacune des techniques présente des inconvénients qui affectent soit la commodité du retrait soit l'efficacité d'un procédé technique qui peut reposer sur la bonne foi des parties prenantes. Cette limite technique ne remet cependant

⁴⁸ BENSAMOUN, Alexandra et BOUQUEREL, Yohann. Transposition des exceptions^[L]_[SEP] de fouille de textes et de données: Enjeux et propositions. Rapport de mission. Paris, France : Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, décembre 2020, p. 79 et s.

pas en cause le principe de la possibilité de refus de fouille. Il n'en demeure pas moins que, comme pour toute contrainte technique, l'équilibre entre commodité et efficacité est difficile à trouver. La Commission européenne a très bien cerné l'intérêt de disposer d'une certaine quantité de données pour exercer un abus de position dominante sur un marché. Dans un arrêt dit Google (shopping), le Tribunal de l'Union européenne relève que « La Commission a observé, à cet égard, au considérant 344 de la décision attaquée, que, alors que les résultats des comparateurs de produits concurrents ne pouvaient apparaître que comme des résultats génériques, à savoir de simples liens bleus susceptibles en outre d'être rétrogradés par des algorithmes d'ajustement, les résultats du comparateur de produits de Google étaient, eux, positionnés bien en vue en haut des pages de résultats générales de Google, présentés dans un format enrichi et insusceptibles d'être rétrogradés par ces algorithmes, cela aboutissant à une différence de traitement sous la forme d'un favoritisme par Google de son propre comparateur. »⁴⁹ La commission a condamné Google pour de nombreux motifs. Google et sa maison mère, Alphabet, ont contesté cette condamnation devant le Tribunal de l'Union qui reprend les arguments de la Commission en les synthétisant. Beaucoup de commentateurs se sont intéressés à juste titre aux aspects juridiques des effets des pratiques du géant californien sur la concurrence. La décision du Tribunal de l'Union européenne est extrêmement riche et offre une vue transversale tant sur la technique de l'intelligence artificielle que sur le positionnement commercial de Google. Il est intéressant de reprendre cette décision

⁴⁹ TUE, 10 novembre 2021, 612/17, Aff. Google et Alphabet c. Commission, point 138.

afin d'examiner ce qu'elle montre de l'intelligence artificielle. Les points 64 et suivant sont particulièrement instructifs en la matière.

« Pour démontrer le caractère abusif des pratiques en cause, en deuxième lieu, la Commission a examiné, dans la partie 7.2.2 de la décision attaquée, la valeur du volume du trafic pour les services de comparaison de produits. La Commission a noté, à ce titre, que le volume du trafic était important, à de nombreux égards, pour la capacité d'un comparateur de produits à faire concurrence. Après avoir cité, sur ce point, le propriétaire de plusieurs comparateurs de produits, selon lequel le trafic est l'atout essentiel d'un moteur de recherche spécialisé, car, pour plusieurs raisons, plus ce trafic est important, plus il augmente la pertinence des services de recherche, la Commission a, notamment, confirmé, en s'appuyant sur de nombreuses déclarations, que la pertinence d'un service de recherche spécialisé était liée à l'étendue et au caractère récent des informations fournies. Or, un trafic important permettrait aux comparateurs de produits de convaincre les vendeurs de leur fournir davantage de données sur leurs produits et ainsi d'accroître leur offre de comparaison de produits sur Internet et, par conséquent, leurs revenus. La Commission a également noté, en citant, à cet égard, de nombreuses déclarations, que le trafic conduisait à des effets d'apprentissage permettant d'accroître la pertinence des résultats de recherche et, partant, l'utilité du service de comparaison de produits offert aux internautes. La Commission a, enfin, expliqué que le trafic permettait aux comparateurs de produits de pratiquer des

expériences pour améliorer leurs services de recherche et de suggérer des recherches supplémentaires aux internautes les consultant. »

« Pour démontrer le caractère abusif des pratiques en cause, en troisième lieu, la Commission a exposé, dans la partie 7.2.3 de la décision attaquée, que ces pratiques diminuaient le trafic depuis les pages de résultats générales de Google vers les comparateurs de produits concurrents et augmentaient le trafic depuis ces pages vers le comparateur de produits de Google. La Commission a étayé cette conclusion par trois éléments. Tout d'abord, sur la base d'une analyse du comportement des internautes, la Commission a conclu que les résultats génériques engendraient un trafic important vers un site Internet quand ils étaient classés dans les trois à cinq premiers résultats de la première page de résultats générale, les internautes ne prêtant pas ou peu d'attention aux résultats suivants, lesquels n'apparaissaient souvent pas directement à l'écran. La Commission a ajouté que les dix premiers résultats recevaient approximativement 95 % des clics des internautes. Sur la base d'études conduites par Microsoft, la Commission a précisé que la position d'un lien donné dans les résultats génériques avait un impact majeur sur le taux de clics sur ce lien, indépendamment de la pertinence de la page Internet à laquelle il était renvoyé, et qu'une modification du rang d'un résultat de recherche sur les pages de résultats générales de Google avait un impact majeur sur le trafic issu de la recherche générale. Ensuite, la Commission a indiqué que les pratiques en cause avaient conduit à une baisse du trafic depuis les pages de résultats générales de Google vers presque tous les comparateurs de produits

concurrents, sur une période significative, dans chacun des treize pays de l'EEE dans lesquels elles avaient été mises en œuvre. Enfin, la Commission a constaté que les pratiques en cause avaient conduit à une augmentation du trafic de Google vers son propre comparateur de produits. La Commission a invoqué différents éléments à l'appui de ces constats. Elle a réfuté les arguments que Google avait avancés pour contester les évolutions de trafic identifiées ou le lien de cause à effet entre son comportement et ces évolutions. »

La Commission a notamment distingué deux lieux différents : les résultats généraux qui sont ceux qui apparaissent lors d'une recherche sur le site de Google sans tenir compte d'une quelconque rubrique et les résultats fournis par Google à la rubrique Shopping. On pourrait penser que l'organisation du trafic vers un moteur de recherche est une question principalement informatique. Ceci est vrai. Il est néanmoins possible de constater que Google a réussi à créer deux lieux précis et distincts au sein desquels se retrouvent l'offre et la demande dans des conditions que la commission considère comme anticoncurrentielles. Cette perturbation par l'IA peut se concevoir dans le monde physique ; des chercheurs et entrepreneurs travaillent à la faire advenir. Des nombreuses enseignes proposent aujourd'hui du multicanal : à savoir la vente en ligne et en boutique physique. Selon Piotrowich et Cuthbertson, les clients voudraient pouvoir interagir avec l'enseigne en combinant plusieurs canaux, qu'il s'agisse, par exemple du lieu de vente, du

canal de commande, du terminal utilisé ou des réseaux sociaux⁵⁰. Il y a de ce fait plusieurs lieux d'interaction alors que les nouvelles technologies peuvent donner l'impression que le temps et le lieu sont indifférents. En pratique, des universitaires sud-américains estiment que l'intelligence artificielle peut aider à traiter les données afin d'adapter l'offre à un environnement de plus en plus complexe en créant des profils de personnes⁵¹. L'intelligence artificielle n'abolit pas l'espace ; elle perturbe la réalité en multipliant notamment les relations entre différents lieux qui apparaissent ainsi plus précisément mais qui sont trop complexes pour être traités de manière précise par un être humain sans l'aide de l'IA.

Il apparaît que contrairement à ce que l'on pourrait penser à première vue, l'IA ne rend pas le lieu indifférent et que comme dans le cas du *furtum* identifier une dynamique locale contribue à la caractérisation d'une infraction ou d'une technique difficiles à définir précisément. L'affaire dite Google Shopping a également montré qu'Alphabet avait utilisé des techniques connues d'autres acteurs du secteur, notamment Microsoft pour arriver à ses fins. Ceci amène à s'intéresser à ses pratiques et à voir que celles-ci reposent notamment sur des connaissances informelles.

⁵⁰ PIOTROWICZ, Wojciech et CUTHBERTSON, Richard. « Introduction to the Special Issue Information Technology in Retail: Toward Omnichannel Retailing ». *International Journal of Electronic Commerce* [en ligne]. Juillet 2014, Vol. 18, n° 4, p. 8. DOI 10.2753/JEC1086-4415180400.

⁵¹ SOUSA, Paulo Renato de, BARBOSA, Marcelo Werneck, OLIVEIRA, Leise Kelli de, et al. « Challenges, Opportunities, and Lessons Learned: Sustainability in Brazilian Omnichannel Retail ». *Sustainability* [en ligne]. Janvier 2021, Vol. 13, n° 2, p. 5. DOI 10.3390/su13020666.

1.3 Des connaissances informelles

Les connaissances informelles sont très utiles car elles permettent de fixer une pratique sans la figer (1.3.1), d'apporter une amélioration technique (1.3.2) et de tisser un réseau de liens (1.3.3).

1.3.1 Fixer sans figer

Scaringella et Radziwon soulignent le rapport étroit qu'il existe entre un lieu, des personnes et des connaissances informelles qui relèvent d'un milieu professionnel. Les développements qui suivent ne reprendront ni le droit romain ni la culture antique car un Romain n'aborderait pas les échanges entre citoyens de la même façon qu'un entrepreneur contemporain qui noue des relations afin de concevoir ou de produire quelque chose. Les entrepreneurs comme l'Administration apprécient d'encadrer leur pratique au moyen de différentes formes censées normer les conduites. Baldus nous invite cependant à « vivre avec l'imperfection »⁵² et rappelle que le droit romain n'est pas un système ordonné. La vie du citoyen romain était liée à la vie de la cité. Une norme juridique était envisagée sous l'angle de son utilité pratique autant que du point de vue de son effet politique⁵³. La volonté de préserver un certain équilibre social impose une certaine prudence lors de la modification du droit. Le romaniste heidelbergois rappelle par ailleurs que le droit romain n'avait pas

⁵² BALDUS, Cristian. « Desarrollar un derecho de diferencias. la aportación del derecho romano a la orientación del jurista europeo ». Dans : Espacios de particulares, espacios de juristas: estudios dogmáticos de derecho privado romano, 2006-2016. Madrid : Marcial Pons, 2017, n° 11. ISBN 978-84-9123-304-6 L'expression « vivir con la imperfección » figure dans le texte.

⁵³ En ce sens *ibid.*, n° 12.

vocation à résoudre toutes les difficultés pratiques. Les mœurs étaient d'une grande importance⁵⁴. Les entrepreneurs et l'Administration tiennent de nos jours à ce que tout soit bien ordonné. Ce n'est pas d'ordre dont il s'agit mais d'ordonnement ; celui-ci se manifeste par des procédures et autres formes qu'il convient de respecter. Cet attrait pour un ordonnancement qui n'a rien de romain n'empêche ni l'instauration ni le maintien d'un désordre bien ordonné. Des auteurs et praticiens se sont rendu compte de l'effet de ces formes qui obèrent le travail. Muir Walker se fonde sur l'expérience de la *Food and Drug Administration* des États-Unis d'Amérique, connue pour son respect scrupuleux des procédures, pour rappeler que ces connaissances formalisées peuvent conduire une personne qui se contente de suivre une procédure à ne plus douter⁵⁵. Sirks rappelle que la *domus* du *paterfamilias* était considérée religieusement⁵⁶. Ce dernier y échangeait des considérations relatives tant aux affaires publiques qu'à ses affaires privées. Les temps ont changé mais ceux qui s'intéressent à l'entreprise insistent sur l'importance des échanges de connaissances, notamment dans les espaces collaboratifs⁵⁷. Ces échanges ont lieu en face-à-face dans un lieu précis et concernent des

⁵⁴ BALDUS, Cristian. « La autonomía privada en Roma: imágenes y proyecciones entre derecho, historia y política ». Dans : *Espacios de particulares, espacios de juristas: estudios dogmáticos de derecho privado romano, 2006-2016*. Madrid : Marcial Pons, 2017, p. 111 et s. (n° 2011). ISBN 978-84-9123-304-6.

⁵⁵ MUIR WALKER, Alexander Muir. « Tacit knowledge ». *European Journal of Epidemiology*. Springer, 2017, Vol. 32, n° 4, p. 267.

⁵⁶ SIRKS, A. J. B. « Furtum and manus / potestas ». *Legal History Review* [en ligne]. Brill Academic Publishers, Novembre 2013, Vol. 81, n° 3/4, p. 480. DOI 10.1163/15718190-08134P06.

⁵⁷ V. sur ce point FABRI, Julie. « Les espaces de coworking : ni tiers-lieux, ni incubateurs, ni Fab Labs ». *Entreprendre Innover*. 2016, Vol. 31, n° 4, p. 12..

personnes qui peuvent être des concurrents⁵⁸. Cohendet relève que les auteurs qui s'intéressent à l'entreprise reprennent le concept de *tacit knowledge* développé par Mickaël Polanyi⁵⁹ dans son œuvre *The Tacit Dimension* paru pour la première fois en 1966. Le succès de cette œuvre en pays anglo-saxon ne saurait éclipser les influences européennes de l'auteur⁶⁰. Ce concept est intéressant mais nécessiterait des développements importants qui n'auraient qu'un lien distant avec l'IA. De surcroît, l'utilisation de l'adjectif «tacite» est une source de confusion potentielle. Un contrat par lequel une personne achète une baguette dans une boulangerie en la payant à la boulangère par-dessus le comptoir est un contrat consensuel puisque l'accord sur la chose et le prix suffit ; il n'est pas tacite car les parties doivent s'exprimer pour conclure la vente. L'expression «connaissances informelles» employée dans le cadre de ce travail désigne des connaissances qui peuvent être acquises dans le cadre de l'exercice d'une activité sans tenir compte d'une forme spécifique qu'il s'agisse d'une procédure, d'un protocole ou d'un guide de bonnes pratiques. L'adjectif « tacite » étant largement utilisé dans la littérature, il est conservé dans ce travail. Ceci est sans incidence sur le sens de ce travail car les connaissances tacites auxquelles les auteurs font référence sont informelles. Certaines professions sont soumises à une déontologie. Le professionnel doit alors veiller à

⁵⁸ SCARINGELLA, Laurent et RADZIWON, Agnieszka. « Innovation, entrepreneurial, knowledge, and business ecosystems: Old wine in new bottles? ». *Technological Forecasting and Social Change* [en ligne]. Novembre 2018, Vol. 136, paragr. 4.6.

⁵⁹ COHENDET, Patrick. « Interaction between tacit and codified knowledge in socio-spatial context ». *Prometheus* [en ligne]. Pluto Journals, 2014, Vol. 32, n° 1, p. 103. DOI 10.1080/08109028.2014.945288.

⁶⁰ FESTRÉ, Agnès et ØSTBYE, Stein. « Michael Polanyi on creativity ». *Revue d'économie industrielle*. Septembre 2021, Vol. 174, n° 2, p. 101.

utiliser les connaissances informelles conformément à sa déontologie en veillant par exemple à ne pas les utiliser d'une manière qui le placerait au centre d'un conflit d'intérêts. La déontologie restreint l'emploi des connaissances informelles sans imposer l'emploi d'une forme spécifique à l'utilisation desdites connaissances. Turner souligne dans un article paru en 1982 que bien des consultants considèrent que leur mission s'achève dès qu'ils ont appliqué une solution en accord avec le client⁶¹. Cette tâche peut se résumer à la production d'un rapport. Ce propos est probablement pertinent pour d'autres professionnels du droit et du chiffre dont l'acte peut se réduire à la production d'une forme écrite ou orale. L'auteur estime toutefois qu'un professionnel peut accorder davantage d'importance au processus d'échange avec le client grâce auquel se dernier s'engage dans la recherche d'un consensus et l'acquisition de connaissances qui le conduiront par exemple à revoir l'organisation de son entreprise⁶². Un tel processus ne peut être concluant sans échanges informels.

Un entrepreneur aime fixer certains repères afin de savoir où il va mais ne tient pas à figer une situation qu'il souhaite modifier à sa guise si une opportunité se présente. Les développements précédents sur le détournement aide à apprécier la fonction des connaissances informelles dans l'amélioration d'un procédé ou d'un produit.

1.3.2 Apporter une amélioration technique

⁶¹ TURNER, Arthur N. « Consulting is more than giving advice ». Harvard Business Review. Vol. 60, n° 5, p. 126.

⁶² Ibid., p. 128 et s.

L'utilisation de connaissances informelles est une question d'une grande importance pratique en matière d'intelligence artificielle car un entrepreneur en intelligence artificielle utilisera très probablement une technique connue d'autres personnes de son milieu, notamment pour parvenir à expliquer ce qu'une intelligence artificielle fait⁶³. La valeur ajoutée de sa prestation correspond à l'adaptation de cette technique au besoin de son client. Cette adaptation sera le fait de son génie⁶⁴ et de son expérience. Un concurrent indélicat comprend vite l'intérêt qu'il peut y avoir à utiliser l'expérience ou le génie sans s'acquitter d'une quelconque contrepartie. L'Arrêt Google (Shopping) illustre l'importance de l'amélioration perpétuelle en intelligence artificielle. Cette amélioration peut être considérée comme un moyen de se distinguer de la concurrence par ses mérites ou, au contraire, comme un moyen d'abuser de sa position dominante. Les développements qui suivent ne surprendront pas le lecteur qui ne manquera pas de songer au détournement. Les frontières entre perturbation, amélioration et détournement sont particulièrement floues en matière d'intelligence artificielle. Google a soutenu qu'il avait évincé une partie de la concurrence de manière normale grâce aux mérites de son service⁶⁵.

« La Commission précise qu'elle conteste au demeurant l'amélioration du service de recherche générale de Google. S'il est

⁶³ GUIDOTTI, Riccardo, MONREALE, Anna, RUGGIERI, Salvatore, et al. « A Survey of Methods for Explaining Black Box Models ». ACM Computing Surveys [en ligne]. Août 2018, Vol. 51, n° 5, paragr. 6. DOI 10.1145/3236009.

⁶⁴ Le terme est ici entendu comme l'ensemble des techniques appliquées à la mise au point d'une solution qui n'est pas forcément extraordinaire.

⁶⁵ TUE, 10 novembre 2021, 612/17, Aff. Google et Alphabet c. Commission, points 139 et s.

effectivement possible que Google améliore son service de recherche générale en affichant « certains » résultats groupés dans ses pages de résultats générales, elle n'aurait pas pu améliorer son service de recherche générale en affichant « uniquement » des résultats groupés provenant de son propre comparateur de produits dans ses pages de résultats générales. Par ailleurs, la Commission rappelle que, selon elle, le comportement de Google ne peut être justifié par aucune raison objective liée à l'amélioration de la qualité du service de recherche générale de celle-ci. »⁶⁶

Le Tribunal approuve l'argumentation de la commission aux points 171 et suivants :

« La Commission a ainsi exposé, en substance, dans la partie 7.2.2 de la décision attaquée, que ledit trafic permettait de bénéficier d'effets de réseau, dans la mesure où plus un comparateur de produits recevait de visites d'internautes, plus il accroissait la pertinence et l'utilité de ses services et plus les marchands seraient enclins à y recourir, et que ce trafic permettait également de générer des revenus grâce à des commissions ou à des annonces publicitaires, ces revenus pouvant, le cas échéant, être utilisés pour améliorer l'utilité des services rendus et ainsi se distinguer des concurrents. En d'autres termes, la Commission a exposé que générer du trafic permettait d'engager un cercle vertueux, à savoir améliorer la pertinence des résultats et donc attirer plus d'utilisateurs et in fine plus de revenus, en provenance des partenaires publicitaires ou des vendeurs sur

⁶⁶ Id. point 147.

Internet qui plaçaient leurs produits sur le site du comparateur, ce qui impliquait, corrélativement, la capacité de l'entreprise concernée à effectuer plus d'investissements pour améliorer ou, à tout le moins, conserver sa position dans la concurrence, dans un secteur, le numérique, où l'innovation est la clé de la réussite commerciale. Inversement, la perte de trafic peut conduire à un cercle vicieux et, à terme, à une sortie du marché, faute de pouvoir se livrer à une concurrence sur des éléments essentiels de celle-ci comme la pertinence des résultats et l'innovation, les deux étant liés, les comparateurs de produits innovant pour améliorer la pertinence de leurs résultats et ainsi attirer plus de trafic et donc plus de revenus. »

Le point 171 est particulièrement intéressant en ce que la Commission ne critique pas la présentation des résultats favorables à Google mais met en évidence les deux ressorts du favoritisme : la technique permet de traiter des données pertinentes afin d'avoir des résultats plus pertinents que la concurrence. Cette augmentation du trafic pertinent est une source de revenus. Cet enchevêtrement du commercial et de la technique pourrait a priori rappeler les chalands des boutiques physiques. Un commerçant dont la boutique est située dans un endroit fréquenté par des gens susceptibles d'être intéressés par ses produits vendra probablement plus de produits qu'un vendeur dont la boutique est peu visible ou difficilement accessible. Le même effet se retrouve sur Internet : un site bien conçu sera mieux référencé et apparaîtra plus haut dans les résultats d'un moteur de recherche qu'un site mal conçu. Il y a cependant un autre effet propre au trafic vers un site Internet. Le référencement dans les résultats

d'un moteur de recherche varie notamment en fonction du trafic relevé par le moteur de recherche vers ledit site. C'est un peu comme si la visibilité d'une boutique variait selon le nombre de chalands qui s'y rendaient. Le fait de présenter les résultats de recherches d'une manière défavorable à la concurrence n'est pas en soi contraire à l'article 102 du TFUE. C'est pourquoi la Commission a ensuite contesté le mérite de Google en arguant que l'utilisation de cette technique n'apportait rien à l'utilisateur du moteur de recherche. Elle a enfin montré que les comparateurs concurrents ne pouvaient substituer par aucune autre source le trafic issu de Google et détourné par ce dernier au profit de son propre comparateur compte tenu de sa position dominante. L'argument du géant américain conserve néanmoins une certaine pertinence du point de vue de l'IA. Il a tenu compte des informations qu'il a échangées avec les utilisateurs de manière informelle, a adapté son offre en la rendant plus visible que celle de ses concurrents et ainsi détourner le trafic vers son comparateur alors que lui-même ne vend ni n'achète rien. Google a su se rendre incontournable sur le parcours qui sépare l'acheteur du vendeur. La technique de référencement n'est en soi pas entièrement nouvelle et pourtant Google a su exploiter ces connaissances et sa maîtrise technique pour établir des liens entre les parties prenantes à une vente.

L'amélioration technique grâce aux connaissances informelles soutient également un réseau de liens.

1.3.3 Tisser un réseau de liens

Ces liens peuvent être des liens d'obligation à la mesure d'un réseau de distribution mais ils sont d'abord simplement visibles sur un territoire. Rutten estime que certaines connaissances informelles sont liées à une organisation territoriale et sont échangées intentionnellement (conférences, formations professionnelles)⁶⁷. Parmi les connaissances acquises lors d'échanges à des colloques, certains endroits sont plus favorables que d'autres. Les échanges relatifs au vaccin contre l'Ebola se ramènent à quelques points locaux. À l'inverse, les échanges liés à l'usage de l'informatique dans le secteur de la finance sont liés aux banques mais ne dépendent pas de centres de recherches précis⁶⁸. L'importance de la géographie dans le développement des nouvelles technologies est surprenante pour un praticien du droit mais aussi parfois pour les entrepreneurs eux-mêmes car ils sont imprégnés des récits propres à leur secteur d'activité. Des entreprises peuvent utiliser des lieux précis pour des contacts informels comme le notent Bousquet, Verstraete et Barbat⁶⁹. Celles qui transforment certaines matières premières s'installeront à l'endroit où se trouvent les ressources naturelles disponibles. Au fil du temps d'autres entreprises ayant des activités concurrentes ou complémentaires s'installent. Asselineau, Albert-Cromarias et Ditter désignent ces réseaux d'activité sur un terrain où se trouvent des

⁶⁷ RUTTEN, Roel. « Beyond proximities: The socio-spatial dynamics of knowledge creation ». *Progress in Human Geography*. SAGE Publications Sage UK: London, England, 2017, Vol. 41, n° 2, p. 163.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 171.

⁶⁹ BOUSQUET, François, VERSTRAETE, Thierry et BARBAT, Valérie. « La théorie des conventions pour comprendre l'ancrage territorial des PME ». *Revue de l'Entrepreneuriat*. Académie de l'Entrepreneuriat et de l'Innovation, 2018, Vol. Vol. 17, n° 3, p. 98.

ressources naturelles sous le nom d'« écosystème »⁷⁰. Asselineau et Cromarias ont étudié la coutellerie française dans une région historiquement connue pour cette activité, à savoir la ville de Thiers. Ils relèvent que « Sur le plan cognitif, la culture technique et le savoir-faire collectif développés sur place dans toutes les activités liées à la coutellerie imprègnent l'activité locale, comme en attestent les activités industrielles implantées récemment. Sur le plan normatif, ce sont davantage les règles tacites, historiquement approuvées par les entreprises, qui semblent s'appliquer. »⁷¹ Les auteurs relèvent cependant que les entrepreneurs veulent rester indépendants, ; ce qui semble freiner les stratégies de développement collectif pourtant encouragées par les organisations publiques locales. »⁷² Les connaissances qui sont inchangées forment des liens qui sont délicats à caractériser car ils sont ambigus. Lanciano, Poisson et Saleilles ont identifié « une quadruple ambiguïté : une ambiguïté d'organisation car il s'agit de systèmes d'organisation incomplets, sans hiérarchie, ni contrôle afin notamment de permettre aux partenaires d'avoir des attentes qui ne sont pas nécessairement identiques ; une ambiguïté d'intention dans la mesure où les objectifs poursuivis à court et moyen terme ne sont pas les mêmes selon les entrepreneurs ; une ambiguïté de compréhension car les entrepreneurs n'ont pas nécessairement perçu de prime abord les changements auxquels la

⁷⁰ ASSELINEAU, Alexandre, ALBERT-CROMARIAS, Anne et DITTER, Jean-Guillaume. « L'écosystème local, ressource clé du développement d'une entreprise ». *Entreprendre & Innover* [en ligne]. 2014, Vol. 23, n° 4, p. 64. DOI 10.3917/entin.023.0059.

⁷¹ ASSELINEAU, Alexandre et CROMARIAS, Anne. « Les stratégies collectives sont-elles toujours applicables dans un « milieu » ? Une réflexion à partir du contre exemple de la coutellerie thiernoise ». *Management & Avenir. Management Prospective Ed.*, 2011, Vol. N° 50, n° 10, p. 149.

⁷² *Ibid.*

participation à une stratégie collective allait les conduire y compris dans le fonctionnement de leur propre entreprise ou dans la manière dont les décisions se prennent ; une ambiguïté d'histoire liée au fait que ces stratégies se développent le plus souvent en TPE [très petites entreprises] entre des entreprises appartenant à un territoire, entre des entrepreneurs qui se connaissent souvent depuis longtemps. »⁷³

Cette ambiguïté contribue à ancrer l'activité dans un lieu de partage de connaissances. Cette analyse est à rapprocher de celle de Rutten qui soulève qu'il peut y avoir une pluralité de lieux pertinents. L'institutionnalisation des connaissances au sein d'un lieu doit cependant être nuancée comme le montre l'étude de la coutellerie thiernoise par Asselineau et Cromarias : « Une entreprise de coutellerie s'identifie au nom de son créateur, les repreneurs extra-locaux devant prouver leur capacité à s'intégrer localement. Or, par rapport aux stratégies collectives difficiles à développer sur ce territoire, par ailleurs plutôt propices à de tels comportements, la variable entrepreneuriale semble pouvoir expliquer, au moins en partie, la situation »⁷⁴. Quoi qu'il en soit, le lieu demeure intéressant lorsqu'il permet un partage de connaissances formelles et informelles. Lorsque la personne qui sollicite l'intervention d'un entrepreneur en intelligence artificielle dispose de connaissances en informatique, la prestation s'en trouve facilitée. En effet, selon Hodosi, Johansson et Rusu, les connaissances tacites sont celles qu'une personne possède. Les services informatiques d'une agence gouvernementale tiennent

⁷³ LANCIANO, Émilie, POISSON, Marie et SALEILLES, Séverine. « Comment articuler projets individuel, collectif et de territoire ? Le cas d'un collectif de transformation et commercialisation en circuits courts ». *Gestion* 2000. Décembre 2016, Vol. Volume 33, n° 2, p. 78.

⁷⁴ ASSELINEAU, Alexandre et CROMARIAS, Anne, art. cit., p. 149.

compte de la perte de connaissances tacites et savent le temps approximatif de formation d'une nouvelle personne destinée à remplacer celle qui quitte l'organisation avec ses connaissances. En revanche, s'il est possible de standardiser les pratiques ou de s'en tenir aux pratiques recommandées dans un secteur d'activité, les connaissances tacites sont moins utiles⁷⁵. Ce n'est pas une spécificité des métiers de l'informatique. Reprenant les travaux de Ployart et Moliterno, on remarque que les connaissances informelles sont certes porteuses d'ambiguïté mais qu'elles peuvent être avantageusement employées afin de mener à bien des tâches complexes car ceux qui les utilisent parviennent à créer des liens solides et à coopérer⁷⁶. Étudiant les réseaux de franchise, Paswan et Wittmann notent que les connaissances tacites peuvent être acquises à l'occasion de la découverte d'une difficulté et d'une solution, d'éléments qui apparaissent importants dans un cas déterminé. Cette connaissance n'est pas organisée de manière formelle⁷⁷. La réapparition du lieu comme théâtre des échanges informels corrobore l'analyse selon laquelle les lieux et les connaissances sont les deux versants d'un

⁷⁵ HODOSI, Georg, JOHANSSON, Daniel et LAZAR, Rusu. « Does it Matter the Loss of Tacit Knowledge in IT Outsourcing? A study in a Swedish Governmental Agency ». Dans : *Procedia Computer Science*. Vol. 121 [en ligne]. Barcelona, 8 novembre 2017, p. 149. DOI 10.1016/j.procs.2017.11.066.

⁷⁶ PLOYHART, Robert E. et MOLITERNO, Thomas P. « Emergence of the human capital resource: A multilevel model ». *Academy of management review*. Academy of Management Briarcliff Manor, NY, 2011, Vol. 36, n° 1, p. 137.

⁷⁷ PASWAN, Audhesh K. et WITTMANN, C. Michael. « Knowledge management and franchise systems ». *Industrial Marketing Management* [en ligne]. Février 2009, Vol. 38, n° 2, p. 175. (Knowledge Management in Industrial Markets). DOI 10.1016/j.indmarman.2008.12.005.

même obstacle que l'entrepreneur doit surmonter afin de mener son projet à bien.

Au terme de ce paragraphe, il apparaît que les informations qui vont permettre à une entreprise de se distinguer de la concurrence sont souvent échangées de manière informelle. L'analyse du développement d'une entreprise conduit à les reconstituer.

Au terme de cette partie, il apparaît que l'intelligence artificielle n'a pas le monopole de la perturbation. Elle est le fait de personnes singulières et ne peut de ce fait pas être standardisée. Contardo Ferrini qui n'a été influencé ni par les récits du MIT, ni par ceux de la Silicon Valley, ni par ceux d'une *business school* nous rappelle qu'un comportement suspect semblable à la soustraction ou au détournement de la chose d'autrui est parfois difficile à définir de manière abstraite. Cette difficulté peut être surmontée par la recherche de lieux précis et de connaissances informelles. Cette analyse adaptée du *furtum* contribue à éclairer cette difficulté de définition. Il n'y a pas besoin en droit de définition très précise car il est préférable de laisser une certaine marge d'interprétation. Une définition juridique doit cependant être très stable. Cette stabilité tend à figer le concept qu'elle définit alors qu'un entrepreneur dans un secteur technique cherche souvent des points de repère à partir desquelles tracer sa route et tisser un réseau de liens susceptibles d'être source de connaissances informelles utiles au développement de son activité. Les techniques et procédés évoluent rapidement. Un entrepreneur en intelligence artificielle préférerait donc employer des

définitions très précises mais ne se soucie pas autant qu'un juriste de leur stabilité. Il souhaite protéger l'action qu'il a sur la chose d'autrui afin de la rendre « intelligente ». Les développements qui précèdent ont souligné l'importance des connaissances et de la puissance exercée sur la chose d'autrui. Ces deux éléments expliquent le rapprochement de l'IA, non seulement du *furtum* mais aussi de la possession. Il va être vu qu'il est opportun de rechercher la possession en matière d'intelligence artificielle.

2. La possession assumée

L'IA traite des données qui lui sont fournies. La réalité doit être transcrite sous une forme qu'elle puisse traiter. Les êtres humains s'expriment aussi pour rendre compte de la réalité qu'ils perçoivent. Ils doivent utiliser une forme qu'une autre personne est capable de comprendre. Ces formes utilisées par des humains pour s'exprimer sont artificielles. À la différence du langage humain, l'IA suppose, comme d'autres techniques de traitement des données, que les données puissent être traitées par des machines avant d'être exploitables par un humain. Ces contraintes techniques contribuent à un réductionnisme ambivalent (2.1) que l'étude du droit romain amène à mieux comprendre grâce à l'analyse du *corpus* (2.2) et de l'*animus* (2.3).

2.1 Un réductionnisme ambivalent

Un entrepreneur peut être attiré par un droit de propriété qui correspondrait à un monopole sur l'exploitation des données. Cette impression est causée par une abstraction trompeuse (2.1.1). Lors de la mise au point d'une IA, la nature est réduite à des données que celle-ci va traiter (2.1.2). Ceci peut sembler évident. Néanmoins, il est en pratique indispensable de dépasser les données pour que l'IA fonctionne car la nature d'une chose ne se limite pas à des données (2.1.3).

2.1.1 Une abstraction trompeuse

La propriété comme concept unitaire est aussi ambivalente en droit romain qu'en matière de technologies nouvelles. Selon Ruelle et Fabri, « À l'exact opposé de nos conceptions les plus communes, la propriété romaine ne condense pas un faisceau ou une somme de facultés sur une chose matérielle, dont le droit aurait à déterminer les parties et à apprécier l'étendue. Elle définit un espace de souveraineté où s'exerce un pouvoir discrétionnaire, la *patria potestas* du *pater familias*... »⁷⁸ La multitude de droits privatifs et la pluralité de statuts personnels en droit romain rendent l'emploi du terme « propriété » délicat mais la *potestas* du *pater familias* légitime la réduction à un concept unitaire à défaut de la justifier tout à fait d'un point de vue théorique. Il semble opportun d'observer une prudence similaire en matière de propriété intellectuelle en particulier lorsqu'il est question d'intelligence artificielle. Un ordinateur exécute un programme

78 RUELLE, Annette et FABRI, Éric. « Le plus absolu des droits, entre désir idéal et idéal d'autonomie. L'invention de la propriété des anciens comparée à celle des modernes ». *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*. 2018, Vol. Volume 81, n° 2, p. 129.

capable d'effectuer des opérations sur des données. Ce programme a pour point de départ un code source souvent appelé simplement « code » constitué de lignes qui contiennent les instructions que le programme doit exécuter. L'intelligence artificielle estompe la différence entre le code source du programme et les données que ledit programme traite. Sabouret indique que l'intelligence artificielle effectue des opérations sur le programme comme sur des données. C'est ainsi que la machine modifie sa façon de traiter des données notamment au cours d'une phase d'apprentissage⁷⁹. Ce dernier a pour but d'obtenir notamment un traitement plus précis que celui qui pourrait être programmé seulement par un humain. La différence s'explique par la capacité de la machine à modifier son code source de manière autonome durant la phase d'apprentissage. Lors de la conception de l'intelligence artificielle, il est nécessaire de trouver un procédé par lequel la machine parvient au résultat souhaité par une personne sans accomplir la tâche comme un être humain. Sabouret prend l'exemple du jeu d'échecs et insiste sur le fait que l'intelligence artificielle n'est pas plus performante qu'un être humain uniquement parce qu'elle peut calculer davantage de coups que lui. La « force brute » ne fait pas tout et il faut trouver une « heuristique » par laquelle la machine est en mesure d'aborder la réalité pour produire un résultat⁸⁰. Un petit enfant sait intuitivement reconnaître une pomme en la rapprochant d'une pomme qu'il a vue antérieurement alors même qu'il n'a jamais vu la pomme qu'on lui présente maintenant. Une machine est incapable de faire de tels

⁷⁹ SABOURET, Nicolas et DE ASSIS, Lizete. Comprendre l'intelligence artificielle. Paris : Ellipses, 2019, p. 14.

⁸⁰ Sabouret *ibid.*, p. 64 et s.

rapprochements. Elle ne peut *a fortiori* ni faire une tarte aux pommes ni trouver le chemin à suivre comme un humain. Il faut trouver une heuristique adaptée au calcul d'itinéraire et une autre destinée à la confection de tarte aux pommes. Il s'agit de choses très différentes. Rien n'empêche toutefois un informaticien de s'inspirer de la manière dont un système de navigation par satellite calcule un itinéraire pour permettre à une machine de disposer les tranches de pomme sur la pâte. C'est peut-être très improbable en pratique mais pas inconcevable. Examiner les difficultés de la fourniture d'un service comportant une IA à la lumière du *furtum* et de la possession en droit romain, permet en outre de prêter attention aux controverses théoriques multiséculaires et ainsi de repérer des difficultés susceptibles de se poser à nouveau. Une théorie ne se heurte pas à une théorie opposée mais à la nature des choses dont elle rend compte. Le droit se prête bien à l'analyse théorique et Grzegorzcyk explique brillamment pourquoi : « On dit généralement que le droit « reflète le monde », mais il faut se rendre compte de l'imprécision de cette affirmation, car le reflet en question est partiel et imparfait, et de plus une partie du droit (des choses juridiques) a une existence tout à fait autonome qui ne reflète aucune réalité extérieure, aucune chose du monde extra-juridique. »⁸¹ Toute théorie impose de ne retenir que certains éléments considérés comme essentiels à la compréhension imparfaite du monde qui nous entoure.

⁸¹ GRZEGORZCZYK, Christophe. « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? » Dans : Les biens et les choses en droit. Paris : Sirey, 1979, p. 261. (Archives de philosophie du droit ; n° 24). ISBN 978-2-248-00697-6 Un brevet est par exemple une chose juridique car on ne trouve pas de brevet dans la nature.

La réduction opérée en droit semble différente de celle utilisée lors de la conception d'un service comportant de l'IA.

En examinant l'évolution récente du droit des propriétés incorporelles, il est possible de voir qu'elle est parallèle à celle des sciences naturelles. Le droit européen des brevets en porte la marque : « Les inventions portant sur des plantes ou des animaux sont brevetables si leur application n'est pas techniquement limitée à une variété végétale ou à une race animale (directive de l'UE 98/44/CE, considérant 29). Cependant de tels végétaux ou animaux ne doivent pas être obtenus exclusivement au moyen d'un procédé essentiellement biologique (cf. GII, 5.4).

Cette exclusion des végétaux et animaux obtenus exclusivement au moyen d'un procédé essentiellement biologique s'applique aux demandes de brevet ayant une date de dépôt et/ou de priorité postérieure au 1er juillet 2017. Elle ne s'applique pas aux brevets délivrés avant cette date, ni aux demandes de brevet en instance ayant une date de dépôt et/ou de priorité antérieure au 1er juillet 2017 ».⁸² Cette ici que l'on retrouve la différence entre la biologie et les biotechnologies. La première s'intéresse à un organisme vivant et à sa reproduction tandis que la seconde recherche un processus biologique afin de l'utiliser dans un autre contexte, qu'il s'agisse de fermentation ou de génie génétique permettant d'isoler un gène afin de l'introduire par la suite dans un autre organisme vivant qui n'en

⁸² Directives relatives à l'examen pratiqué, partie G § 5.2(ii) prises en application de la Règle 28(2) du Règlement d'exécution relative à l'article 53(b) de la Convention sur le brevet européen. Adde OEB, G 0003/19, 14 mai 2020, Poivron (faisant suite à « Tomate II » et « Brocoli II »), p. 5 et s.

est pas naturellement porteur. Le brevet accorde un monopole sur un procédé au-delà du contexte dans lequel le processus naturel se produit. L'exclusion de la brevetabilité vise à préserver la libre exploitation de processus essentiellement naturels. De très nombreux pays délivrent un titre destiné à la reconnaissance de la paternité d'une obtention végétale et à la protection de son exploitation depuis la création de l'Union pour la protection des obtentions végétales en 1961. Hans Dons travaillant pour le semencier Bioseeds relève dans un article paru avant l'entrée en vigueur de la réforme du droit européen des brevets suscitée que l'exclusion de procédés essentiellement biologiques peut causer des difficultés pratiques en matière de production de plants de tomates car la mise au point de ces procédés essentiellement biologiques repose sur le code génétique⁸³. Cette analyse du code génétique peut elle-même tirer parti de l'IA⁸⁴. Cette dernière se trouve souvent là où on ne l'attend pas et ceci ne devrait pas surprendre car elle est utilisée afin de produire des données ; tout ce qui peut servir de substrat de production de données est susceptible d'être traité par l'IA. La conception d'une IA sera menée à bien si ceci est faisable techniquement et commercialement intéressant. Analyser des images de feuille de plant de tomates est une tâche très différente de l'analyse du génome, même pour une intelligence artificielle. Il est nécessaire de bien déterminer les données pertinentes et la technique utilisée. La seule fonction de l'IA est de produire de nouvelles données. Pour un être humain, une feuille ou un gène de plant de

⁸³ DONS, J.J.M. (Hans). « Intellectual Property Rights Systems and Innovation in the Plant Breeding Industry ». EuroChoices [en ligne]. Avril 2013, Vol. 12, n° 1, p. 38. DOI 10.1111/1746-692X.12018.

⁸⁴ SABOURET, Nicolas et DE ASSIS, Lizete, op. cit., p. 100 et s.

tomates renvoient à ce dernier ; une machine est incapable de faire un tel rapprochement, fût-il instinctif car il relève de la nature. L'IA ne produit que des données, c'est-à-dire une chose artificielle, à partir de données. C'est ce qui permet à l'IA d'être plus performante qu'un être humain dans l'accomplissement de certaines tâches en dehors de la puissance de calcul ou force brute : contrairement à un être humain, une IA n'est pas limitée par la nature. C'est cette différence essentielle qui a permis à Google de créer des lieux artificiels et de susciter une dynamique locale qui conduisent les internautes à passer des pages de résultats de recherche au comparateur de prix. Un *fur* devra quant à lui très probablement se rendre sur l'exploitation dont il entend voler les fruits ou les produits. L'emplacement de celle-ci ne dépend bien souvent pas du tout de sa volonté. Les facultés de l'être humain sont restreintes par la nature à laquelle une machine est insensible : si la machine semble dépasser les capacités d'un humain dans le traitement du génome, c'est parce qu'un humain a su rapprocher le plant de tomates de l'IA en tenant compte de la nature des données et du traitement à effectuer, tant du point de vue de la technique utilisée que de l'outil de calcul qui va servir à l'exécution de ladite technique⁸⁵. L'IA est ambivalente car elle produit des données qui permettront d'agir sur le plant de tomate en utilisant par exemple des techniques physiques ou chimiques qui modifieront la plante⁸⁶. Il n'en demeure pas moins que les différentes opérations

⁸⁵ V. par exemple *ibid.*, p. 148 et s. L'auteur indique qu'un réseau de neurones est une technique très efficace mais limitée par la puissance de calcul des processeurs d'ordinateur (CPU) avant l'apparition du calcul parallèle par carte graphique (GPU).

⁸⁶ CHAUDHARY, Juhi, ALISHA, Alisha, BHATT, Vacha, et al. « Mutation Breeding in Tomato: Advances, Applicability and Challenges ». *Plants*

effectuées n'ont qu'un lien lointain avec le plant de tomate utilisée pour la conception de l'IA. Trommetter, Vautrin et Marie-Vivien soulignent l'intérêt croissant de l'agro-industrie pour le matériel génétique⁸⁷.

Les données produites par l'IA sont une chose différente et distincte de la chose naturelle. La création d'une chose distincte apparaît nettement dans l'affaire Google (Shopping) précitée. Le géant californien ne prend pas part à la vente et il ne rapproche pas les parties comme le ferait un courtier. L'IA lui permet de profiter de sa position dominante pour s'assurer que la plupart des internautes empruntent une voie pavée par lui afin par exemple d'acheter un bien, quelles que soient les parties à la vente, voire le bien acheté. Tous les étudiants en droit savent qu'une vente oblige à tout le moins le vendeur à transférer la propriété d'une chose déterminée ou déterminable à l'acheteur en contrepartie du paiement d'un prix. Contrairement à un juriste ou à un individu qui ne connaît rien au référencement par un moteur de recherche, Alphabet s'intéresse d'abord aux données pertinentes pour le référencement, pas aux éléments caractéristiques d'une offre à savoir la chose et le prix. Il va de soi qu'ils doivent être pris en compte dans le cadre d'un comparateur d'offres mais ils le sont uniquement dans le cadre du référencement d'une façon qui mette en valeur les

[en ligne]. Multidisciplinary Digital Publishing Institute, Mai 2019, Vol. 8, n° 5, paragr. 2.1 et s. DOI 10.3390/plants8050128.

⁸⁷ TROMMETTER, Michel, VAUTRIN, Marie-Anne et MARIE-VIVIEN, Delphine. « Chapitre 2. Les ressources génétiques pour l'agro-industrie : des échanges complexes ». Dans : AUBERTIN, Catherine, BOISVERT, Valérie et PINTON, Florence (dir.), Les marchés de la biodiversité [en ligne]. Marseille : IRD Éditions, 2007, n° 42 et s. (Objectifs Suds). Disponible à : <URL : <http://books.openedition.org/irdeditions/2311>>.

services d'Alphabet. L'informaticien ne s'en est pas caché et a invoqué la concurrence par les mérites en défense. La chose à vendre n'a d'intérêt que si elle peut être réduite à des données.

Il semble cependant nécessaire de dépasser ces données afin de pouvoir en faire quelque chose de pertinent.

2.1.3 Le dépassement des données

Il est évident qu'une personne qui se rend sur un comparateur d'offres souhaite acheter une chose. Il faut donc que cette chose à vendre existe quelque part. En spécialiste du référencement, Alphabet sait répertorier et trier les données en masse afin de les proposer aux utilisateurs de Google. Son savoir-faire comporte indiscutablement une partie informatique. Il ne s'agit pas d'une entreprise philanthropique. Alphabet doit faire en sorte d'exploiter les données afin que l'utilisateur de ses services trouve un intérêt à les utiliser. C'est en ce sens qu'elle doit dépasser les données pour atteindre son objectif : gagner de l'argent. L'entreprise y parvient en fournissant des services non tangibles qui portent sur des choses tangibles telles que des meubles insérés dans une offre de vente ou des choses intangibles telles que des mots traduits d'une langue étrangère. Par la réduction à des données, Alphabet arrive à influencer sur des relations relatives à des choses de nature différente. Cette influence n'est autre que la *potestas*. La propriété en matière de chose non tangible n'est pas dénuée d'intérêt. Catala indique de manière clairvoyante en 1966 que les droits nouveaux accordent beaucoup

d'importance à la personne de leur créateur et prend pour exemple le droit d'auteur. Alphabet, un entrepreneur en intelligence artificielle ou un auteur ont créé quelque chose alors que le propriétaire d'un vignoble a dû acquérir les choses naturelles qu'il cultive de quelqu'un d'autre. La nature contrairement aux lieux dans l'affaire Google (Shopping) ne peut être créée. Il est intéressant de noter que le droit sur une variété porte sur une « obtention végétale » et non une « création végétale ». Une création est artificielle ; créer une chose naturelle est impossible. Croire l'inverse revient à se prendre pour le Créateur. Quand un entrepreneur rend la chose d'autrui intelligente, ne peut-on pas affirmer qu'il la transforme ? La réduction impose de produire des données qui sont distinctes de la chose à partir de laquelle elles sont produites. Ceci ne signifie pas que l'IA n'apporte rien ni en bien ni en mal mais qu'elle ne change pas la chose à laquelle on l'applique. Une publicité peut changer la représentation que l'on a d'une chose qu'elle vante mais pas sa nature. Il en va de même pour l'IA. Les juristes romains établissaient un lien entre transformation et nature. D 41.7.7.7 (res cott. Gai. 2) présente notamment deux points de vue opposés :

«Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant hunc dominum esse qui fecerit, quia quod factum est, antea nullius fuerat. Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset, quia sine materia nulla species effici possit. »

L'un privilégie le créateur de la chose, l'autre favorise le propriétaire de la matière première transformée. Leesen considère que les

jurisconsultes ne privilégient aucune approche pour la résolution pratique du litige. Cette opposition est principalement rhétorique et les deux reviennent soit à ce qu'il est « naturel » de faire, soit à la nature de la chose⁸⁸. Une controverse contribue d'ailleurs à diviser la doctrine entre *accessio* et *specificatio*⁸⁹. Plisecka avance un argument qui a un rapport avec les difficultés des juristes en matière d'IA. La romaniste varsovienne relève cependant que pour identifier une chose et en déterminer le propriétaire, les jurisconsultes romains n'éprouvaient pas le besoin de la classer en tenant compte de différentes catégories⁹⁰. Une machine peut obtenir de bien meilleurs résultats de classement qu'un humain. C'est le but d'un moteur de recherche. L'IA rompt cependant définitivement le lien qui unissait le créateur d'une chose à la nature de celle-ci. C'est une caractéristique qui n'apparaît pas de manière évidente si on ne prend pas la peine de revenir au droit romain. L'IA est un procédé de traitement des données qui permet à ceux qui l'utilisent de se représenter la nature de manière différente. Cette représentation peut faire illusion et modifier le comportement des gens à la manière

⁸⁸ LEESEN, Tessa. « Produced and Bottled in Rome: who owned the wine? The controversy about "specificatio" ». *Revue internationale des droits de l'antiquité*. Office International des Périodiques, 2006, n° 53, p. 271 ; Adde FERRINI, Contardo. *Manuale di Pandette* [en ligne]. 3e éd. Milano : Società editrice libraria, 1908, n° 233; 282 et s.

⁸⁹ V. par ex. CASINOS MORA, Francisco Javier. « Iuris civilis notae ad vestem seu textile pertinentes: Notes on Dress in Roman Property Law ». *Revista Diálogos Mediterrânicos* [en ligne]. 2017, n° 13, p. 33 et s. DOI 10.24858/287.

⁹⁰ V. PLISECKA, Anna. « Accessio and specificatio reconsidered ». *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'histoire du droit / The Legal History Review*. Brill Nijhoff, Janvier 2006, Vol. 74, n° 1-2, p. 47. « However, in order to determine ownership they considered as foremost the problem of identity, which does not necessarily imply a need to classify a given case into one of the above mentioned categories. Moreover, the attempt to classify cases provided by ancient sources in this way impedes their proper understanding. ».

d'une nouvelle fausse mais elle ne modifie pas les faits qu'elle relate. L'IA influe d'une certaine façon sur la chose d'autrui. Le verbe « influencer » semble trop vague pour figurer dans une définition. La cause de ce désagrément conceptuel n'est pas l'imprécision de ce verbe mais son abstraction. La *potestas* est non seulement une question de droit mais aussi une question de fait qui nécessite une appréciation concrète de la situation dans laquelle une personne exerce une puissance sur une chose. La propriété est un droit qu'une personne a sur une chose. La puissance que l'on exerce sur une voiture en la conduisant est différente de celle que l'on exerce sur une pomme en la mangeant. Cette puissance est une question de droit et de fait. Ce concept est complexe dans la mesure où la possession naturelle se distingue de la possession civile. Cuq estime que la possession civile est celle qui tient compte de la *causa*⁹¹. L'auteur indique que la possession fondée sur une *causa* permettait au créancier de considérer que la chose ainsi possédée par le débiteur faisait partie de ses biens alors qu'il n'en était pas le propriétaire⁹². Suárez Blázquez rappelle toutefois que la possession romaine remonte au droit naturel⁹³. En d'autres termes, la possession vient conforter une situation de fait qu'il serait inéquitable de remettre en question. Traiter du droit naturel supposerait de trop s'éloigner de l'intelligence artificielle ; l'omettre serait se priver d'une façon de cerner cette dernière par contraste. Villey rappelle en 1985 que « [le

⁹¹ CUQ, Edouard. « Recherches sur la possession à Rome sous la République et aux premiers siècles de l'Empire ». Nouvelle revue historique de droit français et étranger. 1894, Vol. 18, n° 28.

⁹² Ibid., n° 29.

⁹³ SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo. « La posesión: relación jurídica universal de equidad ». Revista General de Derecho Romano. Iustel, 2018, n° 31, n° 9.

droit naturel] a cette faiblesse d'être *latent*, caché dans les choses. Son statut est d'être *non écrit*, d'abord instinct. À l'homme alors d'intervenir; car l'homme est partie de la nature, participe à l'œuvre de la nature, capable de la parachever en usant de sa faculté propre, qui est d'être (en puissance) rationnel. Donc, avec son intelligence, à lui de discerner, à travers le spectacle de la nature, si possible, l'ordre auquel elle tend - de le traduire en formules écrites - et devant ce que le droit naturel a de flou et d'inachevé, à l'occasion, de le compléter. »⁹⁴ La puissance qu'un individu exerce sur une chose, qu'il cherche à la rendre « intelligente », à la conduire ou à la manger est en grande partie instinctive. Cet instinct n'est pas écrit - ce qui incite à nouveau à faire attention à l'emploi des connaissances informelles. Le dépassement des données a lieu lorsque l'individu saisit comment il peut les exploiter. Ce dépassement propre à l'IA et la conséquence du caractère non déterministe de la programmation : quand l'informaticien ignore le résultat que produira la machine lors de l'exécution du code, il doit faire davantage attention à la nature⁹⁵ afin de la représenter d'une manière qui puisse être exploitée en dehors des phases d'apprentissage. L'IA produit des données à partir de données produites par d'autres machines mais, à supposer qu'il le sache, l'utilisateur final ne vit pas dans un monde de données mais dans la nature, certes modifiée voire altérée, mais la nature tout de

⁹⁴ VILLEY, Michel. « Le droit naturel ». Dans : La nature et la loi: une philosophie du droit. Paris : Les Éditions du Cerf, 2014, p. 33. (La Nuit surveillée). ISBN 978-2-204-09757-4. Première parution en 1985. (Italiques de l'auteur).

⁹⁵ Le terme « nature » est ici préféré à ceux de « contexte » ou d'« environnement » car une machine peut traiter un programme comme des données de sorte qu'il est difficile de distinguer les données à traiter du contexte ou de l'environnement.

même. Il s'attend notamment à ce que l'IA l'aide à se déplacer dans des rues qui n'ont rien de virtuel.

Au terme de ce paragraphe, l'abstraction apparaît trompeuse en matière d'IA car celui qui la pratique part de la nature afin de la réduire à des données susceptibles d'être traitées par une machine avant d'être exploitées. Ce processus en deux étapes comprenant une réduction puis un dépassement attire l'attention sur la puissance de fait qu'exerce un entrepreneur sur une chose qu'il rend « intelligente ». Ceci amène à examiner la conception de services comportant de l'IA sous l'angle de la possession en droit romain.

2.2 Trois approches du *corpus*

Le *corpus* est important en matière de possession. Il est d'une grande utilité pratique en matière d'IA car il permet de dissiper son caractère nébuleux. Il s'agit d'un composite (2.2.1). Lorsque les éléments matériels font défaut, il est opportun de rechercher l'implication des protagonistes d'une affaire (2.2.2). Enfin, si le *corpus* semble malgré tout filer entre les doigts du juriste qui essaye de le saisir, c'est parce qu'il est avant tout un vecteur de valeur (2.2.3).

2.2.1 Un composite

L'intelligence artificielle est un composite ; un ensemble qui comprend différents éléments qui font son efficacité. Ceci explique qu'une IA puisse notamment relever du brevet, s'il s'agit d'un procédé, du droit des dessins et modèle ou encore du droit des bases de données. Le recours à la propriété intellectuelle est d'autant plus tentant que Catala relève en 1966 que les droits créés sur de nouvelles choses sont des « ensembles »⁹⁶ ; ce qui laisse entrevoir à première vue la protection d'un ensemble hétérogène de choses destinées à rendre une autre chose « intelligente ». Bensamoun estime qu'il est possible de créer un droit de propriété spécifique destiné à protéger l'investissement de celui qui souhaite exploiter l'IA en lui conférant un monopole sur cette exploitation. L'auteur envisage plusieurs techniques juridiques⁹⁷. La question n'est pas nouvelle et Foyer la pose en 1997 notamment en matière de titularité des droits de propriété intellectuelle sur un logiciel créé par un employé⁹⁸. Quelle est la différence entre un logiciel déterministe et un logiciel comportant de l'IA ? Le premier se compose principalement de son code source qui, comme tout texte, commence à un endroit et se termine à un autre ; son contenu est figé. Le second est un procédé de traitement des données comportant du code informatique. Ce code est conçu pour pouvoir être modifié de manière autonome par la machine, souvent sans suivre aucune logique. Sabouret explique

⁹⁶ CATALA, Pierre. « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne ». Revue trimestrielle de droit civil. 1966, n° 20.

⁹⁷ BENSAMOUN, Alexandra. « Chapitre 9 : Intelligence artificielle et propriété intellectuelle ». Dans : BENSAMOUN ALEXANDRA JURISTE et LOISEAU, Grégoire, Droit de l'intelligence artificielle. Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2019, n° 440. (Les Intégrales). ISBN 978-2-275-06564-9.

⁹⁸ FOYER, Jean. « L'avenir et la finalité du droit des brevets ». Dans : Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst. Paris : Litec, 1997, p. v. ISBN 978-2-7111-2803-7. V. Article L. 113-9 du Code français de la propriété intellectuelle.

qu'un système non logique produit des résultats statistiquement plus fiables qu'un système logique⁹⁹. Il est impossible pour un être humain de rédiger un code qui soit aussi performant sinon il n'y aurait pas besoin d'IA ; un programme déterministe ferait l'affaire et serait plus fiable car plus prévisible. Sabouret manifeste un attrait pour l'autonomie de l'IA « Mais il ne faut pas oublier que rien ne se fait par magie. Un informaticien est intervenu à chaque étape du processus pour définir les caractéristiques des objets étudiés, pour choisir le bon algorithme et la bonne utilisation du résultat. Un humain a décrit à la machine les opérations à effectuer sur les données fournies. »¹⁰⁰ Ces précisions sont remarquables pour un juriste en ce qu'elles peuvent aussi bien s'appliquer au *corpus* qu'à l'*animus* de la possession. Ceci ne surprendra pas un romaniste qui sait que les sources romaines ne séparent pas l'*animus* du *corpus* de manière étanche. Un informaticien le comprend aisément puisque ce ne sont pas que le code source, un algorithme et d'autres données qui font l'intelligence artificielle ; c'est aussi et surtout ce que l'informaticien ou l'entrepreneur en fait. La formule rédigée par un humain pour décrire les opérations que la machine doit effectuer est appelée *algorithme*. Sheets rappelle que les règles juridiques romaines sont formulées de manière casuistique et comportent trois principaux éléments : un cas qui décrit une situation de fait ; une sanction ; une personne qui est le sujet de droit¹⁰¹. L'opération de base du

⁹⁹ SABOURET, Nicolas et DE ASSIS, Lizete. Comprendre l'intelligence artificielle. Paris : Ellipses, 2019, p. 124.

¹⁰⁰ Ibid., p. 110.

¹⁰¹ SHEETS, Georges A. « Distinguishing Cases and Conditions in Roman Legislation ». *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*. 2005, Vol. LII, p. 259 et s.

raisonnement juridique français repose sur un syllogisme. Il s'agit d'une opération logique qui pourrait très bien être réalisée par un ordinateur... si ce n'est que choisir une catégorie abstraite en vue d'y ranger des faits suppose de concevoir quelque chose d'abstrait sans suivre d'instructions. Ceci est rigoureusement impossible à réaliser à l'heure actuelle par une IA¹⁰². Ce n'est pas parce qu'une machine peut réaliser très rapidement des opérations sur de nombreuses données qu'elle cesse de le faire machinalement. Une IA peut être entraînée pour vérifier l'hypothèse suivante : la nuit, tous les chats sont gris. Elle risque cependant d'aboutir un résultat négatif qui est l'effet de l'apprentissage préparé puis exécuté par un informaticien. La nuit, le chat et le gris ne sont pas des catégories abstraites mais des images susceptibles d'être réduites à des données chiffrées. Le procédé *See in the Dark*, à la conception duquel ont contribué des personnes travaillant pour Intel, a fait l'objet d'une communication en 2018. Il permet de reconstituer des couleurs sur une image alors que sa luminosité est extrêmement faible moyennant un apprentissage d'après des images prises dans des conditions normales¹⁰³. Comme l'indiquent Chen, Chen, Xu et Koltun dans leur communication, des données sont incluses dans l'ensemble que constitue le procédé *See in the Dark* qui ne se réduit donc pas à

¹⁰² Plusieurs pistes ont été évoquées lors d'échanges informels à l'occasion de la préparation de cet article pour expliquer cette impossibilité : absence d'imagination, incapacité à appréhender la qualité autrement que par la quantité, méconnaissance des processus biologiques à l'échelle de la cellule ou du rôle d'autres organes que le cerveau dans la pensée...

¹⁰³ CHEN, Chen, CHEN, Qifeng, XU, Jia, et al. « Learning to See in the Dark ». arXiv:1805.01934 [cs] [en ligne]. Mai 2018. Disponible à : <URL : <http://arxiv.org/abs/1805.01934>>. ArXiv: 1805.01934 ; Adde cette page de présentation renvoyant vers des pages dans d'autres langues : CHEN, Chen, CHEN, Qifeng et KOLTUN, Vladlen. Learning to See in the Dark [en ligne]. [S. d.]. Disponible à : <URL : <https://cchen156.github.io/SID.html>>.

l'algorithme, même si un informaticien peut l'appeler ainsi. Il n'est pas question de critiquer cette pratique. La synecdoque qui consiste à désigner l'ensemble par le nom d'une partie est une figure de style. L'informaticien peut avoir tendance à oublier de l'indiquer au juriste qui peut ne pas en avoir pleinement conscience et ne pas indiquer que les différentes parties de l'ensemble peuvent faire l'objet de régimes juridiques distincts tels que le brevet, le droit d'auteur, la base de données. Sans cet effort d'identification des éléments du *corpus*, juristes et informaticiens risquent de passer à côté de ce qui fait l'efficacité de cet ensemble. Un procédé tel que *See in the Dark* reconstituera les couleurs en dépit de la faible luminosité et permettra à un humain de conclure que la nuit tous les chats ne sont pas gris. En revanche, un procédé spécialisé dans l'analyse textuelle ne pourra pas appliquer une règle juridique à un cas d'espèce, faute de pouvoir déterminer si cette règle abstraite est applicable au cas d'espèce et si l'application d'une autre règle ne conduirait pas à une issue plus favorable pour le client, sans évoquer la difficulté technique de la réduction des concepts juridiques à des données chiffrées. L'hétérogénéité de l'IA ne fait pas à elle seule sa nature composite. À l'image d'un matériau composite dont l'hétérogénéité assure la résistance, l'hétérogénéité du *corpus* de l'IA confère à celle-ci l'aptitude à traiter des informations abstraites en fournissant d'autres résultats abstraits. Conheur donne l'exemple d'une machine qui va analyser un texte fourni par l'utilisateur en utilisant l'entrée dont il dispose dans sa base de données et qui semble s'approcher du texte fourni par l'utilisateur. En pratique, la réduction du texte fourni par l'utilisateur à des données traitables par une IA passe dans cet

exemple par sa vectorisation. La machine effectue des calculs sur le vecteur puis sur les éléments de la base de données et fournit à l'utilisateur la réponse qui obtient le score le plus élevé¹⁰⁴. Ribeiro, Ribeiro, Batista et Oliveira fournissent un bel exemple de conception d'une fonction de moteur de recherche de données textuelles reposant non sur des mots-clés mais sur le sujet recherché. Une recherche sur le sujet donne de meilleurs résultats qu'une recherche d'après des mots-clés. La question est de savoir comment définir un sujet d'une manière qui ne soit pas trop restrictive. Un informaticien doit représenter la réalité de manière quantitative, en déterminant par exemple combien de sujets peuvent être retenus¹⁰⁵. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, l'incertitude de la donnée n'est pas une difficulté majeure pour une IA qui produit des résultats plus précis qu'un humain. Si une IA peut mieux reconstituer les couleurs dans un contexte de très faible luminosité, elle peut aussi mieux tenir compte d'une probabilité en intégrant plus de critères chiffrés que ne peut le faire un humain. Il suffit de modéliser l'incertitude de manière quantitative et logique¹⁰⁶. Ce n'est par nature pas simple car modéliser une incertitude suppose d'accorder

¹⁰⁴ COHEUR, Luísa. « From Eliza to Siri and Beyond ». Dans : LESOT, Marie-Jeanne, VIEIRA, Susana, REFORMAT, Marek Z., et al. (dir.), *Information Processing and Management of Uncertainty in Knowledge-Based Systems*. Cham : Springer International Publishing, 2020, p. 35. ISBN 978-3-030-50146-4.

¹⁰⁵ RIBEIRO, Eugénio, RIBEIRO, Ricardo, BATISTA, Fernando, et al. « Using Topic Information to Improve Non-exact Keyword-Based Search for Mobile Applications ». Dans : LESOT, Marie-Jeanne, VIEIRA, Susana, REFORMAT, Marek Z., et al. (dir.), *Information Processing and Management of Uncertainty in Knowledge-Based Systems*. Cham : Springer International Publishing, 2020, paragr. 3.2 et s. ISBN 978-3-030-50146-4.

¹⁰⁶ CHOLVY, Laurence. « Towards a logical belief function theory ». *Journal of Applied Logic* [en ligne]. Décembre 2015, Vol. 13, n° 4, Part 1, p. 441-457. (Workshop on Weighted Logics for AI - 2013). DOI 10.1016/j.jal.2014.12.002.

une certaine place à la croyance. Comme le soulignent Nešić, Nyberg et Gallina, la croyance en la survenance probable d'un événement pose deux difficultés. La survenance d'un événement dépend d'éléments qui ne pouvaient pas être connus à l'avance, d'une part et il faut être certain que la donnée sur laquelle on insiste est pertinente afin de démontrer l'hypothèse envisagée, d'autre part¹⁰⁷. L'entrepreneur et l'informaticien constituent le *corpus* de l'IA avec soin afin d'assurer son efficacité. Ceci suppose notamment d'exclure toutes les données qui ne peuvent pas être traitées. Le fait que l'opération de qualification juridique ne soit pas réalisable en IA ne suffit pas à établir son inutilité dans des domaines aujourd'hui encadrés par le droit : elle peut par exemple être utilisée pour vérifier des formalités standardisées ou évaluer statistiquement des chances de succès car ces analyses statistiques sont faites sur des faits déjà qualifiés juridiquement et entrés comme tels dans la machine.

Il apparaît que le *corpus* de l'IA est loin d'être flou, qu'il s'agit d'un composite conçu afin d'assurer l'efficacité du procédé. Il est intéressant de voir comment aborder le *corpus* si certains de ces constituants demeurent incertains.

2.2.2 Un révélateur

¹⁰⁷ V. l'introduction de NEŠIĆ, Damir, NYBERG, Mattias et GALLINA, Barbara. « A probabilistic model of belief in safety cases ». Safety Science [en ligne]. Juin 2021, Vol. 138, p. 105187. DOI 10.1016/j.ssci.2021.105187.

La possession est le rapport d'une personne à une chose. Si le *corpus* est incertain, il est opportun de rechercher les parties prenantes à une affaire afin de comprendre ce qui a été fait.

D. 41.2.3.1. Paulus libro 54 ad edictum : « *Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore. Quod autem diximus et corpore et animo acquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere.* »

On possède par le *corpus* et par l'*animus*. On ne peut pas posséder seulement par le *corpus* ou l'*animus* mais afin de posséder un fond il n'est pas nécessaire d'arpenter toute la terre mais seulement d'investir une partie du terrain et de vouloir posséder intellectuellement tout le fonds jusqu'à ses limites. La possession d'un immeuble ou la possession par autrui nécessite malgré tout un certain degré d'abstraction comme le fait remarquer Suárez Blázquez¹⁰⁸.

Ce cas de figure est à distinguer du fragment 7 présenté par Paul qui suit celui cité *supra* :

¹⁰⁸ SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo. « La posesión: relación jurídica universal de equidad ». Revista General de Derecho Romano. Iustel, 2018, n° 31, paragr. 4.1.1.

« *Sed et si animo solo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides.* »

Il est possible de posséder seulement par l'*animus* en laissant quelqu'un d'autre sur le fonds. Ce fragment est à rapprocher du suivant afin de comprendre que le contact peut être la manifestation d'une possession.

D. 41.2.51 (Iav. 5 ex post. Lab.): *Quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo: veluti si acerorum lignorum emero et eum venditor tollere me iusserit, simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. idem iuris esse vino vendito, cum universae amphorae vini simul essent.*

Dès que le vendeur autorise l'acheteur à toucher l'étoffe ou une des amphores du lot qu'il vient d'acheter, celui-ci acquiert la possession et la garde (*custodia*) du lot d'amphores ou de l'étoffe. Le *corpus* est ici suffisant ; l'*animus* n'est pas mentionné¹⁰⁹. Ce passage illustre aussi l'opinion selon laquelle la garde suppose une proximité physique avec l'objet et relève du *corpus* comme l'indique Ferretti. Cette question du contact avec un élément tangible de la chose n'est pas une préoccupation uniquement liée au monde romain. La formulation d'un pourvoi rejeté en 2008 par la Cour de cassation française est particulièrement intéressante en raison du lien établi entre appropriation et possession : « en l'absence de toute soustraction de documents appartenant à la société Graphibus, le

¹⁰⁹ FERRETTI, Paolo. Il possesso tra animus e corpus: da Labeone a Paolo [en ligne]. Trieste: Edizioni Università di Trieste, 2016, p. 14. (11-36). Disponible à : <URL : <https://www.openstarts.units.it/handle/10077/30258>>.

simple fait d'avoir copié des données informatiques de l'entreprise, qui n'en a jamais été dépossédée, puisque ces données, élément immatériel, demeurent disponibles et accessibles à tous sur le serveur, ne peut constituer la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui, délit supposant, pour être constitué, une interversion de possession et l'appréhension d'une chose »¹¹⁰. Plus récemment, la Haute juridiction a estimé que « le libre accès à des informations personnelles sur un réseau informatique d'une entreprise n'est pas exclusif de leur appropriation frauduleuse par tout moyen de reproduction »¹¹¹. La loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 n'était pas en vigueur au moment des faits. L'article 323-3 du Code pénal français prévoit depuis cette date que « Le fait d'introduire frauduleusement des données dans un système de traitement automatisé, d'extraire, de détenir, de reproduire, de transmettre, de supprimer ou de modifier frauduleusement les données qu'il contient est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende. Lorsque cette infraction a été commise à l'encontre d'un système de traitement automatisé de données à caractère personnel mis en œuvre par l'Etat, la peine est portée à sept ans d'emprisonnement et à 300 000 € d'amende. » Le concept de vol d'information est-il pour autant devenu superflu ? Tout dépend si on considère la question du point de vue du droit ou de la conformité souvent appelée *compliance*. La conformité comme son nom l'indique désigne le respect d'une norme technique qui n'a rien à voir avec le droit. C'est ainsi que dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent, l'article 122-9 du Code pénal français prévoit que « N'est pas pénalement responsable

¹¹⁰ C. Cass., Crim., 4 mars 2008, n° 07-84.002.

¹¹¹ C. Cass., Crim., 20 juin 2017, n° 16-81.113.

la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 de la loi no 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. » La loi de 2014 n'a pas amoindri la question du *corpus* du vol d'informations car le statut du lanceur d'alerte protège précisément une personne notamment dans le cadre d'un vol de ces informations. Un praticien de la conformité appliquera peut-être uniquement des procédures de contrôle. En ce sens, il est possible que le concept de vol d'information disparaisse au profit de régimes spéciaux. Ce serait dommage car ceci reviendrait à perdre de vue la question de la possession des données. Le contact physique entre une personne et une chose est relativement facile à établir si on s'en tient à la soustraction. Il n'y a cependant pas de soustraction en matière de vol d'information. En droit romain, la nature du contact constitutif du *furtum* a évolué. Un verbe est apparu et est attesté sous la République aux côtés de *deprehendere*. Il s'agit de *contrectare* qui a un « sens très vague »¹¹² selon l'auteur. Le bienheureux romaniste établit un lien entre ce verbe, toucher et *adtrectare*¹¹³. Le préfixe *ad-* indique que le contact avec la chose est orienté dans une direction. La *contrectatio* est

¹¹² L'auteur emploie l'expression «senzo alquanto vago» FERRINI, Contardo. « Appunti sulla teoria del furto in diritto romano nei suoi rapporti con la teoria del possesso. » Dans: ARANGIO-RUIZ, Vincenzo (dir.), Opere di Contardo Ferrini. Vol. 5 [en ligne]. Milano : Hoepli, 1930, p. 134. Disponible à : <https://archive.org/details/BRes0105725/page/n129/mode/2up>.

¹¹³ Ibid., p. 148.

certainement un contact inapproprié¹¹⁴. La lecture des Institutes de Gaius d'époque classique suivie de celle d'un fragment du Digeste de Justinien d'après Paul permet de distinguer les difficultés principales :

Gaius, *Institutes*, III, 195 : « *Furtum autem fit non solum, cum quis intercipiendi causa rem alienam amouet, sed generaliter, cum quis rem alienam inuito domino contrectat.* »

Deux fragments fort célèbres, l'un vraisemblablement d'origine républicaine comme le laisse penser la référence aux *veteres*, l'autre plus tardif, admettent le *furtum* en l'absence de *contrectatio* évidente. Il y est question de mules et d'un paon.

D. 47.2.67.2 Paul. libro 7 ad Plau. : « *Eum, qui mulionem dolo malo in ius vocasset, si interea mularum perissent, furti teneri veteres responderunt.* »

Un muletier est attrait de manière dolosive (*dolo malo*) devant un juge. À la sortie de l'audience, les mules ont disparu. Le muletier peut agir sur le fondement du *furtum* à l'encontre de la personne qui a intenté l'action en justice. Huvelin considère que le fait d'attirer le muletier exclut l'*animus lucri faciendi*¹¹⁵, c'est-à-dire la recherche de gain. Il est

¹¹⁴ Un auteur y voit une connotation sexuelle. PUGSLEY, David. « Contrectatio ». *Irish Jurist*. *Irish Jurist*, 1980, Vol. 15, n° 2, p. 341 L'auteur emploie l'expression «sexual overtones».

¹¹⁵ HUVELIN, Paul. « L'*animus lucri faciendi* dans la théorie romaine du vol ». *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*. Editions Dalloz, 1918, Vol. 42, p. 94.

toutefois assez délicat de conclure à l'exclusion d'un critère en se fondant notamment sur l'absence de mention de celui-ci.

D. 47.2.27 Pomp. Libro 19 ad Sab. : « *Si pavonem meum mansuetum, cum de domo mea effugisset, persecutus sis, quoad is perit, agere tecum furti ita potero, si aliquis eum habere coeperit.* »

Une personne pourchasse un paon domestiqué afin qu'il s'échappe de la maison de son propriétaire ; le paon disparaît. Son propriétaire peut agir contre cet individu sur le fondement du *furtum* si quelqu'un d'autre a tenté d'attraper (*habere*) l'animal. Ce passage est encore moins clair que le précédent. Watson, tenant d'une *contractatio* comme élément essentiel du *furtum* relève que l'usage du pronom indéfini *aliquis* montre que ce fragment n'insiste pas sur la complicité qui peut, selon lui, être exprimée par des termes comme *amicus* ou *socius*¹¹⁶ mais sur la *contractatio* puisque quelqu'un a essayé d'attraper l'animal¹¹⁷. Ces deux fragments suggéreraient donc la *contractatio* par un tiers. La difficulté de ces passages ne vient pas tant de la définition de la *contractatio* que du lien entre le *furtum* et l'*animus lucri faciendi*, d'une part ou entre le *furtum* et la complicité, d'autre part. La causalité est incertaine mais il doit tout de même exister une corrélation entre le *furtum* et l'un des deux autres concepts juridiques.

¹¹⁶ WATSON, Alan. « Chapitre 24 :Contractatio again ». Dans : Studies in Roman Private Law. London: The Hambledon Press, 1er janvier 1991, p. 292. ISBN 978-1-85285-047-0.

¹¹⁷ WATSON, Alan. « Chapitre 23 :Contractatio as an essential of <i>furtum</i> » ». Dans : Studies in Roman Private Law. London: The Hambledon Press, 1er janvier 1991, p. 286. ISBN 978-1-85285-047-0 L'auteur estime que « ...the man who chased the peacock until it died was liable provided the peacock was taken by someone. »

En effet, si aucun lien ne pouvait être établi, il serait possible de conclure à l'indifférence de ces deux notions en matière de *furtum*. Huvelin se montre à la fois prudent et audacieux de ce point de vue. Il écrit avec prudence que « Somme toute, chez les classiques, l'exigence de l'*animus lucri faciendi* n'est pas une condition générale d'existence du *furtum* »¹¹⁸. L'auteur a par ailleurs adopté une approche novatrice de la complicité¹¹⁹. Le fragment sur lequel il se fonde est le suivant :

D. 50.16.53.2 Paul libr. 59 ad ed. : « *Item dubitatum, illa verba "ope consilio" quemadmodum accipienda sunt, sententiae coniugentium aut separantium. Sed verius est, quod et Labeo ait, separatim accipienda, quia aliud factum est eius qui ope, aliud eius qui consilio furtum facit* ».

Ce fragment, en particulier la suite qui n'a pas été reproduite ici est jugée interpolée. Labéon lit l'expression « *ope consilio* » de manière à séparer *ops*, complicité matérielle et *consilium*, complicité intellectuelle. L'apport de l'universitaire lyonnais réside dans la signification qu'il a accordée à ces deux termes. Selon lui, il faut et suffit qu'il y est concours intellectuel ou matériel à la réalisation de l'infraction ; la seule intention est insuffisante et la réalisation de tous les actes matériels par une même personne n'est pas nécessaire¹²⁰. Cette approche permet de considérer que l'individu qui poursuit le

¹¹⁸ HUVELIN, Paul, art. cit., p. 94.

¹¹⁹ L'auteur rappelle que cette approche doit beaucoup à Huvelin. V. sur ce point CHEVAILLER, Laurent. Contribution à l'étude de la complicité en droit pénal romain. Editions Dalloz, 1953, Vol. 30, p. 216.

¹²⁰ HUVELIN, Paul-Louis. Études sur le *furtum* dans le très ancien droit romain. I. Lyon : A. Rey, 1915, p. 387.

paon pourrait être un complice *ope tantum*¹²¹ qui a apporté un concours purement matériel à l'infraction. Un autre fragment illustre encore la difficulté d'établir un lien entre contact, *contractatio* et complicité.

D. 47.2.54.pr Paul. libro 39 ad ed. « *Qui iniuriae causa Ianuam effregit, quamvis inde per alios res amotae sint, non tenetur furti: nam maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit.* »

Si une personne fracture une porte afin de causer du tort et que des choses sont soustraites par d'autres, on ne pourra pas intenter d'action sur le fondement du *furtum* à l'encontre de cette personne car il faut distinguer la volonté de nuire du projet de *furtum*. Selon Thomas, ce fragment condamne la thèse d'une *contractatio* essentielle au *furtum* dans la mesure où il est impossible d'affirmer que celui qui a eu un contact inapproprié avec la porte (*contractatio*) a participé au *furtum*¹²². Il est aussi possible de voir deux infractions distinctes dans ce passage : la dégradation volontaire de la porte et le vol. Un autre élément est important en pratique et se développe à partir de l'époque classique selon Söğüt : l'*animus furandi* qui désigne l'état d'esprit de celui qui vole¹²³. C'est ce qu'un juriste appellerait aujourd'hui élément moral de l'infraction. Le fragment D. 47.2.5.52.20

¹²¹ Ibid., p. 618, note 6 ; L'auteur considère néanmoins que ce passage est interpolé et qu'à l'origine le texte présentait l'homme poursuivant le paon comme l'auteur principal de l'infraction et non comme le complice. V sur ce point HUVELIN, Paul, art. cit., p. 94.

¹²² THOMAS, J. A. C. « *Contractatio, complicity and furtum* ». *Revista internazionale di diritto romano e antiquo*. 1962, Vol. XII, p. 71.

¹²³ SÖĞÜT, İpek Sevda. *Objective factor of furtum: contractatio* [en ligne]. *Türkiye Adalet Akademisi*, 2017, p. 89. Disponible à : <URL : <http://academicrepository.khas.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12469/3259>>.

dont la compréhension est difficile pour celui qui n'a pas d'intérêt particulier pour la reproduction des équidés énonce que celui qui fait en sorte que son âne s'accouple avec les chevaux d'autrui ne commet un *furtum* que s'il est animé par l'*animus furandi*. Guarino voit dans l'expression *animus furandi* un ajout ultérieur et conclut qu'il convient d'exclure le *furtum* en l'absence de *contrectatio*¹²⁴. Les auteurs divergent sur l'interprétation des concepts juridiques de droit romain. Lire leurs divergences amène à se poser comme eux la question du lien entre une chose et une personne. Le *corpus* peut dans ce cas être l'objet d'un rapport entre une personne et une chose voire d'un lien entre plusieurs personnes comme dans le cas de la complicité. Au fil de l'étude du *corpus*, l'*animus* est apparu au détour de plusieurs fragments. Il s'agit de l'autre élément constitutif de la possession en droit.

L'examen du *corpus* comme composite puis comme révélateur d'un lien entre des personnes et opportun dès lors qu'un travail concernant une IA est envisagé. Le droit romain est une source de contraste qui fait ressortir certaines particularités de l'IA qui sont difficilement perceptibles et qui sont liées à l'absence d'humanité de la machine. L'étude de l'*animus* en matière d'intelligence artificielle amène à considérer l'activité de l'entrepreneur sous l'angle de la création de valeur.

¹²⁴ GUARINO, Antonio. « Tra asini e cavalli ». Dans : *Pagine di diritto romano*. VI. Napoli : Eugenio Jovene, 1995, p. 182. ISBN 978-88-243-1131-1.

2.2.3 Un vecteur

Par la possession on remonte à une personne. C'est ici que possession et propriété se rejoignent, en droit romain comme en droit positif. Sirks souligne à juste titre que le *furtum* est sanctionné non en raison du contact avec la chose mais parce qu'il s'agit d'une intrusion qui s'oppose à la puissance du propriétaire¹²⁵ Si le contact attire l'attention, c'est parce qu'il est le vecteur de cette puissance. La personne, en particulier lorsqu'il s'agit d'un entrepreneur, sait que le *corpus* est un vecteur de valeur. Les *business schools* ont l'habitude de distinguer la création de valeur de la mise au point d'une stratégie commerciale permettant d'en tirer des revenus, notamment en choisissant un *business model*¹²⁶. « On peut dire que le mot valeur s'applique partout où nous avons affaire à une rupture de l'indifférence ou de l'égalité entre les choses, partout où l'une d'elles doit être mise avant une autre, partout où elle lui est jugée supérieure et mérite de lui être préférée. »¹²⁷ Lavelle poursuit et aide le juriste à comprendre que le *corpus* est nécessaire mais ne suffit pas à créer de la valeur car « Elle ne réside ni

¹²⁵ V. « Furtum and manus / potestas ». Legal History Review [en ligne]. Brill Academic Publishers, Novembre 2013, Vol. 81, n° 3/4, p. 494 So *furtum* is, from the point of view of the entitled person, always an intrusion upon his authority to deal with the object as he wants. The foremost case is that of the owner, who exercises *dominium* over his *familia* and *potestas* and *manus* over his *sui* (hence the designation *sui*: they are "his" in this sense, as a *res is sua*).» Italiques de l'auteur.

¹²⁶ Les auteurs distinguent habituellement value creation de value capture. V. par exemple TEECE, David J. et LINDEN, Greg. « Business models, value capture, and the digital enterprise ». Journal of Organization Design [en ligne]. Août 2017, Vol. 6, n° 1, p. 5. DOI 10.1186/s41469-017-0018-x.

¹²⁷ LAVELLE, Louis. Traité des valeurs. I-Théorie générale de la valeur [en ligne]. Paris: PUF, 1991, p. 3. (Dito). Disponible à: <URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k48109641>>. Première parution en 1950 et s. (italiques de l'auteur).

dans une propriété des choses, ni dans un acte arbitraire qui tout à coup, la ferait surgir. »¹²⁸ Le propos du philosophe conforte la sagesse des jurisconsultes romains qui n'ont pas cherché à isoler l'*animus* du *corpus*, fût-ce pour des raisons didactiques. L'IA traite les programmes comme des données. Le juriste ne peut de fait plus se contenter d'identifier du code pour considérer qu'il s'agit d'une production humaine qui doit être protégée en raison du lien entre ce code et un rédacteur humain. Ce code peut très bien avoir été produit par une machine d'une part et être une donnée qui sera traitée par l'IA notamment en phase d'apprentissage, d'autre part. Cette donnée fait partie du *corpus* et la valeur qui justifie sa protection en droit n'apparaît pas aussi nettement que dans le cas d'un programme déterministe parce que le lien entre la personne et la chose n'est pas aussi facile à établir.

Suseno, Laurell et Sick remarquent qu'un même contenu créé par des utilisateurs tels qu'une base d'avis sur des livres peut être utilisé dans plusieurs thèmes et ainsi attirer d'autres clients potentiels¹²⁹. Comme l'IA peut gérer des données diverses, il est possible de concevoir une librairie dont les rayonnages, la vitrine et l'agencement intérieur changent en fonction du profil du chaland qui passe. Les données sont toujours traitées de manière automatique mais le résultat est fourni à la demande pour un utilisateur. De très nombreux sites

¹²⁸ Ibid., p. 248.

¹²⁹ SUSENO, Yuliani, LAURELL, Christofer et SICK, Nathalie. « Assessing value creation in digital innovation ecosystems: A Social Media Analytics approach ». *The Journal of Strategic Information Systems* [en ligne]. Décembre 2018, Vol. 27, n° 4, fig. 2. (Generating Business and Social Value from Digital Entrepreneurship and Innovation). DOI 10.1016/j.jsis.2018.09.004.

demandent l'autorisation de créer automatiquement un profil unique par visiteur. Ceci ne signifie pas que tous utilisent majoritairement de l'IA mais qu'elle peut servir à améliorer ce qui existe déjà. Ce procédé de personnalisation à grande échelle repose sur un *corpus* de données fournies par les utilisateurs et sur l'alliage de ces données à celles de l'infrastructure destinée à les traiter. Il n'est de surcroît pas évident de savoir ce que la machine a fait pour réaliser cet alliage. En matière d'IA, le *corpus* est évolutif et dépend en grande partie de la perception de la valeur par l'informaticien qui met le procédé d'apprentissage au point ainsi que par la perception de la valeur par d'autres producteurs de données, notamment les utilisateurs du service qui repose sur le procédé mis au point par l'entrepreneur. Établir le lien entre l'*animus* et le *corpus* pour démontrer l'IA n'est pas facile mais le raisonnement est moins sinueux que celui qui consiste à se demander si une machine est capable d'invention en vue de reconnaître un monopole d'exploitation sur une chose produite par une IA.

Il apparaît que le *corpus* de l'IA est composite en ce qu'il est hétérogène et conçu pour assurer l'efficacité du procédé. Ceci suppose de n'utiliser que des données susceptibles d'être traitées par l'IA. Cet examen du *corpus* a permis de comprendre deux éléments importants : la réduction aux données est un impératif technique qui s'explique par l'impossibilité d'une machine d'avoir une idée. Cette dernière ne peut que suivre à la lettre les instructions programmées par l'informaticien. Le procédé révèle celui qui le met au point

comme la possession révèle le possesseur. Le *corpus* est un vecteur de valeur et est indissociable de l'*animus*. C'est pourquoi il convient de l'examiner.

2.3 Trois approches de l'*animus*

Les développements précédents ont permis de déceler le lien constant entre l'*animus* et le *corpus*. Ce dernier est plus nettement visible lorsque le contact ne suffit pas à qualifier juridiquement les faits. L'apport théorique du droit romain est ici très utile car l'intelligence artificielle produit des données artificielles en traitant d'autres données artificielles au moyen de données contenant des instructions décrites par un être humain. Afin d'éviter les écueils de la distance et de l'automatisation, il est indispensable de retrouver l'être humain derrière la machine. Ce dernier se manifeste lorsque son état d'esprit contribue à expliquer son acte. L'étude de l'*animus* ramène le juriste vers la personne (2.3.1). Il n'est pas certain que l'explicabilité d'une IA favorise la détermination de l'*animus* (2.3.2) que l'on retrouve en examinant l'*animus celandi* de l'entrepreneur qui souhaite camoufler une source de revenus (2.3.3).

2.3.1 Par la personne

D. 47.2.21.1 (Paul. Libro 40 ad Sab.) : « *Si is, qui viginti nummorum saccum deposuisset, alium saccum, in quo scit triginta esse, errante eo qui dabat acceperit, putavit autem illic sua viginti esse, teneri furti decem nomine placet.* »

Une personne a déposé un sac de vingt pièces; un sac en contenant trente lui est restitué par erreur. La personne qui a accepté le sac en sachant qu'il contenait trente pièces et non vingt peut être poursuivie sur le fondement du *furtum* pour dix pièces par la personne qui a déposé le sac de trente pièces. Ce fragment est intéressant pour plusieurs raisons. La chose volée, à savoir l'ensemble de dix pièces, est bien identifiée et il y a bien eu contact. Il est également possible de soutenir qu'il y a eu *contrectatio* même s'il n'y a pas eu soustraction puisque la remise du sac par erreur est volontaire, le récipiendaire mal intentionné doit bien tirer le sac vers lui au lieu de signaler l'erreur. Ces éléments matériels ne suffisent cependant pas à établir le *furtum*. Il faut en plus établir *l'animus* ou l'état d'esprit. En l'espèce, *l'animus lucri faciendi* et *l'animus furandi* se recoupent parfaitement car il s'agit de monnaie; la recherche de gain se confond avec l'état d'esprit du *fur* puisque ce dernier cherche à réaliser un gain en détournant le dépôt effectué par une autre personne. L'identification de la chose volée et du contact physique ne peut pas remplacer l'élément moral qu'est l'état d'esprit qui conduit à l'acte répréhensible¹³⁰.

D. 47.2.1.2 (Paul. libro 39 ad ed.) : « *Sic is, qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed ita, si id intercipiendi causa occultaverit.* »

¹³⁰ V. FERRINI, Contardo. Diritto penale romano: teorie generali. Milano : Hoepli, 1899, p.185; confer FERRINI, Contardo. « "Furtum usus possessionisve". Contributo alla dottrina del furto in diritto romano. » Dans : ARANGIO-RUIZ, Vincenzo (dir.), Opere di Contardo Ferrini. Vol. 5 [en ligne]. Milano : Hoepli, 1930 , p.107. Disponible à : <URL : <https://archive.org/details/BRes0105725/page/n107/mode/2up>>.

Une action sur le fondement du *furtum* ne peut être intentée contre celui qui nie avoir reçu une chose en dépôt que s'il la dissimule en vue de l'accaparer (*intercipiendi causa*). Il est intéressant de noter que l'*animus furandi* mentionné par le romaniste istambulite est particulièrement pertinent lorsque le contact avec la chose objet du *furtum* n'est pas évident. Ceci amène à reconsidérer le fragment D.47.2.1.3 en prenant appui sur une analyse novatrice¹³¹ de Contardo Ferrini.

« *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. Quod lege naturali prohibitum est admittere.* »

Son goût pour l'étude conjointe du droit pénal et du droit romain de la possession

le conduit à un rapprochement intéressant du *furtum* et de la possession. Selon lui, le mobile de l'infraction est indifférent. Il lit dans ce fragment l'existence de deux catégories de *furtum* : le *furtum* de la chose elle-même (*ipsius rei*), d'une part et celui de son usage ou de sa possession (*usus eius possessionisve*), d'autre part. La première catégorie désigne les cas où le *furtum* suppose la soustraction (*amotio*) de la chose¹³² par opposition au cas où il y a *contrectatio*¹³³. Selon cette

¹³¹ Sur le caractère novateur de l'analyse de Contardo Ferrini, v. PINEDA, José Luis Linares. « Definición de *furtum* y expansión jurisprudencial de los supuestos de hurto en el Derecho romano clásico. Relectura del Diritto penale de Ferrini ». *Glossae: European Journal of Legal History*. Instituto de Estudios Sociales, Políticos y Jurídicos, 2019, n° 16, p. 195.

¹³² FERRINI, Contardo, op. cit., p. 117.

¹³³ Ibid., p. 113 et s.

analyse, le mobile de l'infraction est indifférent¹³⁴. Lorsqu'il n'y a pas soustraction de la chose, il y a détournement de celle-ci, notamment par violation d'un contrat¹³⁵. On distingue traditionnellement le *furtum* de la possession de celui de l'usage : le premier est commis par le propriétaire qui reprend possession de sa chose qu'il a par exemple donnée à un créancier en garantie du paiement d'une dette ; le second correspond à un usage non autorisé d'une chose remise par le propriétaire.¹³⁶ Quel est l'intérêt de distinguer le vol avec soustraction du détournement de la chose confiée en gage ou à titre de dépôt ? Ne faut-il pas se saisir de la chose à détourner dans les deux cas de figure ? Le pénaliste pavesan explique que le détournement de la possession suppose un changement de l'origine du droit de possession¹³⁷. Le fragment suivant est l'un des plus célèbres sur la question :

47.2.68.pr. (Cels. Lib. 12 dig.) : « *Infitiando depositum nemo facit furtum (nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est): sed si possessionem eius apiscatur intervertendi causa, facit furtum.* »

On retrouve la règle selon laquelle le refus de restitution d'un dépôt ne constitue en principe pas un *furtum*. Toutefois, le changement de l'origine de la possession en constitue un. L'analyse la plus courante consiste à conclure que si le dépositaire refuse de restituer le dépôt et qu'il ne peut invoquer notamment un droit de rétention, il commet

¹³⁴ Ibid., p. 116.

¹³⁵ Ibid., p. 114 et s.

¹³⁶ MACQUERON, Jean. Histoire des obligations: le droit romain. Aix-en-Provence : Faculté de droit et de science politique, 1971, p. 293 et s.

¹³⁷ FERRINI, Contardo, op. cit., p. 124 et s.

un *furtum*¹³⁸. Ceci est indiscutablement correct. Il est toutefois important de rappeler qu'en droit romain, il existe une distinction entre la possession civile et la possession naturelle. Cette distinction est fermement établie au moins depuis l'époque classique¹³⁹.

D. 41.5.2.2 *Iulianus libro 44 digestorum* : « *Quod volgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intellegatur.* »

Comme leur nom l'indique, l'une vient du droit civil, l'autre du droit naturel. Ferrini estime que le créancier gagiste a un droit de possession naturelle¹⁴⁰ sur la chose donnée en gage tandis que Cuq ne voit dans le gagiste qu'un détenteur qui a un droit de possession¹⁴¹. Quel que soit le fondement retenu, il est différent de la possession civile. Un gagiste ou dépositaire qui accapare la chose d'autrui le fait nécessairement en changeant la nature de sa possession puisque sa possession ne lui permet pas d'agir de la sorte. Le lien entre *furtum* et possession mis en évidence conduit à envisager l'acte répréhensible à l'égard de la chose d'autrui comme un détournement, soit par soustraction, soit par *contrectatio*. Fenocchio nuance cette dichotomie en rappelant que les comportements répréhensibles avec la chose d'autrui ne sont pas nécessairement sanctionnés sur le fondement du

¹³⁸ V. par ex. THOMAS, J. A. C. « *Infitiando depositum nemo facit furtum* ». Dans : *Studi in onore di Edoardo Volterra*. II. Milano : A. Giuffrè, 1971, p. 767 et s.

¹³⁹ FERRINI, Contardo. *Manuale di Pandette* [en ligne]. 3e éd. Milano : Società editrice libraria, 1908, n. 245.

¹⁴⁰ *Ibid.*, n° 245.

¹⁴¹ CUQ, Edouard. « *Recherches sur la possession à Rome sous la République et aux premiers siècles de l'Empire* ». *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*. 1894, Vol. 18, n° 29.

furtum et peuvent l'être notamment au moyen de l'*actio de dolo*¹⁴². Le *furtum* est toutefois moins restrictif que d'autres fondements délictuels en ce qui concerne le *damnum*. Sirks rappelle ainsi que l'action sur la *lex aquilia* suppose au moins jusqu'à la fin de la République d'établir un homicide, un dommage ou une destruction à la différence du *furtum* qui n'impose pas de caractériser le préjudice de cette façon¹⁴³. De surcroît, il a été vu que le droit romain accordait beaucoup d'importance aux actions et à la procédure. Le fragment D.47.2.5.52.20 relatif à l'accouplement des équidés montre que les Romains pouvaient tempérer la sanction au moyen d'une action créée par le préteur qui permettait d'indemniser précisément le préjudice économique¹⁴⁴. La dureté de la loi est une chose ; la brutalité de son application en est une autre. La question de l'évaluation du *damnum* en droit romain est source d'enseignements intéressants car il est nécessaire de déterminer le dommage puis la réparation du préjudice sachant que le dommage n'est pas matériel et que son évaluation dépend d'une part de la pertinence de telle ou telle donnée, d'une part ainsi que du lien établit une donnée considérée comme pertinente et un effet juridique déterminé, d'autre part. Il convient à

¹⁴² FENOCCHIO, Marco Antonio. Il momento genetico e l'evoluzione del concetto di *furtum* in diritto romano. « *Detrahere alteri aliquid* ». Per una ricostruzione storica del delitto di furto: genesi, sviluppi, vicende [en ligne]. Thèse de doctorat. Università degli Studi di Padova, 2008, p. 51 et s.

¹⁴³ SIRKS, A. J. B. « *Furtum and manus / potestas* ». Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'Histoire du Droit / The Legal History Review [en ligne]. Brill Nijhoff, Avril 2013, Vol. 81, n° 3-4, p. 504. DOI 10.1163/15718190-08134P06.

¹⁴⁴ GUARINO, Antonio. « *Tra asini e cavalli* ». Dans : *Pagine di diritto romano*. VI. Napoli : Eugenio Jovene, 1995, p. 171-185 ; WATSON, Alan. « Chapitre 25 :D. 47.2.52.20 : The Jackass, the Mares and *furtum* ». Dans : *Studies in Roman Private Law*. London ; Rio Grande : The Hambledon Press, 1er janvier 1991, p. 306. ISBN 978-1-85285-047-0 ; VRANA, Vladimir. « *Some remarks on private delict theft in Roman law* ». *Humanum*. 1992, p. 440.

ce stade de rappeler que si un juriste sait reconnaître une pomme depuis sa plus tendre enfance et qu'il comprend ensuite qu'elle peut avoir plusieurs utilités en droit, une machine ne traite que des données qu'il convient de relier à la réalité appréhendée par le juriste afin d'en déterminer les effets juridiques. Ceci conduit en pratique à aborder la réalité juridique par la casuistique qui n'est pas étrangère au droit romain¹⁴⁵.

Dès que les circonstances de fait deviennent ambiguës ou anormales, l'*animus* devient nécessaire. Ferretti relève à ce sujet qu'Ulpien alternait entre *animus* et *corpus*. Saleilles souligne que l'*animus* permet la poursuite de la possession du *corpus* en prenant appui sur un passage fort connu des sentences de Paul¹⁴⁶ qui est reformulé et commenté ci-dessous par Ulpien :

D. 43.16.1.25 (Ulp. 69 ad ed) : « *Quod volgo dicitur aestivorum hibernorumque saltuum nos possessiones animo retinere, id exempli causa didici Proculum dicere: nam ex omnibus praediis, ex quibus non hac mente recedemus, ut omisisse possessionem vellemus, idem est.* »

¹⁴⁵ L'étude du *damnum* en matière d'IA est très intéressante mais dépasse le cadre de ce travail. Il est intéressant de rapprocher D.47.2.50.4 (Ulp. 37 ad ed.) de TUE, 10 novembre 2021, T-612/17, Aff. Google et Alphabet / Commission (Google Shopping), §§ 677 et s. Adde sur le fragment du Digeste l'analyse de GERKENS, Jean-François. « Réflexions sur le *damnum* : *Damnum* et dommage, l'histoire de deux faux amis ? » Dans : RUELLE, Annette et BERLINGIN, Maxime (dir.), *Le droit romain d'hier à aujourd'hui. Collationes et oblationes: Liber amicorum en l'honneur du professeur Gilbert Hanard* [en ligne]. Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 28 mai 2019, n° 20 et s. (Collection générale). Disponible à : <URL : <http://books.openedition.org/pusl/1010>>.

¹⁴⁶ SALEILLES, Raymond. *Étude sur les éléments constitutifs de la possession* [en ligne]. Dijon: Imprimerie Darantière, 1894, n° 1, p. 2. Disponible à : <URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k553679>>.

On dit couramment que, par l'*animus*, on conserve toute l'année la possession de terres exploitées l'hiver ou l'été. D'après Ulpien, il s'agit d'un cas d'école valable.

Le fragment 26 apporte une précision :

« *Eum, qui neque animo neque corpore possidebat, ingredi autem et incipere possidere prohibeatur, non videri deiectum verius est: deicitur enim qui amittit possessionem, non qui non accipitur.* »

Celui qui ne possédait ni par le *corpus* ni par l'*animus* n'est pas dépossédé par violence par celui qui l'empêche de prendre possession.

La possession suppose la connaissance de la chose possédée par le possesseur. L'ignorance du trésor peut néanmoins être palliée par un détour de la possession à la propriété.

Neratius et Proculus <et> solo animo non posse nos acquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio. Ideoque si Thensaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet. Ceterum quod Brutus et Manilius putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam Thensaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim qui nescit non possidet Thensaurum, quamvis fundum possideat. Sed et si sciat, non capiet longa possessione, quia scit alienum esse. Quidam putant Sabini sententiam veriore esse nec alias eum qui scit possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra: quibus consentio.

Un trésor est enfoui dans un terrain. Paul expose l'opinion de différents jurisconsultes au sujet de la possession du trésor par le possesseur du terrain.

Neratius et Proculus pensent qu'il est impossible d'acquérir la possession seulement par l'esprit, à moins d'avoir une possession naturelle antérieure. C'est pour cette raison que la possession du trésor est acquise par le possesseur du terrain qui connaît l'existence du trésor à partir du moment où il décide de le posséder. Brutus et Manullius pensent que celui qui acquiert la propriété du terrain par usucapion également appelé de nos jours « prescription acquisitive » acquiert la propriété du trésor, même s'il ignore son existence. Paul rejette cette analyse pour deux raisons : d'une part parce qu'il s'oppose à ce que la possession puisse être acquise en dépit de l'ignorance et d'autre part parce que pour acquérir un bien par usucapion, il faut savoir que le bien est à autrui or selon le jurisconsulte, le fait de savoir que le bien est à autrui empêche de le posséder de manière licite.

Paul privilégie l'analyse de Sabinus selon laquelle la possession n'est acquise que lorsqu'il est déterré car celui qui le déterre en a alors la garde (*custodia*). En s'inspirant de l'analyse de Knütel, il est possible d'affirmer que les Sabiniens associent la possession à la propriété en utilisant l'*occupatio* selon laquelle le propriétaire qui occupe le terrain et propriétaire du trésor mais qu'il doit le déterrer pour en acquérir la possession par l'exercice d'une puissance physique¹⁴⁷. C'est ainsi que l'on retrouve deux éléments mis en évidence dès le début de ce

¹⁴⁷ KNÜTEL, Rolf. « Arbres errants, îles flottantes, animaux fugitifs et trésors enfouis ». *Revue historique de droit français et étranger*. 1998, Vol. 76, n° 2, p. 208 et s.

travail à savoir le lieu et les connaissances informelles. Leur présence est un indice de *potestas* et de possession.

Cette *postestas* porte sur une chose qui peut être physiquement distante du possesseur ou voleur et pourtant la chose est telle qu'elle est. C'est le *corpus* qui fait qu'une chose ne peut être autre chose que ce qu'elle est. C'est l'*animus* qui donne à la chose sa valeur. Lavelle nous rappelle que cette dernière comporte une dimension objective et une autre subjective. « La liaison de l'objectivité et de la subjectivité résulte ici de la nécessité pour toute valeur économique d'une part de se référer à des biens de la terre que nous ne pouvons pas tirer de nous-même et qu'une expérience externe est seule capable d'appréhender et d'autre part d'évoquer un besoin, un désir sans lesquels on aurait affaire à des choses parmi les autres auxquelles le caractère de la valeur ne pourrait pas être attribué. »¹⁴⁸ « Puisque la valeur est une exigence de la conscience à laquelle le réel ne répond jamais pleinement, il faut que celle-ci la recherche dans les choses sans l'y trouver toujours et qu'elle entreprenne de la réaliser sans qu'elle puisse espérer y réussir tout à fait. »¹⁴⁹ En rapprochant ces propos de Lavelle de l'analyse de Ferrini, il est possible d'éclairer la *contractatio* et l'IA d'un jour différent. Le toucher peut être une manifestation du *furtum* mais ne l'est pas nécessairement. Le *fur* est celui qui prend possession d'une chose afin de la valoriser de

¹⁴⁸ LAVELLE, Louis. Traité des valeurs. II-Le système des différentes valeurs [en ligne]. Paris: PUF, 1991, p. 78. (Dito). Disponible à: <URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k4811183x>>. Première parution en 1951.

¹⁴⁹ LAVELLE, Louis. Traité des valeurs. I-Théorie générale de la valeur [en ligne]. Paris: PUF, 1991, p. 227. (Dito). Disponible à: <URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k48109641>>. Première parution en 1950.

manière illicite. Si l'occasion fait le larron, c'est parce qu'il la sent et que son intuition lui indique comment en profiter. La question du contact dans le cas de l'*amotio* se pose avec moins d'acuité car la réponse paraît superflue : il est difficile de concevoir une soustraction sans contact, en particulier à l'époque romaine. Le terme *contractatio* n'indique pourtant pas la nécessité de caractériser un contact. La distinction entre *amotio* et *contractatio* rappelée par Ferrini contribue à mettre en évidence le lien qui existe entre l'acte du *fur* et son état d'esprit. Il décèle la valeur économique d'une chose et entreprend de la réaliser en passant à l'acte. Lavelle ajoute : « Ce qui prouve enfin que la valeur ne peut jamais être distinguée de l'*esprit en acte*, c'est que, poser le problème de la valeur, c'est poser du même coup le problème de la valeur de la valeur ; ici, il est vrai, il semble que l'on s'embarrasse dans un cercle où la valeur est supposée par l'acte même qui la met en question. Cependant, il est évident qu'il ne peut pas y avoir de justification de la valeur qui ne s'expose au reproche du cercle vicieux. Car ce principe qui sert de repère à toutes les valeurs doit être lui-même l'absolu de la valeur. De telle sorte qu'à moins d'entrer dans une régression à l'infini, il faut essayer de découvrir une intuition de la valeur présente dans tous les jugements de valeur et qui les fonde sans avoir besoin d'être fondée elle-même. »¹⁵⁰ La difficulté en droit positif vient du fait que la dimension subjective de la valeur est masquée par la violation objective d'un contrat ou d'un droit réel telle que le contrat de dépôt ou l'*usufruit*¹⁵¹. Caractériser l'*animus* en se gardant de cette objectivation spontanée n'est pas

¹⁵⁰ Ibid., p. 320 et s.

¹⁵¹ V. en ce sens CANDIL JIMÉNEZ, Francisco. « En torno al "furtum possessionis" ». Anuario de derecho penal y ciencias penales. Ministerio de Justicia, 1980, Vol. 33, n° 2, paragr. III-2.

chose aisée surtout pour une personne qui pense que la rationalité est synonyme de sérieux. Cette démarche est d'autant plus difficile qu'il a été vu que la recherche de gain n'était pas un élément constitutif du *furtum*. La difficulté demeure en dehors du droit pénal comme l'indique l'examen de la différence entre la possession et la détention. Cuq met en garde en rappelant que les Romains n'ont pas tenu à élaborer une théorie générale de la possession¹⁵². Saleilles indique qu'il est opportun de se demander comment se comporte le propriétaire d'une chose car le possesseur se comporte comme ce dernier¹⁵³. Ceci indique que le comportement à l'égard de la chose qu'un entrepreneur rend « intelligente » doit être examiné avec attention. En reprenant l'analyse de l'universitaire parisien, on comprend que le comportement d'une personne est pertinent lorsqu'il permet de remonter à l'origine de la possession - la *causa possessionis* et ainsi de s'assurer que les faits que l'on peut observer à un instant donné correspondent bien à la réalité admise par le droit¹⁵⁴. « Si donc il est admis par exemple dans les mœurs que le louage ne crée au locataire qu'une situation subordonnée, les parties ne peuvent pas, à moins de modifier la situation économique du fermier, travestir, par une simple convention qui ne changerait rien aux conditions ordinaires du bail, cette situation de fait telle que l'opinion générale la caractérise et l'admet : elles ne peuvent pas changer les faits, donc elles ne peuvent pas leur donner un faux

¹⁵² CUQ, Edouard. « Recherches sur la possession à Rome sous la République et aux premiers siècles de l'Empire ». Nouvelle revue historique de droit français et étranger. 1894, Vol. 18, n° 43.

¹⁵³ SALEILLES, Raymond. Étude sur les éléments constitutifs de la possession [en ligne]. Dijon: Imprimerie Darantière, 1894, p. 17.

¹⁵⁴ Ibid., n° 119.

nom. »¹⁵⁵ L'étude du droit romain montre que la possession n'est pas bornée seulement par les caractéristiques de la chose possédée mais aussi par les mœurs.

Ces développements semblent indiquer que la compréhension d'un acte ne peut être réduite à l'explication du fonctionnement d'une machine. Il est intéressant d'examiner de plus près la différence entre la compréhension d'un procédé technique et celle de l'*animus* d'une personne.

2.3.2 Par la technique

Il est important de noter que les faits juridiques sont analysés à la lumière du contexte social afin de déterminer s'il y a possession dans une situation donnée. C'est ainsi qu'une personne cherche à comprendre ce qu'une autre a fait. La compréhension d'un acte n'a rien à voir avec l'explicabilité de l'IA. Une équipe de chercheurs du KDD Lab lié à l'Université de Pise indique que les chercheurs essaient de déterminer ce qu'une machine fait lorsqu'elle exécute un programme d'IA. Deux approches principales sont possibles. L'approche globale cherche à rendre l'ensemble du procédé d'IA plus facile à expliquer pour un être humain afin de dissiper le brouillard qui recouvre ce qui se passe depuis la fourniture de données à la machine jusqu'à la production du résultat final. L'approche locale vise à étudier l'action de la machine à un moment précis du

¹⁵⁵ Ibid., n° 120, p. 199.

processus de traitement¹⁵⁶. Quelle que soit l'approche retenue, cette démarche appelée « explicabilité » est en pratique une application de l'IA à l'IA. Il a été vu que celle-ci reposait sur une réduction à des données suivie d'un dépassement de ces dernières en vue d'une exploitation de ce procédé en dehors des phases d'apprentissage. Les auteurs du KDD Lab de Pise indiquent que rendre un processus d'intelligence artificielle « explicable » suppose de trouver une formule pour représenter le problème que l'on doit résoudre ; une autre formule qui permette à la machine d'évaluer l'explicabilité en attribuant un score plus élevé à la réponse plus « explicable » ; une autre pour évaluer chaque partie du processus du traitement d'explicabilité, sans oublier, bien sûr, une autre formule pour évaluer l'explicabilité des données fournies à la machine¹⁵⁷. La formule relative à l'explicabilité des données pourrait sembler surabondante à un juriste. Il est opportun de rappeler qu'une machine n'effectue pas les opérations sur les données comme une personne et que des données qui semblent similaires à un être humain peuvent être traitées de manière totalement différente par une machine. Il est donc opportun de s'assurer du fait que les données fournies à la machine favorisent la production d'un résultat explicable. Des auteurs du KDD Lab de Pise ont publié un article sur un procédé d'explicabilité reposant sur la logique. Cette méthode est attrayante en ce qu'elle tend à transposer certains éléments de l'approche locale à l'approche

¹⁵⁶ WATSON, Alan. « Chapitre 25 :D. 47.2.52.20: The Jackass, the Mares and furtum ». Dans : *Studies in Roman Private Law*. London ; Rio Grande : The Hambledon Press, 1er janvier 1991, p. 6.

¹⁵⁷ En ce sens, v. GUIDOTTI, Riccardo et al. « A Survey of Methods for Explaining Black Box Models ». *ACM Computing Surveys* [en ligne]. Août 2018, Vol. 51, n° 5, p. 15.

globale et privilégie l'explicabilité logique. Quel que soit l'intérêt pratique de cette approche pour un être humain, il ne faut pas oublier que ce n'est pas parce qu'une solution est logique qu'elle est analogue à un raisonnement produit par un être humain. L'explicabilité reste de l'IA ; les méthodes de sélection des théories qui seront suivies par l'IA pour déterminer l'explicabilité d'une solution sont utilisées en IA dans d'autres domaines que l'explicabilité¹⁵⁸ et n'ont aucun rapport direct avec les relations qu'entretiennent des êtres humains en société. Falque-Perrotin a dirigé l'autorité française de régulation des données (CNIL) et rappelle que la norme sociale est plus souple qu'un algorithme¹⁵⁹. L'explicabilité est très intéressante pour le juriste car elle l'amène à rendre compte de la différence entre le droit et l'IA qui est fondamentalement asociale au sens où elle ne dépend d'aucune réalité sociale. Ceci ne signifie pas que l'*animus* de l'entrepreneur qui prend possession d'une chose pour la rendre « intelligente » n'existe pas mais que l'étude des procédés d'IA ne permet pas de le relever. La constitution du *corpus* est un élément extrêmement important en IA mais il est difficile de distinguer l'*animus* de ce *corpus*.

Le *corpus* de l'IA est constitué d'un algorithme qui décrit les opérations à effectuer par la machine et d'autres données qui peuvent être un code informatique. Grâce à ces éléments, la machine peut

¹⁵⁸ Voir par exemple SETZU, Mattia, GUIDOTTI, Riccardo, MONREALE, Anna, et al. « GLocalX - From Local to Global Explanations of Black Box AI Models ». Artificial Intelligence [en ligne]. Mai 2021, Vol. 294, paragr. 4.1.. DOI 10.1016/j.artint.2021.103457.

¹⁵⁹ FALQUE-PERROTIN, Isabelle. « L'être humain algorithmé, dépassement ou perte de soi ? » Dans : Vers de nouvelles humanités ? : l'humanisme juridique face aux nouvelles technologies. Paris : Dalloz, 2017, p. 217. (Archives de philosophie du droit). ISBN 978-2-247-16228-4.

commencer à exécuter l'algorithme et modifier le code dont elle dispose en s'entraînant sur un jeu de données afin d'obtenir de meilleurs résultats qu'une machine sans IA. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, ni l'algorithme, formule écrite par un être humain, ni le code informatique qui peut être produit par une personne ou une machine, ni les données ne suffisent à faire l'IA. Cette hypothèse ne trouble pas celui qui examine l'IA sous l'angle de la possession : l'IA est conçue par un être humain qui travaille la chose d'autrui afin de la rendre « intelligente » alors que l'algorithme ou les données ne sont que des éléments du *corpus*.

L'Affaire Google (Shopping) qui va être examinée laisse entrevoir le moyen de cerner l'*animus* par-delà le *corpus*. Il convient de rechercher ce que l'entrepreneur ne dit pas sur la manière dont il tire des revenus de l'IA. Ceci contribue à éclairer la manière dont une entreprise utilise l'IA pour structurer un marché et percevoir des revenus.

2.3.3 Par les revenus

« Troisièmement, dans la décision attaquée, la Commission n'aurait tenu compte ni de l'évolution globale du secteur, ni du changement de préférence des utilisateurs, illustrés par la popularité grandissante des plateformes marchandes, telles qu'Amazon, qui constitueraient des alternatives pour faire des recherches de comparaison de produits. Dès lors que les plateformes marchandes auraient gagné en popularité, leur classement dans les résultats génériques de Google se

serait de lui-même amélioré par rapport à celui des comparateurs de produits, indépendamment de la question de savoir si elles participent au même marché. La comparaison de l'évolution du trafic provenant des résultats génériques de Google, d'une part, vers les plateformes marchandes et, d'autre part, vers les comparateurs de produits confirmerait cette analyse. À partir de 2008, le trafic vers les comparateurs aurait stagné tandis que celui vers les plateformes aurait continué de croître. Alors que, selon les documents internes de Google, Amazon s'est établie comme la « référence pour les résultats, la rapidité et la qualité » de la recherche pour produits, les comparateurs de produits n'auraient pas amélioré leurs services, ce qui serait confirmé par des appréciations figurant dans le dossier. »¹⁶⁰

Après avoir rappelé cet argument, le Tribunal apprécie son bien-fondé :

« En substance, Google fait valoir que la Commission n'a pas établi que les pratiques en cause avaient entraîné une baisse du trafic de ses pages de résultats générales vers les comparateurs de produits concurrents. En effet, selon Google, cette baisse de trafic, qu'elle ne conteste pas, serait uniquement imputable au jeu des algorithmes d'ajustement, notamment de Panda, que la Commission n'a pas mis en cause. Il n'y aurait pas de lien de causalité entre la promotion par Google de son propre comparateur de produits, que la Commission lui reproche, et l'effet identifié par cette dernière, à savoir une

¹⁶⁰ TFUE, Aff. Google (Shopping) précitée, point 366.

éviction des comparateurs concurrents en raison de la diminution du trafic provenant de ses pages de résultats générales.

Il convient toutefois de souligner d'emblée que, comme le souligne la Commission et comme cela est exposé au point 69 ci-dessus, le comportement de Google mis en cause dans la décision attaquée consiste en la combinaison de deux pratiques, à savoir, d'une part, avoir fait apparaître son comparateur de produits sur ses pages de résultats générales de manière prééminente et attrayante dans des "boxes" dédiées, sans qu'il soit soumis à ses algorithmes d'ajustement utilisés pour la recherche générale, et, d'autre part, dans le même temps, n'avoir fait apparaître les comparateurs de produits concurrents sur ces pages que sous forme de résultats de recherche générale (liens bleus) ayant tendance à y être mal classés en raison de l'application de ces algorithmes d'ajustement. Il y a lieu de rappeler également que le comparateur de produits de Google, comme les autres services de Google, n'apparaît jamais sous la forme de résultats de recherche générale. »¹⁶¹

Ces points sont extrêmement intéressants car Alphabet souligne que la différence de traitement dans les résultats est un effet technique de l'algorithme. Le Tribunal note toutefois que la différence de traitement n'est pas seulement un effet de l'exécution de l'algorithme. La juridiction poursuit :

« En substance, ce qu'a mis en cause la Commission, ce sont des pratiques conjuguées qui, d'une part, valorisaient le comparateur de

¹⁶¹ Id. points 368 et s.

produits de Google et, d'autre part, dévalorisaient les comparateurs de produits concurrents dans les pages de résultats générales de Google. Il en ressort que l'analyse des effets de ces pratiques conjuguées ne peut pas être effectuée en isolant les effets d'un aspect de ces pratiques de ceux de l'autre aspect de ces pratiques.

Comme le souligne Google, en lui-même et pris séparément, aucun de ces aspects des pratiques n'a soulevé d'objections en matière de concurrence aux yeux de la Commission. Toutefois, chacun de ces aspects a été mis en œuvre avec l'autre pour les périodes et les territoires pour lesquels la Commission a estimé qu'il y avait eu une infraction à l'article 102 TFUE et c'est leur mise en œuvre conjointe, conduisant selon elle à des effets conjugués, qui a été estimée anticoncurrentielle par elle. »¹⁶²

Alphabet a tenté de s'abriter derrière l'algorithme. L'argument n'est pas dénué de pertinence dans la mesure où il est toujours possible de remonter à l'algorithme, au code ou aux données parce que l'IA traite les programmes comme des données. La Commission européenne est allée plus loin pour mettre en évidence un *animus* qui n'apparaissait pas clairement et qui fondait la pratique anticoncurrentielle : la technique de l'IA a été utilisée à des fins commerciales au sens où elle a eu un effet sur le marché qui constituait par ailleurs un abus de position dominante. Alphabet a dissimulé l'effet commercial des éléments techniques mis en œuvre. Cette dissimulation est la marque de l'*animus celandi*. En matière de *furtum*, le défaut de restitution de la

¹⁶² Id. points 372 et s.

chose n'est en principe pas constitutif du *furtum*. D. 47.2.68.pr. (Celsus 12 digestorum : « *Infitiando depositum nemo facit furtum.* » Un fragment apporte une nuance importante :

D. 47, 2, 52, 7 (Ulp. 37 ad ed.): *Eum creditorem, qui post solutam pecuniam pignus non reddat, teneri furti Mela ait, si celandi animo retineat: quod verum esse arbitror.*

En dépit des suspicions d'interpolation, Desanti lit dans l'expression « *si animo celandi retineat* », la mention d'un état d'esprit constitutif de *furtum*¹⁶³. Le droit romain n'est pas un système et on trouve différents cas abordés par différents fragments, qu'il s'agisse du dépôt, du gage¹⁶⁴ mais aussi du prêt.

Ankum se demande qui peut agir sur le fondement de l'*actio furti* lorsque la chose volée a été remise à autrui. Lorsque le gardien est solvable, il peut agir pour récupérer ce qu'il a dû payé pour indemniser le propriétaire. Dans le cas contraire, le prêteur, qui est en général le propriétaire de la chose, peut agir.¹⁶⁵ Comme on le constate à nouveau, les solutions qui semblent divergentes et éparses en droit s'expliquent par le pragmatisme notamment lorsqu'il est question

¹⁶³ DESANTI, Lucetta. « Furtum e animus celandi nel pensiero di Ulpiano ». *Revista General de Derecho Romano*. Iustel, 2017, n° 28, paragr. 6.

¹⁶⁴ Il existe un débat sur la nature du pignus avec ou sans dépossession, v. sur ce point ANKUM, Hans. « "Furtum pignoris" dans le texte d'Ulpien, D. 47, 2, 12, 2 ». *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano « Vittorio Scialoja »*. A. Giuffrè, 1987, n° 29, p. 175 et s.; contra TORRES PARRA, María José. « Furtum pignoris en D.47,2,12,2 Ulp. 29 ad Sab. » *e-Legal History Review*. Iustel, 2014, n° 18, paragr. IX.

¹⁶⁵ ANKUM, Hans. « Justinien C.6.2.22.pr.-3a de 530 après J.-C., et la légitimation active de l'*actio furti* en cas de vol d'une chose prêtée dans le droit romain classique. » *Revue internationale des droits de l'antiquité*. 2000, n° XLVII, n° 3.

d'assurer l'effectivité du recours d'un créancier. Dans une publication récente, Desanti poursuit l'analyse par laquelle elle a rapproché la *contrectatio* de la dissimulation¹⁶⁶ pour retrouver le concept de *furtum nec manifestum*¹⁶⁷ examiné précédemment. On sait désormais que la conception d'une intelligence artificielle est susceptible d'un encadrement juridique qui n'est tributaire ni de la réglementation ni des évolutions techniques. Reprendre à nouveau l'analyse du *furtum nec manifestum* ferait perdre l'intelligence artificielle de vue et serait davantage la tâche d'un romaniste. Le droit romain éclaire toutefois l'affaire Google (Shopping). La puissance d'Alphabet se manifeste par l'emploi des connaissances informelles dont il dispose en vue d'en tirer un avantage économique. Ceci amène à étudier le concept de *business model* qui est étrange et anglo-saxon. Aujourd'hui très utilisé et souvent abrégé BM, le business model est selon Verstraete, Krémer et Jouison-Laffitte d'usage dans le milieu des petites entreprises qui dispose de peu de ressources et qui font appel à des investisseurs extérieurs. « Une première fonction du BM est de créer du sens. Rappelons qu'à l'origine de l'expression, lors du lancement des premières start-up dans les années 1990, les investisseurs ne comprenaient guère le monde Internet et les affaires pouvant y être envisagées leur paraissaient complexes. »¹⁶⁸ C'est parce que des financiers ne connaissaient rien à Internet que des entrepreneurs ont tenté de les séduire. Ce n'est toutefois pas un jeu de dupes même s'il

¹⁶⁶ DESANTI, Lucetta, art. cit., paragr. 2.

¹⁶⁷ DESANTI, Lucetta. « Un caso particolare di furtum: ricevere, celare, acquistare cose rubate ». *Revista General de Derecho Romano*. Iustel, 2021, n° 37, paragr. 2.

¹⁶⁸ VERSTRAETE, Thierry, KRÉMER, Florence et JOUISON-LAFFITTE, Estèle. « Le business model: une théorie pour des pratiques ». *Entreprendre & Innover*. Juin 2012, Vol. n° 13, n° 1, p. 19.

est aisé de comprendre que le dirigeant de la *start-up* doit camoufler l'avantage compétitif dont il espère tirer des revenus afin de ne pas être imité par l'investisseur. Fayolle relève que ce concept est apparu au tournant des années 2000 en même temps que la bulle Internet et rappelle que « le monde des affaires a souvent eu besoin de modèles. Sources d'inspiration et d'émulation, les modèles suscitent la réflexion, facilitent la prise de décision, nourrissent l'action ou encore orientent les comportements. »¹⁶⁹ Barneto affirme que « dirigeants et financiers vont se retrouver afin de confronter leur appréhension du futur. De cette confrontation va émerger une croyance et une projection du risque dans le temps. Plus qu'un modèle, le BM va être un miroir qui va se nourrir de l'échange de connaissances et de l'apprentissage - ressources cognitives - entre investisseurs et entrepreneurs. »¹⁷⁰ On retrouve ici des éléments techniques et commerciaux. Selon Warnier, Lecocq et Demil, « Définir une proposition de valeur revient donc à réfléchir simultanément à trois éléments: les caractéristiques des clients potentiels, l'offre de produits et services, et les conditions d'accès à ces derniers. »¹⁷¹ Une innovation n'est pas seulement technique. Helkkula, Kowalkowski et Tornvoll indiquent qu'une innovation peut porter sur la manière dont le produit est fourni au consommateur, qu'il s'agisse de cinéma,

¹⁶⁹ FAYOLLE, Alain. « À quoi sert le business model ? ». *Entreprendre & Innover*. Juin 2012, Vol. n° 13, n° 1, p. 5.

¹⁷⁰ BARNETO, Pascal. « Mesurer la rémunération de la valeur dans le business model ». *Entreprendre Innover*. De Boeck Supérieur, Juin 2012, Vol. n° 13, n° 1, p. 40.

¹⁷¹ WARNIER, Vanessa, LECOCQ, Xavier et DEMIL, Benoît. « Le business model, un support à la créativité de l'entrepreneur ». *Entreprendre & Innover*. Octobre 2016, Vol. n° 28, n° 1, p. 72.

de vidéocassette ou de vidéo à la demande¹⁷². Une seconde approche examine le service comme un processus. Une personne doit être devant sa télévision à une heure donnée pour regarder tel film ou se rendre à un vidéoclub pour emprunter le support de la vidéo alors que grâce à la vidéo à la demande, elle ne bouge pas de chez elle¹⁷³. Il est également possible de partir de ce que le client ressent afin de l'épater. Les auteurs notent que depuis les années 60, les chercheurs combinent les aspects logistiques ou techniques de l'entreprise avec ce que le client ressent¹⁷⁴. Lai et Samers relèvent que l'effet perturbateur des nouvelles technologies s'explique par la possibilité qu'elles donnent de créer de nouveaux marchés qui ne correspondent pas aux distinctions actuelles telles que les moyens de paiement, polices d'assurance ou du conseil financier. Une application informatique pourrait remplir ces trois fonctions. Les difficultés réglementaires que cette démarche pose sont conséquentes car contrairement au droit qui peut être commun et général, la réglementation est toujours sectorielle, d'une part et parce que la stratégie suivie par des entreprises dans un secteur saturé vise précisément à créer un nouveau marché sur lequel le service sera bien placé par rapport à la concurrence¹⁷⁵, d'autre part. La perturbation se retrouve dans le rapport entre *animus* et *corpus*. Dans le cadre d'un

¹⁷² HELKKULA, Anu, KOWALKOWSKI, Christian et TRONVOLL, Bård. « Archetypes of Service Innovation: Implications for Value Cocreation ». *Journal of Service Research* [en ligne]. SAGE Publications Inc, Août 2018, Vol. 21, n° 3, p. 286. DOI 10.1177/1094670517746776.

¹⁷³ Ibid., p. 287.

¹⁷⁴ Ibid., p. 288 et s.

¹⁷⁵ MAUBORGNE, Renée et KIM, W. Chan. « 10 - Reconstructing Market Boundaries – Systematically ». Dans : *Blue Ocean Shift: Beyond Competing - Proven Steps to Inspire Confidence and Seize New Growth*. 1re éd. London : Macmillan, 21 septembre 2017, p. 189 et s. ISBN 978-1-5098-3216-3.

programme déterministe, le code source constitue l'essentiel du *corpus*. L'*animus* de l'informaticien est présent mais la propriété de ce *corpus* objectivement déterminé suffit à résoudre la plupart des questions juridiques susceptibles de se poser au sujet d'un programme informatique déterministe. Ce que l'on appelle « intelligence artificielle » est un procédé de traitement autonome de code et d'autres données par une machine. Le code source n'est plus l'élément distinctif du *corpus*. Ceci tient au principe de toute intelligence artificielle : effectuer des opérations sur des données en utilisant des données pour produire d'autres données et ce, de manière dynamique, contrairement à une base de données. Il y a un être humain derrière toutes ces données mais il est difficilement perceptible alors que son esprit valorise ces données en cessant de les considérer comme indifférenciées.

Au terme de ce paragraphe, il est possible d'affirmer que la recherche de l'*animus* du possesseur est indispensable lorsque l'on cherche, comme dans l'affaire Google (Shopping), à identifier la manière dont le procédé est utilisé afin d'en tirer des revenus. La caractérisation de ce que les *business schools* appellent *business model* peut sembler nouvelle pour un juriste mais seulement parce que l'entrepreneur camoufle ce qui fait son avantage compétitif.

Au terme de cette partie, il apparaît opportun d'aborder l'IA sous l'angle de la possession parce que ce procédé de production de données à partir d'autres données reste opaque s'il ne s'intéresse qu'à la propriété de la donnée. L'essentiel n'est pas la donnée mais ce que

l'entrepreneur en fait notamment pour en tirer des revenus. Le *corpus* de l'IA est composite en ce qu'il est conçu pour assurer l'efficacité du procédé. Son élaboration suppose de réduire la nature à des données avant de dépasser ces dernières en vue d'arriver à produire d'autres données exploitables hors du laboratoire, compte tenu du fait que la nature qui nous entoure n'est pas constituée de données. La composition du *corpus* révèle son auteur et est un vecteur de valeur. Des incertitudes quant à sa composition peuvent subsister. Il faut alors examiner l'*animus* qui conduit à la personne par son acte. L'IA accroît la distance entre une personne et son acte car il est possible d'expliquer ce qu'une intelligence artificielle fait sans chercher à comprendre son auteur. Ceci est particulièrement troublant pour un praticien du droit. L'esprit de l'entrepreneur en IA se manifeste plus nettement lorsqu'il camoufle la manière dont il tire des revenus du procédé d'IA. Le *business model* est une variante formelle de l'*animus celandi*. Il va être montré que ce camouflage peut dans certains cas être assimilé à une appropriation dissimuler des données ou du savoir-faire.

3. L'appropriation dissimulée

La propriété ne s'oppose pas à la possession ; il s'agit de deux modalités du rapport d'une personne à une chose. Le possesseur peut vouloir s'approprier la chose. Ce phénomène d'appropriation est plus difficilement perceptible en matière d'IA car celle-ci suppose de réduire une chose à des données difficiles, si ce n'est à percevoir, du moins à interpréter par quelqu'un qui n'a pas reçu de formation à

cette fin. Ceci contribue à l'étrangeté de l'IA pour un juriste. Cette impression est fautive. L'IA peut faire l'objet d'un droit de propriété comme de possession. La partie précédente a traité de la possession. Il est désormais opportun de reprendre les différents éléments évoqués précédemment afin de montrer que l'IA est une chose comme une autre. Il a été vu que l'IA était un procédé qui reposait sur une réduction de la chose à des données puis un dépassement de ces dernières. Ce procédé manifeste le rapport entre l'informaticien ou l'entrepreneur qui rend une chose « intelligente ». L'appropriation apparaît plus nettement dans le cas d'un traitement de données en masse ou *big data*. En matière d'IA, l'appropriation est dissimulée derrière l'imitation (3.1), l'organisation (3.2) et la fragmentation (3.3).

3.1 L'imitation

L'appropriation par imitation qui vient spontanément à l'esprit s'explique par l'attrait pour un titre de propriété qui permet de se défendre contre l'imitation (3.1.1). Cet attrait ne doit faire oublier ni la réalité de la chose (3.1.2), ni la primauté du fait (3.1.3).

3.1.1 L'attrait du titre

Si un entrepreneur du numérique souhaite obtenir un brevet en vue de sanctionner toute personne qui s'aventurerait sur son terrain, il peut être déçu car il doit d'abord consentir de nombreux efforts puis se lancer dans une action en contrefaçon afin de faire valoir ses droits. Ceci est certainement coûteux et le montant des dommages-

intérêts que le titulaire du brevet est susceptible de percevoir est incertain. Cet état d'esprit est très différent de celui observé précédemment dans le cadre de la coutellerie thiernoise. Les couteliers veillent sur leur nom et sur leur savoir-faire. Ces caractéristiques peuvent être communes à une entreprise de haute technologie. Un entrepreneur en intelligence artificielle peut apporter son savoir-faire afin de rendre la machine d'autrui intelligente. Il y a coopération en un lieu précis et celle-ci implique l'utilisation partagée de connaissances informelles. Cette hypothèse peut impliquer un transfert de savoir-faire. Duplat et Lumineau remarquent à ce sujet que si le savoir est en grande partie tacite la probabilité de recours à des sachants ayant des connaissances en droit (conseil en propriété intellectuelle ou avocat) est faible. Le recours au droit de la propriété intellectuelle est limité¹⁷⁶. Ceci est normal puisque les connaissances informelles ne sont par définition pas brevetables faute d'avoir été décrites. Dans le cas plus spécifique où des données sont utilisées afin de créer un nouveau marché comme le font par exemple les acteurs du traitement de données en masse, Koutroumpis, Leiponen et Thomas notent également que les techniques juridiques visant à l'exercice d'un droit de propriété ne sont pas satisfaisantes d'un point de vue économique¹⁷⁷. Un praticien du droit qui découvre le monde de l'intelligence artificielle est d'emblée surpris par l'attrait que suscite la propriété intellectuelle chez certains entrepreneurs. Trois

¹⁷⁶ DUPLAT, Valérie et LUMINEAU, Fabrice. « Third Parties and Contract Design: The Case of Contracts for Technology Transfer ». *Managerial and Decision Economics* [en ligne]. 2016, Vol. 37, n° 6, p. 433. DOI <https://doi.org/10.1002/mde.2729>.

¹⁷⁷ KOUTROUMPIS, Pantelis, LEIPONEN, Aija et THOMAS, Llewellyn D W. « Markets for data ». *Industrial and Corporate Change* [en ligne]. Juin 2020, Vol. 29, n° 3, paragr. 2.2. DOI [10.1093/icc/dtaa002](https://doi.org/10.1093/icc/dtaa002).

observations sont la cause de cet étonnement. La première est d'ordre matériel : une petite entreprise n'a pas forcément les moyens de l'exploitation industrielle d'une invention. L'exploitation d'une marque par l'octroi de licences peut à elle seule poser des difficultés pratiques sérieuses comme le montre l'exemple de Longines.

La seconde est d'ordre pratique : la publicité du brevet impose la divulgation d'un avantage concurrentiel que l'entrepreneur ne veut pas nécessairement porter à la connaissance de tous.

La troisième est d'ordre théorique : une petite entreprise ne cherche pas nécessairement à obtenir un monopole relatif à l'exploitation d'une technique mais davantage à valoriser sa maîtrise de cette dernière. L'attrait pour le titre de propriété intellectuelle tient notamment à une attitude qui n'a qu'un rapport indirect avec le droit : la présentation du nombre de titres de propriété intellectuelle à des investisseurs est une monstration chiffrée destinée à éveiller ou raviver la foi en la capacité d'innovation de l'entreprise¹⁷⁸. Corbel remarque toutefois un élément particulièrement significatif pour un juriste : les grandes entreprises se lancent souvent dans une «course aux armements»¹⁷⁹ en déposant de nombreuses demandes de titre de propriété intellectuelle afin de pouvoir faire pression sur un concurrent dans le cadre d'une négociation sur une invention nouvelle afin d'obtenir par exemple une licence relative à celle-ci en

¹⁷⁸ Cette pratique qui relève davantage de l'analyse économique que de droit ou de la technique a lieu de plusieurs décennies. V. par ex. CRÉPON, Bruno et DUGUET, Emmanuel. « Innovation : mesures, rendements et concurrence ». *Economie et Statistique* [en ligne]. Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 1994, Vol. 275, n° 1, p. 122. DOI 10.3406/estat.1994.5894 ; Rappr. CORBEL, Pascal. « Les paradoxes d'un outil de management stratégique : le brevet et la liberté ». *Management international* [en ligne]. Mai 2011, Vol. 15, n° 2, p. 28 et s. DOI 10.7202/1003447ar.

¹⁷⁹ CORBEL, Pascal, art. cit., p. 24. Les guillemets figurent dans le texte original.

échange d'une licence portant sur une invention plus ancienne qui serait utilisée par l'entreprise qui revendique un droit de propriété sur l'invention.

Il est indispensable de ne pas se contenter de ces pratiques et de revenir à la réalité de la chose.

3.1.2 La réalité de la chose

Ce sous-paragraphe part d'un constat simple et trop souvent négligé en dépit ou peut-être à cause de son évidence : une chose doit exister quelque part avant d'être imitée. Selon Mousseron, «les problèmes techniques principaux sont ceux de la naissance de ces droits avec la dissociation classique entre une propriété littéraire et artistique où le droit naît du fait juridique de la création dans le patrimoine du créateur et des propriétés industrielles qui naissent par l'acte juridique de la demande dans le patrimoine des demandeurs.»¹⁸⁰ Nonobstant la manière dont cette création est abordée, qu'il s'agisse de nouveauté, d'originalité, de nouveauté ou encore d'activité inventive, il est toujours question d'un point de départ. Un inventeur part par exemple de l'état de la technique¹⁸¹. L'universitaire montpelliérain souligne la différence entre ces droits de propriété intellectuels et la propriété sur les choses matérielles

¹⁸⁰ MOUSSERON, Jean-Marc. « Valeurs, biens, droits ». Dans : Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida. Paris : Dalloz, 1991, n° 13. ISBN 978-2-247-01226-8.

¹⁸¹ Articles 54(1) et 56 de la Convention sur le brevet européen.

dont on examine avant tout la « transmission »¹⁸². Il est facile de comprendre en effet que la matière ne peut être créée à partir du néant. Un informaticien n'en a pas toujours conscience alors qu'il existe désormais des outils techniques très simples à utiliser qui sont destinés à dater un fichier avec force probante qu'il s'agisse de services fournis par les institutions publiques compétentes en matière de propriété intellectuelle ou d'entreprises privées habilitées à fournir des services répondant à des normes d'horodatage tels que celles encadrées par le Règlement européen dit « eIDAS »¹⁸³ ou par la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886. Ces outils sont d'autant plus que comme le rappelle Mousseron dans sa contribution parue en 1991, l'appropriation par la création de droits de propriété intellectuelle fait figure d'exception¹⁸⁴. L'auteur évoque d'autres techniques de nature contractuelle qui vise à assurer la confidentialité des échanges ou la non-exploitation de certains procédés. L'utilisation de ces techniques juridiques et de ces outils est importante en ce qu'elle concerne l'existence d'une chose en cours de création dont la valeur n'a pas encore été réalisée, pour paraphraser Louis Lavelle, et est de ce fait difficile à déceler par quelqu'un d'autre que son créateur . Une personne malhonnête peut souhaiter économiser des ressources en prenant possession de la chose en développement. L'entrepreneur imité doit alors prouver que les éléments réutilisés par autrui étaient

¹⁸² MOUSSERON, Jean-Marc, op. cit., p. 12.

¹⁸³ Règlement (UE) n ° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE.

¹⁸⁴ MOUSSERON, Jean-Marc, op. cit., n° 8.

en sa possession et qu'ils ont été obtenus de manière illicite. L'article premier, (1) de la directive européenne relative à la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués¹⁸⁵ énonce que : « La présente directive établit des règles protégeant les secrets d'affaires contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites. » Ceci n'est pas sans rappeler l'entrée et le maintien en possession en droit romain malgré une différence fondamentale. En matière d'intelligence artificielle, la possession se manifeste par la production de données à partir d'autres données. Les Romains abordaient quant à eux la possession à partir de la nature, par exemple par l'intermédiaire d'un esclave¹⁸⁶ ou de la possession d'un animal qui vivait dans un lieu créé par la personne qui l'avait apprivoisé et qui y retournait, tel une ruche ou un colombier¹⁸⁷. L'article 2(1) de ladite directive se lit comme suit :

1. Aux fins de la présente directive, on entend par:

1) «secret d'affaires», des informations qui répondent à toutes les conditions suivantes:

¹⁸⁵ Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

¹⁸⁶ V. par ex. D. 41.2.3.8.12 (Paul. 54 ad edict.). V. VACCA, Letizia. « L'acquisition de la possession par l'intermédiaire d'autrui : un cas de ius controversum ». Dans : CHEVREAU, Emmanuelle, MASI DORIA, Carla et RAINER, Johannes Michael, *Liber amicorum: mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Coriat*. Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2019, p. 983. ISBN 978-2-37651-011-6 ; FERRETTI, Paolo. *Il possesso tra animus e corpus: da Labeone a Paolo* [en ligne]. Trieste : Edizioni Università di Trieste, 2016, p. 26.

¹⁸⁷ V. sur ce point D. 41.1.2.3.15 (PauL. 54 ad ed.) EDMOND VERMOND. *Théorie générale de la possession en droit romain* [en ligne]. Paris, France : Librairie du recueil général des lois et des arrêts, 1895, n° 41, p. 142 et s.

a) elles sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles,

b) elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes,

c) elles ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes;

L'article 3 décrit les différents cas d'entrées en possession licites

1. L'obtention d'un secret d'affaires est considérée comme licite lorsque le secret d'affaires est obtenu par l'un ou l'autre des moyens suivants:

a) une découverte ou une création indépendante;

b) l'observation, l'étude, le démontage ou le test d'un produit ou d'un objet qui a été mis à la disposition du public ou qui est de façon licite en possession de la personne qui obtient l'information et qui n'est pas liée par une obligation juridiquement valide de limiter l'obtention du secret d'affaires;

c) l'exercice du droit des travailleurs ou des représentants des travailleurs à l'information et à la consultation, conformément au droit de l'Union et aux droits nationaux et pratiques nationales;

d) toute autre pratique qui, eu égard aux circonstances, est conforme aux usages honnêtes en matière commerciale. »

La question de la protection des savoir-faire n'est pas nouvelle. L'indication préalable du caractère secret est primordiale car une personne extérieure ne peut pas savoir ce qui est secret et constitue un avantage compétitif. Cette directive vient en quelque sorte conforter la manifestation de l'*animus celandi*. Le contrat de franchise repose sur la transmission d'un savoir-faire. C'est un cas très intéressant car l'imitation des procédés du franchisé est contractuellement autorisée mais leur divulgation doit être strictement encadrée afin que l'avantage compétitif ne profite pas à la concurrence. Les clauses évoquées par Mousseron plus haut imposent de formaliser ce qu'il est important de faire pour que l'activité du franchisé puisse prospérer. La signature de contrats comportant ce type de clause sans l'identification préalable de la chose que l'on souhaite protéger par le secret n'a que très peu d'intérêt en pratique comme l'illustre un arrêt rendu par la Cour de cassation française rendu en 2012, donc antérieur à la directive européenne précitée. Un artisan boulanger a rejoint un réseau de franchise en boulangerie artisanale en vue de développer son

activité¹⁸⁸. Ce dernier a reproché à son cocontractant d'avoir indûment utilisé un procédé de panification qui n'était pas nouveau et qu'il lui avait transmis dans le cadre du contrat de franchise. La Haute juridiction a effectivement rappelé que la nouveauté était indifférente mais a relevé « que le savoir-faire devant présenter un caractère secret, ce qui implique que l'ensemble de ses éléments ne soit pas généralement connu, la cour d'appel, qui relève qu'il ressort des pièces du dossier que le procédé de panification et notamment les phases de pesage et de façonnage ainsi que l'utilisation de la " pousse contrôlée " correspondent à de simples tours de main connus des milieux de la boulangerie, a pu statuer comme elle a fait ; que le moyen n'est pas fondé ». En d'autres termes, une chose n'est pas secrète seulement par la volonté et les efforts d'une personne qui la cache mais aussi parce qu'elle est une chose dont on ignore la nature exacte. Les définitions sont utiles dans une directive car elles guident les États membres lors de sa transposition. Le savoir-faire est important en matière d'IA. Ces éléments ont conduit à évoquer ces définitions qui ne sont utiles que si elles se rapportent à une chose qui existe quelque part.

Le rapprochement du droit romain entrepris dès le début de ce travail a permis de prendre conscience de la réalité de la chose imitée. L'examen du droit romain dissipera la confusion causée par la multiplicité des régimes construits autour de définitions juridiques différentes en rétablissant la primauté du fait.

¹⁸⁸ C. Cass., Com., 3 mai 2012, n°11-14.289.

3.1.3 La primauté du fait

Sifakis rappelle à juste titre que l'imitation ne se résume pas à l'observation, qu'il s'agisse d'apprentissage, de la commission d'acte répréhensible ou d'habitude devenue coutume¹⁸⁹. Un acte doit être accompli pour que l'appropriation ait lieu. L'intelligence artificielle porte sur des données et ne modifie pas le réel mais la perception que l'on en a. Les Romains connaissaient les dommages liés aux informations fausses et leur pragmatisme les incitait à accorder une action contre l'intermédiaire qui en est un tiers à la relation contractuelle défavorable.

D. 4.3.8 (Gai. 4 ad ed. pro.) « *Quod si cum scires eum facultatibus tui tui lucri gratia adfirmasti mihi idoneum esse, merito adversus te, cum mei decipiendi gratia alium falso laudasti, de dolo iudicium dandum est.* »

Une personne motivée par le gain affirme qu'une autre est solvable en sachant que ce n'est pas le cas, le créancier qui s'engage à l'égard du débiteur en tenant compte de cette information fausse peut agir à l'encontre de l'entremetteur sur le fondement de l'*actio de dolo*. Watson estime que la *lex aquilia* était applicable aux dommages involontaires mais que ceux-ci devaient être causés par négligence et que cette *lex* concernait en particulier les dommages du fait des

¹⁸⁹ SIFAKIS, Yoanna. Le concept d'imitation en droit pénal : approche de synthèse du juridique au philosophique [en ligne]. Thèse de doctorat. . Université de Bordeaux, 1er décembre 2017, p. 44 et s. Disponible à : <URL : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01724692>>.

esclaves¹⁹⁰. Cursi relève que cette action est accordée par le prêteur pour combler les lacunes du droit qui n'offrirait aucun remède sans cette initiative et que c'est ainsi qu'il est apparu nécessaire de réparer les dommages causés par les informations fausses¹⁹¹. Schrage souligne qu'après la chute de Byzance, les auteurs ont continué à chercher à développer une théorie cohérente de la possession en reprenant des cas de délits comme de contrats¹⁹². On retrouve la différence entre une IA qui détecterait des *fake news* ou des maladies sur des images de feuille de plant de tomates : le fait juridique a une dimension matérielle et une autre sociale tandis que la donnée traitée par l'IA n'a qu'une dimension matérielle. Appliquer le droit suppose de caractériser la réalité sociale d'un fait juridique avant de déterminer le fondement juridique le plus adapté à la production de l'effet juridique attendu. Ces deux étapes sont distinctes ; leur enchaînement n'est pas automatique. Dans la mesure où le droit, entendu comme discipline, est une science sociale, il n'y a rien de surprenant à ce que le fondement juridique produise un effet social. C'est cet effet social et ses conséquences pratiques qui sont recherchées par le justiciable. La responsabilité délictuelle est encore invoquée de nos jours en droit français par un acteur économique pour obtenir réparation du préjudice causé par un concurrent déloyal

¹⁹⁰ WATSON, Alan. « Chapitre 8 : Acquisition of Possession and Usucapion per Servos et Filios ». Dans : *Studies in Roman Private Law*. London ; Rio Grande : The Hambledon Press, 1er janvier 1991, p. 261 et s. ISBN 978-1-85285-047-0.

¹⁹¹ CURSI, Maria Floriana. « Les paradoxes de la typicité du système romain : l'exemple de la protection extracontractuelle du dommage ». *Revue historique de droit français et étranger*. 2014, Vol. 92, n° 1, p. 12.

¹⁹² SCHRAGE, Eltjo J. H. « Ungerechtfertigte Bereicherung: Einige Bemerkungen aus dem Bereich der vergleichenden Rechtsgeschichte ». *Revue internationale des droits de l'antiquité*. Office International des Périodiques, 2017, n° 64, p. 295 et s.

qui aurait imité sa chose. Obtenir gain de cause suppose de prouver la réalité sociale de ce parasitisme. La Cour de cassation française se montre particulièrement exigeante à cet égard. Elle a ainsi jugé en 2016 « que la société Pucci n'établit pas quel serait son style particulier qui constituerait une valeur économique individualisée, fruits d'investissements, que les sociétés H&M AB et H&M auraient voulu copier et que la thèse de la société Pucci selon laquelle la société H&M AB avait mis en avant, dans sa publicité, les liens entre M. X..., créateur de la collection « capsule » et la « maison Pucci » n'est pas établie »¹⁹³. Le passage suivant attire l'attention dans le contexte de l'IA :

« ...quel serait son style particulier qui constituerait une valeur économique individualisée... »

La concurrence déloyale, comme le droit de la concurrence ne s'intéresse qu'aux relations entre acteurs économiques. Une telle relation est a priori susceptible d'être formulée de manière chiffrée. Le style semble quant à lui intimement lié à l'esprit de l'auteur et à sa culture. Cette impression ne doit pas faire oublier que l'IA suppose une représentation d'un objet ou d'une situation de fait sous un format qu'une machine peut traiter. La question pertinente à ce stade pour un juriste qui cherche à déterminer s'il y a parasitisme n'est pas de savoir si le style est lié à l'esprit de l'auteur mais s'il peut être formulé de manière à être traité par une IA qui fournirait des éléments objectifs éclairants pour le juriste. Amancio a entrepris de

¹⁹³ Cass., Com., 20 septembre 2020, n° 14-251.

concevoir une IA capable de reconnaître le style d'un auteur. Il a combiné l'analyse statistique à la représentation d'un texte sous la forme d'un réseau de neurones¹⁹⁴, notamment afin d'étudier la proximité d'un mot avec un autre¹⁹⁵.

Si une machine parvient à traiter le style, n'est-il pas possible de la laisser déterminer seule s'il y a ou non parasitisme dans un cas précis ? Produire des données chiffrées ne revient pas à relier ces données entre elles afin d'arriver à un ensemble pertinent pour répondre à la question que l'on se pose. En d'autres termes, ce n'est pas parce qu'une valeur économique a été identifiée, d'une part et que le style est mesurable, d'autre part que la « valeur économique individualisée » se réduit à la mesure du style. Si une telle réduction était pertinente, il suffirait d'imiter le *business model* d'une entreprise pour imiter son succès financier. Cette décision montre que la preuve du parasitisme au-delà de la simple émulation n'est pas toujours simple. Ceci devrait encourager à revenir aux faits d'espèce pour déterminer un fondement juridique pertinent plutôt que de rechercher un régime spécial qui serait applicable à différents usages de l'IA.

Il apparaît que l'appropriation de l'IA ne passe pas nécessairement par l'obtention d'un titre mais qu'elle peut se faire par imitation. Le fait que ce procédé de traitement autonome des données utilise des données pour produire d'autres données rend l'imitation difficile à prouver notamment dans un cas de concurrence

¹⁹⁴ AMANCIO, Diego Raphael. « A Complex Network Approach to Stylometry ». CSERMELY, Peter (dir.), PLOS ONE [en ligne]. Août 2015, Vol. 10, n° 8, p. 7 et s. DOI 10.1371/journal.pone.0136076.

¹⁹⁵ Ibid., fig. 1.

déloyale par parasitisme. C'est pourquoi il est très important de partir des faits pour rechercher un régime juridique approprié. L'organisation est un autre mode d'appropriation.

3.2 L'organisation

L'encadrement juridique de l'IA donne l'impression d'une vacuité incommode (3.2.1). Si la recherche de contrainte juridique est illusoire dans bien des cas (3.2.2), la puissance de l'infrastructure de traitement (3.2.3) est la manifestation de l'appropriation par organisation.

3.2.1 Une vacuité incommode

L'avenir est incertain. Cette évidence peut conduire les parties à prévoir l'essentiel afin de déterminer à quoi elles s'engagent à défaut de savoir ce qui les attend. La difficulté ici est celle de la détermination de l'objet du contrat qui ramène à nouveau le juriste vers la chose. Établir un contrat sur une chose évolutive dont le *corpus* est hétérogène pourrait sembler hors de portée car cette chose serait impossible à figer en des termes précis. Il n'en est rien. L'IA n'est difficile à cerner que si on la considère comme une chose entièrement nouvelle. Shin relève que cette technologie est nouvelle et que le grand public ne sait pas ce qu'elle peut faire pour lui¹⁹⁶. Cette difficulté à imaginer ce que l'IA peut apporter est un obstacle qui

¹⁹⁶ SHIN, Donghee. « The effects of explainability and causability on perception, trust, and acceptance: Implications for explainable AI ». *International Journal of Human-Computer Studies* [en ligne]. Février 2021, Vol. 146, paragr. 7.1. DOI 10.1016/j.ijhcs.2020.102551.

peut notamment entraver l'adoption de la technologie. Un juriste ne peut toutefois que se prononcer sur les effets juridiques d'une situation de fait dont il observe l'évolution. Une évolution technique n'entraînera peut-être pas de changements significatifs d'après un juriste alors que cette évolution aura demandé des efforts considérables à un informaticien. L'évolution du droit n'obéit pas aux mêmes contraintes que l'évolution technique. Le fait qu'un véhicule puisse se déplacer sans conducteur ne suffit par exemple pas à déterminer les conditions de fait dans lesquelles il sera exploité. Quatre ans après l'adoption de loi française qui a instauré en 1985 un nouveau régime juridique spécial relatif aux accidents de la circulation¹⁹⁷, Tunc rappelle que « pour obtenir le vote de la loi en dépit de l'opposition passionnée qu'elle suscitait, le Garde des Sceaux, Robert Badinter, avait cru nécessaire d'exclure les conducteurs du bénéfice de l'indemnisation automatique (art. 4) et, pour les autres victimes d'accidents de la circulation (piétons, cyclistes, passagers), de tempérer celle-ci en réservant le cas de leur "faute inexcusable si elle a été la cause exclusive de l'accident", sauf à les en excuser si elles ont moins de 16 ans ou plus de 70 »¹⁹⁸. L'auteur poursuit : « On peut regretter que les conducteurs, qui sont la catégorie d'usagers de la route la plus exposée aux risques de celle-ci, ne bénéficient pas du principe d'indemnisation quasi-automatique posé par la loi. Le texte de l'article 3 est pourtant formel. Les

¹⁹⁷ Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

¹⁹⁸ TUNC, André. « L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation après quatre ans d'application de la loi Badinter ». *Revue internationale de droit comparé* [en ligne]. Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 1989, Vol. 41, n° 4, p. 993. DOI 10.3406/ridc.1989.1870.

conducteurs ont été sacrifiés à la résistance que rencontrait le projet de loi et à l'affirmation – discutable, on le verra - que leur couverture eût exigé un insupportable renchérissement des primes. Leur exclusion rend cependant essentiel de déterminer si une victime est ou non conducteur. »¹⁹⁹ C'est ici que l'on voit que les concepts juridiques dépendent notamment de considérations qui ne sont ni juridiques ni techniques. Cette expérience montre qu'il est opportun de se demander si de tels concepts demeurent pertinents avant d'essayer de les adapter à une évolution récente de l'état de la technique. Il est vrai qu'un véhicule terrestre à moteur sans conducteur est une chose nouvelle mais la référence juridique au conducteur apparaît d'autant moins nécessaire que l'IA permet de concevoir des véhicules qui se déplacent sans que personne ne les conduise. Ce n'est pas parce qu'un être humain ne conduit pas un véhicule autonome qu'une IA le remplace ; la personne n'est pas remplacée mais absente. Cette absence trouble celui qui s'attend à trouver un de ces congénères non loin de la machine. Il est possible que ceux qui n'ont pas été confrontés à l'IA dans une situation concrète - ou qui ne se rendent pas compte de leur usage de l'IA lorsqu'ils utilisent un moteur de recherche - préfèrent croire à leur remplacement plutôt qu'à leur absence. C'est ainsi que des représentations anthropomorphes qui embarrassent Loiseau²⁰⁰ apparaissent alors qu'elles sont inopportunes en droit car elles n'aident pas plus le juriste que l'informaticien à comprendre ce qui se

¹⁹⁹ Ibid., p. 1000.

²⁰⁰ LOISEAU, Grégoire. « Chapitre 2: Intelligence artificielle et droit des personnes ». Dans : BENSAMOUN, Alexandra et LOISEAU, Grégoire, Droit de l'intelligence artificielle. Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2019, n° 80. (Les Intégrales). ISBN 978-2-275-06564-9.

produit lors du recours à l'IA. Canselier remarque qu'il peut être difficile de distinguer les différents éléments qui ont concouru à un dommage²⁰¹. Sabouret attire l'attention sur une réalité que les représentations anthropomorphes tendent à obscurcir : « L'erreur est de croire que nous pouvons juger de l'intelligence d'une machine en comparant son comportement avec celui d'un humain »²⁰².

Uber ne se préoccupe pas de cette absence d'être humain ; cette société sait qu'elle fait partie intégrante du processus de création de valeur. Une équipe de l'ISC Paris identifie trois registres sur lesquels les concurrents d'Uber pourraient jouer afin de de porter atteinte à sa légitimité : la contrainte juridique, la standardisation des pratiques et la différenciation commerciale²⁰³. Uber travaille depuis plusieurs années avec Volvo afin de mettre au point un véhicule autonome²⁰⁴. Si la pérennité du service peut être remise en cause, Uber doit mettre au point une autre organisation afin de se maintenir en activité. L'appropriation est difficilement perceptible car Uber n'est propriétaire d'aucune chose que le client voit, notamment de la voiture du chauffeur Uber. Ce cas est intéressant car il permet de

²⁰¹ CANSÉLIER, Sonia. « Les intelligences non humaines et le droit : Observations à partir de l'intelligence humaine et de l'intelligence artificielle ». Dans : *Le droit et les sciences de l'esprit*. Paris : Dalloz, 2012, p. 228. (Archives de philosophie du droit). ISBN 978-2-247-12187-8.

²⁰² SABOURET, Nicolas et DE ASSIS, Lizete. *Comprendre l'intelligence artificielle*. Paris : Ellipses, 2019, p. 28.

²⁰³ DIRIDOLLOU, Cédric, DELECOLLE, Thierry, LOUSSAÏEF, Leïla, et al. « Légitimité des business models disruptifs : le cas Uber ». *La Revue des Sciences de Gestion. Direction et Gestion*, 2016, Vol. N° 281-282, n° 5, p. 20.

²⁰⁴ VOLVO CARS FRANCE. « Volvo Cars et Uber s'associent pour développer des voitures autonomes ». Dans : Communiqué de presse [en ligne]. 18 août 2016 [Consulté le 3 mai 2022]. Disponible à : <URL : <https://www.media.volvocars.com/fr/fr-fr/media/pressreleases/194795/volvo-cars-et-uber-sassocient-pour-developper-des-voitures-autonomes>>.

comprendre que la maîtrise de l'organisation aboutit à une appropriation. Ce n'est pas nouveau car la désorganisation est une forme de concurrence déloyale. La perturbation est un mode d'action revendiqué par les sociétés des secteurs technologiques. La Cour de cassation française a eu à connaître d'une affaire de débauchage de nombreux programmeurs d'une entreprise par un ancien salarié de cette entreprise pour le compte de la société qu'il avait créée. La Haute juridiction a estimé que la perturbation créée par le débauchage rapide de plusieurs employés ne constituait pas à elle seule une désorganisation²⁰⁵. Une attention particulière doit être accordée aux faits dans le cadre d'une action en concurrence déloyale par désorganisation. Les juges du droit n'ont pas la même mansuétude à l'égard du dénigrement, même entre sociétés qui ne sont pas en situation de concurrence directe. C'est ainsi « que reprochant à la société Plicosa d'avoir organisé à son encontre une campagne de dénigrement en divulguant l'existence de cette action en justice, ce qui avait conduit plusieurs de ses clients à renoncer à des commandes, la société Shaf l'a assignée en paiement de dommages-intérêts pour concurrence déloyale ». Il a été jugé « que la divulgation à la clientèle, par la société Plicosa, d'une action en contrefaçon n'ayant pas donné lieu à une décision de justice, dépourvue de base factuelle suffisante en ce qu'elle ne reposait que sur le seul acte de poursuite engagé par le titulaire des droits, constituait un dénigrement fautif »²⁰⁶. Le rapprochement entre l'action en concurrence déloyale et la possession est intéressant en raison de l'indifférence du titre de propriété. Ce n'est pas parce que la

²⁰⁵ C. Cass., Com., 20 septembre 2011, n° 10-19.443.

²⁰⁶ C. Cass., Com., 9 janvier 2019, n° 17-18.350.

question de la contrefaçon n'a pas encore été tranchée que le dénigrement n'a pas eu lieu. L'action en concurrence déloyale porte essentiellement sur l'influence d'un acteur économique professionnel à l'égard d'un autre. Lorsque cette influence risque de mettre à mal l'organisation d'un acteur économique, celui-ci peut utilement songer à intenter une action sur un fondement délictuel alors même que l'agent perturbateur n'exerce pas du tout au sein d'un même secteur d'activité. Un différend a par exemple opposé un éditeur de programmes informatiques à la Fédération des industries d'aliments conservés. La décision a été prise en référé et ne se prononce pas sur le fond, comme souvent dans les affaires dans lesquelles un dénigrement est allégué. Yuca est l'éditeur de l'application Yuka, d'un site Internet et d'un blog qui examinent la composition des aliments et des cosmétiques. Un billet du blog se prononçait sur la toxicité des conserves à cause du récipient. Il est intéressant de noter qu'en matière d'IA et de services informatiques, l'organisation est évaluée de manière quantitative. Dans l'affaire Google Shopping, il était question de trafic sur Internet, il en va de même dans la présente. Selon le juge des référés du Tribunal de commerce de Versailles :

« Attendu que l'impact sur le consommateur est sensible tel que le notent les commentaires des internautes à la lecture de cet article qui ont tous trouvé l'article intéressant ou utile ; que compte tenu de la notoriété de YUCA (12 millions d'utilisateurs de l'application Smartphone), l'impact des conseils de YUCA sur le comportement économique des consommateurs est revendiqué par YUCA elle-

même dans une étude d'impact qu'elle met en ligne elle-même sur son site internet : "96% des lecteurs du blog nutrition ont appris des choses en lisant cet article "- 83% des lecteurs du blog nutrition ont mis en pratique des éléments concrets appris dans les articles" ; que nous considérons qu'un trouble illicite majeur a été généré par cet article et qu'il convient de prendre des mesures pour faire cesser ce trouble »²⁰⁷. Il est intéressant de noter que les sociétés informatiques privilégient la présentation des données de manière quantitative au regard de l'ensemble du trafic, à la manière de l'affaire Google (Shopping). L'approche quantitative qui repose sur un flux de données n'a cependant pas été nécessaire afin d'établir le dénigrement dans l'affaire citée *supra* concernant la divulgation d'une action en justice. Juristes et informaticiens traitent des données mais une IA est conçue en grande partie par des informaticiens qui n'ont pas à penser comme des juristes ; le code informatique doit être exécuté par une machine tandis que le droit doit être appliqué par un être humain. Ceux qui s'intéressent à une police des *fake news* assistée par IA sur les réseaux sociaux devraient garder ce point à l'esprit. Le fait juridique n'a de sens que s'il ramène celui qui l'observe à une personne, à une chose ou à une obligation. Une donnée n'a quant à elle de sens que si elle exploitable dans les conditions requises pour son exploitation. La phrase précédente est une tautologie pour un juriste tandis qu'elle ramène l'informaticien à l'organisation qu'il doit mettre en place pour l'exploitation des données. Cette différence de point de vue explique pourquoi le juriste a parfois l'impression d'avancer dans le vide lorsqu'il aborde un cas d'IA.

²⁰⁷ T. Com. Versailles, 5 mars 2020, n° 2020R00032.

Il va être vu que cette vacuité rend la contrainte juridique illusoire.

3.2.2 Une contrainte juridique illusoire

« On vous apprend que des êtres humains doués de langage ont été placés dans une situation telle qu'aucun d'eux ne peut vous rapporter ce qu'elle fut. »²⁰⁸ Ces mots de Lyotard décrivent le point de départ de beaucoup de praticiens qui examinent une situation de fait au sujet de laquelle des parties nourrissent des prétentions opposées. Ceci amène à relativiser nettement la portée des contrats signés. Il peut arriver que des parties s'engagent dans une relation qui leur paraît profitable sans savoir précisément quoi faire une fois le contrat signé. Un informaticien ou un entrepreneur peut voir le contrat comme un aboutissement : la création d'un cadre juridique qui lui permet de faire ce qu'il entend et de s'assurer que le cocontractant coopérera ou sera au moins contraint de ne pas l'entraver dans son activité. Le contrat est alors perçu comme un ensemble de règles instaurant une contrainte sur chacune des parties. Une équipe néerlandaiso-britannique rappelle qu'un économiste peut adopter une approche fonctionnelle du contrat vu comme un outil destiné à aligner les intérêts des parties²⁰⁹. Cette convergence est en

²⁰⁸ LYOTARD, Jean-François. « Le différend ». Dans : Le différend. Paris : Editions de Minuit, 1983, n° 1. (Collection « Critique »). ISBN 978-2-7073-0661-6.

²⁰⁹ AKKERMANS, Henk, OPPEN, Willem van, WYNSTRA, Finn, et al. « Contracting outsourced services with collaborative key performance indicators ». Journal of Operations Management [en ligne]. 2019, Vol. 65, n° 1, p. 24 et s. DOI <https://doi.org/10.1002/joom.1002>.

pratique difficile à réaliser pour trois raisons principales : les parties peuvent dissimuler leurs intérêts²¹⁰ ; l'organisation mise en place fonctionne en grande partie grâce à des connaissances informelles ; une partie prenante à un différend peut assumer plusieurs rôles et doit arbitrer entre des intérêts divergents qu'elle défend. Ce dernier point a fait l'objet d'une attention particulière récemment. Certaines situations sont naturellement ambivalentes. Cette ambivalence inévitable est d'ailleurs prise en compte dans les relations à la fois familiales et professionnelles. Des universitaires nord-américains ont examiné la littérature consacrée à la gestion des entreprises familiales. Il en ressort qu'un entrepreneur est sensible aux modèles qu'il appliquera lors de la gestion ou de la transmission de son entreprise²¹¹. Ces considérations ne surprennent pas le lecteur qui sait que les modèles suscitent l'intérêt des entrepreneurs. Prendre appui sur le droit romain de la possession permet de ne pas restreindre l'analyse à des considérations qui sont parfois très éloignées de la technique juridique alors que le praticien du droit est sollicité en vue d'une analyse juridique d'une situation de fait. Lors de l'examen du *corpus*, il a été vu qu'en plus de l'algorithme, l'informaticien proposait un jeu de données utile pour l'apprentissage. Il remet d'ailleurs très souvent un kit de développement ou *Software Development Kit (SDK)* en anglais qui permet à son client de réaliser

²¹⁰ V en ce sens FRYDLINGER, David, HART, Oliver et VITASEK, Kate. « A New Approach to Contracts ». *Harvard Business Review*. Harvard Business School Publication Corp., Octobre 2019, Vol. 97, n° 5, p. 121, 123.

²¹¹ COMBS, James G., SHANINE, Kristen K., BURROWS, Sarah, et al. « What Do We Know About Business Families? Setting the Stage for Leveraging Family Science Theories ». *Family Business Review* [en ligne]. SAGE Publications Inc, Mars 2020, Vol. 33, n° 1, p. 55. DOI 10.1177/0894486519863508.

lui-même l'apprentissage s'il s'agit d'IA ou d'écrire son programme informatique déterministe. Un juriste pourrait s'en tenir à la description des éléments du *corpus* dans le contrat. Ce serait oublier que le SDK qui semble n'avoir qu'une fonction technique en a aussi une commerciale. Yin, Davis et Muzyrya ont montré que le SDK était aussi un moyen d'attirer des programmeurs désireux de programmer pour le système d'exploitation de l'iPhone et ainsi d'étoffer la gamme de logiciels proposés pour le téléphone d'Apple. Le constructeur ne devient pas propriétaire des téléphones qu'il vend mais exerce sa *potestas* sur l'organisation qu'il a déployée autour du téléphone grâce notamment aux outils de développement. Les auteurs ont établi ainsi que la différence d'outils de développement des jeux par rapport aux autres applications rendait le marché des premiers très différent du marché des secondes²¹². On retombe devant la difficulté éprouvée par le juriste devant l'affaire Google (Shopping) : un observateur ignorant des *business models* spécifiques ne perçoit qu'une masse informe de données et ne sait pas lesquelles structurent le marché. Lorsqu'un entrepreneur consulte un avocat, c'est notamment parce qu'une relation contractuelle évolue dans un sens qui ne le satisfait pas. L'organisation technique ne lui permet pas d'atteindre ses objectifs économiques, qu'ils soient financiers ou commerciaux. Le cocontractant peut avoir détourné l'organisation technique à son profit afin de s'approprier un travail qui n'est pas le sien. C'est cette forme d'appropriation que l'on désigne parfois par le néologisme « ubérisation ». Elle est d'autant plus difficile à caractériser qu'elle

²¹² YIN, Pai-Ling, DAVIS, Jason P. et MUZYRYA, Yulia. « Entrepreneurial Innovation: Killer Apps in the iPhone Ecosystem ». *American Economic Review* [en ligne]. Mai 2014, Vol. 104, n° 5, p. 257 et s. DOI 10.1257/aer.104.5.255.

implique souvent des personnes qui ne sont pas parties à un même contrat. Ce n'est un obstacle insurmontable ni pour le romaniste ni pour le praticien du droit. Ils auront recours à la même technique malgré les différences de fondement, de régime ou de législation : action paulienne, action oblique, action directe... Catala revient sur l'appropriation des biens nouveaux tels que l'image de la personne en 1966 et note que les droits extrapatrimoniaux entrent dans le commerce par le biais de la responsabilité civile puis deviennent cessibles, saisissables : on peut en organiser la succession. C'est pour finir un élément qui est comptabilisé comme un autre²¹³. Bertheau et Garel indiquent toutefois que la comptabilité peut révéler la destruction de ressources mobilisées mais plus difficilement la valeur en train d'être créée²¹⁴. Cette difficulté peut sembler essentiellement théorique mais la perception intuitive du manque de valeur est une cause de rupture contractuelle, parfois à l'origine de la partie réputée faible telle que le franchisé. Même une franchise connue telle que MacDonald's peut souffrir, selon Paswan et Wittmann, si les franchisés ont l'impression que ce sont essentiellement eux qui font le succès de la franchise en lui apportant leur expérience et en essayant d'innover²¹⁵. Ce n'est pas seulement l'opposition de points de vue qui entrave la communication entre les parties mais aussi le caractère intuitif de la valeur en train d'être réalisée, pour paraphraser Lavelle.

²¹³ CATALA, Pierre. « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne ». Revue trimestrielle de droit civil. 1966, n° 28 et s.

²¹⁴ BERTHEAU, Philippe et GAREL, Gilles. « Déterminer la valeur de l'innovation en train de se faire, c'est aussi et déjà innover ». Innovations. Mai 2015, Vol. n° 47, n° 2, p. 17.

²¹⁵ PASWAN, Audhesh K. et WITTMANN, C. Michael. « Knowledge management and franchise systems ». Industrial Marketing Management [en ligne]. Février 2009, Vol. 38, n° 2, p. 178.

Ces difficultés peuvent être à l'origine d'un profond malentendu entre un entrepreneur et un juriste. Le premier attend du second qu'il impose des contraintes juridiques alors qu'aucune contrainte technique n'est envisageable car la chose sur laquelle porteraient les contraintes techniques ou juridiques n'a pas encore été conçue. Il n'y a à ce stade rien d'autre qu'une valeur potentielle, une intuition. En droit, une contrainte ne peut reposer uniquement sur une intuition. Un concept, qu'il soit technique ou commercial, n'est pas une chose faite de pouvoir être formulé de manière stable²¹⁶. C'est alors que l'on comprend le juriste qui essaye de se raccrocher à des éléments du *corpus* qui ne sont pas sans rappeler les programmes informatiques déterministes, à savoir l'algorithme ou le code. Il est difficile de s'exprimer sur une valeur surtout quand un différend entre des personnes porte sur cette dernière. « Le différend est l'état instable et l'instant du langage où quelque chose qui doit pouvoir être mis en phrase ne peut pas l'être encore. Cet état comporte le silence qui est une phrase négative, mais il en appelle aussi à des phrases possibles en principe. Ce que l'on nomme ordinairement le sentiment signale cet état. "On ne trouve pas ses mots", etc. Il faut beaucoup chercher pour trouver les nouvelles règles de formation et d'enchaînement de phrases capables d'exprimer le différend que trahit le sentiment si l'on ne veut pas que ce différend soit aussitôt étouffé en un litige, et que l'alerte donnée par le sentiment ait été inutile. »²¹⁷ Ces mots de Lyotard rappellent que lorsque des parties s'expriment dans le cadre d'un différend, elles ne souhaitent pas d'abord trouver une solution

²¹⁶ Une difficulté analogue se pose en matière de gestion. V. en ce sens BERTHEAU, Philippe et GAREL, Gilles, art. cit., p. 22.

²¹⁷ LYOTARD, Jean-François. « Le différend ». Dans : Le différend. Paris : Editions de Minuit, 1983, n° 22.

mais être entendues. On ne fait pas de bon droit avec des bons sentiments. L'analyse des comportements peut toutefois aider à mieux utiliser les techniques contractuelles. Weber et Mayer observent par exemple qu'une personne travaillant pour une société de services informatiques peut être affectée par la rupture d'un contrat de services conclu entre la société et un client alors qu'il ne sera pas affecté par le non-renouvellement du contrat²¹⁸. Ceci est pertinent mais l'apport du droit est ici marginal car il n'est pas question de faire quoi que ce soit mais seulement de contenir le différend que Sfez rapproche du « conflit de légitimités »²¹⁹. Les auteurs des sciences de gestion ou du *management* ont développé des théories et des modèles destinés à représenter le fonctionnement d'une entreprise. Ils disposent ainsi de nombreux outils destinés à gérer les conflits qui peuvent survenir au sein d'une entreprise familiale²²⁰. Ce n'est pas la manière dont un juriste aborde une situation concrète. Les Romains lui ont appris ceci :

(Gaius, Inst. IV, 2) « *In personam actio est, qua agimus, quotiens litigamus cum aliquo, qui nobis uel ex contractu uel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE.* »

²¹⁸ WEBER, Libby et MAYER, Kyle J. « Designing effective contracts: Exploring the influence of framing and expectations ». *The Academy of Management Review*. Academy of Management, 2011, Vol. 36, n° 1, p. 54 et s.

²¹⁹ SFEZ, Gérald. Jean-François Lyotard, la faculté d'une phrase. Paris : Galilée, 2000, p. 18. (Débats). ISBN 978-2-7186-0533-3.

²²⁰ QIU, Hong et FREEL, Mark. « Managing Family-Related Conflicts in Family Businesses: A Review and Research Agenda ». *Family Business Review* [en ligne]. SAGE Publications Inc, Mars 2020, Vol. 33, n° 1, p. 95 et s. DOI 10.1177/0894486519893223.

Quel que soit le fondement de l'obligation, une personne s'engage envers une autre, à donner, à faire ou agir d'une autre manière, y compris en s'abstenant de faire quelque chose. L'engagement vis-à-vis d'autrui n'a de sens que parce que celui qui est obligé doit accomplir un acte afin de s'acquitter de son obligation. Le *management* était inconnu de Gaius. L'analyse des situations de conflit permet de mieux les comprendre et ainsi de contenir le différend en ne plaçant pas l'une des parties dans une situation plus inconfortable que celle à laquelle elle se trouve au début des négociations en reconsidérant l'ensemble des difficultés à laquelle elle doit faire face. Contenir le différend ne suffit pas à apporter une solution. Ce n'est en effet pas parce qu'un entrepreneur suit un *business model* et a mis une organisation fonctionnelle en place que tout se déroule comme prévu. Gaius ramène le juriste à un élément fondamental : l'obligation est destinée à être exécutée. Elle doit être exécutable de manière contrainte le cas échéant car l'inexécution entraînerait un désordre social. C'est ainsi que plusieurs délits aujourd'hui distincts sont sanctionnés afin de réparer un préjudice matériel ou physique perçu à Rome comme une offense au *pater familias*²²¹. Le fait est encadré par le droit parce qu'il a un effet sur l'ordre social qui existait avant la survenue du fait générateur de responsabilité. La contrainte qui est éventuellement exercée sur le débiteur d'une obligation n'est acceptable que parce qu'elle vise à réparer non seulement le préjudice

²²¹ Au sujet des atteintes corporelles, v. CURSI, Maria Floriana, dir. de publication. « Gli illeciti privati ». Dans : XII Tabulae: Testo e commento [en ligne]. Napoli : Edizioni scientifiche italiane, 2018 , p. 570 et s. ; Au sujet du furtum, v. SIRKS, A. J. B. « Furtum and manus / potestas ». Legal History Review [en ligne]. Brill Academic Publishers, Novembre 2013, Vol. 81, n° 3/4, p. 476 et s.

causé par sa faute mais à restaurer la cohésion sociale. L'individu est obligé parce qu'il reconnaît l'importance du contexte social qu'il entend préserver. Selon Lyotard, « La question n'est même pas celle de l'obéissance, mais celle de l'obligation. La question est de savoir si, quand on entend quelque chose qui peut ressembler à un appel, on est tenu d'être tenu par lui. On pourra lui résister ou y répondre, mais il aura fallu, d'abord l'accueillir comme un appel, plutôt que comme une fantaisie, par exemple. Se trouver placé en position d'être le destinataire d'une prescription (la demande étant une modalité de la prescription). »²²² Un fragment très célèbre des Institutes des Gaius illustre la dimension sociale de la contrainte juridique :

III, 189 « *Poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. nam liber uerberatus addicebatur ei, cui furtum fecerat; utrum autem seruus efficeretur ex addictione an adiudicati loco constitueretur, ueteres quaerebant. in seruum aequè uerberatum animaduertebatur. sed postea inprobata est asperitas poenae, et tam ex serui persona quam ex liberi quadrupli actio praetoris edicto constituta est.* »

Selon le jurisconsulte, à l'époque de la loi des XII Tables, le *furtum manifestum* était puni de la peine capitale. L'homme libre était fouetté, réduit à l'esclavage au profit de la victime par l'*addictio* et devait verser une amende équivalente au quadruple de la valeur de la chose volée. L'esclave était quant à lui précipité de la roche Tarpéienne. Zlinsky rappelle que la vengeance privée et d'origine archaïque et

²²² LYOTARD, Jean-François, op. cit., n° 163.

que la procédure servait à limiter l'ardeur de celle-ci²²³. Le *furtum nec manifestum* n'est puni que d'une amende au double. De Visscher indique que le *furtum manifestum* comportait deux peines l'une issue de la vengeance privée, l'autre de nature judiciaire tandis que le *furtum nec manifestum* était d'origine judiciaire. L'*addictio* n'est pas le résultat d'un procès mais l'exécution d'une vengeance autorisée par la loi²²⁴. Magdelain retrace l'évolution de la procédure relative au *furtum* jusqu'à la République. Au temps des XII Tables, la procédure pour *furtum* supposait l'intervention de deux magistrats, le *judex* qui se prononçait sur la culpabilité à la demande de la victime tandis que l'*arbitrer* intervenait dans un second temps à la demande du volé afin de composer, c'est-à-dire de proposer une peine alternative. Le défendeur prêtait serment qu'il n'avait pas volé, s'il était déclaré coupable, il avait menti sous serment et risquait la mort. Il devait alors supplier que la composition pénale lui fût proposée²²⁵. Sous la République les fonctions des deux magistrats ont été fusionnées dans celles du préteur²²⁶. Comme on le voit, la procédure en droit romain n'était ni automatique ni purement indemnitaire. Cet exemple rappelle que l'emploi d'une technique juridique n'a rien d'automatique ; une indemnisation automatique ne nécessite aucun raisonnement juridique. Un entrepreneur attache beaucoup d'importance à la possession des données d'autrui dans le cadre de

²²³ ZLINSZKY, János. « La répression criminelle dans la Rome archaïque: aspects judiciaires ». Revue internationale des droits de l'antiquité. Office International des Périodiques, 1990, n° 37, p. 469, 575.

²²⁴ VISSCHER, Fernand de. « Le « fur manifestus » ». Revue historique de droit français et étranger. Editions Dalloz, 1922, Vol. 1, p. 42.

²²⁵ MAGDELAIN, André. « Esquisse de la justice civile au cours du premier âge républicain ». Revue Internationale des Droits de l'Antiquité. 1990, Vol. XXXVII, p. 228.

²²⁶ Ibid., p. 238.

l'IA. Il est possible et souvent souhaitable de prévoir contractuellement que tel ou tel élément sera confidentiel. Bertheau et Garel montrent de manière très intéressante que la valeur en cours de réalisation ne peut être réduite à des chiffres et qu'elle repose sur « l'interaction entre connaissances immatérielles et éléments matériels »²²⁷ mais des questions relatives à la confidentialité de l'information protégée par la clause peuvent être soulevées. Ceci ramène inévitablement l'entrepreneur à l'identification de ce qui peut faire le succès de son entreprise. Il devrait garder ces propos de Ferrier à l'esprit :

« L'observation de l'activité des franchisés permettra indépendamment même de tout espionnage commercial ou violation de confidentialité, de relever ces éléments de réussite et dès lors qu'ils ne sont pas, par définition, appropriables, de les utiliser en se gardant simplement d'une trop grande analogie pour éviter toute mise en cause sur le fondement de la concurrence parasitaire.

En conséquence, une incertitude sur les éléments constitutifs du savoir-faire [...] est la meilleure garantie d'une certaine pérennité de la franchise.

²²⁷ BERTHEAU, Philippe et GAREL, Gilles. « Déterminer la valeur de l'innovation en train de se faire, c'est aussi et déjà innover ». Innovations. Mai 2015, Vol. n° 47, n° 2, p. 27, no 2 et s.

Le savoir-faire le plus pertinent devient le moins identifiable. La franchise est en somme la représentation elliptique du savoir-faire. »²²⁸

À la différence d'un informaticien, un juriste se passe très bien de définition précise car il sait que le droit ne se réduit pas à la contrainte alors qu'un programme ne peut être conçu sans prise en compte de contraintes techniques précises. L'interprétation dessert l'étau de la contrainte : elle éclaire le juriste tandis qu'elle plonge l'informaticien dans le plus épais brouillard. La contrainte juridique s'impose en définitive à une personne tandis qu'en matière de logiciel, la contrainte technique est toujours exécutée par une machine. En outre, le traitement autonome de données par une machine rend l'usage de la contrainte juridique assez hasardeux ; un praticien de l'exécution forcée ne peut pas sommer une machine d'exécuter son programme comme il le veut. Engager une procédure contentieuse à l'encontre de l'informaticien amènerait en pratique à doubler l'action en responsabilité d'un contentieux portant sur la preuve. La programmation non déterministe conduit à la production de données statistiquement fiables mais difficilement compréhensibles par une personne qui n'est pas informaticien, même lorsque le procédé d'IA a été conçu afin d'être explicable. Le contentieux en responsabilité risque non seulement de prendre un tour probatoire mais aussi expertal car il serait alors indispensable de discuter les rapports d'expertise produits pour étayer les éléments de preuve *stricto sensu*. En matière d'intelligence artificielle, le savoir-

²²⁸ FERRIER, Didier. « Franchise et savoir-faire ». Dans : Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst. Paris : Litec, 1997, n° 39 et s. ISBN 978-2-7111-2803-7.

faire, comme toute connaissance informelle, peut avoir été acquis à l'occasion de la recherche d'une solution à une difficulté technique ou commerciale. Il est particulièrement opportun d'arriver à établir la source de ces connaissances à défaut de les décrire précisément. La preuve de l'origine et de la date d'un événement est un point de départ intéressant. Il est impératif de recueillir et de conserver ses éléments avant la naissance d'un différend afin de pouvoir les invoquer le cas échéant lors de la recherche d'une solution à ce différend. Il est impossible de prédire quand et à quel sujet un différend surviendra. La possession est de ce fait particulièrement intéressante car elle incite l'entrepreneur à identifier très clairement l'*animus* et le *corpus* de l'IA. C'est alors qu'il se rend compte de l'importance de l'organisation qu'il a mise en place, peut-être en grande partie de manière intuitive, afin de produire des données au moyen d'autres données. Le droit ne se résume pas à la contrainte et offre des ressources qui ne sont pas suffisamment exploitées en matière d'intelligence artificielle.

Il apparaît que la contrainte juridique est illusoire en matière d'IA quand elle n'est pas liée à la recherche d'une solution technique ou commerciale antérieure à la naissance du différend dont le juriste a à connaître. Il semble que les difficultés liées à l'IA varient selon le rôle accordé à l'infrastructure de traitement.

3.2.3 Une infrastructure puissante

Une équipe chilo-française revient sur les difficultés du traitement de données en masse ou *big data* sans l'aborder sous l'angle de l'intelligence artificielle. Les auteurs indiquent que la première des difficultés est d'ordre quantitatif. L'infrastructure doit supporter des effets d'échelle très importants afin de s'adapter à des variations de charge en entrée comme en sortie du processus de traitement, traiter cette masse d'informations en un temps acceptable et être conforme à la réglementation sur les données personnelles²²⁹. Un autre point souligné par les auteurs est peut-être moins aisé à percevoir pour un juriste : un traitement en masse doit être capable de traiter des données hétérogènes et incomplètes à la différence d'un traitement conçu pour une prestation spécifique.²³⁰ Le traitement en masse consiste toujours à réduire une réalité à des données dans un premier temps et à dépasser ces données afin de les exploiter en conditions réelles. Il a été vu que dans le cadre de l'intelligence artificielle, l'essentiel n'était pas les données mais la phase durant laquelle l'informaticien utilisait lesdites données afin d'amener la machine à modifier son code comme des données. Dans le cas d'un traitement en masse, il n'est pas possible de sélectionner ces données avec autant de soin. Google ne pourrait pas fournir des résultats de recherche aussi pertinents sans analyser autant d'informations. Il va cependant de soi qu'Alphabet ne peut pas constituer le *corpus* « à la main » en demandant à un ingénieur de contrôler chacune des requêtes vers

²²⁹ CORTÉS, Rudyar, BONNAIRE, Xavier, MARIN, Olivier, et al. Stream Processing of Healthcare Sensor Data: Studying User Traces to Identify Challenges from a Big Data Perspective. *Procedia Computer Science* [en ligne]. Janvier 2015, Vol. 52, p. 1007 et s. DOI [10.1016/j.procs.2015.05.093](https://doi.org/10.1016/j.procs.2015.05.093).

²³⁰ Id. spéc. p. 1008.

Google. La firme californienne va en revanche accorder beaucoup de soin à la conception d'une infrastructure qui puisse traiter une grande variété de données de manière pertinente. Cette distinction n'a rien de nouveau : la combinaison du traitement en masse et de l'intelligence artificielle aboutit à une version industrielle de l'IA. Le pain artisanal est différent du pain industriel et pourtant il s'agit de pain. Il a été vu que Nicolas G. Hayek avait développé la production industrielle de montres suisses. L'entreprise ETA fabrique des mouvements et son influence sur la concurrence est discutée en raison de sa position dominante. Le fondateur du groupe horloger n'a pas manqué de relever que l'influence d'ETA sur le marché avait un effet sur la formation : « Lorsqu'un jeune veut apprendre comment on fabrique un mouvement, il ne peut pratiquement le faire qu'auprès du Swatch Group. »²³¹ Nonobstant le bien-fondé et le contexte de cette affirmation faite à propos d'une décision d'arrêt de la vente de mouvements non montés à la concurrence, elle montre que les industriels ont conscience d'exercer une influence sur leur secteur d'activité et la société au sein de laquelle ils vivent.

Il apparaît que l'organisation permet l'appropriation des choses mêmes difficile à définir de manière abstraite. Les choses n'intéressent les juristes que parce que des personnes exercent une influence sur elles. Il va être vu que l'influence de l'IA s'étend au-delà des données qu'elle traite. Le traitement des données en masse ou *big data* conforte l'appropriation par fragmentation.

²³¹ HAYEK, Nicolas G et BARTU, Friedmann. Au-delà de la saga Swatch: entretiens d'un authentique entrepreneur avec Friedmann Bartu. Paris : A. Michel, 2006, p. 158.

3.3 La fragmentation

La fragmentation concerne en premier lieu les choses (3.3.1) et a un effet sur la société (3.3.2). L'être humain s'en trouve diminué (3.3.3).

3.3.1. Les choses disloquées

Une donnée est une chose produite à partir d'une caractéristique d'une autre chose. Le danger de l'IA vient du risque de considérer la donnée non comme la représentation d'une chose à partir de laquelle elle est produite mais comme la chose elle-même. Baudrillard prend l'exemple d'une image pour mettre en garde contre l'hypothèse selon laquelle elle ne représente pas le réel mais le remplace et n'a plus aucun lien avec celui-ci²³². Carré remarque que le virtuel peut être le lieu de différends au sujet de droits réels portant sur des choses virtuelles achetées dans le cadre de jeux en ligne, par exemple. L'auteur remarque que le lieu est un critère de détermination de la loi applicable en droit international privé. Le fait que ces biens virtuels n'existent pas dans le monde physique n'empêche pas de répondre à la question du lieu en en déterminant un par rapport au monde réel tel que la localisation physique d'un serveur²³³. Pour un informaticien, ces biens virtuels ne sont que des

²³² BAUDRILLARD, Jean. *Simulacres et simulation*. Paris : Galilée, 1981, p. 16 et s. (Débats). ISBN 978-2-7186-0210-3.

²³³ CARRÉ, Dobah. « La loi applicable aux droits réels portant sur des biens virtuels ». *Revue critique de droit international privé*. 2017, Vol. 3, n° 3, n° 39 et s.

données. Le droit s'accommode des fictions telles que la personnalité morale d'une société. Établir une équivalence entre la société X et une personne physique produit certains effets juridiques mais n'impose pas de considérer que la société X est son dirigeant personne physique. De plus, il n'est pas nécessaire de définir précisément la personne pour faire cette distinction. Sadowski attire l'attention sur le fait que, même si les biens immobiliers sont par nature liquides, les montages juridiques et la technologie rendent les opérations internationales d'investissement, la gestion administrative d'hôtel et la recherche de prestataires beaucoup plus faciles²³⁴. Un immeuble peut être considéré comme des droits sociaux détenus par une personne physique tandis que le directeur de l'hôtel a passé un contrat avec un prestataire pour l'entretien du bien. Ce montage juridique est aisément compréhensible car chaque catégorie juridique reprend une utilité de l'immeuble. L'immeuble est une chose qui abrite des personnes ; les droits sociaux sont l'objet d'un investissement financier ; le contrat de prestation de services est destiné à l'entretien de l'immeuble. La fragmentation est ici imparfaite car chaque utilité ramène à la nature matérielle du bien. L'auteur note par ailleurs que malgré le transfert de la propriété d'une voiture, le concessionnaire agréé doit payer une licence pour le logiciel qui lui permet d'agir sur l'électronique du véhicule à réparer. L'ajout du logiciel permet ainsi au constructeur de continuer à tirer des revenus d'une chose dont il n'est plus propriétaire²³⁵. L'utilisateur du véhicule n'a pas clairement conscience de ce

²³⁴ SADOWSKI, Jathan. « The Internet of Landlords: Digital Platforms and New Mechanisms of Rentier Capitalism ». *Antipode* [en ligne]. 2020, Vol. 52, n° 2, p. 575. DOI <https://doi.org/10.1111/anti.12595>.

²³⁵ *Ibid.*, p. 573.

changement car le *business model* est en partie masqué par la réalité matérielle de la chose qu'il conduit. La gêne que le juriste ressent en lisant l'arrêt Google (Shopping) est provoquée par l'éclipse totale de la réalité matérielle des services de Google par le *business model* conçu autour du logiciel. Les centres de données des géants du numérique sont physiquement impressionnants et pourtant le juriste est gêné par le caractère réputé immatériel du trafic de données. Cette décision est remarquable non seulement parce qu'elle analyse les lieux et le flux de données mais aussi parce qu'elle exprime ce que l'expérience amène à éprouver : le juriste s'intéresse d'abord aux choses et aux personnes tandis que l'entrepreneur de l'Internet attache beaucoup plus d'importance aux flux de données et au *business model*. Aborder un conflit par l'intermédiaire de la possession d'une chose aide à faire à nouveau correspondre le droit au fait en partant d'un lieu. À partir de ce lieu, il est possible de songer à ce qui a été fait avec d'autres en vue de parvenir à une solution. Les connaissances informelles seront très probablement évoquées lors des discussions alors qu'elles sont par nature difficiles à formaliser. Ceci amène à réfléchir à la place de l'écrit en matière de savoir-faire. En médiateur chevronné, Whatling rappelle qu'il est important de retrouver des objectifs communs²³⁶. L'absence de signature d'un accord écrit n'est pas nécessairement un obstacle à la résolution d'un différend. Un juriste hésitera à signer un accord dont les termes laissent entrevoir des difficultés d'exécution ; un consultant en gestion formé dans une *business school* préférera décrire notamment les valeurs de la famille et les relations entre la

²³⁶ WHATLING, Tony. *Mediation skills and strategies: a practical guide*. London ; Philadelphia : Jessica Kingsley Publishers, 2012, p. 118. ISBN 978-1-84905-299-3.

famille et l'entreprise en des termes vagues mais avec une certaine solennité au sein d'une charte familiale. Ward estime que le processus par lequel un accord est obtenu sur ce texte est plus important que le contenu du document lui-même²³⁷. L'un des intérêts d'un tel document est de prévoir un moyen de réguler les relations entre les actionnaires familiaux et les autres membres de la famille selon Rodriguez-Garcia et Menéndez-Requejo²³⁸. L'idée d'une régulation de la vie familiale par le biais d'un document lié à la vie professionnelle peut surprendre le juriste car certains membres de la famille peuvent exercer une influence sur d'autres, actifs au sein de l'entreprise familiale, afin de faire prévaloir leur intérêt sans pour autant s'engager ni à donner ni à faire quoi que ce soit. Cette forme familiale d'opportunisme se manifeste notamment en cas de succession. Quoiqu'il en soit, une telle charte peut avoir une certaine utilité si elle incite les parties prenantes à élaborer un récit cohérent à la manière de ce que suggère Raymond en matière de projet commun de logiciel mais elle n'est pas nécessaire à l'élaboration de ce récit. Le but de celui-ci est d'amener chacune des parties prenantes à se rendre compte qu'elle peut valoriser les biens de la succession d'une autre manière et dépasser ainsi le différend, soit en cessant d'y prendre part, soit en s'attachant à mettre une solution collective en œuvre et à suivre l'évolution de la situation conflictuelle. C'est ici que l'on rejoint les préoccupations de Turner et de Ferrier sur la difficulté

²³⁷ WARD, John. *Unconventional Wisdom: Counterintuitive Insights for Family Business Success*. Chchester : John Wiley & Sons, 3 février 2006, p. 168 et s. ISBN 978-0-470-02166-8..

²³⁸ RODRIGUEZ-GARCIA, Pablo et MENÉNDEZ-REQUEJO, Susana. « Family constitution to manage family firms' agency conflicts ». *BRQ Business Research Quarterly* [en ligne]. SAGE Publications, Décembre 2020, p. 11 et s. DOI 10.1177/2340944420980444.

pour le premier ou l'impossibilité pour le second, de distinguer l'effet des consultations en *management* ou du contrat de franchise sur le succès de l'entreprise. Dans le cadre d'une IA qui repose sur un *corpus* très homogène, l'informaticien fait plus attention à la nature des choses qu'il s'apprête à réduire à des données que dans le cadre d'un traitement en masse qui repose sur un *corpus* beaucoup plus hétérogène. Dans le premier cas, il travaille avant tout les choses pour produire des données aussi pertinentes que possible pour l'apprentissage ; dans le second, il accorde plus d'importance au procédé de traitement car il ne connaît pas les données fournies avec autant de précision. Si le traitement en masse devait s'imposer en IA, il y aurait un risque de délaissement des autres techniques. Les choses seraient nécessairement disloquées en autant d'applications commerciales que possible d'un point de vue technique. L'exercice de qualification juridique évoqué plus haut dans l'exemple de la gestion d'hôtel serait inutile car il suffirait de déterminer les applications de l'IA qui pourraient être utilisées dans l'activité de gestion d'hôtel puis de les réglementer et de s'assurer de la conformité des procédés techniques à la réglementation. La qualification juridique peut même être considérée comme une entrave au recours à l'IA en raison de l'impossibilité pour une machine de rapprocher un concept d'un fait sans instruction en ce sens²³⁹, nonobstant la pertinence du résultat fourni par l'IA. Ganascia s'interroge sur la manière d'encadrer l'IA et conclut : « Bref, contenir l'IA ne passe ni par un moratoire sur les recherches, ni par des déclarations prophétiques sur d'illusoires

²³⁹ Le raisonnement juridique varie considérablement d'une tradition juridique à l'autre. Néanmoins, l'application du droit suppose toujours de le confronter au fait, par nature concret à un concept, par nature abstrait.

prises de pouvoir des machines, mais par une réflexion éthique sur la pertinence des applications de l'IA, des conclusions auxquelles elles parviennent et de l'utilisation qui en est faite.» Cette réflexion éthique est souhaitable mais réfléchir à une application revient à réfléchir à une éthique destinée aux machines. Gabriel travaille pour DeepMind qui appartient à Google et explique qu'il est possible d'apprendre à une machine à faire des choix éthiques en attribuant un *malus* chaque fois qu'elle effectue une opération non éthique²⁴⁰. S'interroger sur l'éthique d'une opération accomplie par un programme informatique quel qu'il soit est louable mais suppose d'abord de déterminer l'application envisagée. Un juriste doit quant à lui d'abord se demander à quel concept juridique relier les faits dont il a connaissance avant de déterminer le résultat de la qualification choisie. Un concept juridique issu du droit commun n'a pas vocation à correspondre à une application donnée comme l'illustre cet article qui utilise notamment le concept de possession en droit romain pour examiner l'IA. En outre, il est très fréquent en droit d'envisager plusieurs qualifications alternatives voire cumulatives. Il est cependant vrai depuis plusieurs décennies que certains concepts comme celui de conducteur selon la loi française de 1985 relative aux accidents de la circulation ont été créés en même temps que des régimes juridiques spéciaux. Le Parlement européen suit une approche similaire analogue en matière d'IA et « estime, par conséquent, que le présent rapport devrait se concentrer sur les actions en responsabilité civile intentées à l'encontre de l'opérateur

²⁴⁰ GABRIEL, Iason. « Artificial Intelligence, Values, and Alignment ». *Minds and Machines* [en ligne]. Septembre 2020, Vol. 30, n° 3, p. 415. DOI 10.1007/s11023-020-09539-2.

d'un système d'intelligence artificielle; affirme que la responsabilité de l'opérateur est justifiée par le fait qu'il contrôle un risque associé au système d'intelligence artificielle, un parallèle pouvant être dressé avec le propriétaire d'une voiture; est d'avis qu'en raison de la complexité et de la connectivité des systèmes d'IA, l'opérateur sera dans de nombreux cas le premier point de contact visible pour la personne lésée. » La protection de l'utilisateur d'un système d'IA est bienvenue. Il est indispensable de se demander ce qu'implique le développement d'une IA dans une situation donnée afin de prendre en considération les choses qui sont créées ou modifiées. Faute d'y parvenir, le juriste risque de se retrouver face à un ensemble de choses disloquées. Les difficultés soulevées par l'affaire Google (Shopping) paraissent entièrement nouvelles alors que des similitudes peuvent être relevées avec une affaire dans laquelle Microsoft a abusé de sa position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation des ordinateurs (PC) afin de renforcer la position sur le marché des systèmes d'exploitation pour entreprises avant de poursuivre son expansion sur le marché des serveurs au niveau mondial²⁴¹. La lecture de l'arrêt est particulièrement instructive en ce qu'elle révèle que la connaissance de l'état du marché à conquérir par Microsoft semblait moins précise que celle d'Alphabet dans l'affaire Google (Shopping). Plus de dix ans se sont écoulés entre ces deux affaires. Le traitement des données chiffrées destiné à mieux connaître le marché a évolué, d'une part et Google, contrairement à Microsoft à l'époque, ne compte plus seulement sur une programmation déterministe, d'autre part. Le géant californien

²⁴¹ T. UE, 17 septembre 2007, T. 201/04, Affaire Microsoft c. Commission, points 1347 et s.

n'a pas besoin de concevoir le logiciel avec un code dont le résultat est connu à l'avance. Il a au contraire tout intérêt à utiliser les données qu'il recueille afin d'orienter le trafic. Aborder l'IA par la possession permet ainsi de dissiper le brouillard qui enveloppe une autre notion en vogue : l'écosystème qui connaît de multiples définitions selon des chercheurs japonais. Il s'agit de tenir compte des rapports entre les parties prenantes ainsi que d'autres facteurs²⁴². Ce terme séduisant est trompeur car il n'est pas tenu compte de l'impact de facteurs naturels sur un milieu préexistant²⁴³. Les acteurs du traitement de données en masse créent un embryon de marché idéal, décrit de manière sommaire dans un *business model*, qu'ils essayent ensuite d'étendre afin que le marché idéal recouvre le marché réel. Quand ils commencent leur activité comme *start-up*, ils sont très dépendants des investisseurs extérieurs qui apportent les fonds nécessaires à une croissance extrêmement rapide, souvent appelée *hypercroissance* par opposition à la croissance d'une petite entreprise. Ils sont les seuls à connaître les contours de ce marché qu'ils ont créé jusqu'à un stade de pénétration relativement avancé de celui-ci. Le marché est difficile à déterminer car la chose échangée sur ce dernier

²⁴² TSUJIMOTO, Masaharu, KAJIKAWA, Yuya, TOMITA, Junichi, et al. « A review of the ecosystem concept – Towards coherent ecosystem design ». *Technological Forecasting and Social Change* [en ligne]. Novembre 2018, Vol. 136, paragr. 5.1. DOI 10.1016/j.techfore.2017.06.032.

²⁴³ Comp. l'écosystème de l'affaire Google (Shopping) avec des mangroves, BÂ, Mariline, CHABOUD, Christian, BARUSSEAU, Jean-Paul, et al. « Chapitre VI. La transformation du milieu : facteurs et acteurs ». Dans : CORMIER SALEM, Marie-Christine (dir.), *Rivières du Sud : Sociétés et mangroves ouest-africaines* [en ligne]. Marseille : IRD Éditions, 25 mars 2014, paragr. 53. (Hors collection). Disponible à : <URL : <http://books.openedition.org/irdeditions/4991>>. Rivières du Sud : Sociétés et mangroves ouest-africaines.

est difficilement perceptible²⁴⁴. Une personne extérieure ne voit bien souvent que des choses disloquées par la réduction à des données. *L'animus celandi* n'est pas seul en cause. Certaines techniques d'IA supposent des ajustements fréquents²⁴⁵. Par ailleurs, lorsque l'infrastructure est capable de traiter une grande variété de données, elle peut affiner le traitement en fonction de cas peu représentatifs pour un humain mais compris dans le *corpus* très vaste. Un équilibre doit être trouvé entre un ciblage très restrictif des données qui limite les cas susceptibles d'être traités par l'IA et l'accroissement de la variété de données susceptible d'introduire un « bruit » qui risque de fausser le résultat du traitement. Il en résulte nécessairement non seulement une réduction des choses aux données mais aussi une fragmentation de celles-ci en autant de fragments que de cibles, à la manière d'un processus industriel, qui est industriel en ce que l'esprit de la personne s'efface derrière le procédé ou la machine²⁴⁶, mais qui produirait des séries limitées à un seul exemplaire. Les limites du ciblage sont alors celles de l'infrastructure de traitement. Une équipe japonaise expose l'apport du traitement de données en masse en matière de prévision d'événements météorologiques locaux, soudains et sévères ainsi que les difficultés techniques rencontrées dans le

²⁴⁴ V. par exemple BOISSIN, Jean-Pierre, GRAZZINI, Frédérique et TARILLON, Caroline. « Une caractérisation des trajectoires de croissance des start-up au travers de leur taille et de leur mode de financement ». *Revue de l'Entrepreneuriat*. Septembre 2019, Vol. Vol. 18, n° 2, p. 39 et s.

²⁴⁵ V. par ex. SABOURET, Nicolas et DE ASSIS, Lizete. *Comprendre l'intelligence artificielle*. Paris : Ellipses, 2019, p. 139 et s.

²⁴⁶ V. en ce sens GUÉNON, René. « VIII - Métiers anciens et industrie moderne ». Dans : *Le Règne de la quantité et les signes des temps* [en ligne]. Paris : Gallimard, 1970, p. 63 in fine. (Collection Tradition). Disponible à : <URL : http://www.index-rene-guenon.org/Access_book.php?sigle=RQST&page=59>. Première parution en 1945.

cadre de cette application²⁴⁷. Un traitement des données locales ne fournira pas le même résultat qu'un traitement en masse²⁴⁸ qui sera un fragment de cette masse dont l'exploitation est supposée pertinente du point de vue local. Il en va de même en droit romain : l'analyse d'un fragment dépend d'autres fragments auquel il est associé par l'auteur qui décide de les regrouper en un *corpus* qui est un ensemble cohérent de données. Ces passages ne peuvent cependant pas être associés en tenant seulement compte de l'intérêt technique ou commercial, contrairement à l'IA car le juriste doit respecter la cohérence du droit qu'il travaille. C'est cette forme d'audace cohérente et respectueuse qui rend la contribution de Ferrini remarquable.

Il apparaît que l'appropriation des choses par le traitement en masse repose sur la fragmentation de ladite masse. L'infrastructure conçue pour le traitement de l'IA permet à celui qui l'utilise de s'approprier les données traitées en étant le seul à pouvoir les fragmenter d'une façon qu'il pense pertinente. L'IA ne se limite pas aux choses ; elle peut atomiser la société.

3.3.2. La société atomisée

L'exemple de la gestion d'hôtel évoqué plus haut implique plusieurs qualifications. Une IA est incapable à l'heure actuelle de

²⁴⁷ MIYOSHI, Takemasa, KUNII, Masaru, RUIZ, Juan, et al. « "Big Data Assimilation" Revolutionizing Severe Weather Prediction ». Bulletin of the American Meteorological Society [en ligne]. American Meteorological Society, Août 2016, Vol. 97, n° 8, p. 1347. DOI 10.1175/BAMS-D-15-00144.1.

²⁴⁸ V. par exemple id., figure 5.

rapprocher un fait juridique d'un concept abstrait sans suivre d'indications. C'est d'ailleurs une difficulté fondamentale de l'IA qu'il faut surmonter comme le souligne Sabouret²⁴⁹. En effet, chaque calcul supplémentaire rend la tâche de plus en plus complexe à réaliser. Un informaticien fera remarquer au praticien du droit qu'une machine produit un résultat qui peut être adéquat ou aberrant mais qu'elle ne peut pas éprouver un sentiment de justice. Un juriste est extrêmement content d'entendre cette objection car elle implique que la justice demeure une affaire humaine comme le souhaitent Somovilla et Villalba²⁵⁰. Une IA, même équipée du meilleur algorithme pourrait très bien produire un résultat inique car aberrant pour un être humain. Un système de *bonus* ou de *malus* est plus attrayant pour un administrateur ou un *manager* qui voit les juristes comme des « gêneurs »²⁵¹ pour reprendre l'expression de Chevallier que pour un juriste ou informaticien. La pratique des incitations fiscales à adopter tel ou tel comportement n'est pas née avec l'intérêt récent du grand public pour l'IA. Benedetti remarque que « le dirigeant est un homme enfermé, cloîtré, cloisonné, expression d'une sorte de fordisme ou de taylorisme appliqués à l'art de diriger. En d'autres termes, le politique est comme écrasé par un enchevêtrement de complexité qui en vient à rendre impossible une action autre que la perpétuation et la reproduction de cet écheveau toujours plus

²⁴⁹ SABOURET, Nicolas et DE ASSIS, Lizete, op. cit., p. 48 et s.

²⁵⁰ SOMOVILLA, Claudia Gabriela et VILLALBA, Jorge Fabián. « El derecho romano en tiempos de legaltech: los principios y preceptos romanos como refugio del derecho informático ». Revista Blockchain e Inteligencia Artificial [en ligne]. Novembre 2020, n° 1, p. 13 et s. Disponible à: <URL : <http://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/index.php/rbia/article/view/4884>>.

²⁵¹ CHEVALLIER, Jacques. « La place de l'administration dans la production des normes ». *Droit et société*. 2011, Vol. 79, n° 3, p. 629.

complexe. »²⁵² Schwarz insiste précisément sur le fait que les plateformes numériques sont nouvelles car elles reposent sur un nouveau « principe organisationnel »²⁵³, à la manière du fordisme ou taylorisme en son temps. L'intelligence artificielle se déploie comme une nouvelle source d'énergie, susceptible de multiples usages et qui concernent toutes les activités sociales. Benedetti ajoute en ce sens que « [Les GAFAM] prennent à revers le pouvoir traditionnel, non seulement par un dynamisme économique, mais aussi parce qu'ils disposent d'une motricité tel que leur impact social et politique paraît se jouer de tous les cadres institutionnels classiques. Ils ne se définissent pas uniquement par leur capacité phénoménale à produire de la richesse mais parce qu'ils façonnent un pouvoir qui n'est pas exclusivement économique. [...] le politique se retrouve une effectivité créatrice dans cette marche numérique qui instaure des puissances sans territoire, sans nationalité, sans citoyenneté, sans autres liens que ceux des machines et des réseaux. »²⁵⁴ C'est ici que l'on découvre une autre facette de l'explicabilité qui sert non plus à savoir ce que l'IA fait mais à vérifier qu'elle le fait conformément à des dispositions réglementaires²⁵⁵. À lire Dupré, on comprend que si on ne recherche plus la faute mais l'indemnisation alors une police

²⁵² BENEDETTI, Arnaud. Comment sont morts les politiques ? Le grand malaise du pouvoir. Paris : Les Éditions du Cerf, 2021, p. 154. ISBN 978-2-204-14251-9.

²⁵³ L'auteur emploie l'expression «organizational principle». SCHWARZ, Jonas Andersson. « Platform Logic: An Interdisciplinary Approach to the Platform-Based Economy ». Policy & Internet [en ligne]. 2017, Vol. 9, n° 4, p. 384. DOI <https://doi.org/10.1002/poi3.159>.

²⁵⁴ BENEDETTI, Arnaud, op. cit., p. 102 et s.

²⁵⁵ BEAUDOUIN, Valérie, BLOCH, Isabelle, BOUNIE, David, et al. Flexible and Context-Specific AI Explainability: A Multidisciplinary Approach [en ligne]. SSRN Scholarly Paper n°ID 3559477. Rochester, NY : Social Science Research Network, 23 mars 2020 , paragr. 2.1. DOI 10.2139/ssrn.3559477 Les auteurs relirnt cette évolution au RGPD.

d'assurance suffit²⁵⁶. L'explicabilité est pour le juriste une porte d'entrée dans l'IA lorsqu'elle lui permet d'aborder son fonctionnement de manière formelle ; elle pourrait très bien être pour lui une porte de sortie définitive. Si la question de la conformité l'emporte sur celle du fonctionnement *stricto sensu* chez les personnes qui s'intéressent à l'explicabilité, le droit risque de décliner au profit de la réglementation car peu de gens chercheront à expliquer quoi que ce soit. Lorsque l'on ne cherche pas à expliquer le fait social que l'on observe ou qui nous est rapporté, le droit est inutile. Une formule statistique pourrait déterminer l'indemnité à allouer en fonction de différentes qualifications renseignées à l'avance par un être humain. Il n'y aura alors même peut-être pas besoin d'IA car l'apprentissage serait superflu en raison de l'absence de faits non qualifiés juridiquement. Il n'est plus question d'obligation mais seulement de contrainte alors que différents groupes sociaux s'opposent. Selon Benedetti, « Ne gouvernant plus la cité, ils entendent gouverner nos foyers. Ne pouvant plus faire de grandes choses, ils en font des petites ; ne dirigeant plus ou que faiblement, ils managent, coachent, veillent sur nos consciences et nos gestes. »²⁵⁷ Cette atomisation de la société est une variante de la fragmentation des choses identifiée précédemment. Si un géant du numérique comme Alphabet peut déterminer ce qu'est une chose en vue de conquérir un marché et qu'il peut ensuite exercer une influence sur ce marché en participant à l'élaboration des règles de conformité, il peut également exercer

²⁵⁶ DUPRÉ, Jérôme. « Du droit saisi par l'IA au droit saisissant l'IA, éléments de réflexion ». Dans : La justice prédictive / [René Sève, Sylvie Lebreton-Derrien, Évelyne Serverin, et al.]. Paris : Dalloz, 2018, p. 111. (Archives de philosophie du droit). ISBN 978-2-247-17959-6.

²⁵⁷ BENEDETTI, Arnaud, op. cit., p. 177.

une influence analogue sur les groupes sociaux à condition de traiter les données pertinentes de manière adéquate.

Il apparaît que le *big data* permet de maintenir une certaine cohérence au sein d'une société atomisée. Il va être vu que si le traitement en masse sert cette orientation politique, antérieure à l'essor de cette technologie, l'être humain sera diminué.

3.3.3 L'être humain diminué

Il est possible de considérer, comme Ganascia, que les humanités gréco-latines sont inadaptées à cette évolution de la société²⁵⁸. Reprenant les travaux de Baudrillard, Salamé estime plus simplement que « La culture mondialisée est réduite à un objet qui se transforme sans cesse selon les besoins sociaux. Cet objet est soumis à la loi de l'offre et de la demande. La culture est donc absente de la société de consommation. »²⁵⁹ Triscioglio attire l'attention sur un élément très important qui passe facilement inaperçu de nos jours : la justice et l'équité n'ont de sens à Rome que lorsqu'elles guident le

²⁵⁸ V. en ce sens GANASCIA, Jean-Gabriel. « Des humanités technologiques à la Singularité technologique. Que reste-il de l'Humanisme ? » Dans : Vers de nouvelles humanités ? : l'humanisme juridique face aux nouvelles technologies / [René Sève, Gilbert Hottois, Michel Morange, et al.]. Paris : Dalloz, 2017, p. 193-204. (Archives de philosophie du droit). ISBN 978-2-247-16228-4.

²⁵⁹ SALAMÉ, Nadine. L'hyperréalité du monde postmoderne selon Jean Baudrillard: essai de lecture analytique et critique. Paris : L'Harmattan, 2016, p. 65. ISBN 978-2-343-09263-8.

législateur dans l'examen de cas concrets²⁶⁰ ; ces notions abstraites ne sont pas éthérées. Leur application porte la marque de la faiblesse et de l'ambivalence humaines. Un esclave est une chose dotée d'un esprit. Il peut notamment conclure des affaires pour le compte de son maître qui possède les choses qu'il a acquises pour lui. Si l'esclave s'enfuit et achète des choses durant sa fuite, son maître les possède-t-il ?

Le principe est simple mais les jurisconsultes romains se sont montrés réticents à l'appliquer comme l'explique Ferretti :

D. 42.1.14 (Paul 54 ad ed.) : « *Per servum, qui in fuga sit, nihil posse nos possidere Nerva filius ait.* »

Selon Nerva fils, on ne peut rien posséder d'un esclave en fuite.

Ferretti trouve une exception à ce principe chez Pomponius lorsque l'esclave a acheté une chose à quelqu'un qui n'en est pas le propriétaire. L'action publicienne permet à un propriétaire *in factum* ou à un possesseur d'invoquer la prescription acquisitive ou usucapion alors que le délai n'a pas fini de courir. Cette fiction qui permet d'acquérir la propriété protège le propriétaire ou le possesseur de bonne foi qui ne dispose d'aucune action *de lege* pour faire valoir son droit. Il s'agit d'une autre illustration du pragmatisme

²⁶⁰ TRISCIUOGLIO, Andrea. « Protección de la humanitas, no de los derechos humanos: la experiencia romana ». Revista institucional de la defensa pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Defensa pública. Juin 2021, n° 27, p. 154.

qui veut que l'on ne trouble pas des situations de fait instaurées de bonne foi en dépit de leur fondement juridique instable.

D. 6.2.15 (Pomp. 3 ad Sab.): « *Si servus meus, cum in fuga sit, rem a non domino emat, Publiciana mihi competere debet, licet possessionem rei traditae per eum nactus non sim.* »

Ici, comme le fait remarquer Ferretti, le propriétaire de l'esclave en fuite n'a pas la possession de la chose achetée par l'esclave mais l'action publicienne est possible²⁶¹.

Accorder la possession au propriétaire de l'esclave suppose de recourir à une double fiction juridique pour contourner le principe respectueux de l'autonomie de l'esclave : reconnaître la qualité de possesseur à l'encontre du principe énoncé plus haut, d'une part et considérer que le délai de prescription est écoulé, d'autre part. Ferretti relève une autre exception au principe de non-possession fondée cette fois sur le vol avec violence (*rapina*) qui est une infraction distincte du *furtum*²⁶²

D. 42.8.2.25 Paul. libro 56 ad ed. : « *Si fugitivus meus quasdam res instruendi sui causa emerit eaeque raptae sint, quia in bonis meis hae sunt res, possum de his vi bonorum raptorum actione agere.* »

²⁶¹ FERRETTI, Paolo. « Acquisto a non domino da parte del servus fugitivus: un rincorrersi tra regole ed eccezioni ». *Cultura giuridica e diritto vivente* [en ligne]. 2020, Vol. 7, p. 6. DOI 10.14276/2384-8901/2399.

²⁶² Ibid., p. 7.

Le propriétaire de l'esclave peut agir sur le fondement de la *rapina* contre celui qui a volé les biens que l'esclave avait achetés durant sa fuite. Le romaniste triestin voit une troisième analyse qui reprend celle de Paul paulienne qui veut que l'on conserve la possession de l'esclave et de ses biens par l'*animus*. Ce jurisconsulte n'a pas besoin, selon Ferretti, d'invoquer une exception au principe de non-possession²⁶³.

D. 41.2.3.10 (Paul. libro 54 ad ed) : « *Si servus, quem possidebam, pro libero se gerat, ut fecit Spartacus, et iudicium liberale pati paratus sit, non videbitur a domino possideri, cui se adversarium praeparat. Sed hoc ita verum est, si diu in libertate moratur: alioquin si ex possessione servitutis in libertatem reclamaverit et liberale iudicium imploraverit, nihilo minus in possessione mea est et animo eum possideo, donec liber fuerit pronuntiatus.* »

Un esclave peut soutenir qu'il est libre devant un juge comme Spartacus le fit. Tant qu'il n'a pas été déclaré libre, le propriétaire reste possesseur de l'esclave et des biens qu'il a acquis durant sa fuite.

Ces divergences d'interprétations peuvent sembler anecdotiques ; elles sont le signe d'une évolution du droit qui s'accorde difficilement avec des principes préexistants. Cette évolution se fait par l'acceptation de l'ambivalence. Baudrillard observe que « l'être humain fait toujours à la fois tout ce qu'il faut pour que son modèle

²⁶³ Ibid., p. 8 et s.

réussisse, et tout ce qu'il faut pour qu'il échoue. Là non plus, pas besoin de défaillance, ou de perversion ou de pulsion de mort. C'est dans sa dualité prime que l'être humain puise cette énergie antagoniste. Ça, c'est l'homme normal...L'ANORMAL aujourd'hui est celui qui ne vit plus qu'en adhésion à ce qu'il est ou à ce qu'il fait. Assujettissement, arraisonnement intégral (l'être parfaitement normalisé). [...] Nous sommes simplifiés par la manipulation technique. »²⁶⁴ Grâce à la conformité, les questions juridiques n'ont plus lieu d'être. Il suffit d'exclure celui qui exprime une opinion divergente sur une plateforme pour cause de violation d'une charte²⁶⁵ ou de s'assurer que l'on respecte une réglementation éthique. Une machine applique une contrainte machinalement. L'idée que la justice puisse être réduite à un processus de contrainte entièrement automatisé a pourtant quelque chose d'irritant. Il faut malgré tout se résoudre à considérer cette hypothèse car à partir du moment où l'on songe à automatiser la justice, il est difficile de s'arrêter à une automatisation partielle. La contrainte généralisée fait avant tout craindre une restriction des libertés. Cette crainte est légitime. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf propose une autre analyse qui nous ramène au réel : « En décomposant les choses qui peuvent faire l'objet d'une relation juridique, d'une « possession », d'une « propriété », d'un pouvoir de disposition, nous constatons que leurs « propriétés » sont infiniment plus complexes que le regard immédiat, « physique », ne peut le révéler. Tout est rapport, et

²⁶⁴ BAUDRILLARD, Jean. Pourquoi tout n'a-t-il pas déjà disparu ? Paris : l'Herne, 2007, p. 43 et s. (Carnets de l'Herne). ISBN 978-2-85197-679-6.

²⁶⁵ SCHWARZ, Jonas Andersson. « Platform Logic: An Interdisciplinary Approach to the Platform-Based Economy ». Policy & Internet [en ligne]. 2017, Vol. 9, n° 4, p. 381 et s.

rapport en fonction (« en vertu » – pesons le mot) de « modèles » ; est chose pour le droit ce qui rentre dans ce modèle, dans cet ensemble de rapports typiques.»²⁶⁶ Nos actions comportent un élément spirituel ; ne pas y prêter attention peut conduire les parties à un conflit à s'affronter avec véhémence au sujet de détails qui semblent parfois futiles. Il en est ainsi du jardin à la française qui demande beaucoup d'entretien. Lambert et Tellier montre que le choix d'une méthode d'entretien ne dépend pas seulement de critères économiques ou techniques mais aussi de la conception d'un métier qui peut ne pas être partagée par l'ensemble d'une profession. Les auteurs distinguent ainsi : « Les professionnels dont la tradition s'apparente plutôt à celle de l'agriculture avec un emploi systématisé des produits phytosanitaires ; d'autres professionnels, ancrés dans une tradition du jardinage généralement plus ancienne qui s'accorde avec les valeurs écologiques ; et finalement des professionnels qui possèdent des valeurs écologiques indépendantes des traditions du métier. »²⁶⁷ Decroux attire l'attention sur l'importance de la manière dont les choses sont faites. Le mime se distingue ainsi du robot : « L'action de l'homme ne nous informe guère sur la moralité de celui-ci ; bienfaisante, elle peut avoir pour moteur l'égoïsme ; malfaisante, son moteur peut être l'altruisme. Tandis que la manière est un effet

²⁶⁶ SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, Hans Albrecht. « Le droit et les choses (les biens). Matière et matérialité, «objectivité» et «réalité» dans la perspective du droit ». Dans : Les biens et les choses en droit. Paris : Sirey, 1979, p. 276. (Archives de philosophie du droit ; n° 24). ISBN 978-2-248-00697-6.

²⁶⁷ LAMBERT, Charlène et TELLIER, Albéric. « Quand la législation se heurte à la tradition : le cas de la loi Labbé ». Management Avenir. Management Prospective Ed., Août 2018, Vol. N° 101, n° 3, p. 200.

de l'âme. »²⁶⁸ Ces « traditions » et cette « manière » de faire sont autant de connaissances informelles qu'il importe de prendre en compte dans le cadre de la recherche d'une solution juridique. L'auteur aide à comprendre que la manière se distingue des données, prépondérantes dans le traitement des données en masse dans lequel la personne s'efface derrière le procédé de traitement. « Regardez donc surtout et comment le mime se penche pour s'emparer d'une fleur. C'est cela qui importe, car cela seul nous dit ce qu'on gagne à savoir et non le fait qu'une fleur qui était dans le pré est maintenant au corsage. De tout notre spectacle, il n'y a pas un geste qui cent fois n'ait été repris pour avoir le droit de paraître. »²⁶⁹ Le réel réduit à des données n'est plus le réel mais un dérivé artificiel de celui-ci. La difficulté vient du fait que la perception du réel par un être humain est partielle. Le microscope a été inventé afin de percevoir ce qui était auparavant invisible et parvenir ainsi à mieux se représenter le réel. « Le réel commence toujours par nous toucher et ce qui nous touche, c'est ce qui fait déjà corps avec nous. Mais être touché, ce n'est pas encore comprendre, et l'intelligence se porte toujours au-delà de tous les contacts. Elle embrasse précisément ce qui est au-delà. Sa fonction propre, c'est de reculer toujours davantage notre horizon est de donner le champ libre à notre puissance de penser et d'agir, au-delà des limites de notre corps. Mais elle ne le quitte jamais tout à fait. »²⁷⁰ Lavelle souligne que la personne entre en relation avec le réel par l'intermédiaire de son corps. Le réel est ainsi humanisé. L'absence de

²⁶⁸ DECROUX ETIENNE. Paroles sur le mime. Nouvelle éd. revue et Augmentée. Paris : Librairie théâtrale, 1977, p. 148 (New York, 3 avril 1962).

²⁶⁹ Ibid., p. 159 (Londres, août 1952).

²⁷⁰ LAVELLE, Louis. L'erreur de Narcisse [en ligne]. Grasset. Paris, 1939, p. 94. Disponible à : <URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k3413152t>>.

contact direct avec le réel est probablement ce qu'il y a de plus troublant pour une personne qui découvre l'IA. Si le traitement en masse devait s'imposer dans tous les domaines de la vie courante, l'être humain serait diminué car l'exigence de conformité anéantirait ce qu'une personne ferait avec ses sens mais qui ne serait pas conforme. Cette évolution serait d'autant plus regrettable que nombre d'auteurs enseignant en *business school* s'intéressent à l'effet des connaissances informelles sur l'accomplissement de certaines tâches.

Il apparaît que le réel est humanisé par la personne qui entre en contact avec celui-ci. Le traitement des données en masse impose au contraire de retirer ce qui ne peut être traité par le procédé industriel. Ceci est vrai pour une IA qui ne repose pas sur un traitement en masse mais dans ce cas le *corpus* est plus proche du réel car il est constitué en n'assemblant que des éléments susceptibles de produire un résultat satisfaisant dans le cadre d'une application spécifique. Un être humain doit partir du réel pour réaliser cet assemblage de données.

Au terme de cette partie, il apparaît que l'IA et plus particulièrement le traitement de données en masse peut en pratique conduire à l'appropriation de la chose d'autrui en la fragmentant, atomisant les rapports humains et en privant l'être humain d'autonomie par rapport à l'infrastructure de traitement. L'IA n'est pas la cause mais l'outil de cette évolution probable. L'essor de la conformité correspond à une conception de la société selon laquelle le

droit peut disparaître et être remplacé par des dispositions réglementaires qui sont amenées à être réécrites à chaque évolution de la technique en préservant les élus et l'Administration des incertitudes liées au débat démocratique. Plusieurs ouvrages cités dans ce travail ont été publiés il y a plus de quarante ans et identifient cette tendance à négliger la cohésion sociale. L'IA peut être analysée comme n'importe quelle chose au moyen de la possession. Le rapprochement entre *furtum* et possession par Ferrini incite à s'interroger sur les lieux de l'IA et sur l'*animus celandi* utilisé pour intégrer la notion de *business model*. Il a été vu également que des auteurs de *business schools* considéraient très sérieusement les connaissances informelles alors que la conformité impose des formes documentaires et se veut rationnelle. Face à cette hégémonie de dispositions réglementaires spéciales qui menacent d'étouffer le droit civil, il importe de civiliser l'IA en partant non de la technique qui évolue rapidement mais du droit romain afin de ne pas être tenté de civiliser des récits qui ne sont d'aucune utilité d'un point de vue technique.

Au terme de ce travail, il apparaît que la possession en droit romain permet de représenter l'IA de manière concrète et pratique par le biais d'une réduction à des données puis d'un dépassement de celles-ci. Cette approche présente trois avantages. Elle ne dénature pas le travail de l'informaticien ou de l'entrepreneur car le juriste se contente de représenter ce qui est fait, y compris lorsque des informations sont manquantes. En ce cas, il est préconisé de repérer

les lieux et les connaissances informelles pertinents en prenant garde à l'utilisation des récits qui peuvent être invoqués afin de réunir des parties adverses en rappelant ce qu'elles partagent mais ne sont d'aucune utilité pour la compréhension de ce qui est fait. Elle donne au juriste la possibilité de partir de ses observations en réfléchissant à la constitution du *corpus* et l'*animus celandi* qui transparaît dans la mise en œuvre d'un *business model*. Enfin, elle permet d'apercevoir l'appropriation de la chose d'autrui dans le cadre du traitement des données en masse malgré l'absence de transfert de propriété. Ceci pose des difficultés d'ordre éthique qu'il est impossible de résoudre uniquement par la conformité réglementaire. L'attrait pour la réglementation au détriment du droit est antérieur à l'essor récent de l'IA et pourrait néanmoins conduire ceux qui exercent une influence dans les domaines qui relèvent traditionnellement du politique à s'engager dans cette voie funeste car terriblement réductrice. Un juriste qui se contenterait de réfléchir aux effets juridiques de la contrainte imposée par la conformité réglementaire contribuerait malgré lui à l'effacement du droit civil en ne s'en servant plus pour analyser les questions pratiques soulevées par l'IA. L'expérience de Raymond que l'on se permet de paraphraser enseigne qu'une question pertinente est d'abord une question qui intéresse celui qui se la pose²⁷¹. Le droit romain est la matrice du droit civil. Cette dernière est pour l'instant plus répandue et plus cohérente que les récits

²⁷¹ « To solve an interesting problem, start by finding a problem that is interesting to you. » RAYMOND, Eric S. « The Social Context of Open-Source Software ». Dans : *The Cathedral and the Bazaar* [en ligne]. 3^e éd. [S. l.] : Site Internet de l'auteur, 8 février 2002. Disponible à : <URL : <http://www.catb.org/esr/writings/cathedral-bazaar/cathedral-bazaar/ar01s11.html>>.

dépourvus d'intérêt technique qui entourent l'IA. C'est au juriste d'observer l'IA, de formuler des questions intéressantes et d'y répondre.

AKKERMANS, Henk et al. « Contracting outsourced services with collaborative key performance indicators ». *Journal of Operations Management* [en ligne]. 2019, Vol. 65, n° 1, p. 22-47. DOI <https://doi.org/10.1002/joom.1002>.

AMANCIO, Diego Raphael. « A Complex Network Approach to Stylometry ». CSERMELY, Peter (dir.), *PLOS ONE* [en ligne]. Août 2015, Vol. 10, n° 8, p. e0136076. DOI 10.1371/journal.pone.0136076.

ANKUM, Hans. « “Furtum pignoris” dans le texte d’Ulpian, D. 47, 2, 12, 2 ». *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano « Vittorio Scialoja »*. A. Giuffrè, 1987, n° 29, p. 169-190.

ANKUM, Hans. « Justinien C.6.2.22.pr.-3a de 530 après J.-C., et la légitimation active de l’actio furti en cas de vol d’une chose prêtée dans le droit romain classique. » *Revue internationale des droits de l’antiquité*. 2000, n° XLVII, p. 463-479.

ASSELINEAU, Alexandre, ALBERT-CROMARIAS, Anne et DITTER, Jean-Guillaume. « L’écosystème local, ressource clé du développement d’une entreprise ». *Entreprendre & Innover* [en ligne]. 2014, Vol. 23, n° 4, p. 59. DOI 10.3917/entin.023.0059.

ASSELINEAU, Alexandre et CROMARIAS, Anne. « Les stratégies collectives sont-elles toujours applicables dans un « milieu » ? Une réflexion à partir du contre exemple de la coutellerie thiernoise ». *Management & Avenir*. Management Prospective Ed., 2011, Vol. N° 50, n° 10, p. 137-152.

BÂ, Mariline et al. « Chapitre VI. La transformation du milieu : facteurs et acteurs ». Dans : CORMIER SALEM, Marie-Christine (dir.), *Rivières du Sud : Sociétés et mangroves ouest-africaines* [en ligne]. Marseille : IRD Éditions, 25 mars 2014, p. 269-317. (Hors collection). Disponible à : <URL : <http://books.openedition.org/irdeditions/4991>>.

BALDUS, Cristian. « Desarrollar un derecho de diferencias. la aportación del derecho romano a la orientación del jurista europeo ». Dans : *Espacios de particulares, espacios de juristas: estudios dogmáticos de derecho privado romano, 2006-2016*. Madrid : Marcial Pons, 2017, p. 21-30. ISBN 978-84-9123-304-6.

BALDUS, Cristian. « La autonomía privada en Roma: imágenes y proyecciones entre derecho, historia y política ». Dans : *Espacios de particulares, espacios de juristas: estudios dogmáticos de derecho privado romano, 2006-2016*. Madrid : Marcial Pons, 2017, p. 105-135. (n° 2011). ISBN 978-84-9123-304-6.

BARNETO, Pascal. « Mesurer la rémunération de la valeur dans le business model ». *Entreprendre Innover*. De Boeck Supérieur, Juin 2012, Vol. n° 13, n° 1, p. 38-47.

BAUDRILLARD, Jean. *Pourquoi tout n'a-t-il pas déjà disparu ?* Paris : l'Herne, 2007. (Carnets de l'Herne). ISBN 978-2-85197-679-6.

BAUDRILLARD, Jean. *Simulacres et simulation*. Paris : Galilée, 1981. (Débats). ISBN 978-2-7186-0210-3.

BEAUDOUIN, Valérie et al. *Flexible and Context-Specific AI Explainability: A Multidisciplinary Approach* [en ligne]. SSRN Scholarly Paper n°ID 3559477. Rochester, NY: Social Science Research Network, 23 mars 2020. DOI 10.2139/ssrn.3559477.

BENEDETTI, Arnaud. *Comment sont morts les politiques ? Le grand malaise du pouvoir*. Paris : Les Éditions du Cerf, 2021. ISBN 978-2-204-14251-9.

BENOÎT XVI. *Discours au monde la culture* [en ligne]. Collège des Bernardins, Paris, 12 septembre 2008. Disponible à : <URL : https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/fr/speeches/2008/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20080912_parigi-cultura.html>.

BENSAMOUN, Alexandra. « Chapitre 9 : Intelligence artificielle et propriété intellectuelle ». Dans : BENSAMOUN ALEXANDRA JURISTE et LOISEAU, Grégoire, *Droit de l'intelligence artificielle*. Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2019, p. 235-268. (Les Intégrales). ISBN 978-2-275-06564-9.

BENSAMOUN, Alexandra et BOUQUEREL, Yohann. *Transposition des exceptions^[1] de fouille de textes et de données : Enjeux et propositions*. Rapport de mission. Paris, France : Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, décembre 2020.

BERTHEAU, Philippe et GAREL, Gilles. « Déterminer la valeur de l'innovation en train de se faire, c'est aussi et déjà innover ». *Innovations*. De Boeck Supérieur, Mai 2015, Vol. n° 47, n° 2, p. 15-31.

BOISSIN, Jean-Pierre, GRAZZINI, Frédérique et TARILLON, Caroline. « Une caractérisation des trajectoires de croissance des start-up au travers de leur taille et de leur mode de financement ». *Revue de l'Entrepreneuriat*. Septembre 2019, Vol. Vol. 18, n° 2, p. 21-59.

BOUSQUET, François, VERSTRAETE, Thierry et BARBAT, Valérie. « La théorie des conventions pour comprendre l'ancrage territorial des PME ». *Revue de l'Entrepreneuriat*. Académie de l'Entrepreneuriat et de l'Innovation, 2018, Vol. Vol. 17, n° 3, p. 75-102.

BURNS, Ryan. « New Frontiers of Philanthro-capitalism: Digital Technologies and Humanitarianism ». *Antipode* [en ligne]. 2019, Vol. 51, n° 4, p. 1101-1122. DOI <https://doi.org/10.1111/anti.12534>.

CANDIL JIMÉNEZ, Francisco. « En torno al "furtum possessionis" ». *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Ministerio de Justicia, 1980, Vol. 33, n° 2, p. 387-422.

CANSELIER, Sonia. « Les intelligences non humaines et le droit : Observations à partir de l'intelligence humaine et de l'intelligence artificielle ». Dans : *Le droit et les sciences de l'esprit*. Paris : Dalloz, 2012, p. 207-229. (Archives de philosophie du droit). ISBN 978-2-247-12187-8.

CARDON, Alain. *Conscience artificielle et systèmes adaptatifs*. Paris : Eyrolles, 1999. ISBN 978-2-212-09124-3.

CARRÉ, Dobah. « La loi applicable aux droits réels portant sur des biens virtuels ». *Revue critique de droit international prive*. 2017, Vol. 3, n° 3, p. 337-356.

CASINOS MORA, Francisco Javier. « Iuris civilis notae ad vestem seu textile pertinentes: Notes on Dress in Roman Property Law ». *Revista Diálogos Mediterrânicos* [en ligne]. 2017, n° 13, p. 21-35. DOI 10.24858/287.

CATALA, Pierre. « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne ». *Revue trimestrielle de droit civil*. 1966, p. 186-215.

CHAUDHARY, Juhi et al. « Mutation Breeding in Tomato: Advances, Applicability and Challenges ». *Plants* [en ligne]. Multidisciplinary Digital Publishing Institute, Mai 2019, Vol. 8, n° 5, p. 128. DOI 10.3390/plants8050128.

CHEN, Chen et al. « Learning to See in the Dark ». *arXiv:1805.01934 [cs]* [en ligne]. Mai 2018 . Disponible à : <URL : <http://arxiv.org/abs/1805.01934>>. ArXiv: 1805.01934.

CHEN, Chen, CHEN, Qifeng et KOLTUN, Vladlen. *Learning to See in the Dark* [en ligne]. [S. d.]. Disponible à : <URL : <https://cchen156.github.io/SID.html>>.

CHEVAILLER, Laurent. *Contributiion à l'étude de la complicité en droit pénal romain*. Editions Dalloz, 1953, Vol. 30, p. 200-243.

CHEVALLIER, Jacques. « La place de l'administration dans la production des normes ». *Droit et société*. 2011, Vol. 79, n° 3, p. 623-636.

CHOLVY, Laurence. « Towards a logical belief function theory ». *Journal of Applied Logic* [en ligne]. Décembre 2015, Vol. 13, n° 4, Part 1, p. 441-457. (Workshop on Weighted Logics for AI - 2013). DOI 10.1016/j.jal.2014.12.002.

COHENDET, Patrick. « Interaction between tacit and codified knowledge in socio-spatial context ». *Prometheus* [en ligne]. Pluto Journals, 2014, Vol. 32, n° 1, p. 101-104. DOI 10.1080/08109028.2014.945288.

COHEUR, Luísa. « From Eliza to Siri and Beyond ». Dans : LESOT, Marie-Jeanne et al. (dir.), *Information Processing and Management of Uncertainty in Knowledge-Based Systems*. Cham : Springer International Publishing, 2020, p. 29-41. ISBN 978-3-030-50146-4.

COMBS, James G. et al. « What Do We Know About Business Families? Setting the Stage for Leveraging Family Science Theories ». *Family Business Review* [en ligne]. SAGE Publications Inc, Mars 2020, Vol. 33, n° 1, p. 38-63. DOI 10.1177/0894486519863508.

CORBEL, Pascal. « Les paradoxes d'un outil de management stratégique: le brevet et la liberté ». *Management international* [en ligne]. Mai 2011, Vol. 15, n° 2, p. 23-33. DOI 10.7202/1003447ar.

CORTÉS, Rudyar, BONNAIRE, Xavier, MARIN, Olivier et SENS, Pierre. Stream Processing of Healthcare Sensor Data: Studying User Traces to Identify Challenges from a Big Data Perspective. *Procedia Computer Science* [en ligne]. Janvier 2015, Vol. 52, p. 1004-1009. The 6th International Conference on Ambient Systems, Networks and Technologies (ANT-2015), the 5th International Conference on Sustainable Energy Information Technology (SEIT-2015). DOI [10.1016/j.procs.2015.05.093](https://doi.org/10.1016/j.procs.2015.05.093).

CRÉPON, Bruno et DUGUET, Emmanuel. « Innovation : mesures, rendements et concurrence ». *Economie et Statistique* [en ligne]. Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 1994, Vol. 275, n° 1, p. 121-134. DOI [10.3406/estat.1994.5894](https://doi.org/10.3406/estat.1994.5894).

CUQ, Edouard. « Recherches sur la possession à Rome sous la République et aux premiers siècles de l'Empire ». *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*. 1894, Vol. 18, p. 5-59.

CURSI, Maria Floriana. « Les paradoxes de la typicité du système romain : l'exemple de la protection extracontractuelle du dommage ». *Revue historique de droit français et étranger*. 2014, Vol. 92, n° 1, p. 1-14.

CURSI, Maria Floriana, dir. de publication. « Gli illeciti privati ». Dans : *XII Tabulae: Testo e commento* [en ligne]. Napoli : Edizioni scientifiche italiane, 2018.

DECROUX ETIENNE. *Paroles sur le mime*. Nouvelle éd. revue et Augmentée. Paris : Librairie théâtrale, 1977.

DE LA FUENTE FLORES, Victor Hugo. « Libre albedrío y toma de decisiones ». Dans : GIORDANO MAGDA, MERCADILLO ROBERTO EMMANUELE, et DÍAZ GÓMEZ JOSÉ LUIS, *Cerebro, subjetividad y libre albedrío: discusiones interdisciplinarias sobre neuroética*. Ciudad de México : Herder, 2016, p. 67-79. ISBN 978-84-254-3409-9.

DESANTI, Lucetta. « Furtum e animus celandi nel pensiero di Ulpiano ». *Revista General de Derecho Romano*. Iustel, 2017, n° 28, p. 8.

DESANTI, Lucetta. « Un caso particolare di furtum: ricevere, celare, acquistare cose rubate ». *Revista General de Derecho Romano*. Iustel, 2021, n° 37, p. 6.

DE VISSCHER, Fernand. « Le «fur manifestus» ». *Revue historique de droit français et étranger*. Editions Dalloz, 1922, Vol. 1, p. 442-512.

DIRIDOLLOU, Cédric et al. « Légitimité des business models disruptifs : le cas Uber ». *La Revue des Sciences de Gestion. Direction et Gestion*, 2016, Vol. N° 281-282, n° 5, p. 11-21.

DONS, J.J.M. (Hans). « Intellectual Property Rights Systems and Innovation in the Plant Breeding Industry ». *EuroChoices* [en ligne]. Avril 2013, Vol. 12, n° 1, p. 36-41. DOI 10.1111/1746-692X.12018.

DUPLAT, Valérie et LUMINEAU, Fabrice. « Third Parties and Contract Design: The Case of Contracts for Technology Transfer ». *Managerial and Decision Economics* [en ligne]. 2016, Vol. 37, n° 6, p. 424-444. DOI <https://doi.org/10.1002/mde.2729>.

DUPRÉ, Jérôme. « Du droit saisi par l'IA au droit saissant l'IA, éléments de réflexion ». Dans : *La justice prédictive* / [René Sève, Sylvie Lebreton-Derrien, Évelyne Serverin, et al.]. Paris : Dalloz, 2018, p. 103-116. (Archives de philosophie du droit). ISBN 978-2-247-17959-6.

EDMOND VERMOND. *Théorie générale de la possession en droit romain* [en ligne]. Paris, France : Librairie du recueil général des lois et des arrêts, 1895. Disponible à : <URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k553826/>>.

FABBRI, Julie. « Les espaces de coworking : ni tiers-lieux, ni incubateurs, ni Fab Labs ». *Entreprendre Innover*. 2016, Vol. 31, n° 4, p. 8-16.

FALQUE-PERROTIN, Isabelle. « L'être humain algorithmé, dépassement ou perte de soi ? » Dans : *Vers de nouvelles humanités ? : l'humanisme juridique face aux nouvelles technologies*. Paris : Dalloz, 2017, p. 193-204. (Archives de philosophie du droit). ISBN 978-2-247-16228-4.

FAYOLLE, Alain. « À quoi sert le business model ? ». *Entreprendre & Innover*. Juin 2012, Vol. n° 13, n° 1, p. 5-6.

FENOCCHIO, Marco Antonio. *Il momento genetico e l'evoluzione del concetto di furtum in diritto romano. « Detrahere alteri aliquid »*. Per una ricostruzione storica del delitto di furto: genesi, sviluppi, vicende [en ligne]. Thèse de doctorat. Università degli Studi di Padova, 2008. Disponible à : <URL : <http://paduaresearch.cab.unipd.it/282/>>.

FERRETTI, Paolo. « Acquisto a non domino da parte del servus fugitivus: un rincorrersi tra regole ed eccezioni ». *Cultura giuridica e diritto vivente* [en ligne]. 2020, Vol. 7. DOI 10.14276/2384-8901/2399.

FERRETTI, Paolo. *Il possesso tra animus e corpus: da Labeone a Paolo* [en ligne]. Trieste: Edizioni Università di Trieste, 2016. (11-36). Disponible à : <URL : <https://www.openstarts.units.it/handle/10077/30258>>.

FERRIER, Didier. « Franchise et savoir-faire ». Dans : *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*. Paris: Litec, 1997, p. 137-169. ISBN 978-2-7111-2803-7.

FERRINI, Contardo. « Appunti sulla teoria del furto in diritto romano nei suoi rapporti con la teoria del possesso. » Dans : ARANGIO-RUIZ, Vincenzo (dir.), *Opere di Contardo Ferrini*. Vol. 5 [en ligne]. Milano: Hoepli, 1930, p. 129-182. Disponible à : <URL : <https://archive.org/details/BRes0105725/page/n129/mode/2up>>.

FERRINI, Contardo. *Diritto penale romano: teorie generali*. Milano: Hoepli, 1899.

FERRINI, Contardo. « "Furtum usus possessionisve" ». Contributo alla dottrina del furto in diritto romano. » Dans : ARANGIO-RUIZ, Vincenzo (dir.), *Opere di Contardo Ferrini*. Vol. 5 [en ligne]. Milano: Hoepli, 1930, p. 109-127. Disponible à : <URL : <https://archive.org/details/BRes0105725/page/n107/mode/2up>>.

FERRINI, Contardo. *Manuale di Pandette* [en ligne]. 3^e éd. Milano: Società editrice libraria, 1908. Disponible à : <URL : <http://archive.org/details/manualedipandett00ferr>>.

FESTRÉ, Agnès et ØSTBYE, Stein. « Michael Polanyi on creativity ». *Revue d'économie industrielle*. Septembre 2021, Vol. 174, n° 2, p. 89-116.

FLOCCO, Gaëtan et GUYONVARCH, Mélanie. « Modifier le vivant pour sauver la planète ? ». *Savoir/Agir*. Éditions du Croquant, Mai 2020, Vol. N° 51, n° 1, p. 59-67.

FOYER, Jean. « L'avenir et la finalité du droit des brevets ». Dans : *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*. Paris: Litec, 1997, p. I-XV. ISBN 978-2-7111-2803-7.

FRYDLINGER, David, HART, Oliver et VITASEK, Kate. « A New Approach to Contracts ». *Harvard Business Review*. Harvard Business School Publication Corp., Octobre 2019, Vol. 97, n° 5, p. 116-125.

GABRIEL, Iason. « Artificial Intelligence, Values, and Alignment ». *Minds and Machines* [en ligne]. Septembre 2020, Vol. 30, n° 3, p. 411-437. DOI 10.1007/s11023-020-09539-2.

GANASCIA, Jean-Gabriel. « Des humanités technologiques à la Singularité technologique. Que reste-il de l'Humanisme ? » Dans : *Vers de nouvelles humanités ? : l'humanisme juridique face aux nouvelles technologies*. Paris : Dalloz, 2017, p. 193-204. (Archives de philosophie du droit). ISBN 978-2-247-16228-4.

GAREL, Gilles. « Lessons in Creativity from the Innovative Design of the Swatch ». *Technology Innovation Management Review*. Ottawa : Talent First Network, 2015, Vol. 5, n° 7, p. 34-40.

GERKENS, Jean-François. « Réflexions sur le *damnum* : *Damnum et dommage, l'histoire de deux faux amis ?* » Dans : RUELLE, Annette et BERLINGIN, Maxime (dir.), *Le droit romain d'hier à aujourd'hui. Collationes et oblationes : Liber amicorum en l'honneur du professeur Gilbert Hanard* [en ligne]. Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 28 mai 2019 p. 79-99. (Collection générale). Disponible à : <URL : <http://books.openedition.org/pu/sl/1010>>.

GONZÁLEZ GARCÍA, Gonzalo. « La libertad: poder y debilidad del hombre ». Dans : MÉNDEZ FRANCISCO LUIS, *La ética, aliento de lo eterno: homenaje al Profesor Rafael A. Larrañeta*. Salamanca : Editorial San Esteban Departamento de Filosofía del Derecho Moral y Política II, Universidad Complutense, 2003, p. 135-148. (Aletheia). ISBN 978-84-8260-133-5.

GRZEGORZCZYK, Christophe. « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? » Dans : *Les biens et les choses en droit*. Paris : Sirey, 1979, p. 258-272. (Archives de philosophie du droit ; n° 24). ISBN 978-2-248-00697-6.

GUARINO, Antonio. « Tra asini e cavalli ». Dans : *Pagine di diritto romano*. VI. Napoli : Eugenio Jovene, 1995, p. 171-185. ISBN 978-88-243-1131-1.

GUÉNON, René. « VIII - Métiers anciens et industrie moderne ». Dans : *Le Règne de la quantité et les signes des temps* [en ligne]. Paris : Gallimard, 1970, p. 59-65. (Collection Tradition). Disponible à : <URL : http://www.index-rene-guenon.org/Access_book.php?sigle=RQST&page=59>. Première parution en 1945.

GUIDOTTI, Riccardo et al. « A Survey of Methods for Explaining Black Box Models ». *ACM Computing Surveys* [en ligne]. Août 2018, Vol. 51, n° 5, p. 93:1-93:42. DOI 10.1145/3236009.

HAYEK, Nicolas G et BARTU, Friedmann. *Au-delà de la saga Swatch: entretiens d'un authentique entrepreneur avec Friedmann Bartu*. Paris : A. Michel, 2006. ISBN 978-2-226-17079-8.

HELKKULA, Anu, KOWALKOWSKI, Christian et TRONVOLL, Bård. « Archetypes of Service Innovation: Implications for Value Cocreation ». *Journal of Service Research* [en ligne]. SAGE Publications Inc, Août 2018, Vol. 21, n° 3, p. 284-301. DOI 10.1177/1094670517746776.

HODOSI, Georg, JOHANSSON, Daniel et LAZAR, Rusu. « Does it Matter the Loss of Tacit Knowledge in IT Outsourcing? A study in a Swedish Governmental Agency ». Dans : *Procedia Computer Science*. Vol. 121 [en ligne]. Barcelona, España : Elsevier, 8 novembre 2017 , p. 491-502. DOI 10.1016/j.procs.2017.11.066.

HUVELIN, Paul. « L'animus lucri faciendi dans la théorie romaine du vol ». *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*. Editions Dalloz, 1918, Vol. 42, p. 73-101.

HUVELIN, Paul-Louis. *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*. I. Lyon : A. Rey, 1915.

KÉPÈS, François. « La biologie de synthèse : développements, potentialités et défis ». *Annales des Mines - Realites industrielles*. ESKA, 2010, Vol. Février 2010, n° 1, p. 8-14.

KNÜTEL, Rolf. « Arbres errants, îles flottantes, animaux fugitifs et trésors enfouis ». *Revue historique de droit français et étranger*. 1998, Vol. 76, n° 2, p. 187-214.

KOUTROUMPIS, Pantelis, LEIPONEN, Aija et THOMAS, Llewellyn D W. « Markets for data ». *Industrial and Corporate Change* [en ligne]. Juin 2020, Vol. 29, n° 3, p. 645-660. DOI 10.1093/icc/dtaa002.

LAMBERT, Charlène et TELLIER, Albéric. « Quand la législation se heurte à la tradition: le cas de la loi Labbé ». *Management Avenir. Management Prospective Ed.*, Août 2018, Vol. N° 101, n° 3, p. 187-211.

LANCIANO, Émilie, POISSON, Marie et SALEILLES, Séverine. « Comment articuler projets individuel, collectif et de territoire ? Le cas d'un collectif de transformation et commercialisation en circuits courts ». *Gestion 2000*. Décembre 2016, Vol. Volume 33, n° 2, p. 75-93.

LAVELLE, Louis. *L'erreur de Narcisse* [en ligne]. Grasset. Paris, 1939. Disponible à : <URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k3413152t>>.

LAVELLE, Louis. *Traité des valeurs*. I-Théorie générale de la valeur [en ligne]. Paris : PUF, 1991. (Dito). Disponible à : <URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k48109641>>. Première parution en 1950.

LAVELLE, Louis. *Traité des valeurs*. II-Le système des différentes valeurs [en ligne]. Paris : PUF, 1991. (Dito). Disponible à : <URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k4811183x>>. Première parution en 1951.

LEESEN, Tessa. « Produced and Bottled in Rome: who owned the wine? The controversy about "specificatio" ». *Revue internationale des droits de l'antiquité*. Office International des Périodiques, 2006, n° 53, p. 265-282.

LOISEAU, Grégoire. « Chapitre 2 : Intelligence artificielle et droit des personnes ». Dans : BENSAMOUN, Alexandra et LOISEAU, Grégoire, *Droit de l'intelligence artificielle*. Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2019, p. 35-67. ISBN 978-2-275-06564-9.

LYOTARD, Jean-François. *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*. Paris : Éditions de Minuit, 1979. (Collection Critique). ISBN 978-2-7073-0276-2.

LYOTARD, Jean-François. « Le différend ». Dans : *Le différend*. Paris : Editions de Minuit, 1983. (Collection « Critique »). ISBN 978-2-7073-0661-6.

MACQUERON, Jean. *Histoire des obligations: le droit romain*. Aix-en-Provence : Faculté de droit et de science politique, 1971.

MAGDELAIN, André. « Esquisse de la justice civile au cours du premier âge républicain ». *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*. 1990, Vol. XXXVII, p. 197-246.

MAUBORGNE, Renée et KIM, W. Chan. « 10 - Reconstructing Marlet Boundaries – Systematically ». Dans : *Blue Ocean Shift: Beyond Competing - Proven Steps to Inspire Confidence and Seize New Growth*. 1^{re} éd. London : Macmillan, 21 septembre 2017. ISBN 978-1-5098-3216-3.

MIYOSHI, Takemasa et al. « “Big Data Assimilation” Revolutionizing Severe Weather Prediction ». *Bulletin of the American Meteorological Society* [en ligne]. American Meteorological Society, Août 2016, Vol. 97, n° 8, p. 1347-1354. DOI 10.1175/BAMS-D-15-00144.1.

MOUSSERON, Jean-Marc. « Valeurs, biens, droits ». Dans : *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*. Paris : Dalloz, 1991, p. 185-. ISBN 978-2-247-01226-8.

MUIR WALKER, Alexander Muir. « Tacit knowledge ». *European Journal of Epidemiology*. Springer, 2017, Vol. 32, n° 4, p. 261-267.

NEŠIĆ, Damir, NYBERG, Mattias et GALLINA, Barbara. « A probabilistic model of belief in safety cases ». *Safety Science* [en ligne]. Juin 2021, Vol. 138, p. 105187. DOI 10.1016/j.ssci.2021.105187.

OLIVI, Luigi. « Cenni commemorativi: Contardo Ferrini ». *Rivista Internazionale di Scienze Sociali e Discipline Ausiliarie*. Vita e Pensiero – Pubblicazioni dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, 1902, Vol. 30, n° 119, p. 486-488.

PASWAN, Audhesh K. et WITTMANN, C. Michael. « Knowledge management and franchise systems ». *Industrial Marketing Management* [en ligne]. Février 2009, Vol. 38, n° 2, p. 173-180. (Knowledge Management in Industrial Markets). DOI 10.1016/j.indmarman.2008.12.005.

PIE XII. *Discours à l'occasion de la béatification de Contardo Ferrini* [en ligne]. Cité du Vatican, 14 avril 1947. Disponible à : <URL : https://www.vatican.va/content/pius-xii/it/speeches/1947/documents/hf_p-xii_spe_19470414_singolare-gradimento.html>.

PINEDA, José Luis Linares. « Definición de furtum y expansión jurisprudencial de los supuestos de hurto en el Derecho romano clásico. Relectura del Diritto penale de Ferrini ». *Glossae: European Journal of Legal History*. Instituto de Estudios Sociales, Políticos y Jurídicos, 2019, n° 16, p. 187-203.

PIOTROWICZ, Wojciech et CUTHBERTSON, Richard. « Introduction to the Special Issue Information Technology in Retail: Toward Omnichannel Retailing ». *International Journal of Electronic Commerce* [en ligne]. Juillet 2014, Vol. 18, n° 4, p. 5-16. DOI 10.2753/JEC1086-4415180400.

PLISECKA, Anna. « Accessio and specificatio reconsidered ». *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'histoire du droit / The Legal History Review*. Brill Nijhoff, Janvier 2006, Vol. 74, n° 1-2, p. 45-60.

PLOYHART, Robert E. et MOLITERNO, Thomas P. « Emergence of the human capital resource: A multilevel model ». *Academy of management review*. Academy of Management Briarcliff Manor, NY, 2011, Vol. 36, n° 1, p. 127-150.

PUGSLEY, David. « Contrectatio ». *Irish Jurist*. Irish Jurist, 1980, Vol. 15, n° 2, p. 341-355.

QIU, Hong et FREEL, Mark. « Managing Family-Related Conflicts in Family Businesses: A Review and Research Agenda ». *Family Business Review* [en ligne]. SAGE Publications Inc, Mars 2020, Vol. 33, n° 1, p. 90-113. DOI 10.1177/0894486519893223.

RAYMOND, Eric S. « Open Minds, Open Source ». *Analog Science Fiction & Fact*. 2004, Vol. 124, n° 7/8, p. 100-109. Texte reproduit le 21 juin 2005 sur le site Internet de l'auteur à l'adresse : <http://www.catb.org/esr/writings/analog.html>.

RAYMOND, Eric S. « The Social Context of Open-Source Software ». Dans : *The Cathedral and the Bazaar* [en ligne]. 3^e éd. [S. l.] : Site Internet de l'auteur, 8 février 2002. Disponible à : <URL :

<http://www.catb.org/esr/writings/cathedral-bazaar/cathedral-bazaar/ar01s11.html>>.

RAYMOND, Eric S. « When Is a Rose Not a Rose? ». Dans : *The Cathedral and the Bazaar* [en ligne]. 3^e éd. [S. 1.] : Site Internet de l'auteur, 8 février 2002. Disponible à : <URL : <http://www.catb.org/~esr/writings/cathedral-bazaar/cathedral-bazaar/index.html>>.

RIBEIRO, Eugénio et al. « Using Topic Information to Improve Non-exact Keyword-Based Search for Mobile Applications ». Dans : LESOT, Marie-Jeanne et al. (dir.), *Information Processing and Management of Uncertainty in Knowledge-Based Systems*. Cham : Springer International Publishing, 2020, p. 373-386. ISBN 978-3-030-50146-4.

RODRIGUEZ-GARCIA, Pablo et MENÉNDEZ-REQUEJO, Susana. « Family constitution to manage family firms' agency conflicts ». *BRQ Business Research Quarterly* [en ligne]. SAGE Publications, Décembre 2020, p. 2340944420980444. DOI 10.1177/2340944420980444.

RUELLE, Annette et FABRI, Éric. « Le plus absolu des droits, entre désir idéal et idéal d'autonomie. L'invention de la propriété des anciens comparée à celle des modernes ». *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*. 2018, Vol. Volume 81, n° 2, p. 109-176.

RUTTEN, Roel. « Beyond proximities: The socio-spatial dynamics of knowledge creation ». *Progress in Human Geography*. SAGE Publications Sage UK: London, England, 2017, Vol. 41, n° 2, p. 159-177.

SABOURET, Nicolas et DE ASSIS, Lizete. *Comprendre l'intelligence artificielle*. Paris : Ellipses, 2019. ISBN 978-2-340-03095-4.

SADOWSKI, Jathan. « The Internet of Landlords: Digital Platforms and New Mechanisms of Rentier Capitalism ». *Antipode* [en ligne]. 2020, Vol. 52, n° 2, p. 562-580. DOI <https://doi.org/10.1111/anti.12595>.

SALAMÉ, Nadine. *L'hyperréalité du monde postmoderne selon Jean Baudrillard: essai de lecture analytique et critique*. Paris : L'Harmattan, 2016. ISBN 978-2-343-09263-8.

SALEILLES, Raymond. *Étude sur les éléments constitutifs de la possession* [en ligne]. Dijon : Imprimerie Darantière, 1894. Disponible à : <URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k553679>>.

SCARINGELLA, Laurent et RADZIOWON, Agnieszka. « Innovation, entrepreneurial, knowledge, and business ecosystems: Old wine in new bottles? ». *Technological Forecasting and Social Change* [en ligne]. Novembre 2018, Vol. 136, p. 59-87. DOI 10.1016/j.techfore.2017.09.023.

SCHRAGE, Eltjo J. H. « Ungerechtfertigte Bereicherung: Einige Bemerkungen aus dem Bereich der vergleichenden Rechtsgeschichte ». *Revue internationale des droits de l'antiquité*. Office International des Périodiques, 2017, n° 64, p. 14.

SCHWARZ, Jonas Andersson. « Platform Logic: An Interdisciplinary Approach to the Platform-Based Economy ». *Policy & Internet* [en ligne]. 2017, Vol. 9, n° 4, p. 374-394. DOI <https://doi.org/10.1002/poi3.159>.

SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, Hans Albrecht. « Le droit et les choses (les biens). Matière et matérialité, «objectivité» et «réalité» dans la perspective du droit ». Dans : *Les biens et les choses en droit*. Paris : Sirey, 1979, p. 273-281. (Archives de philosophie du droit ; n° 24). ISBN 978-2-248-00697-6.

SETZU, Mattia et al. « GLocalX - From Local to Global Explanations of Black Box AI Models ». *Artificial Intelligence* [en ligne]. Mai 2021, Vol. 294, p. 103457. DOI 10.1016/j.artint.2021.103457.

SFEZ, Gérald. *Jean-François Lyotard, la faculté d'une phrase*. Paris : Galilée, 2000. (Débats). ISBN 978-2-7186-0533-3.

SHEETS, Georges A. « Distinguishing Cases and Conditions in Roman Legislation ». *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*. 2005, Vol. LII, p. 359-373.

SHIN, Donghee. « The effects of explainability and causability on perception, trust, and acceptance: Implications for explainable AI ». *International Journal of Human-Computer Studies* [en ligne]. Février 2021, Vol. 146, p. 102551. DOI 10.1016/j.ijhcs.2020.102551.

SIFAKIS, Yoanna. *Le concept d'imitation en droit pénal : approche de synthèse du juridique au philosophique* [en ligne]. PThèse de doctorat.

Université de Bordeaux, 1^{er} décembre 2017. Disponible à : <URL : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01724692>>.

SIRKS, A. J. B. « Furtum and manus / potestas ». *Legal History Review* [en ligne]. Brill Academic Publishers, Novembre 2013, Vol. 81, n° 3/4, p. 465-506. DOI 10.1163/15718190-08134P06.

SIRKS, A. J. B. « Furtum and manus / potestas ». *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'Histoire du Droit / The Legal History Review* [en ligne]. Brill Nijhoff, Avril 2013, Vol. 81, n° 3-4, p. 465-506. DOI 10.1163/15718190-08134P06.

SÖĞÜT, İpek Sevda. *Objective factor of furtum: contrectatio* [en ligne]. Türkiye Adalet Akademisi, 2017. Disponible à : <URL : <http://academicrepository.khas.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12469/3259>>. Accepted: 2020-08-26T10:13:20Z.

SOMOVILLA, Claudia Gabriela et VILLALBA, Jorge Fabián. « El derecho romano en tiempos de legaltech: los principios y preceptos romanos como refugio del derecho informático ». *Revista Blockchain e Inteligencia Artificial* [en ligne]. Novembre 2020, n° 1. Disponible à : <URL : <http://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/index.php/rbia/article/view/4884>>.

SOUSA, Paulo Renato de et al. « Challenges, Opportunities, and Lessons Learned: Sustainability in Brazilian Omnichannel Retail ». *Sustainability* [en ligne]. Janvier 2021, Vol. 13, n° 2, p. 666. DOI 10.3390/su13020666.

STALLMAN, Richard M. « About the GNU Project ». Dans : - *GNU Project - Free Software Foundation* [en ligne]. 25 décembre 2021 [consulté le 3 mai 2022]. Disponible à : <URL : <https://www.gnu.org/gnu/thegnuproject.en.html>>.

STROWEL, Alain. « Omnia sunt ©ommunia: des opera au Big Data ». *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*. 2018, Vol. Volume 81, n° 2, p. 177-209.

SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo. « La posesión: relación jurídica universal de equidad ». *Revista General de Derecho Romano*. Iustel, 2018, n° 31, p. 25.

SUSENO, Yuliani, LAURELL, Christofer et SICK, Nathalie. « Assessing value creation in digital innovation ecosystems: A Social Media Analytics approach ». *The Journal of Strategic Information Systems* [en ligne]. Décembre 2018, Vol. 27, n° 4, p. 335-349. (Generating Business and Social Value from Digital Entrepreneurship and Innovation). DOI 10.1016/j.jsis.2018.09.004.

TEECE, David J. et LINDEN, Greg. « Business models, value capture, and the digital enterprise ». *Journal of Organization Design* [en ligne]. Août 2017, Vol. 6, n° 1, p. 8. DOI 10.1186/s41469-017-0018-x.

THOMAS, J. A. C. « Contrectatio, complicity and furtum ». *Revista internazionale di diritto romano e antiquo*. 1962, Vol. XIII, p. 70-88.

THOMAS, J. A. C. « Infitiando depositum nemo facit furtum ». Dans : *Studi in onore di Edoardo Volterra*. II. Milano: A. Giuffrè, 1971, p. 759-768. Google-Books-ID: yA1RAQAIAAJ.

TORRES PARRA, María José. « Furtum pignoris en D.47,2,12,2 Ulp. 29 ad Sab. » *e-Legal History Review*. Iustel, 2014, n° 18, p. 5.

TRISCIUOGLIO, Andrea. « Protección de la humanitas, no de los derechos humanos: la experiencia romana ». *Revista institucional de la defensa pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Defensa pública*. Juin 2021, n° 27, p. 150-154.

TROMMETTER, Michel, VAUTRIN, Marie-Anne et MARIE-VIVIEN, Delphine. « Chapitre 2. Les ressources génétiques pour l'agro-industrie : des échanges complexes ». Dans : AUBERTIN, Catherine, BOISVERT, Valérie et PINTON, Florence (dir.), *Les marchés de la biodiversité* [en ligne]. Marseille: IRD Éditions, 2007, p. 55-81. (Objectifs Suds). Disponible à : <URL : <http://books.openedition.org/irdeditions/2311>>.

TSUJIMOTO, Masaharu et al. « A review of the ecosystem concept – Towards coherent ecosystem design ». *Technological Forecasting and Social Change* [en ligne]. Novembre 2018, Vol. 136, p. 49-58. DOI 10.1016/j.techfore.2017.06.032.

TUNC, André. « L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation après quatre ans d'application de la loi Badinter ». *Revue internationale de droit comparé* [en ligne]. Persée - Portail des revues

scientifiques en SHS, 1989, Vol. 41, n° 4, p. 993-1004.
DOI 10.3406/ridc.1989.1870.

TURNER, Arthur N. « Consulting is more than giving advice ». *Harvard Business Review*. Harvard Business School Publication Corp., Octobre 1982, Vol. 60, n° 5, p. 120-129.

VACCA, Letizia. « L'acquisition de la possession par l'intermédiaire d'autrui: un cas de *ius controversum* ». Dans: CHEVREAU, Emmanuelle, MASI DORIA, Carla et RAINER, Johannes Michael, *Liber amicorum: mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Coriat*. [S. l.]: Éditions Panthéon-Assas, 2019, p. 977-991. ISBN 978-2-37651-011-6.

VERSTRAETE, Thierry, KRÉMER, Florence et JOUISSON-LAFFITTE, Estèle. « Le business model: une théorie pour des pratiques ». *Entreprendre & Innover*. Juin 2012, Vol. n° 13, n° 1, p. 7-26.

VILLEY, Michel. « Le droit naturel ». Dans: *La nature et la loi: une philosophie du droit*. Paris: Les Éditions du Cerf, 2014, p. 29-41. (La Nuit surveillée). ISBN 978-2-204-09757-4. Première parution en 1985.

VISSCHER, Fernand de. « Le « fur manifestus » ». *Revue historique de droit français et étranger*. Editions Dalloz, 1922, Vol. 1, p. 442-512.

VOLVO CARS FRANCE. « Volvo Cars et Uber s'associent pour développer des voitures autonomes ». Dans: *Communiqué de presse* [en ligne]. 18 août 2016 [consulté le 3 mai 2022]. Disponible à: <URL : <https://www.media.volvocars.com/fr/fr-fr/media/pressreleases/194795/volvo-cars-et-uber-sassocient-pour-developper-des-voitures-autonomes>>.

VRANA, Vladimir. « Some remarks on private delict theft in Roman law ». *Humanum*. 1992, p. 433.

WARD, John. *Unconventional Wisdom: Counterintuitive Insights for Family Business Success*. [S. l.]: John Wiley & Sons, 3 février 2006. ISBN 978-0-470-02166-8.

WARNIER, Vanessa, LECOCQ, Xavier et DEMIL, Benoît. « Le business model, un support à la créativité de l'entrepreneur ». *Entreprendre & Innover*. Octobre 2016, Vol. n° 28, n° 1, p. 65-75.

WATSON, Alan. « Chapitre 8: Acquisition of Possession and Uscapion *per Servos et Filios* ». Dans: *Studies in Roman Private Law*.

London: The Hambledon Press, 1^{er} janvier 1991, p. 85-107. ISBN 978-1-85285-047-0.

WATSON, Alan. « Chapitre 23 : *Contrectatio* as an essential of *furtum* ». Dans : *Studies in Roman Private Law*. London; Rio Grande: The Hambledon Press, 1^{er} janvier 1991, p. 283-299. ISBN 978-1-85285-047-0.

WATSON, Alan. « Chapitre 24 : *Contrectatio* again ». Dans : *Studies in Roman Private Law*. London: The Hambledon Press, 1^{er} janvier 1991, p. 291-301. ISBN 978-1-85285-047-0.

WATSON, Alan. « Chapitre 25 : D. 47.2.52.20 : The Jackass, the Mares and *furtum* ». Dans : *Studies in Roman Private Law*. London; Rio Grande : The Hambledon Press, 1^{er} janvier 1991, p. 303-307. ISBN 978-1-85285-047-0.

WEBER, Libby et MAYER, Kyle J. « Designing effective contracts: Exploring the influence of framing and expectations ». *The Academy of Management Review*. Academy of Management, 2011, Vol. 36, n° 1, p. 53-75.

WHATLING, Tony. *Mediation skills and strategies: a practical guide*. London; Philadelphia : Jessica Kingsley Publishers, 2012. ISBN 978-1-84905-299-3.

YIN, Pai-Ling, DAVIS, Jason P. et MUZYRYA, Yulia. « Entrepreneurial Innovation: Killer Apps in the iPhone Ecosystem ». *American Economic Review* [en ligne]. Mai 2014, Vol. 104, n° 5, p. 255-259. DOI 10.1257/aer.104.5.255.

YOURCENAR, Marguerite. *Mémoires d'Hadrien*. Paris: Gallimard, 2003. (folio ; n° 921). ISBN 978-2-07-036921-8.

ZLINSZKY, János. « La répression criminelle dans la Rome archaïque: aspects judiciaires ». *Revue internationale des droits de l'antiquité*. Office International des Périodiques, 1990, n° 37, p. 463-475.

Guidelines 1/2020 on processing personal data in the context of connected vehicles and mobility related applications, version 1.0. [S. l.]: Comité européen de la protection des données (EDPB), janvier 2020.



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN1989-1970

Octubre-2022

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Fulltextarticle

Fecha de recepción: 13/07/2022	Fecha de aceptación: 05/09/2022
Palabrasclave: <i>Tribunus plebis, prensio, ductio in vincula, vades, praedes, defensor civitatis, fideiussores.</i>	Keywords: <i>Tribunus plebis, prensio, ductio in vincula, praedes, defensor civitatis, fideiussores.</i>



COMPARACIÓN ENTRE EL TRIBUNO DE LA PLEBE Y EL *DEFENSOR CIVITATIS*. A PROPÓSITO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

COMPARISON BETWEEN THE TRIBUNE OF THE PLEBS AND THE *DEFENSOR CIVITATIS*. ABOUT PREVENTIVE DETENTION.

Andrea Trisciuglio

Professore Associato di Diritto Romano.

Dipartimento di Studi Storici

Università di Torino (I)

ORCID 0000-0002-5780-6684

(TRISCIUOGLIO, *Comparación entre el tribuno de la plebe y el defensor civitatis. a propósito de la prisión preventiva*. RIDROM [on line]. 29-2021.ISSN 1989-1970. p. 336-365 .<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Resumen:

Entre las instituciones surgidas en defensa de los ciudadanos frente a los abusos de los poderes públicos, se mencionan con frecuencia, en relación con la experiencia jurídica romana, el tribuno de la plebe (para la época republicana) y el *defensor civitatis* (para el imperio tardío). No es raro considerarlas como antecedentes históricos de las figuras modernas del ombudsman y del defensor del pueblo. Sin embargo, más allá de la función común, existen diferencias significativas entre las dos instituciones romanas. El artículo examina estas diferencias en relación con las intervenciones de ambos en defensa de la libertad personal del ciudadano en la fase anterior al proceso, cuando se ordena la prisión preventiva del llamado a juicio.

Abstract:

Among the institutional figures who defended citizens against the abuses of public authorities, the tribune of the plebs (for the republican period) and the *defensor civitatis* (for the late empire) are frequently mentioned with regard to the Roman experience. It is not uncommon to consider them historical antecedents of the modern figures of the ombudsman and the defensor del pueblo. Beyond their common function, however, there are significant differences between the two Roman institutions. This contribution examines these differences in relation to their interventions in defence of the personal freedom of the citizen in the pre-trial phase, when the preventive detention of the summoned person is ordered.

Sumario: 1) Premisa. El *defensor civitatis* y la prisión preventiva antes de Justiniano. 2) Los tribunos de la plebe y la prisión preventiva. 3) El *defensor civitatis* justiniano y la prisión preventiva. 4) Resultado de la comparación.

1. Premisa. El *defensor civitatis* y la prisión preventiva antes de Justiniano.

La analogía, planteada recientemente¹, entre la acción del *defensor civitatis* de la época imperial tardía y la del tribuno de la plebe de época republicana en el campo de la protección de los ciudadanos que, por diversas razones, se encuentran en una posición de debilidad frente al multiforme poder público, puede ser constatada al considerar una categoría particular de sujetos expuestos a abusos por parte del mismo poder. Me refiero a quienes pueden estar, o ya están, detenidos a la espera de juicio (en un juicio penal pero también, en la antigüedad tardía, civil) o a la espera de la ejecución de la sentencia².

Quiero aclarar que las observaciones comparativas que seguirán a continuación se refieren especialmente al *defensor civitatis* de la época de Justiniano. Esta importante institución cívica, que Justiniano en su proyecto de reforma trata de revalorizar, es objeto de abundante regulación presente en el *Codex* y en las *Novellae*³;

¹ Cfr. PALMA (2018) 98 ss.

² La prisión no se considera generalmente una pena en la experiencia jurídica romana, pues se cree que tenía sólo una función cautelar, para asegurar la presencia del acusado en el juicio o la ejecución de la sentencia del condenado: véase, entre otros, VALDITARA (2015) 41-49; otro lit. en TRISCIUOGLIO (2018) 313 ss.; sin embargo, la doctrina romanística sobre este punto no es uniforme: cfr. ZAMORA (2015) 74 ss.

³ Las constituciones a las que me refiero son recordadas exhaustivamente por PIQUER (2020).

además, un edicto del *praefectus praetorio Orientis, Archelaus*, que ocupó el cargo en un período inmediatamente anterior, bajo el emperador Justino I⁴, nos aporta una información preciosísima para nuestro tema.

Nuestra elección por el estudio del *defensor* de época justiniana podría justificarse por el hecho de que, al parecer, es con Justiniano cuando se le atribuye por primera vez la facultad de autorizar la prisión preventiva del imputado⁵. Sin embargo, no se puede descartar que, incluso antes de Justiniano, el *defensor* pudiera ordenar el encarcelamiento, u otro tipo de limitación de libertad, de una persona demandada. En el proceso civil, la posibilidad de someterla a custodia es deducible de, al menos, un papiro (Pap. Oxy. XVI 1886, ll. 14-17, a. 472 d.C.)⁶. Por otro lado, cuando leemos en una constitución de Honorio (C.Th.9.2.5, a. 409)⁷ que los *defensores civitatum* no pueden *mittere in carcerem*, esta prohibición estaría relacionada solamente con los delitos más graves mencionados en la misma *lex* para los cuales se establece que el *defensor* tiene que enviar inmediatamente, y bajo escolta, a los arrestados ante el juez competente.

⁴ Cfr. *ed. praef. praet.* n. XXVII, editado (con traducción latina) por K.E. Zachariae, *Anekdotia*, III, Lipsiae 1843, 276; véase *infra*, § 3.

⁵ Cfr. BONINI (1990) 195 nt. 67 (con otra lit.); MESSANA(1991) 142.

⁶ Cfr. HILLNER (2015) 145 y nt. 120.

⁷ C.Th.9.2.5: *Defensores civitatum, curatores, magistratus et ordines oblatos sibi reos in carcerem non mittant, sed in ipso latrocinio vel congressu violentiae aut perpetrato homicidio, stupro vel raptu vel adulterio deprehensos et actis municipalibus sibi traditos expresso crimine prosecutionibus arguentium cum his, a quibus fuerint accusati, mox sub idonea prosecutione ad iudicium dirigant. Et cetera.*

Si consideramos además el diferente aspecto de la vigilancia de un *reus* ya encarcelado, en algunas fuentes literarias es posible deducir ciertas funciones del *defensor* que, con toda probabilidad, están reconocidas en la legislación imperial que va desde el siglo IV al comienzo del siglo V d.C.

La primera de estas fuentes contiene el relato, escrito por Eusignio, del martirio de San Basílico que tuvo lugar cerca de Comana, en la provincia de Ponto, en la época de las persecuciones cristianas post-dioclecianas. Este texto, al tener en cuenta la probable, aunque incierta, cronología de los hechos⁸ y la mención del *defensor civitatis*, demuestra, al menos para la parte oriental del imperio, la debilidad de la tesis que hace coincidir el nacimiento de esta institución más tarde, con la constitución de Valentiniano I para el I lírico del año -se cree- 368 d.C. (C.Th.1.29.1)⁹. En el relato de Eusignio se menciona una licencia de cuatro días, otorgada por un carcelero (*clavicularius*) a *Basiliscus*, para permitirle una última visita a sus parientes, antes de ser sometido, como cristiano¹⁰, a la jurisdicción del gobernador provincial Agrippa. Éste llega a Amasea (hoy Amasya, en Turquía) para proceder al interrogatorio de los

⁸ La muerte de San Basílico tiene lugar probablemente en el 312, bajo el imperio de Maximino Daya, como puede deducirse de un breve pasaje (cap. XI, ll. 123-125) del Diálogo sobre la vida de Juan Crisóstomo de Paladio de Galacia: cfr. la edición, con traducción al francés, de A.M. Malingrey - Ph. Leclercq, París 1988, 226; véase también J.P. Migne, *Patrologia Graeca*, vol. XLVII, 38.

⁹ Cfr. al respecto PERGAMI (2014) 4 y nt. 5; MIGLIETTA (2018) 203; PALMA (2018) 103 ss. Sobre el problema de la identificación del *defensor civitatis* con el *syndicus* de la ciudad en atención al período clásico tardío, véase recientemente ARCARIA (2021) 409 ss., 422.

¹⁰ Para la opinión de que el '*nomen christianum*' represente el fundamento de la acusación, en lugar de la *laesio maiestatis* del emperador o del *sacrilegium*, véase SPERANDIO (2009) 96 ss., espec. 102 ss.; cfr. además BOTTA (2020) 160 ss.

prisioneros y convoca a *Basiliscus* que estaba incluido en el registro de prisioneros. En este punto entra en escena el *defensor civitatis*, que, al no haber encontrado a *Basiliscus* en la cárcel, lleva ante el gobernador al *clavicularius* que había dado el permiso, aún no vencido, de cuatro días para una visita escoltada (*cum militibus*) "*ad vicum suum*". Por tanto, me parece muy probable que el *defensor* en su ciudad estuviese involucrado en la gestión de los presos, situándose en una posición de control superior; una gestión que se convierte en una asunción de responsabilidad cuando el *defensor* se ofrece al gobernador como garante (*fideiussor*) del regreso del carcelero con el cristiano al cuarto día¹¹.

Nuevamente, por lo que respecta a los permisos de viaje con escolta que se otorgan a los prisioneros, podría surgir alguna conexión con la figura del *defensor* en tres cartas de San Agustín (Aug., *epp.* 113, 114, 115)¹², que tienen en esta sede un interés particular por las referencias explícitas a la legislación imperial vigente en la época (principios del siglo V d.C.). Agustín, a la sazón obispo de Hipona, intercede ante algunos funcionarios en favor de un tal *Faventius*, quien, después de haberse beneficiado del derecho

¹¹ Cfr. BOLLAND ET ALII, *Acta Sanctorum Martii, Vita S. Basilisci mart.*, 1, 4-5 (ed. Antverpiae 1668, t. 1, p. 238): *Defensor vero civitatis venit ad carcerem et quaerebat Basiliscum vinctum: et cum non invenisset eum, alligavit custodem, et adduxit eum ad Praesidem: et interrogavit eum Praeses, et corripuit dicens: Quomodo vinctum infugasti, maxime inimicum deorum et inobedientem praeceptis Imperatorum? Respondens Clavicularius dixit: Secunda dies est hodie, ex quo perrexit cum militibus usque ad vicum suum. Praeses vero iratus furore, ait ad Clavicularium: Caput tuum sub gladio erit, si non repraesentaveris illum adversarium deorum et contumeliosum. At ille dixit: In die quarto restituum illum. Fideiussor accessit ei defensor civitatis...; sobre este texto cfr. MINIERI (2011) 42 ss.; ID. (2013) 9 ss.*

¹² Sobre estas *epistulae* v. FOLLIET (1984) 240 ss.; MARTÍNEZ VELA (2018a) 75 ss.

de asilo en la Iglesia, había sido arrestado por *Florentinus*, un oficial subordinado del gobernador provincial. Para permitir que *Faventius* se ocupase de su propia defensa procesal e intentase una solución amistosa de la disputa en condiciones de libertad controlada ("*custodia moderata*"), San Agustín recuerda repetidamente a los destinatarios de las cartas la legislación imperial en vigor en materia de permisos expedidos a los presos. No creo que haya más dudas sobre la *lex imperialis* a la que se refiere San Agustín, después del cuidadoso análisis de Folliet¹³: se trata de la constitución de Honorio del 409, acogida en C.Th.9.2.6 ¹⁴. Más útil para nosotros, sin embargo, es detenernos en la *interrogatio apud acta/gesta municipalia*, en la que se recoge la voluntad del preso de gozar del permiso de treinta días concedido por la ley imperial. Es muy probable que el *defensor civitatis*, que obtuvo la potestad de registro y certificación desde la época de Honorio¹⁵, estuviera entre las autoridades locales encargadas de realizar el interrogatorio en cuestión.

2. Los tribunos de la plebe y la prisión preventiva.

A falta, que sepamos, de normas específicas relativas a las funciones de disposición y control del tribuno de la plebe en materia de prisión preventiva en la época republicana, sólo podemos

¹³ FOLLIET (1984)246 ss.; además, PALOMO PINEL (2021) 591 ss.

¹⁴ C.Th. 9.2.6: *Si quos praecepto iudicum praemisso inscriptionis vinculo reos factos adminiculum curiae propriae dirigere iussum fuerit, municipalibus actis interrogentur, an velint iuxta praeceptum triumphalis patris nostri XXX diebus sibi concessis sub moderata et diligenti custodia propter ordinationem domus propriae parandosque sibi sumptus in civitate residere. Quod si fieri voluerint, hoc genus beneficii cupientibus non negetur: si vero dirigi velint, mox reos cum suis accusatoribus mittant nec ad arbitrium adversariorum in civitatibus retineri patiantur. Et cetera.*

¹⁵ Cfr. TAROZZI(2006)143 ss.

detenernos en los episodios históricos en los que los tribunos intervinieron en este ámbito, asumiendo que los mismos se ajustaban a la praxis existente (*mores maiorum, exempla*) que tendía a ser vinculante, pero con la posibilidad de desviaciones que una constitución flexible como la romana (no escrita y abierta a interpretaciones cambiantes de la *utilitas publica* según la evolución de los conflictos entre grupos sociopolíticos) permitía¹⁶.

Analicemos pues los casos en los que está atestiguada una intervención del tribuno en relación a una *prensio* (arresto) o una *ductio in vincula* (encarcelamiento). El examen de estos casos nos permite profundizar en la conocida afirmación ciceroniana por la que “los *maiores* quisieron hacer del tribuno un guardián y custodio de la libertad del ciudadano”¹⁷, destacando que, a veces, el tribuno se oponía a otro tribuno de la plebe, que ordenaba la *prensio* y la *ductio in vincula*, por medio de la *intercessio*, la cual podía adquirir la forma de una verdadera interposición física en la República¹⁸.

a) El caso de Cesón Quincio.¹⁹ En el año 461 a.C. el patricio Cesón Quincio, hijo de Cincinnato, fue acusado de matar al hermano

¹⁶ Cfr. *ex multis* CERAMI(1996) 115 ss., espec. 117.

¹⁷ Cfr. Cic. *de lege agr.* 2.15: *quod est indignissimum per tribunum plebis quem maiores praesidem libertatis custodemque esse voluerunt.*; v. además Liv. 3.45.8, donde la *provocatio ad populum* y el *tribuni cium auxilium* están calificados como dos baluartes para la defensa de la libertad (“*duas arces libertatis tuendae*”); PANI (2010) 79.

¹⁸ Cfr. al respecto LAMBERTINI (2006) 622 ss., 625 ss.; véase también, en relación con la *deductio in vincula* del cónsul Bibulo, PURPURA (2007) 4541 ss.

¹⁹ Cfr. Liv. 3.13.1-8; DE SIMONE (2009) 213 ss. El relato de Livio relativo al procedimiento contra Cesón Quincio debe compararse con el de Dionisio de Halicarnaso (10.8), donde surgen algunas discrepancias, aunque no relacionadas con los *vades* públicos, cuyo número es de diez también para Dionisio (v. 10.8.3). En defensa de la fiabilidad y coherencia de la versión de

mayor de Marco Volscio Fictor el cual, en una riña, recibió un puñetazo letal. Un tribuno de la plebe, Virginio, ordenó la detención de los acusados, pero, gracias a una intercesión (*intercessio*) decretada por otros tribunos, Cesón obtuvo la libertad provisional mediante la provisión de una fianza a favor del pueblo romano. El senado estableció que la fianza fuera de 3000 asses por fiador (*vas*)²⁰, pero dejaba a los tribunos de la plebe el decidir cuántos fiadores eran necesarios para garantizar la comparecencia en juicio de Cesón. Los tribunos fijaron el número en diez, garantizando de este modo al pueblo romano 30.000 asses a pagar en caso de contumacia de Cesón Quincio. Livio recuerda que este hombre "*primus vades públicos dedit*"; por primera vez, por tanto, los *vades*, según instrucciones dadas también por el colegio tribunicio, se obligaron frente al pueblo, "acreedor", a garantizar la presencia en el juzgado de un acusado de homicidio. El inflexible cobro de la fianza por parte del *Aerarium* tras la ausencia de Cesón determinará la caída en la pobreza del célebre padre, Cincinnato, obligado a vender sus bienes y a vivir por algún tiempo en un tugurio *trans Tiberim* para indemnizar a los *vades*²¹.

b) El caso de M. Postumio Pirgense.²² Durante la Segunda Guerra Púnica, el *publicanus* Postumio Pirgense, hombre sin escrúpulos patrióticos, participó en la organización de una estafa contra el erario público. Los suministros militares destinados a España -para los que la *res publica* había asumido el riesgo de naufragio sin

Livio véase SCIORTINO (2017) 196 ss., espec. 198 ss.

²⁰ Sobre la figura del *vas* cfr. BISCARDI (1991) 18 ss.

²¹ Cfr. Dion. Halic. 10.8.4.

²² Cfr. Liv. 25.3.8-4.11; CIMMA (1981) 8; PESARESI (2005)136 ss.

responsabilidad de las empresas adjudicatarias del contrato (*societates publicanorum*)²³ - no llegaron a su destino. Se denunció ante el Senado el hundimiento de los barcos cargados de forma fraudulenta con material de poco valor para cobrar el precio del contrato a pesar del incumplimiento. Un primer juicio pecuniario, iniciado por los tribunos de la plebe, fue interrumpido por tumultos organizados por Postumio. Siguió un segundo juicio, esta vez capital²⁴, contra Postumio y quienes habían impedido el funcionamiento de los *concilia tributa plebis* en el primer juicio con pena de multa. Los tribunos de la plebe Spurio y Lucio Carvilio acusaron a Postumio de *res capitalis* y ordenaron a los *viatores* el arresto y la *ductio* en prisión, a menos que Postumio ofreciese garantes para la comparecencia (*vades*). Unos *vades* intervinieron, pero Postumio no compareció en juicio, con lo cual fue aprobado un plebiscito que estableció un nuevo plazo para la comparecencia con la amenaza, esta vez, de aplicar el *aqua et igni interdictio*²⁵. Los participantes en los tumultos sufrieron la misma suerte y fueron acusados de *res capitalis*; los tribunos de la plebe pidieron también *vades* para ellos y así evitar la prisión preventiva²⁶.

²³ Cfr. TORRENT (2014) 89.

²⁴ El cargo podría ser la *perduellio* según opina PELLOSO (2013) 121 ss. nt. 92.

²⁵ Cfr. VENTURINI (2003) 315.

²⁶ Cfr. Liv. 25.4.8-11 ...*confestim Carvili tribuni plebis omissa multae certatione rei capitalis diem Postumio dixerunt ac ni vades daret prendi a viatore atque in carcerem duci iusserunt. Postumius vadibus datis non adfuit. Tribuni plebem rogaverunt plebesque ita scivit, si M. Postumius ante kalendas Maias non prodisset citatusque eo die non respondisset neque excusatus esset, videri eum in exsilio esse bonaque eius venire, ipsi aqua et igni placere interdici. Singulis deinde eorum qui turbae ac tumultus concitatores fuerant, rei capitalis diem dicere ac vades poscere coeperunt. Primo non dantes, deinde etiam eos qui dare possent in carcerem coniciebant; cuius rei periculum vitantes plerique in exsiliu abierunt.*

c) **El caso de Lucio Cornelio Escipión Asiático.**²⁷ A Lucio Cornelio Escipión Asiático (hermano del famoso Publio Cornelio Escipión Africano) en el 187 a.C. se le impuso una multa, a iniciativa del tribuno Cayo Minucio Augurino, cuyo pago debía ser garantizado por el propio Asiático con *praedes* si quería evitar el encarcelamiento. Cabe destacar que, en este caso, no se requirieron *vades*, como normalmente se hacía para garantizar la comparecencia de un imputado ante el tribunal²⁸. Su hermano, Escipión el Africano, intervino para ayudarlo, obteniendo el apoyo de otros ocho tribunos que formaban parte del colegio. Conocemos el contenido dispositivo del decreto adoptado por unanimidad por esta comisión de ocho tribunos, gracias a una cita textual de Aulo Gelio extraída de los *Annales*: si el Asiático proporcionara los garantes según la apreciación del tribuno Cayo Minucio Augurino, los ocho tribunos vetarán, a través de la *intercessio*, la *ductio in vincula* del Asiático; de lo contrario, se procederá con el arresto y encarcelamiento²⁹. Como el Asiático no proporcionó los *praedes*, Augurino ordenó que fuera

²⁷ Cfr. en particular (basado en el *liber exemplorum* de Cornelio Nepote) Aul. Gell., *Noct. Att.* 6.19; además Liv. 38.56.8-9; Plut., *Cato mai.* 15.2; Val. Max., *Fact. et dict. mem.* 4.1.8; Aur. Vitt., *De vir. ill.* 53.2; en la doctrina, FRACCARO(1956) 319 ss.; VAN NEROM (1966) 426 ss.; Cassola-Labruna, en TALAMANCA (1989) 270 ss.; FANIZZA (1999) 33 ss.; BRIZZI (2007) 64.

²⁸ Véase la diferencia entre *praes* y *vas* subrayada por D.M. Ausonio, *Technopaegnon. Per inter. et resp.* v. 1-2: *Quissubit in poenam capitali iudicio? Vas. Quid si lis fuerit nummaria, quis dabitur? Praes.*

²⁹ Cfr. Aul. Gell. *Noct. Att.* 6.19.5: "...si L. Cornelius Scipio Asiaticus collegae arbitrato praedes dabit, collegae, ne eum in vincula ducat, intercedemus; si eius arbitrato praedes non dabit, quominus collega sua potestate utatur, non intercedemus", donde el *arbitratus collegae* (scil. el tribuno Cayo Minucio Augurino) se refiere probablemente a una valoración de las garantías personales respecto al monto de la multa.

encarcelado (*Noct. Att. 6.19.6*)³⁰, sin embargo otro tribuno, Tiberio Sempronio Graco (padre de Tiberio y Cayo), a pesar de su enemistad con el Africano, ejerció su poder de intercesión.

d) El caso de Publio Munacio³¹. Hacia mediados del siglo II a.C. un tal *Publius Munatius*, por haber robado una corona de flores de una estatua de Marsias colocada cerca del foro, y haberla puesta sobre su cabeza, fue apresado como medida policial por los *tresviri capitales*. *Munatius* apeló a los tribunos para obtener la liberación, los cuales, sin embargo, le negaron la *intercessio*. No sabemos si, en este caso, el hecho de no otorgar la intercesión se relacionó con la omisión de proporcionar *vades* para comparecer en un juicio futuro.

e) El caso de C. Cornelio³². Valerio Máximo recuerda otro episodio similar al que acabamos de describir en d) por la posible cronología y el desarrollo de los hechos. En efecto, tras un encarcelamiento

³⁰ La orden llega del cónsul en el relato de Valerio Máximo: *Facta et dicta memor. 4.1.8: ...cum(scil. Tib. Sempronio Graco) ex professo inimicitias cum Africano et Asiatico Scipionibus gereret, et Asiaticus iudicata epecuniaes atisdare non posset atque ideo a consule in vincula publica duci iussus esset appellassetque collegium tribunorum, nullo volente intercedere secessit a collegis decretumque composuit...*

³¹ Cfr. Plin., *Nat. Hist. 21.3.8. ...P. Munatius cum demptam Marsuae coronam e floribus capiti suo imposuisset atque ob id duci eum in vincula triumviri iussissent, appellavit tribunos plebis nec intercessere illi...*; CASCIONE (1999) 98 ss., 140 ss.

³² Cfr. Val. Max., *Fact. et dict. memor. 6.1.10: C. Pescennius IIIvir capitalis<C.>Cornelium fortissimae militiae stipendia emeritum virtutisque nomine quater honore primi pili ab imperatoribus donatum, quodcum ingenuo adolescentulo stupri commercium habuisset, publicis vinculis oneravit. A quo appellati tribuni, cum de stupro nihil negaret, sed sponsonem se facere paratum diceret, quod adulescens ille palam atque aperte corpore quaestum factitasset, intercessionem suam interponere noluerunt. Itaque Cornelius in carcere mori coactus est: non putarunt enim tribuni pl. rem publicam nostram cum fortibus viris pacisci oportere, ut externis periculis domesticas delicias emerent*; CASCIONE (1999) 102 ss.; 103 nt. 71 (donde el autor fecha el episodio a partir de la segunda mitad del II siglo a.C.).

ordenado por los *tresviri capitales*, se intenta obtener una liberación inmediata mediante la apelación a los tribunos de la plebe. El autor del delito es, en este caso, *C. Cornelius*, valiente centurión acusado de pederastia, y, nuevamente, entra en juego una promesa (*sponsio*), que esta vez no se refiere a la comparecencia en juicio ni al pago de una suma de dinero, pero que quizás tenga el valor de prueba a utilizar en un juicio³³ al plantear una causa de justificación en beneficio del detenido³⁴. La moral pública, sin embargo, impide a los tribunos aceptar la *sponsio*, con lo cual otra vez se niega la posibilidad de liberar al preso por medio de la *intercessio*; *C. Cornelio* permanece entonces en la cárcel donde muere.

Una vez llegados a este punto, podemos extraer algunas conclusiones en base a los episodios que acabamos de examinar. En la República los tribunos observan un esquema que se repite, con diferencias, a partir del caso de *Cesón Quincio* en el 461 a.C. Los tribunos pueden ordenar la *ductio in vincula* del imputado antes del juicio, pero alternativamente pueden dejar al *reus* en libertad si promete, con la ayuda de garantes (*vades, praedes*), comparecer ante el tribunal o pagar la pena pecuniaria ya establecida antes del juicio. Los tribunos, en lo tocante a la aceptación o no de las promesas

³³ Comparto la opinión de SANTALUCIA (1994) 141; ID. (2009) 381 ss., según el cual la *ductio in vincula* de *C. Cornelio*, ordenada por los *tresviri capitales*, anticipó un proceso que tendría que llevarse a cabo frente a una asamblea popular.

³⁴ *C. Cornelio* en verdad no niega el estupro pero está dispuesto a prometer que el joven solía prostituirse (... *sed sponsionem se facere paratum diceret, quod adulescens ille palam atque aperte corpore quaestum factitasset...*); podría ser una *sponsio in probrum*; véase al respecto a CASCIONE (1999) 103 nt. 71; o bien una *sponsio* para iniciar un más rápido *iudicium privatum*; en este sentido LICANDRO (1999) 197 (con otra lit.).

garantizadas, parecen gozar de una amplia discrecionalidad, a la que sólo se opone la intercesión de otros tribunales, que siempre pueden impedir que continúe la prisión preventiva de un imputado aunque sea ordenada por otros magistrados (por ejemplo, los *tresviri capitales*).

3. El *defensor civitatis* justiniano y la prisión preventiva.

En la época de Justiniano -lo recuerdo brevemente- el *defensor civitatis* modificó algunos elementos característicos de su fisonomía anterior. Si bien es dudoso que pueda considerarse como un funcionario de la administración imperial activo en la ciudad, más que como un magistrado plenamente insertado en la administración local (Mannino³⁵ lo ha calificado como un órgano mixto, estatal y municipal), parece evidente que en el periodo indicado estaba dotado de una cierta autonomía en el ejercicio de sus funciones, al quedar relevado del control de los gobernadores provinciales³⁶. Éstos, a su vez, no influirían en el nombramiento de los *defensores*, quienes, de hecho, eran designados por ciudadanos notables (obispos, clérigos, *honorati*, *possessores*, *curiales*) y confirmados por el *praefectus praetorio*³⁷; órgano que tenía también la tarea de verificar la

³⁵ Cfr. MANNINO (1984) espec. 177.

³⁶ Cfr. con respecto a Nov. 15, GORIA (2016a) 253; además FRANCIOSI (1998) 33 s.; recientemente CORONA (2020) 8 sss.; PULIATTI (2021) 131 nt. 14.

³⁷ Cfr. C.1.4.19; C.1.55.8.pr.; C.1.55.11; LANIADO (2006) 320 ss.; MARTÍNEZ VELA (2018b) 43 ss.; PIQUER (2020) 20 ss.

autorización excepcionalmente otorgada por el emperador al *defensor* ya nombrado que quisiera renunciar al cargo³⁸.

Su principal función, relacionada con la protección de los presos en espera de juicio, está ya enunciada en un edicto del *praefectus praetorio Orientis*, Arquelao, que ocupaba el cargo bajo el emperador Justino I (524-527), por lo tanto, poco antes de la subida al trono imperial de Justiniano³⁹. En el edicto de Arquelao (dirigido al *consularis* de Cilicia, Alejandro) el *defensor* (gr. *ekdikos*) aparece junto al gobernador provincial, y solo a ambos, en su circunscripción periférica, se les reconoce la posibilidad de ordenar - *causa cognita*- el encarcelamiento del imputado, que, de esta manera, puede sustraerse a las iniciativas, generalmente vejatorias, de los oficiales inferiores (o bien de los particulares). Se ha observado acertadamente que este edicto tenía que ajustarse a la legislación imperial vigente⁴⁰, por lo que podemos considerar presente una reiteración normativa en la constitución de Justiniano dirigida al prefecto del pretorio, Mena, en el año 529, donde, tanto para juicios civiles como penales en el contexto provincial, el encarcelamiento del llamado a juicio estaba prohibido sin una orden del gobernador o del *defensor civitatis*⁴¹.

³⁸ Cfr. C.1.55.10; v. también Nov. 15.1; PIQUER (2020) 25; MARAGNO (2020) 364 ss. Para otros aspectos de la regulación de la *defensio civitatis* en la época de Justiniano me remito a la monografía fundamental de MANNINO (1984) 164 ss.; la de FRAKES (2001) no va más allá de la primera mitad del siglo V d.C. Más recientemente v. PULIATTI (2021) 129 ss.

³⁹ Cfr. *ed. praef. praet.* n. XXVII cit. *supra* (nt. 4); comentado por SCHIAVO (2012) 259 ss., espec. 262 ss.; EAD.(2018) 153 ss., 166 ss., espec. 169 ss.

⁴⁰ Cfr. SCHIAVO (2018) 155.

⁴¹ Cfr. C.1.4.22.pr. = C.9.4.6.pr.; ZAMORA(2015) 118; SCHIAVO (2018) 157 ss. (con otras referencias bibliográficas); GUASCO (2020) 785 ss.; MARAGNO (2020) 235.

En una disposición de Justiniano del año siguiente (530) vemos de nuevo al *defensor civitatis* involucrado en la defensa de la libertad de un ciudadano convocado a un juicio civil y que está temporalmente bajo la vigilancia del *exsecutor litis*, una especie de alguacil, responsable frente al demandante de la comparecencia del *reus* ante el juez provincial competente. En particular, se llama al *defensor* para evaluar las garantías (*fideiussio iudicio sistendi causa, cautio iuratoria*) ofrecidas por el *reus* con las que obtener la libertad provisional⁴², pero, en este caso, no actúa solo sino en una comisión integrada también por el obispo y el *pater civitatis*⁴³. En C.1.55.7 (= C.Th. 9.2.5), *lex* de la que ya hemos hablado antes⁴⁴, también se identifica a los *defensores civitatum* como los funcionarios encargados de organizar el traslado, con escolta adecuada (*sub idonea prosecutione*), de los acusados de delitos particularmente graves al tribunal competente⁴⁵.

En D.48.3.1 (Ulp. 2 *de off. proc.*), al comienzo del título: *De custodia et exhibitione reorum*, se aclaran (con respecto al gobernador provincial) los criterios para emitir, o no, la orden de encarcelamiento; sobre estos criterios véase también *infra*, § 4.

⁴² Esta posibilidad no siempre se concede al imputado en un juicio penal, según un rescripto de Antonino Pio citado en un pasaje de Ulpiano recogido en el Digesto: D.48.3.3 (Ulp. 7 *de off. proc.*): *Divus Pius ad epistulam Antiochensium Graece rescripsit non esse in vincula coiciendum eum, qui fideiussores dare paratus est, nisi si tam grave scelus admisisse eum constet, ut neque fideiussoribus neque militibus committi debeat, verum hanc ipsam carceris poenam ante supplicium sustinere.*

⁴³ Cfr. C.1.4.26.11-13 = C.3.2.4.3-5; TRISCIUOGGIO(2009) 43 ss., espec. 46 ss.; *contra* MANNINO (1984) 169 y PIQUER (2020) 42 ss., los cuales vislumbran en la constitución una contra posición entre *exactor* y contribuyente (pero no entre *exsecutor litis* y llamado a juicio).

⁴⁴ Cfr. *supra*, § 1 y nt. 7.

⁴⁵ Cfr. También. PIQUER (2020) 36 ss.

Pasando ahora rápidamente a las Novelas de Justiniano, podemos decir que en la Novela XV, de agosto de 535, además del reconocimiento de un poder judicial para los delitos menores, se confirma, para los de mayor gravedad, el poder de encarcelamiento del *defensor* y la tarea de organizar el traslado del preso al tribunal del gobernador provincial⁴⁶. Por tanto, en relación con el tema que nos interesa aquí, no se evidencian innovaciones sustanciales con respecto a la disciplina surgida del *Codex repetitae praelectionis* que entró en vigor en diciembre de 534, apenas unos meses antes de la promulgación de la Novela XV.

4. Resultado de la comparación.

Al abordar la cuestión de las analogías existentes entre la figura del tribuno de la plebe y la del *defensor civitatis* (a menudo asumidas por los estudiosos que han identificado una línea de continuidad entre dichas figuras romanas y los más recientes defensores cívicos denominados de diversas maneras)⁴⁷, es necesario, en mi opinión, resaltar también las considerables diferencias de presencia, estructura y funciones atribuibles, sobretodo, a la profunda transformación de carácter institucional,

⁴⁶ Cfr. Nov. Iust. 15.6.1; LOVATO (1994) 226 y nt. 131; BARBATI (2011) 516 nt. 146; ZAMORA (2015) 126 ss; CORONA (2020) 14 ss.; PIQUER (2020) 30; PULIATTI (2021) 135 s. nt. 29.

⁴⁷ Cfr., por ejemplo, sobre el Protector de Indios, creado por los Españoles en el siglo XVI, CUENA BOY (1998) 179 ss.; este autor no omite profundizar en las significativas diferencias entre la institución hispánica y la figura del *defensor civitatis*. Véase también TAFARO (2006) 1852 ss.; en relación con el Defensor del Pueblo, CONSTENLA (2017) 387 ss. Merece atención la opinión expresada recientemente por JIMÉNEZ SALCEDO (2021) 352 s., según la cual es posible considerar al *defensor civitatis*, pero no al tribuno de la plebe, como antecedente histórico del Defensor del Pueblo español. Otra lit. en TRISCIUOGLIO (2013) 27 nt. 1.

que sufrieron las ciudades en los siglos IV-VI d.C., respecto al modelo de *Urbs* republicano.

Cierto es que el objetivo general de proteger al ciudadano más débil (el plebeyo) frente a los abusos de las autoridades públicas se encuentra tanto en el *tribunus plebis* como en el *defensor civitatis*, y esto aun cuando (hacia el final del siglo IV d.C.) el segundo abandona su título original de *defensor plebis*⁴⁸. Por otra parte, hacia el 380 d.C., también lo reconoció el traductor griego de Eutropio, *Paeanius*, quien, condicionado por la realidad institucional de su tiempo y para facilitar la comprensión del lector griego interesado en el pasaje del *Breviarium* dedicado al origen del tribunado de la plebe, establecía, más claramente que el propio Eutropio, una analogía entre los tribunos y los *defensores* (gr. *èkdikoitoùplethous*)⁴⁹.

Además, si consideramos la época de Justiniano, de la *constitutio* imperial recogida en C.1.55.4 se deduce una protección general encomendada a los *defensores* contra los abusos de los funcionarios administrativos (no sólo fiscales) y judiciales locales⁵⁰; abusos que, en realidad, pueden recordar las ocasiones de

⁴⁸ Cfr. JACQUES (1986) 57, 61.

⁴⁹ Cfr. FRAKES (2001) 124 ss. Sobre *Paeanius* véase MATINO (1993) 227 ss.; ROBERTO (2003) 243 ss.; con respecto a la locución griega que el mismo utiliza véase SCARCELLA (2010) 13 nt. 52, 15 s.

⁵⁰ Cfr. C.1.55.4: *In defensoribus universarum provinciarum erit administrationis haec forma et tempus quinquennii spatii metiendum: scilicet ut imprimis parentis vicem plebi exhibeas, descriptionibus rusticos urbanosque non patiaris adfligi, officialium insolentiae, iudicum procacitati salva reverentia pudoris occurras, ingrediendi, cum voles, ad iudicem liberam habeas facultatem, superexigendi damna vel spolia plus petentium ab his, quos liberorum loco tueri debes, excludas, nec patiaris quicquam ultra delegationem solitam ab his exigi, quos certum est nisi tali remedio non posse reparari*; MANNINO (1984) 114 ss.; PIQUER (2020) 34.

intervención de los tribunos en la etapa republicana. Sin embargo, insisto, hay diferencias notables.

En primer lugar, en la Roma republicana la apelación al tribuno es siempre practicable dado que él siempre está presente en la ciudad, teniendo la obligación de residir allí⁵¹, viceversa en las ciudades imperiales en la época tardía no siempre hubo un *defensor civitatis*⁵², que en todo caso podría ser sustituido en su función protectora, y en algunos casos con mayor eficacia, por el obispo o, directamente, por la cancillería imperial, siempre dispuesta a recibir denuncias directas de los provinciales sobre los abusos de las autoridades locales.

Además de la falta de protección generalizada del *defensor* en todas las ciudades del imperio, hay otro aspecto que vale la pena mencionar: el tribuno actuaba dentro de un colegio, con el límite (que también hemos mencionado anteriormente) de la colegialidad que caracterizaba las magistraturas republicanas, mientras que el *defensor* era un funcionario unipersonal, limitado en su acción por sus competencias (por razón de la materia y, en el ámbito jurisdiccional, por razón del valor de la litis⁵³) definidas gradualmente por la legislación imperial dentro de una escala jerárquica donde, en los escalafones superiores, se situaban el gobernador provincial y el *praefectus praetorio* al que el *defensor* estaba, en la época de Justiniano, directamente subordinado.

⁵¹ Cfr. *praecipue* MAROTTA (2016) 116.

⁵² Cfr. GORIA (2016b)235 y nt. 42; para África a principios del siglo V, JACQUES (1986) 72 nt. 57.

⁵³ Cfr. *Praecipue* PIQUER (2020) 28, 30.

Pues bien, también se pueden encontrar similitudes y diferencias con respecto a la acción de defensa de la libertad del ciudadano acusado, que solo podía ser sometido a prisión provisional bajo determinadas condiciones. El examen de las fuentes anteriormente realizado ha demostrado, de hecho, cómo tanto los tribunos como los *defensores civitatum* de Justiniano se vieron involucrados en la decisión de ordenar el encarcelamiento del preso o aceptar las garantías proporcionadas por el mismo (*vades, praedes, fideiussores, cautiones iuratoriae*) para asegurar su comparecencia ante un tribunal o el pago de una sanción pecuniaria y, en este caso, otorgarle la libertad provisional. Pero si miramos los criterios que orientan las decisiones de unos y otros, las diferencias, al menos según las fuentes de las que disponemos, parecen evidentes. Los tribunos ordenaban, o renunciaban a ordenar, la prisión preventiva del *reus* por motivos mayoritariamente políticos y, por tanto, cabe considerar que gozasen de amplia discrecionalidad con respecto a las fianzas brindadas por el *reus*⁵⁴, aunque atemperada por el contrapeso constitucional de la intercesión del colega⁵⁵. La *causae cognitio* de los *defensores*⁵⁶, en la que se basaba la decisión alternativa

⁵⁴ Sobre la discrecionalidad del tribuno al aceptar las garantías véase BASSANELLI SOMMARIVA (2019) 169. En el caso de Postumio Pirgense examinado anteriormente (§ 2, sub b) la discrecionalidad llega a tal punto que se ordena el encarcelamiento no solo de aquellos que no pueden ofrecer garantes sino también de aquellos que tienen esta posibilidad (cfr. Liv. 25.4.11: *Primo non dantes [scil. vades], deinde etiam eos qui dare possent in carcerem coniciebant*).

⁵⁵ Cfr. al respecto VALDITARA (2015) 46. A propósito de una célebre *appellatio* a los tribunos sin resultado positivo del ex decenviro Apio Claudio v. Liv. 3.56.5: *Nec in tribunicio auxilio Appius nec in iudicio populi ullam spem habebat; tamen et tribunos appellavit et, nullo morante arreptus a viatore, 'provoco' inquit*.

⁵⁶ La *causae cognitio* se menciona en el edicto XXVII del prefecto del pretorio Arquelao, antes citado (§ 1, nt. 4). El conocimiento sumario del *defensor* no

enunciada anteriormente, en cambio, parece estar marcada por criterios legislativos, que no habrían sido muy diferentes a los establecidos para el gobernador provincial (tipo de delito, *honor* y patrimonio del imputado, fiabilidad del acusador, *fumus* de inocencia)⁵⁷.

Si consideramos además la gestión dentro de las cárceles, respecto a los imputados en espera de juicio, todavía podemos ver diferencias entre las dos figuras. En este ámbito, el silencio de las fuentes respecto a los tribunos puede justificarse plausiblemente por la presencia de otros magistrados que estaban institucionalmente encargados de la gestión de los presos en las cárceles de la Roma republicana (pienso en particular, a partir del siglo III a.C., en los *tresviri capitales*). En cambio, como hemos visto, desde principios del siglo IV el *defensor* se ocupaba de ciertos aspectos de la gestión de los presos, por ejemplo, los permisos de viaje y el traslado de los mismos al tribunal del juez competente.

Bibliografía

parece, en mi opinión, limitado a los supuestos donde tenía competencia como juez; el *defensor* probablemente ordenaba, o no, la custodia provisional incluso para aquellos delitos sometidos a la jurisdicción del gobernador provincial.

⁵⁷ Véase D.48.3.1 y D.48.3.3; a pesar del origen jurisprudencial, se trata, como se sabe, de *leges* en la visión de Justiniano. Para una evaluación del patrimonio del *reus* realizada por el *defensor*, dentro del colegio integrado por el obispo y el *pater civitatis*, véase también C.3.2.4.3-5 (ya mencionada anteriormente, § 3). Hay que decir, sin embargo, que el recurso a fiadores y a la prisión no eran las únicas vías para asegurar la presencia en el juzgado del imputado: D.48.3.1 se refiere aún a la posibilidad de que el *reus* fuera confiado a la custodia militar (*militaris custodia*) o "a él mismo", en este último caso probablemente después de haber proporcionado una promesa jurada (*cautio iuratoria*).

F. ARCARIA (2021) = *Defensores quo que, quos Graeci síndicos appellant. Il syndicus nell'impero romano tardoantico*, en *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana XXIV. Militiainermis e Militia armata. Apparati civili e militari nella tarda antichità* (in onore di Maria Campolunghi), Perugia 2021, 395 ss.

S. BARBATI (2011) = *Giudici delegati e giudici locali nel diritto giustiniano*, en *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici* (a cura di J.H.A. Lokin, B.H. Stolte), Pavia 2011, 467 ss.

G. BASSANELLI SOMMARIVA (2019) = *Costituzione e diritto nella storia di Roma*, Torino 2019.

A. BISCARDI (1991) = *La dottrina romana dell'obligatio rei*, Milano 1991.

J. BOLLAND ET ALII (1668) = *Acta Sanctorum Martii, Vita S. Basiliscimart.*, ed. Antverpiae 1668.

R. BONINI (1990) = *Ricerche di diritto giustiniano 2*, Milano 1990.

F. BOTTA (2020) = *Pro legibus facit inquisitio. Processo provinciale e nomen christianum nelle opere apologetiche di Tertulliano*, en *KOINΩNIA* 44.1 (2020), 147 ss.

G. BRIZZI (2007) = *Per una lettura del processo degli Scipioni. Aspetti politici e istituzionali*, en *Rivista storica dell'antichità* 36-38 (2007), 49 ss.

C. CASCIONE (1999) = *Tresviricapitales. Storia di una magistratura minore*, Napoli 1999.

P. CERAMI (1996) = *Potere ed ordinamento nell'esperienza costituzionale romana 3*, Torino 1996.

M.R. CIMMA (1981) = *Ricerche sulle società di publicani*, Milano 1981.

C. CONSTENLA (2017) = *De Roma a Curitiba: Municipio republicano, democrático y participativo*, en *Città e diritto. Studi per la partecipazione civica. Un "Codice" per Curitiba* (a cura di D. D'Orsogna, G. Lobrano, P.P. Onida), Napoli 2017, 375 ss.

A. CORONA (2020) = *Sobre la reforma en el cargo de defensor civitatis en época justiniana. Aproximación exegética a Nov. Iust. 15*, en *RGDR 34* (2020), 1 ss.

F. CUENA BOY (1998) = *El defensor civitatis y el Protector de Indios: breve ilustración en paralelo*, en *Ius Fugit 7* (1998), 179 ss.

M. DE SIMONE (2009) = *"Vas appellatus qui pro altero vadimonium promittebat"*. *Per una lettura di Varro, De ling. Lat., 6.74*, en *AUPA 53* (2009), 163 ss.

L. FANIZZA (1999) = *L'amministrazione della giustizia nel principato. Aspetti e problemi*, Roma 1999.

G. FOLLIET (1984) = *L'affaire Faventius. Examen du dossier (Augustin, Epist. 113-116)*, en *Revue des Études Augustiniennes* 30 (1984), 240 ss.

PL. FRACCARO (1956) = *Opuscula, I: Scritti di carattere generale, studi catoniani, i processi degli Scipioni*, Pavia 1956.

R.M. FRAKES (2001) = *Contra potentium iniurias: the defensor civitatis and late roman justice*, München 2001.

E. FRANCIOSI (1998) = *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su Nov. 13 e Nov. 80*, Milano 1998.

F. GORIA (2016a) = *La giustizia nell'impero romano d'Oriente: organizzazione giudiziaria*, en *Diritto romano d'Oriente. Scritti scelti di Fausto Goria* (a cura di P. Garbarino, A. Triscioglio, E. Sciandrello), Alessandria 2016, 241 ss.

F. GORIA (2016b) = *Giudici civili e giudici militari nell'età giustiniana*, en *Diritto romano d'Oriente. Scritti scelti di Fausto Goria* (a cura di P. Garbarino, A. Triscioglio, E. Sciandrello), Alessandria 2016, 225 ss.

A. GUASCO (2020) = *Riflessioni sui termini di custodia cautelare in carcere alla luce degli interventi giustiniani*, en *KOINΩNIA* 44.1 (2020), 781 ss.

J. HILLNER (2015) = *Prison, punishment and penance in late antiquity*, Cambridge 2015.

F. JACQUES (1986) = *Le défenseur de cité d'après la Lettre 22 de saint Augustin*, en *Revue des Études Augustiniennes* 32 (1986), 56 ss.

C. JIMÉNEZ SALCEDO (2021) = *Una aproximación a la institución del Defensor del Pueblo, una institución democrática con un claro precedente en el Derecho Romano: el Defensor Civitatis*, en *Hacia un Derecho Administrativo, Fiscal y Medioambiental romano IV. Volumen I. Derecho Administrativo y Derecho Medioambiental* (dir. A. Fernández de Buján, coedd. R. Escutia Romero, G.M. Gerez Kraemer), Madrid 2021, 343 ss.

R. LAMBERTINI (2006) = *Sull'origine e la natura dell' «intercessio» tribunizia*, en *Tradizione romanistica e costituzione* (dir. L. Labruna, curr. M.P. Baccari e C. Cascione) t. I, Napoli 2006, 613 ss.

A. LANIADO (2006) = *Le christianisme et l'évolution des institutions municipales du Bas-Empire: l'exemple du defensor civitatis*, en *Die Stadt in der Spätantike – Niedergang oder Wandel?* (hrsg. J-U. Krause, Chr. Witschel), Stuttgart 2006, 319 ss.

O. LICANDRO (1999) = *In magistratu damnari. Ricerche sulla responsabilità dei magistrati romani durante l'esercizio delle funzioni*, Torino 1999.

A. LOVATO (1994) = *Il carcere nel diritto penale romano. Dai Severi a Giustiniano*, Bari 1994.

V. MANNINO (1984) = *Ricerche sul «defensor civitatis»*, Milano 1984.

G. MARAGNO (2020) = *'Punire e sorvegliare'. Sanzioni in oro, imperatori, burocrazia*, Napoli 2020.

V. MAROTTA (2016) = *Esercizio e trasmissione del potere imperiale (secoli I-IV d.C.). Studi di diritto pubblico romano*, Torino 2016.

J.A. MARTÍNEZ VELA (2018a) = *The bishop as defender and protector of citizens in late Roman empire. The testimony of the letters of St. Augustin*, en *Rights of citizens and their protection* (Collection in honour of acad. A. Fernández de Buján y Fernández, Doctor honoris causa of New Bulgarian University), Sofia 2018, 66 ss. (en esp.).

J.A. MARTÍNEZ VELA (2018b) = *La responsabilidad del personal encargado de la administración y gestión tributaria en derecho romano. Claves para su estudio*, en *RGDR* 30 (2018), 1 ss.

G. MATINO (1993) = *Due traduzioni greche di Eutropio*, en *Politica, cultura e religione nell'Impero Romano (secoli IV-VI) tra Oriente e Occidente. Atti del secondo Convegno dell'Associazione di Studi Tardoantichi*, a cura di F. Conca - I. Gualandri - G. Lozza, Napoli 1993, 227 ss.

M.A. MESSANA (1991) = *Riflessioni storico-comparative in tema di carcerazione preventiva (A proposito di D. 48,19,8,9 - Ulp. 9 De off. Proc.)*, en *AUPA* 41 (1991), 63 ss.

M. MIGLIETTA (2018) = *Note minime sull'origine storica e sull' «attualità» del «defensor civitatis»*, en *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, vol. II, a cura di L. Gagliardi, Milano 2018, 197 ss.

L. MINIERI (2011) = *I commentarienses e la gestione del carcere in età tardoantica*, en *TSDP 4* (2011), 1 ss.

L. MINIERI (2013) = *Corruzione in Roma tardo antica: il caso dei «nequissimi» funzionari*, en *RDR 13* (2013), 1 ss.

A. PALMA (2018) = *L'ambiguo status del defensor civitatis: soggetto pubblico o privato difensore?*, en *Tribunado – Poder negativo y defensa de los derechos humanos* (Segundas Jornadas Ítalo-Latinoamericanas de Defensores Cívicos y Defensores del Pueblo. En homenaje al Profesor Giuseppe Grosso, Torino, 8-9 settembre 2016. Con la Carta di Torino per una nuova Difesa civica), a cura di A. Trisciunglio, Milano 2018, 97 ss.

C. PALOMO PINEL (2021) = *Las epístolas 124, 125 y 126 de Agustín de Hipona: una lectura jurídica*, en *Hacia un Derecho Administrativo, Fiscal y Medioambiental romano IV. Volumen II. Derecho Fiscal y Miscelánea* (dir. A. Fernández de Buján, coed. R. Escutia Romero, G.M. Gerez Kraemer), Madrid 2021, 589 ss.

M. PANI (2010) = *Il costituzionalismo di Roma antica*, Bari 2010.

C. PELLOSO (2013) = *Sacertà e garanzie processuali in età regia e proto-repubblicana*, en *Sacertà e repressione criminale in Roma arcaica* (a cura di L. Garofalo), Napoli 2013, 57 ss.

F. PERGAMI (2012) = *Aequumiudicium e processo romano della tarda antichità: principi generali e tecniche operative*, en ID., *Nuovi studi di diritto romano tardoantico*, Torino 2014, 1 ss.

R. PESARESI (2005) = *Studi sul processo penale in età repubblicana. Dai tribunali rivoluzionari alla difesa della legalità democratica*, Napoli 2005.

J.M. PIQUER (2020) = *El defensor civitatis en el Código y en las Novelas de Justiniano*, en *RGDR* 35 (2020), 1 ss.

S. PULIATTI (2021) = *Innovare cumiusta causa. Continuità e innovazione nelle riforme amministrative e giurisdizionali di Giustiniano*, Torino 2021.

G. PURPURA (2007) = *La pubblica rappresentazione dell'insolvenza. Procedure esecutive personali e patrimoniali al tempo di Cicerone*, en *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di L. Labruna*, vol. VII, Napoli 2007, 4541 ss.

U. ROBERTO (2003) = *Il Breviarium di Eutropio nella cultura greca tardoantica e bizantina: la versione attribuita a Capitone Licio*, en *Medioevo greco* 3 (2003), 241 ss.

B. SANTALUCIA (1994) = *La repressione dei reati comuni in età repubblicana*, en ID., *Studi di diritto penale romano*, Roma 1994, 129 ss.

B. SANTALUCIA (2009) = *La carcerazione di Nevio*, en ID., *Altri studi di diritto penale romano*, Padova 2009, 371 ss.

A.S. SCARCELLA (2010) = *CTH. 12.1.74: riflessioni su pretura e tribunato della plebe nel tardo impero romano*, en *RGDR* 14 (2010), 1 ss.

S. SCHIAVO (2012) = *Profili di custodia cautelare tra alcuni editti del prefetto del pretorio Archelao e la legislazione giustiniana*, en *Seminarios Complutenses de Derecho romano* 25 (2012), 245 ss.

S. SCHIAVO (2018) = *Ricerche sugli editti dei prefetti del pretorio del Cod. Bodl. Roe 18. Processo e documento*, Napoli 2018.

S. SCIORTINO (2017) = *Sull'assenza dell'imputato nel processo criminale romano*, en *AUPA* 60 (2017), 185 ss.

M.U. SPERANDIO (2009) = *Nomen Christianum I. La persecuzione come guerra al nome cristiano*, Torino 2009.

S. TAFARO (2006) = *L'eredità dei tribuni della plebe*, en *Tradizione romanistica e costituzione* (dir. L. Labruna, curr. M.P. Baccari e C. Cascione), t. II, Napoli 2006, 1841 ss.

M. TALAMANCA (1989) = *Lineamenti di storia del diritto romano 2*, direz. M. Talamanca, Milano 1989.

S. TAROZZI (2006) = *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, Bologna 2006.

A. TORRENT (2014) = *La lex locationis de las tres societates publicanorum concurrentes sub hasta en el 215 a.C.*, en *SDHI 80* (2014), 71 ss.

A. TRISCIUOGGIO (2009) = *Fideiussio iudicio sistendi causa e idoneità del fideiussore nel diritto giustiniano e nella tradizione romanistica*, Napoli 2009.

A. TRISCIUOGGIO (2013) = *La tuitio del defensor civitatis nell'Italia ostrogota. Spunti dalla lettura delle Variae di Cassiodoro*, en *Ravenna Capitale. Territorialità e personalità. Compresenza di diversi piani normativi*, Santarcangelo di Romagna 2013, 27 ss.

A. TRISCIUOGGIO (2018) = *La condizione dei detenuti nella legislazione tardoimperiale romana*, en *A Pierluigi Zannini. Scritti di diritto romano e giusantichistici* (a cura di F. Zuccotti e M.A. Fenocchio), Milano 2018, 313 ss.

G. VALDITARA (2015) = *Riflessioni sulla pena nella Roma repubblicana*, Torino 2015.

CL. VAN NEROM (1966) = *Le discours de Ti. Sempronius Gracchus père en faveur de Scipion l'Asiatique (Tite-Live, XXXVIII, 56), en Latomus 25.3 (1966), 426 ss.*

C. VENTURINI (2003) = *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa 2003.

J.L. ZAMORA (2015) = *La administración penitenciaria en el derecho romano: Gestión, tratamiento de los reclusos y mejora de la custodia carcelaria*, Madrid 2015.



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN1989-1970

Octubre-2022

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Fulltextarticle

Fecha de recepción: 17/08/2022	Fecha de aceptación: 30/09/2022
Palabras clave: <i>Representación procesal, derecho romano, vindex, cognitor, procurator, personero.</i>	Keywords: <i>Process representation, roman law, vindex, cognitor, procurator, personero.</i>



LA REPRESENTACIÓN PROCESAL EN CASTILLA: EL PERSONERO Y SU RELACIÓN CON EL VINDEX, EL COGNITOR Y EL PROCURATOR

PROCEDURAL REPRESENTATION IN CASTILE: THE PERSONERO AND HIS RELATIONSHIP WITH THE VINDEX, THE COGNITOR AND THE PROCURATOR

Alejandro Valencia Virosta

Profesor contratado Doctor.

Universidad Internacional de La Rioja

Alejandro.valencia@unir.net

ORCID 0000-0002-0439-5594

(VALENCIA VIROSTA, Alejandro. La representación procesal en Castilla: El personero y su relación con el vindex, el cognitor y el procurator RIDROM [on line]. 29-2022.ISSN 1989-1970.p.366-405.<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Resumen:

En la actualidad, la representación procesal es aquella función que desempeñan los procuradores de los tribunales al asumir la representación de las partes en todo tipo de procesos. No obstante, esta figura no es una creación reciente, sino que se remonta al Derecho Romano y, posteriormente, al derecho castellano. Para ello, en el presente estudio se analiza, por un lado, la figura del *personero* como representante procesal en el derecho castellano medieval, concretamente en el imponente texto de las Siete Partidas, y, por otro, en qué medida esta figura es originaria o derivada de sus predecesores romanos como, por ejemplo, del *vindex* (en el derecho arcaico) o del *cognitor* y *procurator* (en el derecho clásico).

Abstract:

Nowadays, procedural representation is the function performed by court attorneys in representing the parties in all types of proceedings. However, this figure is not a recent creation, as it dates back to Roman Law and, subsequently, to Castilian Law. To this end, this study analyzes, on the one hand, the figure of the *personero* as procedural representative in medieval Castilian law, specifically in the imposing text of the Siete Partidas; and, on the other, to what extent this figure is original or derived from its Roman predecessors, such as the *vindex* (in archaic law) or the *cognitor* and *procurator* (in classical law).

Sumario: I. LA REPRESENTACIÓN PROCESAL EN EL DERECHO ROMANO. 1. Derecho arcaico: el *vindex* 2. Derecho romano clásico: el *cognitor*, el *procurator* y el *defensor* II. LA REPRESENTACIÓN PROCESAL EN EL DERECHO CASTELLANO. 1. El personero 2. Breve referencia a los defensores. III. CONFRONTACIÓN DEL DERECHO ROMANO CON EL CASTELLANO. IV. CONCLUSIONES.

I. LA REPRESENTACIÓN PROCESAL EN EL DERECHO ROMANO

1. Derecho arcaico: el *vindex*.

Según Ana Isabel Virtudes¹, la representación procesal sienta sus orígenes en el procedimiento de las *legis actiones* y se encuadra dentro de los procedimientos del *ordo iudiciorum privatorum*.

No obstante, debido al carácter esencialmente personalista del proceso (así como su excesivo formalismo) la figura del representante procesal es prácticamente nula, salvo en aquellos casos en los que la imposibilidad física o geográfica impedía la asistencia al juicio a cualquiera de las partes.

Sin perjuicio de lo anterior, más detallado es el estudio que hace Alfonso Agudo Ruiz² sobre dicha institución.

Sostiene que la doctrina romanista afirma mayoritariamente que, durante el periodo de vigencia del procedimiento de las *legis actiones*, la posibilidad de actuar en juicio a través de una representante queda excluida (en tanto que se exigía a las partes la

¹ VIRTUDES GONZÁLEZ, Ana Isabel, «La representación procesal en el Derecho Romano. Origen y evolución histórica de la figura del procurador», *Revista Internauta De Práctica Jurídica*, 17 (2006), p. 46.

² AGUDO RUIZ, Alfonso, «La representación procesal en el sistema de las "Legis Actiones"», *Iberia: Revista de la Antigüedad*, 3 (2000), pp. 303 a 316.

comparecencia personal en el proceso para desarrollar, ante el juez o el magistrado, sus respectivas pretensiones).

No obstante, no existe ningún texto contemporáneo al procedimiento de las *legis actiones* que corrobore dicha postura, siendo necesario acudir a textos postreros de la época clásica o postclásica.

En este sentido, la doctrina basa sus razonamientos en los pasajes de Gayo I.4.82³ y de Ulpiano D. 50.17.123 pr. (*Ulpianus, XIV ad edictum*)⁴, al sostenerse en sendos textos, que la posibilidad de litigar *nomine alieno* no era lícito en el referido procedimiento⁵.

Por el contrario, Agudo Ruiz mantiene una postura contradictoria a las tesis planteadas con anterioridad.

El autor manifiesta que, pese al rigor absoluto del pasaje de Gayo, existen diversas excepciones recogidas en el propio pasaje de Gayo, en la Paráfrasis de Teófilo⁶ (refiriéndose a los supuestos de: *pro populo, pro libertate, pro tutela* y la *ex lege Hostilia*) y en las

³ Gayo I.4.82: *Cum olim, quo tempore legis actiones in uso fuissent, alieno nomine agere non liceret (...)*. Para la transcripción de los textos romanos utilizamos la edición de GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso Luis, *Cuerpo del derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Valladolid: Lex Nova, 1988.

⁴ D.50.17.123 (Ulp. I.XIV ad ed.): *Nemo alieno nomine lege agere potest*.

⁵ No obstante, ni en el texto de Gayo ni en el de Ulpiano se puede vislumbrar el motivo de tal prohibición. Sin embargo, en opinión de Murga, la razón está en la evolución del proceso romano, concretamente, en la transformación de la antigua lucha ordálica da paso al procedimiento judicial, perviviendo la arcaica concepción de que al litigio pudiesen acudir terceros que no fueran los interesados. MURGA GENER, José Luis, *Derecho romano clásico*, 3ª ed., Zaragoza: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Zaragoza, 1989, p. 86.

⁶ Cfr. Teófilo 1.4.10 pr.

Instituciones de Justiniano (posiblemente en referencia a las *legis actiones*).

En este sentido lo expresa Fidel Reyes Castillo⁷, en base al pasaje de Gayo I.4.183⁸, al afirmar que, en especiales circunstancias, no había obligación de acudir personalmente al permitir el pretor la representación de éstos.

Si bien, en la tesis que expone Agudo Ruiz no encontramos alusiones directas al procedimiento de ejecución personal de la *manus iniectio*.

En este sentido, resultan interesantes los postulados VonIhering⁹ y, más recientemente, Albanese¹⁰ al manifestar que el oficio de representante o sustituto procesal recaía en la figura del *vindex*¹¹, liberando al *vocatus* de la sujeción a la acción, o, como

⁷ REYES CASTILLO, Fidel, «Citación en el proceso civil romano», *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 10 (1984), p. 30

⁸ Gayo I.4.183: *In summa sciendum Est eum qui cum aliquot consistere uelit, in ius uocare oportere et eum qui uocatus est, si non uenerit, poenam ex edicto praetoris committere. Quasdam tamen personas sine permissu praetoris in ius uocare non licet, uelut parentes patronos patronas, ítem liberos et parentes patroni patronaue; et in eum qui adduersus ea egerit, poena constituitur.*

⁹ VON IHERING, Rudolf, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner entwicklung*, Leipzig, 1886, p. 150 y ss.

¹⁰ ALBANESE, Bernardo, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo:Palumbo, 1987, pp. 32 y 33.

¹¹ La existencia del *vindex* se explica por la descripción que hace el pasaje de Gayo en el Digesto, concretamente D.2.4.22.1 (Gai. 1.1 ad leg XII Tab.), así, el *vindex* se configura como aquella tercera persona que se presenta ante el pretor en lugar del *in ius uocatio* (Gayo I.4.46), liberando a este último de seguir al demandante en el *in ius*. Por tanto, como define Pablo Fuenteseca el *vindex* vendría a ser el vengador, el que pagaba la deuda y liberaba al *nexum*, o bien respondía como sujeto aprehendido o como rehén por el acreedor haciendo valer en éste la *manus iniectio*. FUENTESECA DÍAZ, Pablo, «Las "legis actiones" como etapas del proceso romano», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 34 (1964), p. 214.

define César Benayas Huertas¹² al seguir la tesis planteada por Ihering, aquel garante y representante procesal del deudor.

Por su parte Álvaro d'Ors¹³, al referirse a la figura del *vindex* lo califica, además de lo antedicho, como un defensor del deudor¹⁴.

Por lo que se deduce que es un tercero¹⁵ el que interviene en el proceso ejecutivo con la finalidad principal de defender al deudor condenado al pago de una cantidad cierta de dinero

Es decir, saliendo en su defensa y oponiéndose a lo manifestado por el acreedor afirmando la injusticia de su pretensión, con el riesgo (en caso de que la solución del juez fuese contradictoria a la afirmación hecha por éste) de ser condenado al

¹² BENAYAS HUERTAS, César, «Las "legis acciones" según Ihering, el interés casacional según el Tribunal Supremo y la justicia sólo para ricos», *BFD: Boletín De La Facultad De Derecho De La UNED*, 27 (2005), p. 360, nota 4.

¹³ ORS, Álvaro d', «Las declaraciones jurídicas en Derecho romano», *Anuario de Historia del Derecho español*, 34 (1964), pp. 567 y 568.

¹⁴ En el mismo sentido, FERNÁNDEZ BARREIRO, A, «El "Vindex" en la "in ius vocatio"», *Anuario de historia del derecho español*, 41 (1971), pp. 809 a 826.

¹⁵ Guillermo Hierrezuelo Conde, añade que el *vindex*, además, debía ser idóneo, es decir, que el que fuese llamado a ser *vindex* no tuviese una condición económica peor que la del propio demandado. En este sentido, se pronuncia también Fernandez Barreiro, sobre la exigencia de que el *vindex* fuese un *assiduus* (persona rica) o *locuples* (persona corriente), por tanto, el *vindex* idóneo de un demandado rico ha de ser necesariamente un *assiduus* y, por el contrario, si el demandado es una persona corriente el *vindex* puede ser cualquiera. Esta teoría sienta su fundamento en dos textos; el primero atribuido a Aulo Gelio, en sus Noct. att., 16.10.15, al manifestar que: «*Adisduus*» in XII tabulis pro locuplete et facile facienti dictus aut ab assiduis id est aere dando, cum id tempora reipublicae postularent, aut a muneris pro familiari copia faciendi adsiduitate; y, en segundo lugar, el texto de Cicerón, *Tópica*, 2.10, al expresarse en los siguientes términos: *Cum lex assiduo vindicem assiduuum esse iubeat, locupletem iubet locupleti, id est enim assiduus ut ait. L. Aelius, apellatus ab aere dando (...)*. HIERREZUELO CONDE, Guillermo, «KELSEN, Hans, Principios de derecho internacional público», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 36 (2014), p. 534 a 536. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ BARREIRO, A, «El "Vindex" en la "in ius vocatio"» ..., pp. 813 a 822.

doble de la deuda negada y sufrir el procedimiento de la *manus iniectio*.

No obstante, actualmente las tesis que abogan por la figura del *vindex* como representante procesal, defensor, o ambos oficios de manera simultánea son minoritarias y han sido rebatidas por la doctrina mayoritaria¹⁶.

Todo ello pese a la solidez y conveniencia de las posturas sostenidas por la antigua doctrina que son contrapuestas al principio antes referido, por el cual se excluía la posibilidad de representación en juicio (reduciéndose las funciones del *vindex* al mero deber de presentar al reo en juicio, garantizando la comparecencia futura del demandado).

Es decir, como dice Martino¹⁷, el *vindex* actúa como garante del demandado con la salvedad de que éste no se obliga mediante estipulación.

2. Derecho romano clásico: el *cognitor*, el *procuratory* el *defensor*.

Con el procedimiento formulario¹⁸ son los oficios del *cognitor*¹⁹ y el *procurator* los encargados de representar o sustituir en juicio a las partes en liza²⁰.

¹⁶ FUENTESECA DÍAZ, Pablo, *Investigaciones de Derecho procesal romano*, Salamanca: Universidad, 1969, p. 49; PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar, *La bonorum venditio: estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano clásico*, Zaragoza: Mira, 2000, p. 38.

¹⁷ DE MARTINO, Francesco, «L' origine dellegaranziepersonali e ilconcetto del' obligatio», *SDHI*, 6 (1940), p. 151.

Así, relata Antonio Pérez Martín²¹, en el proceso formulario se distinguían dos tipos de representación: la representación legal y la representación voluntaria.

En primer lugar, la representación legal o directa, es aquella llevada a cabo por los tutores y curadores (como representantes de los incapaces) y por los actores, síndicos y curadores, como representantes de las corporaciones.

Aquí el representante es quién consume la acción, mientras que la ejecución recae en el representado.

Es en la representación voluntaria o indirecta donde, a su vez, distinguimos al *cognitor* (o representante nombrado de acuerdo con

¹⁸ El procedimiento de las acciones de ley entra en decadencia, y con él el procedimiento de la *manus iniectio*, mediante la aplicación de la Ley *Aebutia*, que permitía a las partes elegir libremente entre el antiguo procedimiento de las *legis actiones* y el procedimiento formulario, y sustituido, finalmente, con la implantación de la *Lex Julia iudiciorum Privatorum*, imponiendo la utilización obligatoria del procedimiento formulario durante toda la época clásica. VIRTUDES GONZÁLEZ, Ana Isabel, «La representación procesal en el Derecho Romano. Origen y evolución histórica de la figura del procurador» ..., pp. 46 y 47.

¹⁹ Parte de la doctrina sostiene que la figura del *cognitor* está presente en el procedimiento de las *legis actiones*, no obstante, otra parte de la doctrina sostiene una postura negativa al respecto, entre otros, Arias Ramos, basándose en el hecho de que Justiniano no enumera al *cognitor* como excepción al principio *alieno nomine agere non liceret*, y, además en Gayo I.4.82, siendo el único jurista que explica con detalle la representación, se afirma que tal representación procesal voluntaria no se dio durante la vigencia de las acciones de ley. ARIAS RAMOS, José, «La representación procesal en el derecho romano», *Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela*, 8 (1936), p. 53.

²⁰ DEL VALLE ARAMBURU, Romina, «Encontramos los primeros atisbos del principio de legalidad en el derecho romano», *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. 8 (2011), p. 235.

²¹ PÉREZ MARTÍN, Antonio, «Mandato y representación en el derecho histórico», *Anales de Derecho*, 12 [1] (1994), pp. 214 y ss.

unos requisitos formales en presencia del adversario) y al *procurator* (cuyo nombramiento no precisa de formalidad alguna).

Además de su diferencia respecto de los aspectos formales, ambas figuras se diferencian en que mientras que con el *cognitor* la acción procesal se extingue definitivamente y la acción ejecutiva de la sentencia se da en favor del representado, cuando la representación es realizada por un *procurator* la acción procesal no se consume para el demandante, pudiendo volver a ejercitarla²² y la acción ejecutiva corresponde al representante y no al representado.

No obstante, durante la última época, la jurisprudencia lo equiparó al *cognitor*, siempre que éste hubiera sido presentado personalmente, es decir, *procurator praesentis*, o se constataba de otro modo su nombramiento desde el principio y la acción procesal se consumía y la acción ejecutiva corresponde al representado.

No obstante, advierte Antonio Pérez Martín²³ que, en el proceso civil - durante el periodo clásico - rigió el principio de negación de la representación directa, admitiéndose exclusivamente la representación indirecta.

Es decir, la realizada por las figuras del *procurator* y el *cognitor*, tal y como se pone de manifiesto en numerosos textos romanos²⁴

²² Dice Antonio Pérez Martín que: «para evitar esto el *procurator* debe dar caución pretoria (de rato) de que su representado aceptará el resultado de la sentencia y no la volverá a reclamar» *op. cit.*, p. 214.

²³ *Op.cit.* p. 215.

²⁴ D.44.7.11 (Paulus 12 ad sab.): *Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus*; D.50.17.73.4 (Marciusl.Shorwn): *Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest; y,*

sintetizados, entre otros, en los principios de *alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus dominio, filius patri stipuletur*²⁵, *et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere ut alter suo nomine recte agat possumus*²⁶, y *per liberam personam nihil nobis acquiri potest*²⁷.

Así las cosas, siguiendo a Rafael Bernard Mainar, podemos definir brevemente a ambas instituciones, sin perjuicio de un desarrollo posterior a continuación.

Por tanto, debe entenderse por *cognitor* como «aquél designado para una causa concreta y que representaba a las personas mayores de sesenta años o enfermas que no podían litigar por sí mismas. Su nombramiento era solemne, ante el magistrado y ante la otra parte del proceso. Mientras que el *procurator* servía como

D.41.1.53 (Modestinus 14 ad q. muc.): *Ea, quae civiliter acquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, acquirimus, veluti per stipulationem; quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere acquirimus.*

²⁵ D.45.1.38.17 (Ulp. 49 ad sab.): *Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur; inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat, quos sua interest; ceterum, at allí detur, nihil interest mea. Plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committatur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest; poenam enim quum stipulator quis non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas, quaeque conditio stipulationis.*

²⁶ *Vid. supra.* D.44.7.11.

²⁷ C.4.27.1: *Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius iuri non est subdita, nihil acquiri posse, indubitati iuris est. Si igitur procurator non sibi, sed ei, cuius negotia administrabat, redintegrate rei vindicationem pactus est, idque pactum etiam stipulatio insecuta est, nulla domino obligatione acquisita est. Servis autem res traditae dominis acquiruntur; I. 2.9.5: *Ex his itaque apparet per liberos homines, quos neque vestro iuri subiectos habetis, neque bona fide possidetis, ítem per alienos servos, in quibus neque usumfructum habetis, neque iustam possessionem, nulla ex causa vobis acquiri posse. Et hoc est, quod dicitur per extraneam personam nihil acquiri posse; excepto eo quod per liberam personam, veluti per procuratorem, placet non solum scientibus, sed et ignorantibus acquiri possessionem secundum divi Severi constitutionem, et per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit qui tradidit, vel usucapionem aut longi temporis praescriptionem, si dominus non sit.* Mismas consideraciones las encontramos en Paul. Sent. 5.2.2.*

un representante común y ordinario, si bien en la modalidad indirecta»²⁸.

No obstante, en la época justiniana, desaparece la figura del *cognitor* y subsiste la del *procurator*, si bien, concebido como una forma de representación directa.

De modo que, siguiendo a Alfonso Agudo Ruiz²⁹, procedemos a desarrollar la figura del *cognitor*.

En primer lugar, se ha de advertir que el *cognitor* actúa siempre y cuando lo deseen los litigantes, siempre que se respeten unos requisitos formales en su nombramiento.

Dichos requisitos formales³⁰ son recogidos extensamente en las Instituciones de Gayo (concretamente en el pasaje de Gayo I.4.83³¹) y que vienen a ser el pronunciamiento de unas ciertas palabras sacramentales y solemnes³², delante de la otra parte litigante, por las cuales el *cognitor* asume el proceso en nombre propio.

²⁸ BERNARD MAINAR, Rafael, *Derecho romano: curso de derecho privado romano*, Venezuela: Universidad Católica Andrés, 2001, pp. 206 y 207.

²⁹ AGUDO RUIZ, Alfonso, *Las costas en el proceso civil romano*, Madrid: Dykinson, 2013, pp. 82 y ss.

³⁰ AGUDO RUIZ, Alfonso, «La gratuidad de la actuación judicial de los representantes en el sistema de las legis actiones», *REDUR: Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 9 (2011), p. 211.

³¹ Gayo I.4.83: *Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur. Nam actor ita cognitorem dat: QUOD EGO A TE verbi gratia FUNDUM PETO, IN EAM REM LUCIUM TITIUM TIBI COGNITOREM DO; adversaries ita: QUIA TU A ME FUNDUM PETIS, IN EAM REM TIBI PUBLIUM MEVIUM COGNITOREM DO. Potest ut actor ita dicat: QUOD EGO TECUM AGERE VOLO, IN EAM REM COGNITOREM DO, adversaries ita: QUIA TU MECUM AGERE VIS, IN EAM REM COGNITOREM DO. Nec interest presens an absens cognitor detur; sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognoverit et susceperit officium cognitoris.*

³² Sin embargo, dice Ursicino Álvarez que en el procedimiento formulario el

En cuanto su designación, la doctrina discute si era preceptivo que la designación se realizara en presencia del magistrado, aunque la doctrina mayoritaria³³ (como, por ejemplo, Ursicino Álvarez Suárez³⁴ - entre otros³⁵ -) niega tal requisito en base al silencio que guarda el testimonio de Gayo al respecto.

No obstante, como contempla Alfonso Agudo Ruiz³⁶, no se puede excluir que en una fase primitiva se exigiera que el nombramiento del *cognitor* se realizara ante el magistrado y desapareciera tal exigencia, de manera paulatina.

pronunciamiento de tales palabras, llamadas, *certis verbis*, no era tan riguroso como en la época de las acciones de ley. Así es puesto de manifiesto en un fragmento de Ulpiano (F. V. 318), según el cual la designación es válida, aunque varíen algunas palabras, y también en un texto de Paulo (F. V. 319), al permitir que dichas palabras sean pronunciadas en griego. ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino, *Curso de Derecho romano*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, p. 218, nota 154.

³³ De opinión contraria es Antonio Fernández de Buján al estimar que la semejanza e íntima conexión que existe entre el *procurator apud acta factus* con el *cognitor*, así como la necesaria constitución de aquél *in iure*, permiten confirmarla necesaria presencia del magistrado en el nombramiento; FERNÁNDEZ BUJÁN, Antonio, *Derecho privado romano*, Madrid: Iustel, 2015, p. 83. Cfr. al respecto, Festo, s. v. *cognitor: cognitor est, qui litem alterius suscipit coram eo cui datum est*; Isidoro, Differ. I.23: «*cognitor non nisi praesens a praesente praesenti datur*»; C.Th. 2.12.7: «*cognitor est, cui sine mandato causam suam agendam praesens praesente iudice litigator iniungit* (Para la transcripción de los textos o constituciones del Código Teodosiano utilizamos la versión de GOTHOFREDUS, Iacobus., *Codex Theodosianus*, Hildesheim: Georg Olms, 1975).

³⁴ *Op. cit.*, p. 218, nota 154.

³⁵ En el mismo sentido se pronuncian Arias Ramos y Alfonso Agudo Ruiz al afirmar que «ha de darse un mayor valor al texto gayano, que, como informador del derecho clásico, tiene que merecer un crédito superior al de testimonios tan distanciados de la época como San Isidoro y los autores de la '*interpretatio*' en la compilación romano-visigoda». ARIAS RAMOS, José, «La representación procesal en el derecho romano» ...p. 195 y ss. AGUDO RUIZ, Alfonso, *Las costas en el proceso civil romano...*, p. 83

³⁶ AGUDO RUIZ, Alfonso, *Las costas en el proceso civil romano...*, p. 84.

En cuanto a la forma de designación, según el testimonio gayano existían dos fórmulas, pero no informa en qué casos se empleaba una u otra existiendo diversas teorías al respecto³⁷.

Así las cosas, como sostienen Ursicino Álvarez Suárez y Arias Ramos³⁸, la dualidad de fórmulas sugiere que la designación se hacía en ambos casos en momentos diferentes del proceso.

De este modo, la primera fórmula iría dirigida al nombramiento del *cognitor* en el momento de la *litis contestatio* o en la fase *in iudicio* y la segunda vendría a usarse en el momento previo a la *litis contestatio* o en el momento de la *edictio actionis* extraprocesal.

En cuanto a los efectos de la representación del *cognitor*, afirma Antonio Fernández de Buján³⁹ que, puesto que no se reconoce la representación directa en el Derecho romano, el *cognitor* asume los efectos positivos o negativos derivados de sus funciones como representante procesal y trasladándose éstos en un momento posterior, en virtud de las relaciones internas entre representante y representado, al representado.

Lo manifestado en el último párrafo confirma que el *cognitor* únicamente interviene en el proceso concreto para el cual ha sido

³⁷ *Op. cit.*, pp. 84 y 85.

³⁸ ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino, *Curso de Derecho romano...*, p. 218 nota 154; ARIAS RAMOS, José, «La representación procesal en el derecho romano» ..., pp. 66 y ss.

³⁹ FERNÁNDEZ BUJÁN, Antonio, *Derecho privado romano...*, p. 83.

nombrado, pues el *cognitor* sustituye a su representado a todos los efectos consumiéndose la acción al llegar a la *litis contestatio*⁴⁰.

Lo antedicho es narrado por Gayo al decir que: *Ac nec si per cognitorem quidem agat, ulla satisdatio vel ab ipso vel a dominio desideratur; cum enim certis et quasi sollemnibus verbis in locum domini subsituatur, cognitor, merito domini loco habetur*⁴¹.

En consecuencia, si la sentencia era favorable, como informa Alfonso Agudo Ruiz⁴², el *cognitor* podía pedir la ejecución al poseer la *actio iudicati* y, a continuación, el representado debía dirigirse a éste, en virtud de las relaciones de mandato, para exigir lo logrado en el pleito⁴³.

Por el contrario, si fuese discordante el *cognitor* trasladaría los perjuicios al representado.

Todo ello sin perjuicio de la compensación económica que el *cognitor* recibía en contraprestación por las delicadas funciones que debía cumplir, por lo que dejó de ser una actuación gratuita⁴⁴.

⁴⁰ Por tanto, en el supuesto de que si es el demandante quien actúa por medio del *cognitor* no podrá entablar un nuevo proceso con él al quedar consumida la acción. A este respecto, Gayo I.4.98: «*Procurator vero si agat, satisdare iubetur raam rem dominum habiturum; periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur. Quod periculum (non) intervenit, si per cognitorem actum fuerit, quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet quam si ipse egerit*».

⁴¹ Gayo I.4.97.

⁴² AGUDO RUIZ, Alfonso, *Las costas en el proceso civil romano...*, p. 87.

⁴³ No obstante, dice Alfonso Agudo Ruiz que «por obra de la jurisprudencia llego a admitirse un traspaso de la 'actio iudicati' del 'cognitor' al demandante, de modo que este último pueda ejercerla directamente sobre el demandado vencido y obtener por sí mismo los resultados de la sentencia». AGUDO RUIZ, Alfonso, *Las costas en el proceso civil romano...*, p. 87.

⁴⁴ AGUDO RUIZ, Alfonso, *Las costas en el proceso civil romano...*, p. 88.

En último lugar, debemos mencionar que si el demandado es quien designaba el *cognitor*, como afirma Antonio Fernández de Buján⁴⁵, se exigía prestar una garantía por parte del representado⁴⁶ que se consumía junto con la acción.

Finalmente, como informaba en anteriores párrafos Antonio Pérez Martín, cabe atender a la figura del *procurator* como otro tipo de representante procesal.

No obstante, cabe apuntar que, como afirma Arias Ramos⁴⁷, que en la época justiniana el *cognitor* desaparece quedando, exclusivamente, el *procurator* con mandato o sin él.

El *procurator* es definido por Antonio Fernández de Buján⁴⁸ como el administrador general del patrimonio de una persona, asumiendo la representación en los juicios en el ámbito de la gestión patrimonial conferida, en los que se veía inmerso su representado.

En cuanto al nombramiento, dice Álvarez Suárez⁴⁹ que, a diferencia del *cognitor*, el *procurator* interviene en el litigio en virtud de un mandato genérico, anterior al litigio y otorgado sin la presencia o conocimiento del otro litigante.

Por tanto, como afirma Alfonso Agudo Ruiz⁵⁰ la designación del *procurator* como litigante en favor de su representado sucede en

⁴⁵ FERNÁNDEZ BUJÁN, Antonio, *Derecho privado romano ...*, p. 84.

⁴⁶ Respecto a la forma de prestar tal garantía nos remitimos a lo indicado por Arias Ramos. ARIAS RAMOS, José, «La representación procesal en el derecho romano» ..., p. 75

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 87.

⁴⁸ *Op. cit.*, *Derecho privado romano...*, p. 84.

⁴⁹ ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino, *Curso de Derecho romano...*, p. 220.

⁵⁰ AGUDO RUIZ, Alfonso, *Las costas en el proceso civil romano...*, pp. 89 y 90.

el momento procesal de la *litis contestatio*, asumiendo todos los efectos positivos o negativos del pleito como si fuera realmente parte de este.

Si bien, han de atenderse a unas ciertas consideraciones en función de si el *procurator* representaba a la parte demandante o demandada.

En el primer supuesto, es decir, si el actor litigaba por medio de este representante procesal debía prestar al demandado una garantía de que no intentará ningún otro litigio pues, a diferencia de lo visto en la figura del *cognitor*, la acción no se extingue al ser el mandato de carácter genérico.

Mientras que, si es el demandado quien litiga por medio del *procurator* deberá prestar una *cautio iudicatum solvi*⁵¹ por la que se compromete a acatar y cumplir la sentencia, ejercitándose, en su caso, la acción ejecutiva en contra del *procurator*.

En cuanto a los efectos, basta decir que son idénticos a los vistos anteriormente en la figura del *cognitor*, es decir, si la sentencia era favorable el representante obtenía la *actio iudicati* y era ejercitada por el representado.

⁵¹ Gayo I.4.101: (...) *Scire oportet nos iudicio agere aut per nosmet ipsos, idest nostro nomine, aut per alios, idest alieno nomine. Et alieno nomine agimus, veluti ut procuratores tutores vel curatores: ex iure nimirum, quod hodie optinet. Olim enim in susu non erat alieno nomine agere, nisi ex certis causis; ut ecce pro populo quis litem inire poterat, aut pro liberate. Nam cum quis in possessione esset servitutis et in liberate proclamaret, non poterat ipse agere, ne forte, lite contestata, servus esse probaretur et fieret ut servus reapse cum domino ageret. Et ideo alius pro eo iudicium subibat, qui dicebatur adsertor. Ítem etiam pro tutela. Saepiens enim fiebat, ut pupillus tutore idigeret et duo contenderent uter.*

Por el contrario, si el resultado del pleito era fallido, el representante trasladaría los efectos negativos al representado, todo esto en virtud de las relaciones del *mandatum*.

Así mismo, de igual manera que decíamos en relación con el oficio del *cognitor*, el *procurator* recibía una contraprestación económica.

Finalmente, cabe resaltar, como apunta Alfonso Agudo Ruiz⁵², que la figura del *procurator* «se asimila a la del ‘defensor’, que asumía, por propia iniciativa y de forma espontánea, la representación a favor de otra persona en el litigio», es decir, actuaba sin mediar un mandato genérico.

II. LA REPRESENTACION PROCESAL EN EL DERECHO CASTELLANO

En el derecho castellano, las Partidas disponen que la confesión podía realizarse de tres maneras diferentes: *por sí*, *por su carta* y *por su personero*.

No obstante, el término personero es equivalente al término de mandatario⁵³ (si bien, el primero recibe tal nombre por influencia procesal, en tanto actúa en nombre de la persona del mandante).

Dice Antonio Pérez Martín que: «las Partidas recogen fielmente la doctrina romana en lo relativo a los cinco tipos de

⁵² *Op. cit.* p. 88.

⁵³ Así, en las Partidas, el mandante viene designado por el mandador como aquel que manda o aquel que hizo el mandamiento, mientras que el mandatario es designado como aquel a quien se manda hacer la cosa o aquel que recibe el mandamiento o, simplemente, como el mandado. *Vid.* al respecto Partida 5.12.20 a 22 y 24

mandato: en beneficio del mandante⁵⁴, de un tercero⁵⁵, del mandante y de un tercero⁵⁶, del mandante y del mandatario⁵⁷ y del mandatario y de un tercero⁵⁸. El mandato en favor solo del mandatario se considera consejo y no mandato y no obliga a responder a no ser que se haga dolosamente, por engaño^{59»}⁶⁰.

En primer lugar, debemos advertir que no toda persona podía tener personero, aunque, como regla general, dice la Partida III, Tít. V, Ley I que: *Todo hombre que fuere mayor de veinte e cinco años, e que no estuviere en poder de otro, así como de su padre o de su guardador, e fuere libre, e en su memoria, puede hacer de personero, sobre pleito que le pertenezca*⁶¹.

Frente a la regla general, existen algunas reglas de carácter especial que son directamente aplicables, dependiendo del caso concreto⁶².

⁵⁴ Partida 5.12.20, coincidiendo básicamente con D.17.1.2.1 (Gaius 2 cott).

⁵⁵ Partida 5.12.21, coincidiendo básicamente con D.17.1.2.2 (Gaius 2 cott).

⁵⁶ Partida 5.12.21.

⁵⁷ Partida 5.12.22, coincidiendo básicamente con D.17.1.2.4 (Gaius 2 cott).

⁵⁸ Partida 5.12.22, coincidiendo básicamente con D.17.1.2.5 (Gaius 2 cott).

⁵⁹ Partida 5.12.23, coincidiendo básicamente con D.17.1.2.6 (Gaius 2 cott).

⁶⁰ PÉREZ MARTÍN, Antonio, «Mandato y representación en el derecho histórico» ..., p. 247.

⁶¹ Partida 3.5.1. Para la transcripción y traducción de los preceptos de las Partidas, utilizamos la versión de SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Las siete partidas: (el libro del Fuero de las Leyes): introducción y edición dirigida por José Sánchez-Arcilla Bernal*, Madrid: Reus, 2004.

⁶² Partida 3.5.2: *Pero casos señalados son, en que podría poner personero, el que estuviere en poder de su padre, así como si hubiese haber pleito sobre cosa que pertenece al hijo tan solamente, e que no hubiese el padre que ver en ella, que fuese de aquellas que son llamadas castrense vel quasi castrense peculium, según dice en el título que habla del poder que han los padres sobre los hijos. Eso mismo sería si el padre enviase a su hijo a escuelas o en otro camino, le acaeciese cosa yendo allá, o en siendo, porque hubiese de mover pleito contra otro, u otro contra él, o siendo el hijo en el lugar donde solía morar su padre, o en otro en que hubiese algo, e no fuese el*

Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, en el caso del menor de veinticinco años puede tener personero si su guardador lo consiente, o, si no lo consintiere, el menor podría tener personero, pero únicamente sería válido en aquellos efectos que le beneficiaren al menor, tal y como se indica en la Partida V, Tít. V, Ley II⁶³ y en consonancia con lo visto con anterioridad al estudiar al menor como deudor.

Otra excepción también la encontramos en el caso de que las personas, denominadas ‘honradas’, como pudiera ser un clérigo o caballero, al no poder defenderse por sí mismos, deben dar personeros que respondan por ellos en los lugares en que sea el pleito, salvo en el caso de pleito criminal que atañese a su fama o persona⁶⁴.

padre en el lugar o en la tierra, e acaeciese tal cosa porque hubiese a mover pleito, sobre ella, por razón de su padre, en demandándola o en defendiéndola. Pues en cualquiera de estos casos sobredichos podría el hijo demnadar, e dar personero tanto para demandar como para defender las cosas que le perteneciesen a su padre o a él, cada que el padre no estuviese delante. Pero, en las cosas que perteneciesen al padre habrá por firme lo que él o su personero hiciere. Otrosí decimos que obispo, por sí, en las cosas que a él pertenecen, a cabildo, e convento, e los maestros de caballerías, con otorgamiento de sus conventos e los concejos, que cada uno de estos puede hacer personero en los pleitos que les pertenecen en juicio e salvo de juicio.

⁶³ Partida 3.5.2: *Menor de veinte e cinco años, puede dar personero por sí, en juicio con otorgamiento de su guardador, si tal personero hiciere alguna cosa en juicio, que se a pro de del huérfano vale. Más, si diesen juicio contra él, o hiciesen alguna cosa que fuese a su daño, por razón de aquella personería no valdría. E otrosí decimos, que el guardador no puede dar por sí personero para hacer demanda, o respuesta, en juicio por el huérfano, si él, primeramente, por su persona no comienza el pleito por demanda e por respuesta. Mas después que lo hubiere comenzado así, bien lo puede hacer, si quisiere.*

⁶⁴ Partida 3.5.2: *Rey, o hijo de rey, arzobispo, u obispo, o ricohombre, o señor de caballeros que tuviese tierra de rey, o maestre de alguna orden, o gran comendador u otro hombre honrado de villa que tenga lugar señalado del rey, no debe entrar en pleito por razonar por sí en juicio con otros, que fuesen menores que ellos, salvo si lo hubiese de hacer alguno sobre pleito, que atañase a su fama o a su persona, a que*

1. El personero.

Centrándonos en la figura del personero, debemos decir que está cuidadosamente detallada en el texto de las Partidas⁶⁵, concretamente en la Partida III, Tít. V «*De los personeros*».

De esta manera se entiende por personero a: *aquél que recauda o hace algunos pleitos o cosas ajenas por mandado del dueño de ellas. E ha nombre personero porque parece, o está en juicio o fuera de él, en lugar de la persona de otro*⁶⁶.

Si bien, como afirma José Rodríguez Molina⁶⁷, hay distintos tipos de personeros, los designados para seguir los pleitos⁶⁸ o los encargados de la solución de problemas extrajudiciales⁶⁹, diferenciándose, entre otros aspectos, en que mientras los primeros

dicen en latín pleito criminal. Mas en los otros pleitos que fuesen de heredar, o de haber, deben dar personeros que razonen por ellos (...).

⁶⁵ Es en el texto de las Partidas donde se recoge, literalmente y por vez primera, el concepto de personero, pese a las alusiones previas a la carta de personería en el Fuero Real 1.10.4 y 9, referidos a las distintas incapacidades para obrar en juicio a las mujeres y a los menores de edad respectivamente. MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio, «La persona jurídica», *Revista de Derecho Privado*, 7 (2004), p. 99.

⁶⁶ Partida 3.5.1.

⁶⁷ RODRÍGUEZ MOLINA, José, «El personero, defensor de la comunidad ciudadana», *Gaceta de Antropología*, 17(2001), p. 14.

⁶⁸ No obstante, como recuerda Antonio Pérez Martín, el personero, en origen, sólo podía actuar en juicio por gracia especial en algunos supuestos, pero, posteriormente, tales excepciones se fueron convirtiendo en la regla general. PÉREZ MARTÍN, Antonio, «Mandato y representación en el derecho histórico» ..., p. 248.

⁶⁹ En este sentido, se expresa la Partida 3.5.19, a cuyo tenor literal dice que: *E esto ha lugar en los personeros que son dados para seguir los pleitos en juicio. Mas, en los otros que son hechos para recaudar, o hacer otras cosas fuera de juicio»; y añade que: «E aun decimos, que los personeros que son dados para recaudar cosas que fuera de juicio que cumple que sean de edad de diez e siete años, como quiera que los otros que son puestos para demandar o a responder por otro en juicio deben ser a lo menos de edad de veinte e cinco años.*

no pueden delegar en otro hasta que se haya iniciado el juicio (salvo que en el poder concedido se hubiera estipulado lo contrario) los segundos pueden libremente delegar en sus sustitutos⁷⁰.

No obstante, el personero (como cualquier otro oficio institucionalizado) tenía que cumplir una serie de requisitos personales⁷¹ para el ejercicio de su misión principal que era la de representar y defender los intereses de aquél de quién es personero⁷².

Todo ello queda reflejado en la Partida III, Tít. V, Ley V al manifestar que: *Ser puede personero por otros todo hombre a quien no es defendido, por alguna de las leyes de este nuestro libro. E aquellos a quien lo defiende son estos: el menor de veinte e cinco años, el loco, el desmemoriado, e el mudo, e el que es sordo de todo, e el que fuese acusado sobre algún gran yerro, en quanto durase la acusación*⁷³.

En el caso de la mujer y el clérigo, la ley advierte que, en los casos tasados, pueden ser personeros⁷⁴.

⁷⁰ *Vid. infra.* Partida 3.5.19.

⁷¹ Quedan excluidos, en todo caso, del oficio de personero los caballeros, que estuviesen en frontera o anduviesen en palacio del rey (Partida 3.5.6), jueces, escribanos mayores de la corte del rey u otro oficial poderoso por razón de su oficio (Partida 3.5.7), y, finalmente, aquellos hombres que fuesen en mandadería del rey (Partida 3.5.8).

⁷² RODRÍGUEZ MOLINA, José, «El personero, defensor de la comunidad ciudadana» ..., p. 14.

⁷³ Partida 3.5.5.

⁷⁴ Dice la Partida 3.5.5 en el caso de la mujer que: *Otrosí decimos, que mujert no puede ser personera en juicio por otros, salvo por sus parientes que suben o descenden por línea derecha, que fuesen viejos o enfermos, o embargados mucho en otra manera. E esto cuando no hubiese otros en quien se pudiesen fiar, que razonase por ellos. E aún decomos, que puede la mujert ser personera para librar sus parientes de servidumbre, e tomar, e seguiralzada de juicio de muerte, que fuese dado contra alguno de ellos»; y en el caso del clérigo: «Otrosí democmos que, el que fuese de*

No obstante, nos recuerda Rodríguez Molina⁷⁵ que no podemos caer en el error de confundir la figura del personero con la de un simple procurador ante los tribunales de justicia.

Esto es debido a que, pese a que así es como lo conciben las Partidas, en un estudio detenido del texto, se muestra como el personero – además de las propias de la procura– realiza otras tareas distintas denominándose en todas simultáneamente tanto personero como procurador.

En consonancia con lo anterior, se puede asegurar que las funciones del personero, aunque diversas, siempre están ligadas a la actividad judicial⁷⁶ (aunque, de acuerdo con el texto de la ley, éstos no pueden actuar en toda clase de juicios, como, por ejemplo, en los pleitos en que pueda devenir sentencia de destierro o pérdida de algún miembro⁷⁷).

Por el contrario, la actuación de los personeros en aquellos pleitos que derivasen del procedimiento de cesión es indubitada, en tal sentido, además de la citada Ley I del Tít. XV Partida III, se pronuncia la Ley XII (del mismo Título y Partida), reguladora del oficio de personero, al expresarse en los siguientes términos: *Pleitos hay en que pueden ser dados personeros, e otros en el que no. De donde*

alguna orden de religión no puede ser personero, sino sobre pleitos que pertenezca a aquella orden, de que él mismo es, e aún decimos entonces, débelo hacer con mandado de su superior, a quien está tenido a obedecer. Otrosí el clérigo, que fuese ordenado de epístola, o desde arriba, no puede ser personero. Salvo, en pleito de su iglesia, o de su prelado, o de su rey.

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 14.

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 13.

⁷⁷ Partida 3.5.12: *Mas sobre pleito que sobre que pueda venir sentencia de muerte, o de pérdida de miembro, o desterramiento de tierra para siempre, ya sea movido por acusación en manera de riepto, no debe ser dado personero.*

*decimos, que en toda demanda que haga uno contra otro, ya sea sobre cosa mueble o raíz, que puede allí ser dado personero para demandarla en juicio (...)*⁷⁸.

No obstante, debemos resaltar que para poder ser personero es necesario que el interesado proceda a nombrarlo formalmente, aunque no estuviere presente en el momento del nombramiento⁷⁹, de la manera que se describe en la Partida III, Tít. V, Ley XIII, por la cual: *La manera de como puede un hombre hacer de personero a otro es ésta, que diga señaladamente quien es aquél que quiere hacer su personero, e púedelo hacer, aunque no esté delante, tanto como si fuese presente. E cuando lo hiciere, de palabra, estando delante, o por carta estando en otra parte, debe decir tales palabras en haciéndolo: ruego, o quiero, o mandó a fulano, que sea mio personero sobre tal mío pleito o hágole mio personero u otórgale poder que lo sea, o diciendo otras palabras semejantes a éstas. E aún púedelo hacer por su manadero cierto. E en cualquier de estas maneras sobredichas que lo haga, púedelo otorgar por su personero, para siempre o hasta tiempo señalado, e aún lo puede hacer en condición o sin ella.*⁸⁰.

Dentro de los requisitos formales del nombramiento de un personero cobra especial relevancia la carta de personería, ya que,

⁷⁸ Partida 3.5.12.

⁷⁹ En este sentido, las Partidas, permiten que el personero fuese nombrado pese a la ausencia del interesado. En este sentido se manifiesta la Partida 3.5.12 al decir que: *Pero si algún hombre fuese acusado, o reptado, sobre tal pleito como sobredicho es, e no fuese él presente en el lugar donde lo acusasen, entonces bien podría su personero, u otro hombre que lo quisiese defender, razonar, o mostrar por él alguna excusa derecha, si la hubiesem porque no puede venir el acusado.*

⁸⁰ Partida 3.5.13.

de dicha carta, dependía la legitimidad del nombramiento y, en consecuencia, la validez del nombramiento⁸¹.

En este sentido dice la Partida III, Tít. V, Ley XIV, que: *Porque los jueces sean ciertos, cuando la carta de personería es cumplida, queremos decir en esta ley, en que manera debe ser hecha. E decimos, que tal carta puede ser hecha en tres maneras. La primera, por mano de escribano público de concejo. La segunda, por mano de otro escribano cualquiera, e que sea sellada con sello del rey, o de otro señor de alguna tierra, o de arzobispo, o de obispo, o de otro prelado cualquiera, o de maestre de alguna orden, o de otro sello de algún concejo. La tercera es, cuando alguna de las partes hace su personero delante del juez, e mándalo escribir en el registro del alcalde, ante quien le hace personero. E cuando la carta de personería, fuere hecha por mano de escribano público, o sellada con alguno de los sellos sobredichos, debe ser escrito en ella el nombre de aquél que hace el personero, e el de aquél quien otorga la personería, e el nombre de su contendiente, e el pleito sobre que lo hace su personero, e el juez ante quien se ha de librar el pleito. E que él otorga el poderío de demandar, e de responder, e de conocer, e de negar. E debe decir en fin de la carta, que estará por cuanto hiciere e razonare el personero en aquel pleito, e que se obliga a sí e a todos sus bienes para cumplir todo lo que fuere juzgado*

⁸¹ Pese a que la regla general exige el otorgamiento de la carta de personería para que las acciones del personero fuesen válidas, advierte la Partida 3.5.20 una excepción a la misma, de modo que: *Ninguna cosa no puede ser demandada en juicio por otro sin otorgamiento del señor de ella, así como dijimos en la ley antes de ésta. Pero si alguno demandare en juicio por otro, así como personero, e aquél a quien hiciesen la demanda entrase en pleito con él no le diciendo que se hiciese personero de aquél por quien demandaba, si después de eso viniese aquél, en cuyo nombre hacia la demanda, e quisiese haber por firme lo que era hecho por él, bien, así como si de comienzo lo hubiese otorgado por su personero. Salvo si éste que demandaba en voz de personero, fuese siervo o alguno de aquellos a quien es defendido que no pueda ser personero por otro.*

contra él en aquel pleito. E sobre todo, debe ser escrito en ella el lugar, e el día, e la era en que fue hecha. Mas, cuando alguna de las partes hiciere su personero delante del juez en la tercera manera que de suso dijimos, abunda que diga, e sea escrito en los actos: fulano hace su personero a fulano, en el pleito que ha ante fulano, alcalde, contra tal contendiente. Pues, por tales palabras como éstas, ha el personero tan acabado poder, para comenzar e seguir con el pleito como si fuesen allí dichas y escritas todas las otras cosas que de suso dijimos. E si la carta fuere hecha de mano del escribano público, deben ser escritos los nombres de los testigos ante quien fue mandada hacer⁸².

Además, la Partida III, Tít. V, Ley XVIII⁸³ permite que, para demandar o responder en juicio, se nombrase a una pluralidad de personeros siempre que así se señalara en la carta de personería.

Decía Rodríguez Molina⁸⁴ que las funciones del personero eran diversas, aunque siempre destinadas a responder a las

⁸² Partida 3.5.14.

⁸³ Partida 3.5.18: «*Muchos personeros puede un hombre hacer en el pleito, para demandar e responder en juicio, o uno si quisiese. Pero cuando muchos hiciere, decimos que si dijere u otorgare, señaladamente, en la carta de la personería, que cada uno de ellos sea personero en todo el pleito, entonces aquél, que primeramente lo comenzare es tenido de lo seguir, hasta que sea acabado, e los otros no se deben de esto, trabajar. Mas, si todos en no, comenzasen el pleito por demanda e por respuesta, desde adelante, cada uno de ellos lo podría seguir hasta que fuese enterado, aunque los otros no fuesen allí. Pero si todos los personeros vinieres, en uno, al pleito el la otra parte se agraviare en razonar con todos, deben dar uno de ellos que razone. E si no se acordasen, tome el juez cual de ellos entendiere que lo hará mejor. E si por ventura, no dijese en la carta de cómo el dueño del pleito los hacía personeros a cada uno en todo, entonces, no podría ninguno de ellos demandar ni defender más de cuanto cupiese en la su parte. Pero si tales personeros, todos ayuntados en uno, lo quisiesen demandar, poderlo allí han de hacer, estando ellos delante, o haciendo razonar a uno, con sentimiento de todos*».

⁸⁴ RODRÍGUEZ MOLINA, José, «El personero, defensor de la comunidad ciudadana» ..., p. 13.

demandas y cualesquiera preguntas que se suscitasen en el juicio en favor de su mandante⁸⁵, y ligadas a la actividad judicial.

Si bien, hemos de recordar que, el personero actúa bajo el incuestionable mandato de aquél quien le manda, es decir, el interesado, y por tanto sus funciones dependen, como afirma el cuerpo legal, de lo señalado en la carta de personería, respetando, en todo caso, lo prescrito en la Partida III, Tít. V, ley XIX⁸⁶ reguladora de la acción del personero en virtud de tal mandato.

⁸⁵ No obstante, si por cualquier caso, el personero no supiere o quisiere responder en juicio, dicha demanda o pregunta hecha en juicio ha de ser respondida por aquél quien le mandó, en tal sentido se pronuncia la Partida 3.5.22 al manifestar que: *Ciertamente, deben responder los personeros a las demandas e a las preguntas que les hacen en juicio, si supieren. E porque, a las veces, se ocupan maliciosamente algunos de alongar los pleitos, encubriendo o callando la verdad. Por tanto, decimos, que en tal razón como ésta, si alguna de las partes pidiere al juez que mande venir delante al dueño del pleito para responder a tales preguntas, o diciendo que el señor del pleito es fiel hombre, e no negara la verdad, e el personero es revoltoso, o hombre que no sabe el hecho, que tal razón como ésta, que la debe caber el juez. E si el principal del pleito fuere en el lugar, mandamos que el juez lo apremie e lo haga venir a responder a la pregunta ante sí, o, si fuere a otra parte donde haya otro juez, debe mandar escribir las preguntas que hicieron ante él, e enviarlas selladas, con su sello, al otro juez, en cuya tierra es aquél que quieren preguntar, rogándole que él constriña al señor del pleito, e le haga venir ante sí. E desde que hubiere recibido la jura de él, que le haga responder a las preguntas, e que le envíe las respuestas escritas cerradas e selladas de su sello. E el juez que recibiere la carta del otro, mandamos que sea tenido de lo hacer, así como de suso es dicho.*

⁸⁶ Partida 3.5.19: *Razonar ni hacer no puede el personero más cosas en el pleito, ni meter a juicio, de cuanto le fuese otorgado o mandado por razón de personería. E si más pasare, no debe valer lo que hiciere. E, por tanto, decimos, que si el personero quisiere avenirse con su contendiente, o hacer alguna postura con él, o quitarle la demanda, o dar jura porque se desatajase el pleito, que no lo puede hacer, salvo si el dueño del pleito le hubiese otorgado, señaladamente, poderío de hacer estas cosas, o si en la carta de personería, le hubiese otorgado libere e llenero poder hacer cumplidamente todas las cosas en el pleito, que él mismo podría hacer. Pues entonces, cando tales palabras fuesen allí puestas, bien podría hacer cualquiera de las cosas sobredichas. E otrosí decimos, que el personero no puede poner otro en su lugar, en aquel pleito mismo, sobre que él fue dado, si primeramente no lo hubiese comenzado por demanda o por respuesta. Pero si le fuese otorgado tal poderío en la carta de la personería, entonces lo podría hacer antes e después. E esto ha lugar en los*

Sin perjuicio a lo descrito anteriormente en el ejercicio de sus funciones, los personeros del demandado deben de prestar fiadores⁸⁷, con independencia de que traigan o no carta de personería, con el fin de asegurar el pago de lo que fuese juzgado.

En cuanto a la finalización de su labor, el oficio del personero concluye con la muerte del mandante o con la del propio personero, si bien, en el caso de la muerte del mandante tras dar inicio al pleito, bien por demanda o por respuesta, éste debe seguir en su oficio

personeros que son dados para seguir los pleitos en juicio. Mas, en los otros que son hechos para recaudar, o hacer otras cosas fuera de juicio, estos tales bien pueden dar otros personeros en su lugar, cada que quisieren, e valdrá lo que fuere hecho con ellos, tanto si lo hiciesen con aquellos que lo pusieron en su lugar. Pero si estos hiciesen alguna cosa a daño del señor, entonces los primeros personeros que los cogieron e los pusieron en sus lugares, son tenidos de se parara a ello. E aun decimos, que los personeros que son dados para recaudar cosas que fuera de juicio que cumple que sean de edad de diez e siete años, como quiera que los otros que son puestos para demandar o a responder por otro en juicio deben ser a lo menos de edad de veinte e cinco años.

⁸⁷ Partida 3.5.21: *Dudosas o mal hechas o menguadas, a las veces, traen los personeros las cartas de personería en juicio, de manera que no pueden saber ciertamente si son valedoras o no. E porqie las cosas que pasan ante los jueces deben ser ciertas, de manera que valgan, decimos que cuando tal deuda como ésta acaeciére, que no deben dar poder a tal personero que haga la demanda contra la otra parte que lo desaire, a menos, de dar primeramente fiadores, o recaudo, que por lo que él hiciere en el pleito, que estará por ello, e lo habrá por firm, el que le hizo su personero. Más cuando la personería fuese cumplida, debe ser cabido el personero para hacer la demanda, e no le deben embargar ni demandar otro recaudo. Salvo si este personero del demandante no quisisere dar fiadores de responder e de defender a aquél cuyo personero era en aquellos pelitos, que la otra parte dijese que quería mover ante aquel juez mismo, contra a aquél que le hiciera personero. Porque entonces, derecho es, que así como no quiere dar recaudo para responder en juicio por el dueño del pleito, que no pueda demandar por él. E esto que dijimos en esta ley, ha lugar en los personeros del demandante, mas en el personero del demandado, ya traiga carta cumplida de personería, ya no, siempre debe dar recaudo de fiadores o de peños, que lo que fuere juzgado sobre el pleito que defiende, que se cumpla en todas guisas. Salvo si en la carta de personería dijese, señaladamente, que el que lo hiciera personero, el mismo era fiador por él de cumplir e de pagar todo lo que en el pleito fuese juzgado, porque entonces no le deben demandar otra fiadura.*

hasta que concluya, sin que sea necesario que los herederos del mandante le confirmasen en su oficio.

Más, si es el personero el que fallece una vez comenzado su oficio en el pleito, son los herederos de este último, siempre que cumplierse los requisitos antes mencionados, los que deben seguir el juicio.

Finalmente, el oficio del personero también concluirá, cuando el juicio haya también concluido, salvo que cupiese alzada ante sentencia condenatoria, en cuyo caso, si el mandante lo permite, será personero hasta que este recurso se haya consumido⁸⁸.

No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, el oficio del personero también concluye cuando su mandante lo haya removido⁸⁹.

⁸⁸ Partida 3.5.23: *Muriéndose el señor del pleito, antes que su personero lo comenzase por demanda e por respuesta, acábase por tanto el oficio de personero, de guisa que no puede, ni debe después, ir adelante por el pleito. Más si muriese después que fuese comenzado por respuesta, no pierde por eso el personero su poderío, antes decimos, que debe seguir el pleito hasta que sea acabado, tanto como si fuese vivo el que lo hizo personero, aunque no recibiese mandado nuevamente de los herederos del finado. E otrossí decimos, que si el personero se muere antes que el pleito sea comenzado por respuesta, que se acaba el oficio de él. Más, si muriese después que lo hubiese comenzado, sus herederos de él deben e pueden acabar con lo que él comenzó, si son hombres para ello. Aún decimos, que se acaba el oficio de personero luego que el juez da juicio afinado sobre el pleito en que era personero. Pero cuando el juicio diesen contra él, o contra aquél cuyo personero fuese, débese alzar, e puédelo hacer, aunque no le fuese otorgado poder para hacerlo en la carta de personería. Más no puede seguir él alzada sin otorgamiento del dueño del pleito. Otrosí, se acaba su oficio cuando el dueño lo revoca e pone otro en su lugar, o si él mismo, por su grado, deja la personería por algún embargo derecho, que ha tal porque lo puede seguir.*

⁸⁹ Partida 3.5.24: *Señaladamente, haciendo un hombre a otro su personero sobre algún pleito, si después de eso hiciere a otro en ese mismo pleito, quita el poderío al primero e dalo al segundo. Pero, cuando así lo quiere quitar, débelo hacer saber al juez o a su contendiente e no lo haciendo saber así, debe valer lo que el primer personero alegare o hiciere en aquel pleito, tanto como si no lo hubiere quitado. Otrosí decimos, que si el*

Finalmente, debemos atender al sistema de responsabilidad al que está sujeto el personero (descrito en la Partida III, Tít. V, Ley XXVI⁹⁰), donde se recogen aquellos supuestos en los cuales por su culpa o engaño perjudicase a su mandante.

En este sentido, Antonio Pérez Martín⁹¹ añade que el personero también responderá por culpa levísima, además de por dolo y culpa, como dijimos anteriormente.

Por tanto, en primer lugar, si ganare el juicio, dice la Partida III, Tít. V, Ley XXV⁹² que el personero debe entregar a su mandante

primero personero hubiese comenzado el pleito por demanda e por respuesta, e quisiere el señor del pleito revocar éste e dar otro, puédelo hacer. Salvo si la otra parte contra quien había comenzado el pleito, lo contradijese diciendo que con tantos personeros no podía razonar su pleito, o si el personero mismo se tuviese por deshonorado, teniendo que lo quería revocar por sospechoso. Porque entonces, o debe averiguar la sospecha, o decir manifiestamente que no ha querrela de él, no le quita la personería porque le haya por sospechoso. E haciéndolo así, puédelo quitar e hacer otro. E aun decimos, que si aquél que hizo el personero ha alguna derecha razón porque lo quiere mudar, que se la debe caber, aunque fuere el pleito comenzado por demanda o por respuesta. E las razones son éstas: como si averiguase que el primero personero fuere en poder de los enemigos, o en prisión, o fuere ido en romería, o embargado de alguna enfermedad, o hubiese a seguir sus pleitos mismos, de manera que no pudiese entender en él de aquél cuyo personero era, o fuese hecho su enemigo, o amigo de su contendiente por casamientos que hubiese hecho de nuevo. Porque por cualquiera de estas razones sobredichas o por otras semejantes de ellas, puede revocar el primer personero e dar otro, aunque él mismo e la otra parte lo contradijese. Más, si el pleito no fuese comenzado por demanda ni por respuesta, bien puede el dueño quitar la personería al uno, e darla al otro cuando quisiere, aunque no muestre razón porqué lo hace. E eso mismo decimos del personero, si quisiese dejar la personería por razón de enfermedad, o de otro embargo que hubiese de aquellos que suso dijimos que lo puede hacer, haciéndolo saber primeramente al dueño del pleito.

⁹⁰ Partida 3.5.26: *Negligentes ni perezosos no deben ser los personeros en los pleitos que recibieren en su encomienda, mas deben en ellos andar lealmente e con acucia. Porque, si por engaño o culpa de ellos, el señor del pleito perdiese o menoscabase alguna cosa de su derecho, tenidos serían de lo pechar de lo suyo. Mas, si por otra razón que no viniese por engaño ni por culpa de ello, se perdiese e se menoscabase el pleito, no serían tenidos los personeros de hacerle, por tanto, encomienda ninguna.*

⁹¹ PÉREZ MARTÍN, Antonio, «Mandato y representación en el derecho histórico» ..., pp. 248 y 249.

⁹² Partida 3.5.25: *Bien así como el personero el procurador, que es dado para recaudar*

todo aquello que ganó del pleito, recibiendo a cambio una contraprestación por los servicios prestados.

Por el contrario, si lo perdiese, de acuerdo con el texto de la Partida III, Tít. V, ley XXVII⁹³, la condena recaerá, en primer lugar, únicamente sobre los bienes del mandante que puso en disposición de su personero. Mientras que si dichos bienes, por cualquier causa, no fuesen suficientes entonces serán los bienes de los fiadores que el personero del demandado dio los que sufran tal suerte, por tanto, la condena nunca recaerá sobre los bienes propios del personero.

2. Breve referencia a los *defensores*.

Junto a la figura del personero, en las Partidas en Partida III, Tít. V, Ley XXVII⁹⁴, se contempla la intervención de otros agentes

algunas cosas fuera de juicio, es tenido de dar cuenta al señor del pleito de ellas a aquél cuyas son. Así, el personero que es dado en juicio está tenido de dar cuenta al señor del pleito de todas las cosas que recibiere, o hubiere por razón de auquel pleito en que es personero. Porque si la otra parte fuere condenada en las costas, o en las misiones, o en algunas otras cosas, todo lo que el personero por esto llevare, tenido es de lo dar al señor del pleito. E aún decimos, que de esto es tenido de darle e de otorgarle todo el derecho que ganase en juicio, por cualquier manera por razón de aquél pleito. Otrosí decimos, que todas las expensas que tal personero hiciere, en siguiendo aquel pleito, que sean derechas e con razón, que es tenido el que le hizo su personero de se las dar. Salvo las que hubiese hechas o pechadas por razón de yerro que él mismo hiciese, así como si le condenasen en las costas, o en las misiones, o en otra pena por razón de su rebeldía o de su culpa. Porque derecha cosa es que sufra hombre el daño que le viene por su yerro, e que no demande, por tanto, enmienda a otro. Pero si el personero hubiese hecho alguna postura contra el señor del pleito, en razón de las expensas o de daño que él sufriese en siguiendo el pleito, decimos que le debe ser guardada.

⁹³ Partida 3.5.27: *Contra el personero de aquél a quien demandasen, siendo dado juicio sobre pleito, en que le fuese otorgada la personería, decimos que se debe cumplir en los bienes, tan solamente de aquél que le dio por su personero. E si por ventura, no le hallasen tantos bienes de los suyos en que el juicio se pudiese cumplir, entonces debe ser cumplido en los bienes de los fiadores que el personero del demandado dio, e no en los del personero».*

⁹⁴ Partida 3.5.27: *Más si algún hombre se parase por sí mismo a defender pleitos ajenos, sin carta de personería, e sin mandado del señor del pleito, el juicio que fue dado*

externos, llamados defensores, que, sin estar legitimados por el demandado o demandante, ejercen funciones similares a las realizadas por los primeros (es decir, la defensa del acusado o peticionario en juicio).

La principal diferencia entre los personeros y los defensores es que, al carecer éstos últimos de legitimidad, en el caso de que resultaran vencidos en juicio deben de responder con sus propios bienes ante tal condena, sin implicar los bienes de su defendido.

Mientras que, si, por el contrario, resultasen victoriosos del juicio, al igual que sucedía con el oficio de personero, el defendido debe de pagar a éste las costas y misiones que haya realizado, siendo independiente la disposición positiva o negativa de efectuar dicho pago por parte del beneficiado por el pleito.

III. CONFRONTACION DEL DERECHO ROMANO CON EL DERECHO CASTELLANO.

Así pues, podemos hallar cierta relación entre la figura del personero, del derecho castellano, y el *vindex*, del derecho romano arcaico.

contra él, se debe cumplir en los bienes de tal defensor o de sus fiadores en la manera que fiaron, e no en los bienes del señor del pleito. E si este defensor quisiese demandar despies de eso aquél cuyo pleito defendiera, alguna cosa que dijese que pechara por él aquel pleito de que fuera vencido, no sería el otro tenido de se lo dar. Pero si tal defensor como éste venciese el pleito, tenido sería el dueño, de pechar las costas e las misiones que hubiese hecho derechamente en defenderlo, aunque no quiera. E se puede excusar diciendo que no le encomendara su pleito, ni le otorgara de ser su personero, pues que pro e buen recaudo le vino por él.

No obstante, la figura del *vindex* es objeto de múltiples discusiones que manifiestan una postura no unánime de la doctrina frente a éste, posiblemente debido a la ausencia de textos al respecto.

En primer lugar, y la más importante, tanto el personero como el *vindex*⁹⁵ tienen como función principal la defensa del deudor demandado, es decir, ambos sujetos se contraponían a las pretensiones manifestadas por el demandante con el fin de que éstas no fuesen atendidas por el juzgador y, en consecuencia, que no respondiera con sentencia condenatoria en contra de su defendido o mandante.

Además, también ejercían funciones de representación o sustitución procesal del demandado en juicio, evitando así situaciones de incomparecencia presente o futura del fallido, permitiendo que el proceso siguiera su curso sin interrupciones de ningún tipo.

Igualmente, en ambos sujetos se manifiesta, en cierto modo, la exigencia de que éstos tuviesen una solvencia suficiente reconocida para hacer frente a las posibles consecuencias derivadas de una sentencia condenatoria.

Así, los personeros (para actuar en el pleito) debían de presentar unos fiadores, mientras que el *vindex*, de manera

⁹⁵ En nuestra opinión, defendemos las tesis que consideran que, probablemente, el oficio del *vindex* implicara la defensa del demandado, y no únicamente garantizar la comparecencia del demandado en juicio. En este sentido se pronuncian Álvaro d'Ors y Barreiro. ORS, Álvaro d', «Las declaraciones jurídicas en Derecho romano» ..., pp. 567 y 568; FERNÁNDEZ BARREIRO, A, «El "Vindex" en la "in ius vocatio"» ..., pp. 809 a 826.

equivalente, debían demostrar que su situación económica no era peor que la de su defendido, y, que éstos podían responder, efectivamente, a las consecuencias negativas del proceso.

Íntimamente relacionado con lo susodicho en el párrafo anterior, ambos, en el supuesto de que fuesen vencidos en juicio, debían responder por su fallida defensa.

En el procedimiento de la *manus iniectio* el *vindex* respondía juntamente con el deudor al pago de la multa del doble de lo negado, mientras que el personero, si bien no respondía directamente con sus bienes, respondía con los bienes de sus fiadores entregados a tal efecto, quedando obligado con estos últimos en momento posterior.

No obstante, difieren respecto al vínculo que unía al mandante con su personero o *vindex*, es decir, en el primero, salvo en casos excepcionales⁹⁶, el personero solo podía actuar en favor de su mandante en virtud de lo prefijado en la carta de personería, mientras que, en la relación del *vindex* con el deudor demandado, no se requería tal formalidad ya que, como advierte Martino, éste no se obliga mediante estipulación.

Pese a las similitudes encontradas en ambas instituciones, debemos advertir que las mismas resultan de una construcción teórica, posiblemente forzada, ya que no debemos olvidar que, la consideración del *vindex* como representante procesal o defensor del

⁹⁶ Recordemos que, en el derecho castellano, un tercero podía actuar, excepcionalmente, como defensor de un demandado sin ser necesario que éste último le nombrara su personero. En este sentido, se pronuncia la citada Partida 3.5.27.

demandante, son resultado de postulados sostenidos por la antigua doctrina y que, como dijimos, han resultado ampliamente refutados.

No obstante, al carecer de fuentes determinantes y absolutas relativas a aquel procedimiento, sería imprudente no contemplar las diferentes interpretaciones que ha dado la doctrina, con el pasar del tiempo, al respecto, en suma, cuando dichas interpretaciones pudieron ser las mismas llevadas a cabo por los juristas castellanos y, en consecuencia, inspiradoras de la dicción literal de los preceptos de las Partidas.

Ya dijimos que el oficio de personero venía a identificarse como aquel tercero que asumía la representación y defensa de una parte litigante en virtud de una relación de mandato reflejada en la carta de personería, coincidiendo tal definición, en términos generales, con la dada a los oficios romanos del *cognitor* y *procurator*.

Atendiendo al nombramiento del personero, vimos cómo, a tenor de lo dispuesto en la Partida III, Tít. V, Ley XIV, la carta de personería era el requisito indispensable del que dependía la legitimidad de la representación del litigante para un pleito concreto, para un tiempo determinado o 'para siempre', es decir, la carta de personería suponía tanto un mandato particular como genérico, tal y como viene confirmado por la Partida III, Tít. V, Ley XIII.

En consecuencia, si la relación de mandato nacía para un pleito concreto, la acción se consumía con el litigio, pues, como afirma la Partida III, Tít. V, Ley XXIII, «*se acaba el oficio de personero luego que el juez da juicio afinado sobre el pleito en que era personero*», y,

por tanto, coincidiendo con la tradición romana en relación con la figura del *cognitor* pues, como se anuncia en el fragmento gayano de Gayo I.4.97, la función de este representante se ceñía a una controversia concreta.

Mientras que, si en la carta de personería no aludía a un supuesto concreto sino, más bien, a una representación para futuros litigios, la regulación castellana verá su reflejo en la figura del *procurator* quien actuaba en virtud de un mandato genérico.

En cuanto a la designación del personero, en virtud de lo manifestado por la referida Partida III, Tít. V, Ley XIII, dijimos que no se requiere su presencia en el nombramiento y lo mismo puede verse en lo previsto por la tradición romana al no requerir que el *procurator* fuese nombrado en presencia del magistrado o en presencia del otro litigante.

Sin embargo, con la figura del *cognitor*, pese al silencio que se desprende del pasaje de Gayo I.4.83, parte de la doctrina considera que, si pudo requerirse que tal designación se hiciese en presencia del magistrado, como sostienen diferentes textos, como, por ejemplo, en Isidoro, Differ. I, 123, en consecuencia, si bien pudo requerirse el nombramiento del *cognitor in iure* parece ser que este requisito fue desapareciendo paulatinamente y no se requiriese (al igual que sucedía en el supuesto del *procurator* su nombramiento en presencia de dichos agentes) siendo motivo de coincidencia con la regulación castellana.

Respecto a los aspectos formales que debía respetar la carta de personería alude la antedicha Partida III, Tít. V, Ley XIII al empleo

de unas palabras ciertas, a saber: *ruego, o quiero, o mandó a fulano, que sea mio personero sobre tal mío pleito o hágole mio personero u otórgale poder que lo sea, o diciendo otras palabras semejantes a éstas.*

Este empleo de fórmulas concretas venía igualmente exigido para el nombramiento del *cognitor*, en los términos expresados por el texto de Gayo I.4.83, mientras que el nombramiento del *procurator* no requería ninguna forma concreta en su designación.

En cuanto a los efectos, la Partida III, Tít. V, Ley XXV manifiesta que el personero debe entregar a su representado lo ganado en juicio y, en idénticos términos, la tradición romana, tanto en el oficio de *procurator* como en el de *cognitor*, sostiene que si el representante obtiene una sentencia favorable recibía la *actio iudicati* debiendo ser ejercitada por el representado en virtud de las relaciones del mandato.

Mientras que, si la sentencia era condenatoria, la Partida III, Tít. V, Ley XXVII, recaerá sobre el mandante, y, efectivamente, en el Derecho romano estas consecuencias negativas se trasladaban al representado.

Respecto a las garantías que se habían de ofrecer a la otra parte, en el Derecho romano si el representante actuaba en favor del actor se exigía que éste garantizara que no intentaría un litigio después contra el demandante.

Sin embargo, en la regulación castellana en la Partida III, Tít. V, Ley XXIII, si cabía alzada, el personero podía volver a representar y defender a su representado siempre y cuando lo permitiese el

mandante y, por tanto, discordando con lo previsto por la tradición romana.

Además, se exigía, en virtud de la Partida III, Tít. V, Ley XXI, prestar fiadores en el caso de que el litigador fuese el demandado con el fin de asegurar el pago de lo que fuese juzgado, y si no fuesen suficientes, como explica la Partida III, Tít. V, Ley XXVII, serán los bienes de los fiadores que el personero del demandado dio los que sufran tal suerte, nunca los bienes propios del personero.

En este sentido se pronuncia el pasaje de Gayo I.4.101 al solicitar a la parte demandada prestar una *cautio iudicatum solvi* por la que se compromete a acatar y cumplir la sentencia, sin embargo, a diferencia de Ley de Paridas, la acción ejecutiva recaía sobre los bienes del *procurator*, independientemente de que éste vuelque los efectos contra su representado.

Finalmente, en cuanto a la remuneración de la actividad económica que desempeñan estos representantes procesales, afirmamos que lo dispuesto por la citada Partida III, Tít. V, Ley XXV coincide con lo previsto por la regulación romana al considerar que el oficio de *cognitor* o de *procurator* recibía una contraprestación económica pues, ya en el procedimiento formulario, dejó de concebirse como una actuación gratuita.

IV. CONCLUSIONES.

En definitiva, vemos como la figura del personero viene a coincidir en gran medida, a excepción de las salvedades comentadas, con ambos representantes procesales contemplados por

el Derecho romano identificándose con uno o con otro dependiendo de si el mandato era para un pleito concreto, en cuyo caso se identifica con el *cognitor*, o si el mandato tenía un carácter genérico, asimilándose a la figura del *procurator*.

Finalmente, describíamos que las Partidas contemplaban un segundo tipo de representantes procesales, llamados defensores, que actuaban de manera espontánea y sin legitimación alguna en defensa del acusado o peticionario en juicio, descripción que, por otra parte, viene a coincidir plenamente con el representante romano de igual nombre y que actuaba espontáneamente, sin mediar mandato genérico, en defensa de las partes en liza.

BIBLIOGRAFÍA.

AGUDO RUIZ, Alfonso, «La gratuidad de la actuación judicial de los representantes en el sistema de las legis acciones», *REDUR: Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 9 (2011).

«La representación procesal en el sistema de las "Legis Acciones"», *Iberia: Revista de la Antigüedad*, 3 (2000).

Las costas en el proceso civil romano, Madrid: Dykinson, 2013.

ALBANESE, Bernardo, *Il processo privato romano delle legis acciones*, Palermo:Palumbo, 1987.

ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino, *Curso de Derecho romano*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

ARIAS RAMOS, José, «La representación procesal en el derecho romano», *Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela*, 8 (1936).

BENAYAS HUERTAS, César, «Las "legis acciones" según Ihering, el interés casacional según el Tribunal Supremo y la justicia sólo para ricos», *BFD: Boletín De La Facultad De Derecho De La UNED*, 27 (2005).

BERNARD MAINAR, Rafael, *Derecho romano: curso de derecho privado romano*, Venezuela: Universidad Católica Andrés, 2001.

DE MARTINO, Francesco, «L' origine dellegaranziepersonali e ilconcetto del' obligatio», *SDHI*, 6 (1940).

DEL VALLE ARAMBURU, Romina, «Encontramos los primeros atisbos del principio de legalidad en el derecho romano», *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. 8 (2011).

FERNÁNDEZ BARREIRO, A, «El "Vindex" en la "in ius vocatio"», *Anuario de historia del derecho español*, 41 (1971).

FERNÁNDEZ BUJÁN, Antonio, *Derecho privado romano*, Madrid: Iustel, 2015.

FUENTESECA DÍAZ, Pablo, «Las "legis acciones" como etapas del proceso romano», *Anuario De Historia Del Derecho Español*, 34 (1964).

Investigaciones de Derecho procesal romano, Salamanca: Universidad, 1969.

- GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso Luis, *Cuerpo del derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, Valladolid: Lex Nova, 1988.
- GOTHOFREDUS, Iacobus, *Codex Theodosianus*, Hildesheim: Georg Olms, 1975.
- HIERREZUELO CONDE, Guillermo, «KELSEN, Hans, Principios de derecho internacional público», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 36 (2014).
- MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio, «La persona jurídica», *Revista de Derecho Privado*, 7 (2004).
- MURGA GENER, José Luis, *Derecho romano clásico*, 3ª ed., Zaragoza: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Zaragoza, 1989.
- ORS, Álvaro d', «Las declaraciones jurídicas en Derecho romano», *Anuario de historia del derecho español*, 34 (1964).
- PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar, *La bonorum venditio: estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano clásico*, Zaragoza: Mira, 2000.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio, «Mandato y representación en el derecho histórico», *Anales de Derecho*, 12 [1] (1994).
- REYES CASTILLO, Fidel, «Citación en el proceso civil romano», *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 10 (1984).
- RODRÍGUEZ MOLINA, José, «El personero, defensor de la comunidad ciudadana», *Gaceta de Antropología*, 17(2001).

SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Las siete partidas: (el libro del Fuero de las Leyes): introducción y edición dirigida por José Sánchez-Arcilla Bernal*, Madrid: Reus, 2004.

VIRTUDES GONZÁLEZ, Ana Isabel, «La representación procesal en el Derecho Romano. Origen y evolución histórica de la figura del procurador», *Revista Internauta De Práctica Jurídica*, 17 (2006).

VON IHERING, Rudolf, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1886.



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN1989-1970

Octubre-2022

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Fulltextarticle

Fecha de recepción: 19/06/2022	Fecha de aceptación: 05/09/2022
Palabrasclave: <i>Pactum de retrovendendo, compraventa, pacta adiecta, negocio condicional, efectos ex tunc o ex nunc, fiducia.</i>	Keywords: <i>Pactum de retrovendendo, contract of sale, pacta adiecta, conditional contract, ex tunc or ex nunc effects, fiducia.</i>



PACTUM DE RETROVENDENDO Y SU ESCASO TRATAMIENTO EN LAS FUENTES¹

PACTUM DE RETROVENDENDO AND ITS RARE TREATMENT AT THE SOURCES.

Carlos Varela Gil

Profesor Contratado Doctor de Derecho Romano

Universidad de Cádiz

carlos.varela@uca.es

ORCID 0000-0001-8618-9112

(VARELA GIL, Carlos. *pactum de retrovendendo y su escaso tratamiento en las fuentes*. RIDROM [on line]. 29-2022.ISSN 1989-1970.p.406-456.

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Resumen:

Resulta paradójico que el *pactum de retrovendendo* (utilizado a lo largo de los siglos como garantía crediticia) haya tenido un escaso tratamiento en las fuentes, a pesar de que Roma careció de un crédito territorial y de un sistema hipotecario tan sólidos como los modernos. Partiendo de esta aparente contradicción, el presente trabajo pretende abordar el alcance y efectos del *pactum de retrovendendo* con el objetivo de poder explicar las causas de su limitada utilización en Roma.

Abstract:

It is paradoxical that the *pactum de retrovendendo* (used over the centuries as a credit guarantee) has not been widely discussed in the Roman sources, despite the fact that a mortgage system as solid as the modern one did not exist in Rome. Starting from this apparent contradiction, this paper aims to address the scope and effects of the *pactum de retrovendendo* with the target of explaining the causes of its limited use in Rome.

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación *Los derechos de adquisición y de preferencia* (PGC2018-094243-B-C22) dirigido por la Profesora M^a Amalia Blandino Garrido.

Sumario: I. Introducción. II. El *pactum de retrovendendo* como condición. III. Las consecuencias del *pactum de retrovendendo*. A) Efectos *ex nunc* o *ex tunc* del cumplimiento de la condición. B) La revocación real u obligacional. IV. La escasa regulación del *pactum de retrovendendo*. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

Señala LASARTE que el retracto convencional o compraventa con pacto de retro ha ido progresivamente languideciendo a causa del fortalecimiento del crédito territorial y de la creación del sistema hipotecario moderno. Y tanto lo ha hecho que, según este autor, hoy día el retracto convencional es una figura puramente residual². Si seguimos este razonamiento, *a contrario sensu* en Roma -donde el sistema crediticio no tenía la compleja regulación actual- las compraventas con pacto de retro habrían tenido que ser muy abundantes. Sin embargo, parece ser que no fue del todo así. Sobre todo si tenemos en cuenta que este tipo de pacto apenas aparece contemplado en las fuentes (a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con el pacto *in diem addictio* o el pacto *de lex commissoria*, a los que el Digesto concede su respectivo título dentro del libro XVIII)³.

² LASARTE, C., *Contratos. Principios de Derecho Civil III*, 18 ed., Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 202.

³ En relación con la escasa regulación de este pacto en Roma, ARANGIO-RUIZ, V., *La compravendita in Diritto romano*, vol.II, 2ª ed., Jovene, Napoli, 1980, pp. 403; RASI, P., *Il patto di riscatto nella compravendita*, Jovene, Napoli, 1959, p. 9.

La escasa presencia del pacto de retroventa en las fuentes romanas no deja de causar cierta extrañeza, especialmente cuando comprobamos que era comúnmente utilizado entre los prestamistas en etapas intermedias⁴. ¿Cuál fue entonces la razón por la que el ordenamiento jurídico romano no le prestó especial atención? ¿Por qué con un sistema de garantías crediticias menos evolucionado que el nuestro, el acreedor, que siempre buscaría mecanismos eficaces con los que asegurar el cobro del crédito en caso de impago por parte del deudor, renunció al pacto de retroventa; un pacto que le permitiría a él, prestamista-comprador, quedarse con la cosa dada en garantía en el caso en el que el prestatario-vendedor no cumpliera con la obligación asumida?

Para poder dar una respuesta mínimamente consistente a estas preguntas, en primer lugar resulta necesario abordar el alcance que tuvo este pacto, su calificación como condición y los efectos derivados del mismo; y en segundo, se precisa conocer los medios existentes en Roma para garantizar la devolución de los préstamos y si el pacto de retroventa con función de garantía pudo ocupar un vacío no cubierto por otras medidas asegurativas.

⁴ Sobre su utilización en la Asturias del s. XVII, GARCÍA SÁNCHEZ, J., "El Derecho Romano en un decreto sinodal ovetense de 1657. Del mutuo seguido de empeño a la compraventa con pacto de retro", *RGDR*, nº 21, 2013, pp. 1, 17 y ss.

En este trabajo nos ocuparemos de abordar todas estas cuestiones con un claro objetivo: explicar la causa por la que las fuentes romanas le prestaron tan escasa atención⁵.

II. El *pactum de retrovendendo* como condición.

Podríamos definir el *pactum de retrovendendo* como el pacto mediante el que el vendedor se reserva el derecho a recuperar la cosa vendida en un futuro⁶. En este sentido, C., 4,54,2 recoge una

⁵ El tema objeto de análisis ya ha sido parcialmente abordado por el autor en un trabajo anterior: «Huellas romanas del retracto convencional». Sin embargo, en este estudio se introducen importantes aportaciones a lo previamente tratado, que se utiliza como punto de partida para explicar las consecuencias del *pactum de retrovendendo* y las razones de su limitada utilización en Roma.

⁶ En las fuentes romanas no encontramos un nombre para este tipo de pacto, lo que ha provocado que la romanística no termine de ponerse de acuerdo en cuanto a su denominación. En este sentido, algunos -entendiendo que lo que se deshacía era la compra- lo han llamado pacto de *retroemendo* (D'ORS, ARANGIO-RUIZ, FERNÁNDEZ BARREIRO y PARICIO, etc.); otros -considerando que lo que se resolvía era la venta- lo han denominado pacto de *retrovendendo* (BIONDI, SERAFINI, IGLESIAS, FUENTESECA, PANERO, ÁLVAREZ, etc.). En relación con todo ello, BLANCH intenta buscar el origen de la palabra explicando que en derecho común es difícil encontrar un autor que se refiera a este pacto con la denominación de pacto de *retroemendo* o de redimento. Así -señala- TIRAQUELLUS, uno de los juristas del s.XVI que mayor interés mostró por este pacto, indicaba que la denominación más común de este pacto era la de pacto *retrovendendo* o de *revendendo*, a pesar de que él optara por utilizar el término que finalmente ha terminado llegando a nuestros días, el de retracto convencional.

En mi opinión, posiblemente el nombre que más claramente indique el contenido del pacto es el de *retrovendendo*, pues es el pacto que faculta al vendedor a retrotraer la venta si en un futuro así lo desea. Por esta razón será la denominación que utilizaremos en este trabajo para referirnos a él. Sobre todo ello, vid. BLANCH, J. M., "Pactos de vendendo y de retrovendendo entre historia y dogmática", *RIDA*, N° 45, 1998, pp. 394-395; D'ORS, A., *Derecho privado romano*, 10 ed., Eunsa, Pamplona, 2004, p. 581; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed., Jovene, Napoli, 2006, p. 345; FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARICIO, J., *Fundamentos de derecho*

constitución de Alejandro Severo del año 222 referida a la venta de un fundo con la condición de que fuera restituido si los vendedores o sus herederos devolvían el precio al comprador dentro de un cierto plazo.

*Si fundum parentes tui ea lege vendiderunt, ut, sive ipsi sive heredes eorum emptori pretium quandoque vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur, teque parato satisfacere condicioni dictae heres emptoris non paret, ut contractus fides servetur, actio praescriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur, habita ratione eorum, quae post oblatam ex pacto quantitatem ex eo fundo ad adversarium pervenerunt.*⁷

patrimonial romano, Ramón Areces, Madrid, 1991, pp. 414-415; TORRENT, A., s. v. “*pactum de retro emendo y pactum de retro vendendo*”, *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 2005, pp. 844-845; BIONDI, B., *Istituzioni di diritto romano*, 4ª ed, Giuffrè, Milano, 1972, p. 496; SERAFINI, F., *Instituciones de Derecho Romano*, t. II, trad. y comparación con el Derecho Civil español, J. Trías, Espasa, Barcelona, 1927, p. 186; IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, 6ª ed., Ariel, Barcelona, 1972, p. 425; FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, p. 269; PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 598; NAVARRO, R., et al., *Derecho Romano*, t. III, Madrid, 1842, p. 331; ÁLVAREZ, M. B., “*Pactum de retrovendendo y lex commissoria en el contrato de compraventa. Desde Roma al nuevo Código civil y comercial de la Nación Argentina*”, *Derecho de obligaciones. La importancia del derecho romano en la época contemporánea (Actas del XVII Congreso internacional y XX Congreso iberoamericano de derecho romano. Bolonia-Ravena)*, coord. G. Luchetti, Bologna, 2016, pp. 616 y ss.

⁷ “*Si tus ascendientes vendieron un fundo con la condición de que fuere restituido, ya si ellos o ya si sus herederos le hubieran ofrecido en algún tiempo o dentro de ciertos plazos el precio al comprador, y estando tú dispuesto a cumplir la condición expresada no se atuviere a ella el heredero del comprador, para que se observe la fe del contrato se te dará la actio praescripti verbis o la actio venditi, habida cuenta de lo que después de ofrecida la cantidad en virtud del pacto fue a poder de tu adversario por razón de este fundo.*”

Siguiendo la consideración que hace DE RUGGIERO en relación con el pacto de retroventa, del que el de *retrovendendo* es en buena parte causante, el pacto de *retrovendendo* somete la venta a una condición resolutoria potestativa⁸. Resolutoria, porque el cumplimiento de la condición resuelve la compraventa; y potestativa, porque la facultad de resolver el contrato ha de quedar exclusivamente al arbitrio del vendedor, sin que se requiera el cumplimiento de ninguna otra circunstancia adicional⁹.

En relación con ello, la primitiva concepción romana de la propiedad como derecho perpetuo¹⁰ dificultó concebir que las

⁸ DE RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho Civil, vol. II*, trad. Serrano Suñer y Santa-Cruz Tejeiro, Reus, Madrid, 1931, p. 330. En el mismo sentido se ha manifestado nuestra jurisprudencia (STS nº 961/2002, de 23 de octubre -RJ 2002/9305-; STS de 28 de diciembre de 1984 -RJ 1984/6298). Cfr. también CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español común y foral, tomo IV.*, 15ª ed., Reus, Madrid, 1993, p. 168.

⁹ En sintonía con ello, VIARD rechaza considerar como pacto de *retrovendendo* aquel pasaje descrito por Próculo en D., 19,5,12 y donde se indicaba que si el marido había vendido unos fundos a su mujer con la condición de que si la mujer hubiera dejado de estar casada con él los devolviera, el marido podría recuperarlos a su voluntad pagando el precio que su cónyuge abonó por ellos.

Si vir uxori suae fundos vendidit et in venditione comprehensum est convenisse inter eos, si ea nupta ei esse desisset, ut eos fundos si ipse vellet, eodem pretio mulier transcriberet viro: in factum existimo iudicium esse reddendum idque et in aliis personis observandum.

“Si el marido vendió unos fundos a su mujer y en la venta se convino que si la mujer hubiera dejado de estar casada con él los debería devolver, si él quisiera aquellos fundos por el mismo precio, opino que se le ha de dar la actio in factum, y que esto se ha de observar también con respecto a otras personas.”

En este supuesto, el marido no tenía plena libertad para solicitar la devolución de las fincas a su antojo, sino que únicamente las podría reclamar en caso de que la mujer hubiera dejado de estar casada con él. Sobre ello, VIARD, P. E., *Les pactes adjoints aux contrats en droit romain classique*, L'Erma, Roma, 1972, pp. 81 y 82, n. 2.

¹⁰ En este sentido, Fr. Vat. 283, donde Diocleciano señala la imposibilidad de

transmisiones pudieran ser temporalmente limitadas y, en consecuencia, considerar estos pactos como verdaderas condiciones resolutorias. Hasta bien entrada la época clásica, estos pactos debieron ser contemplados como condiciones suspensivas, lo que suponía dejaren suspenso los efectos de la compraventa hasta verificar el cumplimiento o no del acontecimiento futuro e incierto del que dependía el contrato. Así lo podemos ver con otros pactos también añadidos al contrato de compraventa¹¹, como el pacto *in diem addictio*¹² o el pacto de *lex commissoria*¹³.

que la propiedad se transfiera temporalmente:

Si praediorum stipendiariorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem eius qui accepit ad te rediret, donatio inrita est, cum ad tempus proprietatis transferri nequiverit.

“Si diste predios estipendiarios como regalo de modo que regresaran a ti después de la muerte de quien aceptó la donación, ésta es nula, porque la propiedad no podría transferirse a tiempo.”

Sobre ello, BONFANTE, P., *Diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 200; BIONDI, B., *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 197; MARRONE, M., *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, Palermo, 1989, p. 226.

No obstante, parece que la concepción de la propiedad como derecho perpetuo ya no existía en tiempos de Justiniano, que cambia la solución dada en la constitución de Diocleciano [C., 8, 54 (55), 2]:

Si praediorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem eius qui accepit ad te rediret, donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet quae ei imposita est conservanda.

“Si donaste la propiedad de predios, señalando que volvieran a ti tras la muerte del donatario, es válida la donación, pues también puede hacerse ésta por tiempo cierto o incierto, debiéndose conservar la condición que se impuso”.

Atendiendo a este cambio, BONFANTE señala que el carácter perpetuo de la propiedad primitiva terminaría cediendo con Justiniano, donde ya existe el instituto de la revocación real y la libre constitución de la propiedad *ad tempus* (BONFANTE, P., *Diritto romano*, cit., p. 203).

¹¹ D’ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., p. 580, n. 3 y 4.

¹² Este pacto se utilizaba en las ventas con precio aplazado y permitían al vendedor recuperar la cosa vendida si en un determinado plazo de tiempo aparecía otro comprador que ofrecía mejores condiciones. Sobre él, SENN, F., “L’in diem addictio”, *Nouvellerevuehistorique de droitfrançais et étranger*, n° 37, 1913, pp. 275 y ss.; ROMANO, S., *Note sulla in diem addictio*, Pavia, 1938;

En cuanto al primero, Sabino (s. I d.C.) indicaba que un fundo dado al comprador bajo el pacto *in diem addictio* se hacía suyo en el momento en el que se considera que no se había producido una mejor oferta de un segundo comprador:

Quod autem sabinus scribit fundum in diem addici non posse rursus, qui semel fuerat in diem addictus, ratione eiusmodi defendit, quia prioris, inquit, emptoris statim fit, scilicet quasi non videatur melior condicio allata, si non secure secundo

D'ORS, A., "In diem addictio", AHDE, n° 16, 1945, pp. 193 y ss.; NICOSIA, E., "Utilitas contrahentium e in diem addictio", *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, vol. II, Padova, 2007, pp. 257 y ss.; LAMBRINI, P., "In diem addictio e seconda compravendita tra le stesse parti: patto modificativo o nova emptio?", *Studi in onore di Antonino Metro*, vol. 3, Milano, 2010, pp. 383 y ss.

- ¹³ Dicho pacto se utilizaba en las ventas con pago aplazado y permitía al vendedor reservarse el derecho a recuperar la cosa si el comprador no abonaba el precio establecido en el plazo fijado. Sobre él, WIEACKER, F., *Lex commissoria*, Berlín, 1932; SACCHI, A., *Sul patto commissorio in diritto romano*, Bologna, 1895; DAUBE, "Si... tunc in D., 19, 2, 22, pr. Tenancy of purchaser and lex commissoria", *RIDA*, n° 5, 1958, pp. 427 y ss.; ZAMORA MANZANO, J. L., "Algunas reflexiones sobre la lex commissoria y su prohibición ulterior en el pignus", *RIDA*, n° 54, 2007, pp. 519 y ss.; GÓMEZ GARZÁS, J., "La lex commissoria in causa obligationis en los formularios catonianos", *RGDR*, n° 13, 2009, p. 1 y ss.; PENNACCHIO, C., "Note in tema di lex commissoria: a proposito di D. 18.3.8 (Scaev. 7 dig.)", *Teoria e storia del diritto privato*, n° 10, 2017, pp. 1 y ss.

Sobre este pacto y el pacto *in diem addictio*, LONGO, C., "Sulla in diem addictio e sulla lex commissorianella vendita", *BIDR*, n° 31, 1921, pp. 40 y ss.; ZILLOTTO, P., "Vendita con lex commissoria o in diem addictio: la portata dell'espressione *res inempta*", *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, vol. IV, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, pp. 475 y ss.; ARCHI, G. G., "La restituzione dei frutti nelle vendite con in diem addictio e con lex commissoria", *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano, 1934, pp. 325 y ss.; NICOSIA, E., *In diem addictio e lex commissoria*, ed. Torre, Catania, 2013; RASI, P., *Il patto di riscatto nella compravendita*, cit., pp. 24 y ss.

emptori fundus addicitur, sed alia licitatio prospicitur..
(Ulpiano, D., 18,2,11,pr.)¹⁴.

O que si una finca se vendió con pacto *in diem addictio* a un primer comprador y luego apareció un segundo comprador que hizo mejor oferta, quien realmente compra es el segundo y no el primero:

Sed si emptor alium non idoneum subiecit eique fundus addictus est, non video, inquit, quemadmodum priori sit emptus, cum alia venditio et vera postea subsecuta sit. (Paulo, D., 18,2,14, 1)¹⁵

Parece que en estos casos, cuando la fase de *pendente condicione* podía prolongarse en el tiempo, era habitual que el comprador disfrutara de la posesión de la cosa desde el momento del acuerdo, aunque en concepto distinto de dueño. De este modo, si el objeto entregado era *res Mancipi*, el vendedor se lo trasladaría mediante simple *traditio*, conservando la propiedad quiritaria. Si el bien era *res nec Mancipi*, lo que le transmitiría sería la mera posesión en precario, insuficiente para que el comprador adquiriera la propiedad¹⁶.

¹⁴ “Más lo que escribe Sabino, que no puede darse nuevamente un fundo bajo el pacto *in diem addictio* si ya hubiera sido dado en adición previamente, lo que se funda en que se hace inmediatamente del primer comprador en el momento en el que no se considera una mejor oferta del segundo comprador, sino una licitación nueva.”

¹⁵ “Pero si el comprador se substituyó por otro que no era idóneo, y a éste se dio en adición el fundo, no veo, dice [Sabino], de qué modo haya quedado comprado para el primero, habiéndose producido después otra venta válida”.

¹⁶ ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 89-90. En el mismo sentido, VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano*, trad. J. Daza, Civitas, Madrid, 1986, p. 182. Cfr. MARRONE, M., *Istituzioni di diritto*

Es cierto que considerando la venta sometida a condición suspensiva se evitaba enfrentarse al problema de la transmisión temporal de la propiedad. Sin embargo, que el comprador poseyera la cosa durante largo tiempo sin llegar a ser dueño no estaba exento de complicaciones. Y una de ellas era la distorsión de la apariencia y, como consecuencia de ello, el menoscabo a la publicidad. Porque quien a ojos de los demás poseía la cosa como si ya fuera propietario era el comprador, que sin embargo no sería dueño hasta que la condición de la que dependía la venta se hubiera -o no- cumplido.

En el s. II d. C. parece que Juliano trató de resolver este problema entendiendo tales pactos no como ventas suspensivamente condicionadas, sino como ventas sometidas a pactos de resolución suspensivamente condicionados¹⁷. Un pequeño cambio de concepción que tuvo importantes consecuencias prácticas. VOLTERRA indica que la misma situación jurídica que se configura hoy a través de una venta sometida a condición resolutoria era concebida en Roma como dos negocios jurídicos: el primero de ellos, la compraventa, era un negocio jurídico puro; el segundo, el pacto, estaba sometido a una condición suspensiva con efectos resolutorios. Y trata de explicarlo a través del siguiente ejemplo: “Cayo transmite la propiedad de una finca a Ticio, conviniendo que si un determinado barco llega a Asia se considerará rescindido el negocio de transmisión de propiedad”.

romano, cit., pp. 228-229.

¹⁷ D'ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., p. 580, n. 4.

Este acuerdo entre Cayo y Ticio se configuraría según la concepción romana “como dos negocios diferentes, uno obligatorio de transmisión de la propiedad del fundo, otro sometido a condición suspensiva y encaminado a hacer que cesen los efectos del primero si llega aquel barco a Asia”¹⁸.

De este modo, Ulpiano (D., 18,2,1) mostraba el parecer de Juliano indicando que en la venta con pacto *in diem addictio* el comprador al que se le hizo adicción del bien se comporta como si fuera propietario, pudiendo usucapir el objeto entregado y lucrarse con los frutos y accesiones, debiendo también asumir el riesgo de pérdida de la cosa si ésta hubiera perecido.

*Ubi igitur secundum quod distinximus pura venditio est, iulianus scribit hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse et fructus et accessiones lucrari et periculum ad eum pertinere, si res interierit.*¹⁹

Y en el mismo sentido, Paulo (D., 41,4,2,4) explicaba que si se hubiera vendido con pacto *in diem addictio*, Juliano opinaba que los frutos se hacían del comprador y que procedía la usucapión, porque

¹⁸ VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano*, cit., p. 181. Cfr. también, D’ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., pp. 369, 553 n.2, 580 n. 4; BIONDI, B., *Istituzioni di diritto romano*, cit., 197.

¹⁹ “Así, pues, cuando según la distinción que hemos hecho [la que diferenciaba venta sometida a condición suspensiva y venta pura con pacto de resolución condicionado] la venta es pura, escribe Juliano que a quien se hizo adicción a día de la cosa puede usucapirla y lucrarse con los frutos y accesiones, respondiendo también del riesgo si la cosa hubiera perecido.”

la venta no se contrataba bajo condición, sino que se resolvía bajo condición.

*Si in diem addictio facta sit, id est nisi si quis meliorem condicionem attulerit, perfectam esse emptionem et fructus emptoris effici et usucapionem procedere iulianus putabat: alii et hanc sub condicione esse contractam, ille non contrahi, sed resolvi dicebat, quae sententia vera est.*²⁰

Esta solución, como podemos comprobar en otros pasajes de Ulpiano, no quedó limitada únicamente a los pactos *in diem addictio*, sino que se utilizaría también en los demás pactos que condicionaban la compraventa. Así lo vemos en D., 18,3,1, relativo al pacto de *lex commissoria* y donde se indica que en estos pactos la compra se resuelve bajo condición (en vez de celebrarse bajo condición).

*Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub condicione resolvi emptio quam sub condicione contrahi videatur.*²¹

²⁰ “Si se hubiera vendido con pacto *in diem addictio*, esto es, que la compra quede perfeccionada si otro no hubiere ofrecido mejor condición, opinaba Juliano que los frutos se hacían del comprador, y que procedía la usucapión; otros, que también esta venta fue contratada bajo condición; y él decía que no se contrataba, sino que se resolvía; cuya opinión es verdadera.”

²¹ “Si se hubiere vendido un fundo con el pacto de la ley comisoria, es más cierto que la compra se resuelve bajo condición, que se considere que se celebra bajo condición.”

O en D., 18,1,3, en el que se recoge que si se hubiera vendido una cosa pactando que si fuera del desagrado del comprador no quedara comprada, si finalmente le desagradara, no debemos entender que la cosa fue vendida bajo condición, sino que la compraventa se resuelve bajo condición.

*Si res ita distracta sit, ut si displicisset inempta esset, constat non esse sub condicione distractam, sed resolvi emptionem sub condicione.*²²

Esta creativa solución dada por Juliano sería más eficaz en las ventas bajo condición cuyo plazo de cumplimiento fuera previsiblemente largo. Porque durante ese tiempo, el comprador, que se comportaba como dueño, realmente lo era. Sin embargo, posiblemente una venta sometida a condición suspensiva fuera mejor cuando el plazo en el que la condición debiera de cumplirse fuera relativamente corto (ej. Te vendo mi casa por 100 si en el plazo de 2 meses no aparece mejor postor). En estos casos, no sólo parece difícil que el comprador fuera propietario en la fase de *pendente condicione*, sino también incluso que fuera poseedor cuando el tiempo de incertidumbre era tan breve. Por esta razón, nadie mejor que las partes para convenir lo que les era más útil: que el pacto añadido a la compraventa condicionara suspensivamente el inicio de los efectos del negocio o que, por el contrario, se acordara que el

²² “Si la cosa se hubiera vendido de forma que si desagradara no quedara comprada, la cosa no fue vendida bajo condición, sino que se disuelve la compra bajo condición.”

pacto tenía carácter resolutorio y, como consecuencia de ello, sirviera para resolver los efectos ya producidos de la compraventa.

Tal solución fue la que finalmente se terminaría imponiendo y en tiempos de Justiniano las partes tendrían libertad para convenir el tipo de condición que se originaba tras el pacto añadido a la compraventa²³. En este sentido, en D., 18,2,2,pr. se indicaba que cuando se vende un fundo sometido a pacto *in diem addictio* y se duda si la compra es pura y se resuelve bajo condición o si es condicional, se ha de estar a lo acordado. Porque será pura la compra si se acordó que se disolvería si se ofrecen mejores condiciones y será condicional si se pactó que se perfeccionase si no se hubieran ofrecido mejores condiciones²⁴.

*Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emptio, quaestionis est. Et mihi videtur verius interesse, quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura emptio, quae sub condicione resolvitur: sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi melior condicio offeratur, erit emptio condicionalis.*²⁵

²³ Cfr. D'ORS, A., "In diem addictio", cit., p. 197; VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano*, cit., pp. 508-509. Sobre ello, cfr. también FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, cit., pp. 269-270; GARCÍA SÁNCHEZ, J., "El Derecho Romano en un decreto sinodal...", cit., p. 16, n. 44.

²⁴ Acerca de la alteración del texto original por los compiladores justinianos para adaptar este tipo de pactos a la concepción bizantina, D'ORS, A., "In diem addictio", cit., p. 251.

²⁵ "Cuando se vende un fundo con pacto de adicción se duda si es pura la

En conclusión, para los juristas clásicos parece que en un primer momento este tipo de pactos añadidos al contrato de compraventa actuaría como condiciones suspensivas, quedando el inicio de los efectos de la venta a la espera del cumplimiento o no de la condición. Fue a partir de Juliano (s. II d.C.) cuando estos pactos comienzan a considerarse de forma diferente: no condicionarían suspensivamente la venta, sino que a una venta pura se le añadiría un pacto de resolución suspensivamente condicionado. Finalmente, Justiniano permitiría que fueran las partes quienes libremente eligieran si estos pactos condicionaban suspensivamente la venta o, por el contrario, si actuaban como acuerdos con carácter resolutorio de un contrato de compraventa puro²⁶.

compra, pero se disuelve bajo condición o si es más bien condicional. Y me parece que es más verdadero que lo que importa es lo que se haya acordado. Porque si verdaderamente se trató esto, que se disuelva habiéndose ofrecido mejores condiciones, será pura la compra, la cual se disuelve bajo condición; pero si se trató que se perfeccionase la compra si no se hubieran ofrecido mejores condiciones, la compra será condicional."

²⁶ Cfr. VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano*, cit., pp. 180 y ss.; ARU, L. y ORESTANO, R., *Derecho romano*, Epesa, Madrid, 1964, p. 55; FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, cit., p. 34; D'ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., p. 580, n. 4; *idem*, "In diem addictio", cit., p. 202; BIONDI, B., *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 197; MARRONE, M., *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 648.

III. Las consecuencias del *pactum de retrovendendo*

Los pactos añadidos al contrato de compraventa, entre los que se incluye el *pactum de retrovendendo*, someten los efectos del negocio jurídico a un elemento accidental, el cumplimiento de un acontecimiento futuro e incierto (que se pague el precio en un plazo determinado, que no aparezca otro comprador que ofrezca mejores condiciones de compra, que el vendedor quiera recuperar la cosa vendida, etc.). Cuando se cumple este acontecimiento futuro e incierto y el negocio jurídico surte efectos (si estaba condicionado suspensivamente) o cesan los mismos (si lo que se estableció fue un pacto de carácter resolutorio) debemos considerar si los efectos suspensivos o resolutorios de los pactos deben surgir en el momento de cumplimiento de la condición (*ex nunc*) o en el momento del perfeccionamiento del contrato (*ex tunc*). Asimismo, en los casos en los que el negocio jurídico haya surtido efectos en el momento de su perfeccionamiento y deba resolverse después como consecuencia del cumplimiento o no de la condición, debemos analizar si la revocación que se produce tiene carácter real u obligacional; es decir, si el derecho real transmitido vuelve a su anterior situación automáticamente como consecuencia del cumplimiento de la condición (revocación real) o si, por el contrario, lo que surge a favor del vendedor cuando se cumple la condición es el derecho a exigir al comprador un comportamiento tendente al restablecimiento de la situación anterior a la venta (revocación obligacional).

a) Efectos *ex nunc* o *ex tunc* del cumplimiento de la condición.

En cuanto al cumplimiento de la condición, resulta necesario determinar si los efectos de la venta surgen desde el momento en el que se cumple la condición (*ex nunc*) o si, por el contrario, han de retrotraerse al tiempo de perfeccionarse el contrato de compraventa (*ex tunc*).

La doctrina mayoritaria considera que las condiciones producían efectos *ex nunc* en derecho clásico, mientras que en derecho justiniano los efectos eran *ex tunc*²⁷.

En lo que respecta al derecho clásico, Gayo indicaba que era inútil la estipulación en la que se prometía dar cuando muriera el estipulante o el promitente (*Inst.* 3,100). Y lo justificaba señalando que parecía poco conveniente que empezase la obligación en la persona del heredero.

Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: post mortem meam dari spondes? uel ita: post mortem tvam dari spondes? ualet autem, si quis ita dari stipuletur: cum moriar, dari spondes? uel ita: cum morieris, dari spondes? id est, ut in nouissimum uitae tempus stipulatoris

²⁷ D'ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., pp. 514-515. Cfr. JÖRS, P. y KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, trad. L. Prieto., Labor, Barcelona, 1937, pp. 122-123; BETTI, E., "La retroattività della 'condicio' («facti» o «iuris») in diritto giustiniano", *Scritti in onore di Contardo Ferrini*, Pavia, 1945, p. 479. Con notables matizaciones, CALONGE, A., "En torno al problema de la retroactividad de la condición en el Derecho Romano clásico", *Studi in onore di E. Volterra*, t. III, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 143 y ss.

*aut promissoris obligatio conferatur: nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem. Rursum ita stipulari non possumus: pridie quam moriar, aut pridie quam morieris, dari spondes? quia non potest aliter intellegi 'pridie quam aliquis morietur', quam si mors secuta sit; rursus morte secuta in praeteritum reducitur stipulatio et quodam modo talis est: heredi meo, dari spondes? quae sane inutilis est.*²⁸

En este caso, el problema que se plantea es el momento en el que deben comenzar los efectos del negocio jurídico, esto es: si se inician en el instante final de la vida del estipulante o del promitente o justo después de su muerte. En el supuesto elegido por Gayo, la disyuntiva que plantea el jurista clásico no es si los efectos del negocio jurídico se retrotraen al momento del acuerdo o no. Parece que tiene claro que no, que comienzan *ex nunc*, en el momento de cumplirse el término, pues lo que se cuestiona es si ese momento se produce justo antes de la muerte del estipulante o del promitente o justo después de la misma²⁹.

En cambio, la solución justiniana pudo ser diferente. Así parece mostrarse en Ulpiano, D., 23,3,9,1, donde comienza con la

²⁸ “Por último, es inútil la estipulación en estos términos: ¿te comprometiste a dar después de mi muerte? o de ¿de tu muerte? Pero vale, en cambio, en esta forma: ¿te comprometiste a dar en el momento de mi muerte? o ¿de tu muerte? Esto es, de modo que la obligación se difiera a los últimos momentos de la vida del estipulante o del promitente. En efecto, parecía contrario a la elegancia del derecho el que la obligación surgiera en el heredero. Tampoco podemos hacer la estipulación en esta forma: ¿te comprometes a dar la víspera de mi muerte o de tu muerte?, pues “la víspera” no se puede saber cuál es hasta después de la muerte, y así equivale esta estipulación a la de ¿te comprometes a dar a mi heredero?, la cual es inútil.”

²⁹ BETTI, E., “La retroattività...”, cit., p. 480.

solución clásica: si se entregó una cosa a una persona para que, verificadas las nupcias, sirviera como dote y quien la entregó falleció antes de celebrarse el matrimonio, no podrán hacerse de quien las recibió, pues el dominio ya es del heredero. Y termina con la postclásica: es más equitativo que se imponga al heredero consentir lo que hizo el difunto y que, por tanto, se transfiera el dominio de la cosa al marido para que la mujer no quede sin dote³⁰.

*Si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis dotis efficiantur, et ante nuptias decessero, an secutis nuptiis dotis esse incipient? Et vereor, ne non possint in dominio eius effici cui datae sunt, quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit, quia pendet donatio in diem nuptiarum et cum sequitur condicio nuptiarum, iam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo fatendum est. sed benignius est favore dotium necessitatem imponi heredi consentire ei quod defunctus fecit aut, si distulerit vel absit, etiam nolente vel absente eo dominium ad maritum ipso iure transferri, ne mulier maneat indotata..*³¹

³⁰ Cfr. BETTI, E., "La retroattività...", cit., p. 481.

³¹ "Si yo hubiera entregado cosas a alguien para que verificadas las nupcias se hagan de la dote y yo hubiere fallecido antes de las nupcias, ¿comenzarán a ser de la dote verificadas las nupcias? Y temo que no pueden hacerse del dominio de aquel a quien se dieron, porque después de la muerte comienza el dominio a apartarse de aquel que las dio, porque la donación está pendiente hasta el día de las nupcias y cuando se verifica la condición de las nupcias ya el dominio es del heredero, del cual se ha de confesar que contra su voluntad no puede separarse el dominio de las cosas. Pero es más equitativo que en favor de la dote se imponga al heredero la necesidad de consentir en lo que hizo el difunto o que si lo rehusara, o estuviera ausente, aún no queriendo, o estando él ausente, se transfiera ipso iure el dominio al marido, para que la mujer no quede indotada."

Una solución no muy distinta a la recogida en Juliano, D., 39,5,2,5, donde se indica que si se hubiera dado dinero con la condición de que se haga de quien lo recibe cuando Seyo sea cónsul, se hará del adquirente en el momento en el que se cumpla la condición, aunque quien lo entregó hubiera fallecido o se hubiera vuelto loco.

*Si pecuniam mihi titius dederit absque ulla stipulatione, ea tamen condicione, ut tunc demum mea fieret, cum seius cónsul factus esset: sive furente eo sive mortuo seius consulatum adeptus fuerit, mea fiet..*³²

Esta solución parece caber si consideramos que los efectos del negocio jurídico deben retrotraerse al tiempo de su perfección (*ex tunc*), el momento en el que quien dio el dinero estaba vivo y tenía capacidad de disponer.

También clásica, según BETTI³³, es la solución de Gayo en D., 20,4,11,pr., donde se indica que es preferido en el *pignus* el que primero prestó dinero y recibió la hipoteca, aunque con otro se hubiera convenido antes si este otro no dio el dinero primero.

Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut, si ab eo pecuniam

³² “Si Ticio me hubiera dado dinero sin haber hecho estipulación, pero con la condición de que sólo se haga mío cuando Seyo sea cónsul, se hará mío si Seyo se hace cónsul, aunque Ticio se haya vuelto loco o haya fallecido”.

³³ BETTI, E., “La retroattività...”, cit., p. 491.

*acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit: poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam.*³⁴

Esta respuesta, continúa BETTI, es contraria a la contenida en el párrafo 1º del mismo fragmento y ya adaptada a derecho bizantino. En ella se pregunta si la solución será igual si se dio hipoteca habiéndose hecho estipulación bajo condición y, estando en fase de pendencia, otro prestó puramente y recibió la misma cosa en garantía. En este caso, Justiniano dice que si se cumplió la condición de la primera estipulación, se considera que ésta se hizo sin condición.

*Videamus, an idem dicendum sit, si sub condicione stipulatione facta hypotheca data sit, qua pendente alius credidit pure et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis existat condicio, ut potior sit qui postea credidisset. sed vereor, num hic aliud sit dicendum: cum enim semel condicio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset. quod et melius est.*³⁵

³⁴ “Es preferido en la prenda el que primero prestó el dinero y aceptó la hipoteca, aunque con otro se había convenido antes, que si él hubiere recibido dinero, le esté obligada la cosa, aun cuando de él lo recibió después; porque podía, aunque antes se convino, no recibir de él el dinero.”

³⁵ “Veamos, ¿se habrá de decir lo mismo si se hubiera dado hipoteca habiéndose hecho estipulación bajo condición, pendiente la cual otro prestó puramente y recibió la misma hipoteca y luego después se cumpliera la condición de la primera estipulación, de suerte que sea preferido el que hubiese prestado después? Temo que acaso aquí se haya de decir otra cosa, porque una vez que se cumplió la condición, se considera lo mismo que si se hubiese hecho sin condición al tiempo en que se interpuso la estipulación.”

Por tanto, en este caso, los efectos del negocio jurídico se sitúan en el momento en el que se perfeccionó el contrato (*ex tunc*) y no en el tiempo en el que se cumplió la condición. Y lo mismo sucedería en Marcelo, D., 8,6,11,1, donde se indica que si se legó un fundo bajo condición y el heredero impuso servidumbres en el mismo, éstas se extinguirán al cumplirse la condición del legado³⁶; en Pomponio, D., 35,1,105, que recoge un caso no muy diferente con similar solución³⁷; en Ulpiano, D., 18,2,4,3, que alude a las palabras de Marcelo en las que indicaba que habiéndose vendido puramente un fundo con pacto *in diem addictio*, si se hubiera ofrecido mejor condición, la cosa dejaba de estar en prenda si el comprador así la hubiera dado³⁸; en Ulpiano, D., 20,6,3, que refiriéndose también a

³⁶ *Heres, cum legatus esset fundus sub condicione, imposuit ei servitutes: extinguuntur, si legati condicio existat. videamus, an adquisitae sequantur legatarium: et magis dicendum est, ut sequantur.*

“Un heredero, habiéndose legado un fundo bajo condición, le impuso servidumbres; se extinguirán, si se cumpliera la condición del legado, pero veamos, ¿seguirán acaso al legatario las adquiridas? Y con más razón se ha de decir que le seguirán.”

³⁷ *Si fundum a testatore sub condicione legatum heres alii pendente condicione legavit, post existentem ^existentem^ condicionem, quae priori testamento praeposita fuerat, neque proprietas a priore legatario recedit nec locum religiosum in eo fundo heres facere nec servitutem imponere poterit: sed et imposita servitus finietur existente condicione.*

“Si el heredero legó a otro, estando pendiente la condición, el fundo legado bajo condición por el testador, después de cumplida la condición, que se había puesto en el primer testamento ni se separa del primer legatario la propiedad, ni el heredero podrá hacer religioso un lugar en aquel fundo, ni imponerle servidumbre; sino que hasta la servidumbre impuesta se extinguirá al cumplirse la condición.”

³⁸ *Sed et Marcellus libro quinto digestorum scribit pure vendito et in diem addicto fundo si melior condicio allata sit, rem pignori esse desinere, si emptor eum fundum pignori dedisset: ex quo colligitur, quod emptor medio tempore dominus est: alioquin nec pignus teneret.*

“Pero también Marcelo escribe en el libro quinto del Digesto, que vendido puramente un fundo y habiéndose hecho de él adición a día, si se hubiera ofrecido mejor condición, la cosa deja de estar en prenda, si el

Marcelo señala que si una cosa hubiera sido vendida con pacto *in diem addictio*, se hubiera entregado y el comprador la hubiera dado en prenda, si después aparecía un mejor postor la prenda se extinguía³⁹; o en C., 6,43,3,3, donde Justiniano señala que si el legado o fideicomiso hubiera sido dejado bajo condición, se obrará mejor si no se vende o hipoteca el bien, no sea que se obligue a cargas más pesadas por la evicción. Y, continúa diciendo, si se cumple la condición se hará nulo desde el principio el título, como si no hubiera sido otorgado⁴⁰. Finalmente, así también parece que sucedía

comprador hubiese dado en prenda aquel fundo. De lo cual se colige, que el comprador sería dueño en el tiempo intermedio; porque de otro modo no existiría la prenda."

³⁹ *Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem condicionem invenisset, fueritque tradita et forte emptor, antequam melior condicio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro quinto digestorum ait finiri pignus, si melior condicio fuerit allata, quamquam, ubi sic res distracta est, nisi emptori displicuisset, pignus finiri non putet.*

"Si una cosa hubiere sido vendida de este modo, si dentro de cierto término no se hubiese encontrado mejor condición, y hubiere sido entregada y acaso el comprador, antes que se ofreciera mejor condición, hubiese dado en prenda esta cosa, dice Marcelo en el libro quinto del Digesto, que se extingue la prenda, si se hubiere ofrecido mejor condición; aunque cuando la cosa se vendió de este modo, si no hubiese desagradado al comprador, no opine que se extinga la prenda."

⁴⁰ *Sin autem sub condicione vel sub incerta die fuerit relictum legatum vel fideicommissum universitatis vel speciale vel substitutione vel restitutione, melius quidem faciat, et si in his casibus caveat ab omni venditione vel hypotheca, ne se gravioribus oneribus evictionis nomine supponat. Sin autem avaritiae cupidine propter spem condicionis minime implendae ad venditionem vel hypothecam prosiluerit, sciat, quod condicione impleta ab initio causa in irritum devocetur et sic intellegenda est, quasi nec scripta nec penitus fuerat celebrata, ut nec usucapio nec longi temporis praescriptio contra legatarium vel fideicommissarium procedat.*

"Pero si el legado o el fideicomiso universal o especial hubiera sido dejado bajo condición o desde día incierto, o sujeto a sustitución o a restitución, obrará ciertamente mejor quien en estos casos se abstenga de toda venta o hipoteca, no sea que se obligue a cargas más pesadas por razón de la evicción. Más si por avaricia se hubiera lanzado a vender o a hipotecar con la esperanza de que no se cumpliría la condición, si se cumpliera ésta se hará nulo desde el principio el título, como si no hubiera sido otorgado, de

cuando se vendía una cosa bajo condición suspensiva y ésta finalmente se cumplía, pues el riesgo de pérdida o deterioro en estos casos debía asumirlo el comprador (Paulo, D., 18,6,8,pr.)⁴¹.

b) La revocación real u obligacional.

Como hemos visto, al final del desarrollo del derecho romano el negocio parece que surtiría efectos *ex tunc* al cumplirse la condición. De este modo, si la condición era suspensiva, se consideraba que el negocio jurídico había existido siempre; si era resolutoria, nunca. En estos casos, cuando los efectos de la compraventa debían resolverse, cabe preguntarse si la revocación de los mismos sería real u obligacional; es decir, si en el momento en el que la venta se hiciera pura, por cumplirse la condición suspensiva, o quedara resuelta, por acontecer la resolutoria, la propiedad pasaba automáticamente, *ipso iure*, del vendedor al comprador en el primero de los casos o del comprador al vendedor, en el segundo. Si pasaba automáticamente, hablamos de revocación real; si por el

suerte que no proceda contra el legatario o el fideicomisario ni la usucapión ni la praescriptio longi temporis."

⁴¹ *Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio: quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio: quod si exstiterit, proculus et octavenus emptoris esse periculum aiunt: idem pomponius libro nono probat.*

"Es necesario saber cuándo se haya perfeccionado la compra, porque entonces sabremos de quién es el riesgo.... Y se vendió puramente, la compra está perfeccionada. Pero si la cosa hubiera sido vendida bajo condición, si verdaderamente faltare la condición, no hay compra, como tampoco estipulación; pero si se hubiera cumplido, icen Próculo y Octaveno, que el riesgo es del comprador; y lo mismo aprueba Pomponio en el libro 9°."

contrario el cumplimiento de la condición lo único que provocaba era el nacimiento de la obligación para exigir la transmisión de la propiedad, diremos que la revocación era obligacional.

La doctrina romanista mayoritaria considera que los efectos de la resolución del negocio jurídico fueron obligacionales en la etapa clásica y reales en la justiniana⁴². ARANGIO-RUIZ sustenta esta diferencia en que en derecho romano clásico los actos creadores de obligaciones estaban claramente separados de aquellos que transmitían la propiedad⁴³. De esta manera, para la transmisión de una *res Mancipi* se requeriría un negocio formal, la *mancipatio* o la *in iure cessio*. Por ello, al cumplirse la condición parece poco probable que el bien automáticamente cambiara de manos sin necesidad de volver a realizar una *mancipatio* o una *in iure cessio*. Así las cosas, antes de que el comprador volviera a retransmitir la propiedad, el vendedor únicamente podría hacer uso de la *actio venditi* y no de la acción reivindicatoria. Si la *res Mancipi* se había transmitido por simple *traditio*, entonces el comprador adquiriría la posesión *ad usucapionem* y podría defenderse en la fase de *pendente condicione*

⁴² VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano*, cit., p. 182; MARRONE, M., *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 228-229; ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 89-90; Burdese, p. 462.; D'ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., pp. 514-515, 553 y 580 n. 4; BETTI, E., "La retroattività...", cit., pp. 477 y ss.; ARCHI, G.G., "Il negozio sottoposto a condizione sospensiva nella compilazione di Giustiniano", *Studi in onore di Emilio Betti*, t. II, Milano, 1961, pp. 31 y ss.

Parecen no ajustarse a esta tesis, C., 4, 54, 3; Pomp., D., 18, 1, 6, 1; Ulp., D., 18, 3, 4, pr.; o Paul., D., 18, 5, 6.

⁴³ ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 89-90. En el mismo sentido, VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano*, cit., p. 182. Cfr. MARRONE, M., *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 228-229.

ante la interposición por parte del vendedor de la acción reivindicatoria a través de la *exceptio rei venditae et traditae*. No obstante, si finalmente la condición se cumpliera y el comprador tuviera que devolver la cosa, si no lo hiciera el vendedor podría contrarrestar la *exceptio* interpuesta a través de la *replicatio doli*⁴⁴.

En época postclásica se produce el ocaso de la clasificación entre *res mancipi* y *nec mancipi* y la consiguiente desaparición de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*. El espacio dejado por estas instituciones es ocupado por la *traditio*, cuya cada vez mayor espiritualización allanaría el camino para que Justiniano terminara reconociendo a la revocación derivada de estos pactos efectos reales. Como consecuencia de ello, el cumplimiento de la condición supondría que la propiedad pasaría *ipso iure* al patrimonio del beneficiado con el cumplimiento de la condición, que podría solicitar la entrega del bien a través, ahora sí, de la acción reivindicatoria⁴⁵. Así sucedería en aquellos casos en los que la condición con efectos resolutorios se cumplía.

En este sentido, parece clara la segunda parte de Ulpiano, D., 23,3,9,1, que como indicamos previamente BETTI consideraba interpolada por contradecir la solución que se recoge en la primera parte del párrafo y que sí considera original⁴⁶. El problema que se plantea es el de una persona que entrega un conjunto de bienes a otra para que, verificadas las nupcias, se hagan de la dote. Tiempo

⁴⁴ JÖRS, P. y KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, cit., p. 123, n. 15.

⁴⁵ ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 90.

⁴⁶ BETTI, E., "La retroattività...", cit., pp. 480 y ss.

después, la persona que entregó los bienes muere y la pregunta que se hace Ulpiano es: si posteriormente se verifican las nupcias, ¿los bienes entregados formarán parte de la dote? Como señalamos, en un principio el texto indica que no pueden hacerse de la persona a quien se dieron, porque la donación está pendiente hasta el día de las nupcias y cuando éstas se produjeron, el dominio ya no era del donante, sino de su heredero, que debe consentir la donación. No obstante, y aquí parece que se recoge la solución bizantina, a continuación el parágrafo cambia la respuesta indicando que parece más equitativo que, en favor de la dote, se imponga al heredero la necesidad de consentir lo que hizo el causante o que -y aquí viene lo que interesa en la cuestión que estamos tratando- si el heredero lo rechazara o estuviera ausente, aun no queriendo se transfiere *ipso iure* el dominio al marido.

sed benignius est favore dotium necessitatem imponi heredi consentire ei quod defunctus fecit aut, si distulerit vel absit, etiam nolente vel absente eo dominium ad maritum ipso iure transferri, ne mulier maneat indotata.

También Justiniano recoge en el ya aludido C., 6,43,3,3 los casos en los que se hubiera dejado un legado o fideicomiso bajo condición. E indica que actuará mejor el heredero que se abstenga de vender o hipotecar el bien, pues cumplida la condición se hará nulo desde el principio su título, teniendo el legatario o el fideicomisario plena facultad para reivindicar la cosa y atribuírsela a sí mismo, sin que los detentadores puedan oponer obstáculo alguno.

*Quod similiter censemus in huiusmodi legatis, quae sive pure sive sub die certo sive sub condicione sive sub incerta die relicta sint: sed in his omnibus casibus legatario quidem vel fideicommissario omnis licentia pateat rem vindicare et sibi adsignare, nullo obstaculo ei a detentatoribus opponendo.*⁴⁷

Como vemos, Justiniano concede la facultad de reivindicar la cosa al legatario o fideicomisario al cumplirse la condición, *ipso iure*, sin que sea necesario ningún acto de transmisión del heredero al legatario o fideicomisario. Y lo mismo se indica en Ulpiano, D., 39,6,29, donde se afirma que quien donó una cosa por causa de muerte y luego sobrevivió dispone de la acción reivindicatoria para reclamar la devolución del bien al donatario.

Si mortis causa res donata est et convaluit qui donavit, videndum, an habeat in rem actionem. et si quidem quis sic donavit, ut, si mors contigisset, tunc haberet cui donatum est, sine dubio donator poterit rem vindicare: mortuo eo tunc is cui donatum est. si vero sic, ut iam nunc haberet, redderet, si convaluisset vel de proelio vel peregre redisset, potest defendi in rem competere donatori, si quid horum contigisset, interim

⁴⁷ “Lo que mandamos que de igual manera se haga en los legados de esta clase, ya hayan sido dejados puramente, ya desde cierto día, ya bajo condición o desde día incierto. Mas en todos estos casos tenga ciertamente el legatario o el fideicomisario la plana facultad para reivindicar la cosa y atribuírsela a sí mismo, sin que se haya de oponer ningún obstáculo por los que la detentan.”

*autem ei cui donatum est. sed et si morte praeventus sit is cui donatum est, adhuc quis dabit in rem donatori..*⁴⁸

No muy lejos de esta solución está Ulpiano, D., 6,1,41,pr, donde se indica que en el pacto *in diem addictio*, si aparece un mejor postor el primer comprador dejará de poder utilizar la acción real.

*Si quis hac lege emerit, ut, si alius meliorem condicionem attulerit, recedatur ab emptione, post allatam condicionem iam non potest in rem actione uti. Sed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adiectio sit facta, uti in rem actione potest: postea non poterit.*⁴⁹

La respuesta dada en el *pactum in diem addictio* no es muy distinta a la existente para el pacto de *lex commissoria*, donde C., 4,54,4 establece que si el comprador no pagara el precio acordado, el vendedor tiene a su disposición, bien la acción reivindicatoria para

⁴⁸ “Si una cosa fue donada por causa de muerte y convaleció el que la donó, se ha de ver si tendrá acción real. Y si verdaderamente uno donó de suerte, que, si le sobreviniese la muerte, la tenga aquel a quien se le donó, sin duda podrá el donante reivindicar la cosa, y muerto éste, aquel a quien se le donó. Pero si la donó de modo que la tuviese desde luego, y la devolviese si hubiese convalecido, o si hubiese vuelto de la guerra o de un viaje, se puede defender que le compete al donante la acción real, si hubiese acontecido alguna de estas cosas; pero mientras tanto, a aquel a quien se hizo la donación. Mas también si hubiera sido sorprendido por la muerte aquel a quien se donó, aun le dará alguno la acción real al donante.”

⁴⁹ “Si alguno hubiere comprado con este pacto, que si otro hubiere ofrecido mejor condición se apartaría de la venta, después de cumplida la condición, ya no puede usar de la acción real. Pero también si a alguien se le hubiera adjudicado un fundo hasta cierto día, antes que la adjudicación se haya verificado puede usar de la acción real, después no podrá.”

pedir la devolución de la cosa, bien la posibilidad de, en vez de reclamar el objeto, solicitar el pago de los intereses del precio.

*Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.*⁵⁰

Y en el mismo sentido, Ulpiano, D., 13,7,13,pr. en el que se establece que si el acreedor hubiera vendido la prenda acordando con el comprador que si el deudor pagaba el precio al comprador podría recuperar el objeto, el deudor tenía a su disposición la acción reivindicatoria o la *actio in factum*.

*Si, cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emptorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam, scripsit iulianus et est rescriptum ob hanc conventionem pigneraticii actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem. sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emptorem agere.*⁵¹

⁵⁰ “No puede elegir el pacto comisorio puesto en una venta el que después del día establecido para que se pague el precio no elige la reivindicación de la cosa, sino que prefirió perseguir la reclamación de los intereses del precio.”

⁵¹ “Si cuando el acreedor vendiese la prenda, se hubiere convenido entre él y el comprador, que si el deudor pagare al comprador el dinero del precio, le fuese lícito recuperar su cosa, escribió juliano, y consta por rescripto, que por esta convención se obliga el acreedor por las acciones pignoraticias a ceder al deudor la acción de venta contra el comprador; pero también el mismo deudor podrá, o reivindicar la cosas, o ejercitar contra el comprador la *actio in factum*.”

Igualmente parece que la revocación tiene carácter real cuando al cumplirse la condición se extinguen automáticamente las prendas que se dieron en la fase de *pendente condicione*. Así lo podemos ver en dos pasajes de Ulpiano en los que se muestra la opinión de Marcelo: D., 18,2,4,3 y D., 20,6,3. En ambos se recoge que si se vendió puramente un fundo con pacto *in diem addictio* y el comprador lo dio en prenda, si aparece un segundo comprador que ofrece mejores condiciones el fundo deja de estar en prenda.

Sed et Marcellus libro quinto digestorum scribit pure vendito et in diem addicto fundo si melior condicio allata sit, rem pignori esse desinere, si emptor eum fundum pignori dedisset: ex quo colligitur, quod emptor medio tempore dominus est: alioquin nec pignus teneret. (D. 18,1,4,3)⁵²

Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem condicionem invenisset, fueritque tradita et forte emptor, antequam melior condicio offeretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro quinto digestorum ait finiri pignus, si melior condicio fuerit allata, quamquam, ubi sic res distracta est, nisi emptori displicuisset, pignus finiri non putet. (D., 20,6,3)⁵³

⁵² “Pero también Marcelo escribe en el libro quinto del Digesto, que vendido puramente un fundo y habiéndose hecho de él adicción a día, si se hubiera ofrecido mejor condición, la cosa deja de estar en prenda, si el comprador hubiese dado en prenda aquel fundo. De lo cual se colige que el comprador sería dueño en el tiempo intermedio; porque de otro modo no existiría la prenda.”

⁵³ “Si una cosa hubiere sido vendida de este modo, si dentro de cierto término no se hubiese encontrado mejor condición, y hubiere sido entregada, y acaso el comprador, antes que se ofreciera mejor condición, hubiese dado en prenda esta cosa, dice Marcelo en el libro quinto del Digesto, que se extingue la

Y también, en relación con la extinción de las servidumbres se recoge que si un heredero constituyó servidumbres en un fundo heredado que había sido legado bajo condición, cuando la condición se cumplía, las servidumbres quedaban extinguidas (Marcelo, D., 8,6,11,1)⁵⁴.

*Heres, cum legatus esset fundus sub condicione, imposuit ei servitutes: extinguuntur, si legati condicio existat. videamus, an adquisitae sequantur legatarium: et magis dicendum est, ut sequantur*⁵⁵

En conclusión, si bien en época clásica posiblemente los efectos del cumplimiento de la condición fueran *ex nunc* y la revocación, obligacional, en tiempos de Justiniano son numerosos pasajes los que nos muestran que los efectos de la condición, una vez cumplida, se retrotraían al momento de la perfección del contrato y que, además, en los casos de revocación, ésta tendría carácter real, no obligacional, pues se producía automáticamente en el momento de cumplirse la condición, sin necesidad de una transmisión posterior

prenda, si se hubiere ofrecido mejor condición; aunque cuando la cosa se vendió de este modo, si no hubiese desagradado al comprador, no opine que se extinga la prenda."

⁵⁴ Sobre la procedencia bizantina de esta solución, BETTI, E., "La retroattività...", cit., p. 494.

⁵⁵ "Un heredero, habiéndose legado un fundo bajo condición, le impuso servidumbres; se extinguirás, si se cumpliera la condición del legado, pero veamos, ¿seguirán acaso al legatario las adquiridas? Y con más razón se ha de decir que le seguirán."

de quien en la fase de *pendente condicione* había disfrutado de la propiedad del bien.

IV. La escasa regulación del *pactum de retrovendendo*

Tras abordar el *pactum de retrovendendo* como condición y los efectos que se derivan del mismo, nuestro trabajo en este apartado se centra en indagar las causas por las que dicho pacto dejó una escasa huella en el Derecho Romano. En este sentido, si atendemos a las ya aludidas palabras de LASARTE al tratar el pacto de retro en derecho moderno,⁵⁶ no es extraño, pues, que el retracto convencional o compraventa con pacto de retro haya ido languideciendo de forma paralela al fortalecimiento del crédito territorial y a la instauración de un sistema hipotecario en sentido moderno. Hasta el punto de que hoy día cabe afirmar que es una figura puramente residual...⁵⁶. Siguiendo su argumentación, el esplendor de este tipo de pactos deberíamos buscarlo entonces en tiempos pasados, en épocas en las que todavía el crédito territorial y el sistema hipotecario sólo se habían desarrollado de forma embrionaria. Y así parece que sucedió, por ejemplo, en la España de la Edad Moderna, donde tenemos constancia de que la compraventa con pacto de retro era bien conocida para los prestamistas⁵⁷. Sin embargo, resulta

⁵⁶ LASARTE, C., *Contratos. Principios de Derecho Civil III*, cit., p. 202. Cfr. también CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español común y foral, tomo IV.*, cit., pp. 167-168; SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL, J. L. "La venta a carta de gracia en el Derecho de Navarra", *Príncipe de Viana*, nº 27, 1947, p. 207.

⁵⁷ Ejemplo de ello es la situación que nos muestra GARCÍA SÁNCHEZ en la Asturias del s. XVII (GARCÍA SÁNCHEZ, J., "El Derecho Romano en un decreto sinodal...", cit., pp. 1, 17 y ss.).

cuando menos curioso a primera vista que el *pactum de retrovendendo* fuera escasamente contemplado en las fuentes romanas⁵⁸. Prueba de ello son los tres primeros títulos del libro XVIII del Digesto, que están dedicados en buena medida a los pactos concertados entre vendedor y comprador y en los que el pacto de retroventa no aparece (al contrario de lo que sucede con el pacto *in diem addictio* - título segundo- o con el pacto de *lex commissoria* -título tercero-).

Cabría preguntarse ahora cuál es la explicación que fundamenta esta escasez de fuentes. Y más si atendemos al sistema de garantías reales romano, menos desarrollado que el de nuestros tiempos y, como consecuencia de ello, teóricamente más propenso a la expansión de este tipo de pactos.

⁵⁸ ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit. p. 403; ÁLVAREZ, M. B., "Pactum de retrovendendo...", cit., p. 616.

No son muchos los textos que parecen referirse al *pactum de retrovendendo*. Entre ellos, además del ya aludido C., 4,54,2, podemos señalar también Marciano, D., 20,5,7,pr.:

Si creditor pignus vel hypothecam vendiderit hoc pacto, ut liceat sibi reddere pecuniam et pignus recipere: an, si paratus sit debitor reddere pecuniam, consequi id possit? et iulianus libro undecimo digestorum scribit recte quidem distractum esse pignus, ceterum agi posse cum creditore, ut, si quas actiones habeat, eas cedat debitori. sed quod iulianus scribit in pignore, idem et circa hypothecam est.

"Si el acreedor hubiera vendido la prenda o la hipoteca con el pacto de que si devuelve el dinero puede recuperar la prenda, ¿podrá acaso conseguirla si el deudor estuviere dispuesto a devolver el dinero? Y escribe Juliano en el libro undécimo del Digesto que verdaderamente la prenda queda bien vendida, pero que puede demandarse al acreedor para que, si tuviera algunas acciones, las ceda al deudor; y lo que escribe Juliano respecto a la prenda, vale también en cuanto a la hipoteca."

Sobre ello, cfr. VIARD, P. E, *Les pactes adjoints aux contrats en droit romain classique*, cit., p. 80.

La fundamentación de esta realidad posiblemente tenga que ver con distintas causas. Sin embargo, una podría destacar sobre las demás: la posibilidad que tuvo el prestamista durante buena parte de la historia de Roma de quedarse con la cosa recibida en garantía si el deudor no cumplía con lo acordado en el plazo previsto. En la actualidad, el retracto convencional encubre en numerosas ocasiones préstamos con garantía. Y lo hace porque el pacto de *lex commissoria*, el pacto mediante el cual el acreedor puede quedarse con la cosa garante del cumplimiento de la obligación si ésta resultara incumplida, es nulo⁵⁹. De este modo, en vez de realizar un préstamo con garantía, las partes terminan perfeccionando una compraventa con pacto de retro, mediante la cual el prestamista, que actúa como comprador, paga al prestatario, que adopta la posición de vendedor, el dinero acordado como préstamo y se compromete a devolver la cosa entregada en el caso de que en un plazo determinado de tiempo el vendedor-prestatario abone al comprador-prestamista la cantidad de dinero estipulada (el capital más los intereses). De no producirse el abono, el vendedor-prestatario no recuperaría el bien entregado, que quedaría definitivamente en manos del acreedor-prestamista.

En Roma no fue necesario acudir a esta figura, por lo que el uso del *pactum de retrovendendo* careció del interés, no siempre lícito, que tuvo siglos después y que todavía mantiene. Y no fue necesario fundamentalmente por dos razones: primera, por la existencia de la fiducia; y segunda, por la validez del pacto de *lex commissoria*.

⁵⁹ Ejemplo de ello es el art. 1859 del Código civil.

La fiducia, tal como la define D'ORS, era un contrato formal por el que un propietario -fiduciante- confiaba la propiedad de una *res mancipi* a otra persona -fiduciario-, quien se obligaba a restituirla en un determinado momento, bien al fiduciante, bien a otra persona designada por él⁶⁰. De los dos tipos de fiducia que existieron en Roma, *cum amico* y *cum creditore*, a nosotros nos interesa la segunda, la que se contraía con fines de garantía y para la que el deudor transmitía la propiedad de una *res mancipi* al acreedor mediante *mancipatio* o *in iure cessio*.

Estando vigente la fiducia, parece que el *pactum de retrovendendo* utilizado como garantía asegurativa de la devolución del dinero prestado tendría poco sentido, por lo menos en cuanto a las *res mancipi*. Porque si lo que quería el acreedor era poder quedarse con la cosa en caso de que el préstamo no le llegara a ser devuelto, la fiducia estaba especialmente diseñada para ello. Así, si la fiducia se constituía mediante *mancipatio*, el *accipiens* indicaba en el acto que adquiría la cosa *fiduciae causa*. En estos casos, el precio de la primera mancipación tenía la función de mutuo; el de la segunda, de restitución; y el bien, de garantía de devolución⁶¹. No era necesario por tanto acudir a un negocio jurídico que, como la compraventa, estaba pensado para una finalidad diferente y que, además, no era capaz *per se* de transmitir la propiedad de la *res*

⁶⁰ D'ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., p. 555. En relación con esta institución, FUENTESECA, M., *El negocio fiduciario en Roma*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

⁶¹ ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 201 y 262.

mancipi, sino que necesitaba igualmente acudir a las figuras de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*.

Sin embargo, con el paso de los siglos fue disminuyendo la importancia de la clasificación que diferenciaba las *res Mancipi* y *nec Mancipi* y, como consecuencia de ello, los modos de adquisición de las primeras. De esta manera, en la etapa postclásica terminaron desapareciendo tanto la *mancipatio* como la *in iure cessio*, lo que, como no podía ser de otro modo, afectó a la fiducia. Así, la fiducia deja de utilizarse en esta época, aunque algún siglo antes Gayo ya se hubiera olvidado de ella al hacer la clasificación de los contratos. Finalmente, con la llegada de Justiniano, la *fiducia cum creditore* fue sustituida en su compilación por el *pignus*, otra garantía real que convivió con la fiducia hasta la desaparición de ésta⁶². ARANGIO-RUIZ sitúa el origen del *pignus* también en época primitiva, aunque indica que su reconocimiento como garantía voluntariamente aceptada mediante la entrega de una *res Mancipi* o *nec Mancipi* (*pignus datum*) no se produciría hasta siglos después, posiblemente hacia fines de la República. Y añade que poco más tarde se terminó admitiendo también que el *pignus* pudiera constituirse mediante simple *conventio*, lo que fue ampliamente utilizado para los bienes inmuebles⁶³.

El *pignus*, al igual que la fiducia, era una garantía real, pero a diferencia de ésta, el acreedor pignoraticio no recibía la propiedad

⁶² D'ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., p. 556.

⁶³ ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 262-263.

del objeto que servía como medio asegurativo, sino simplemente su posesión (*pignus datum*) o nada, ni la propiedad ni la posesión (*pignus conventum* o *hypotheca*). Además, el *pignus*, podía utilizarse tanto para las *res Mancipi* como para las *res nec Mancipi* y posiblemente permitiría que el acreedor pignoraticio pudiera quedarse con la cosa dada en prenda si el deudor no conseguía devolver lo prestado. Porque si hablamos de la realización del derecho de crédito por parte del acreedor pignoraticio, son fundamentalmente dos los sistemas que se ponen a disposición del acreedor: la apropiación de la cosa utilizada como garantía y el derecho a venderla. ARANGIO-RUIZ señala que el primero de los sistemas es el que estuvo presente en el mundo griego durante largo tiempo, empezándose a utilizar el segundo mucho más tarde. Y considera que también en Roma prevaleció originariamente el primero de ellos. Parece lógico que fuera así, que el rudimentario ordenamiento primitivo romano lo que previera fueran soluciones simples: si no se paga, el acreedor se queda con lo dado en garantía. Sólo con el paso de los siglos, posiblemente motivado por el problema del sobrevalor de las cosas pignoradas con respecto a la deuda que garantizaban, se terminaría facilitando la posibilidad de que fueran las partes quienes eligieran en el momento de perfeccionar el contrato qué se haría con la garantía si no se cumplía con la obligación: si el acreedor se la podía quedar (pacto de *lex commissoria*⁶⁴) o si, por el contrario, debía venderla (*ius distrahendi*).

⁶⁴ El pacto de *lex commissoria* añadido al *pignus* tenía el efecto señalado, distinto del pacto de *lex commissoria* añadido al contrato de compraventa, cuya finalidad era que el vendedor pudiera recuperar la cosa vendida si el comprador no pagaba el precio acordado en el plazo establecido.

Sólo avanzado el Imperio, con los Severos, el *ius distrahendi* se termina entendiendo como elemento natural del *pignus*, debiendo las partes expresamente manifestar una voluntad contraria a través del pacto de *lex commissoria*. Finalmente, Constantino [C., 8,34(35),3]⁶⁵ acaba vetando esta posibilidad prohibiendo el pacto comisorio, con lo que el *ius distrahendi* se convierte en elemento esencial del *pignus*⁶⁶.

*Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt.*⁶⁷

⁶⁵ C.Th., 3,2,1 [= brev, 3,2,1]:

Imp. constantinus a. ad populum. quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. creditores enim, re amissa, iubemus recipere, quod dederunt. dat. prid. kal. febr. serdica, constantino a. vi. et constantino caes. coss.

interpretatio. commissoriae cautiones dicuntur, in quibus debitor creditori suo rem, ipsi oppignoratam ad tempus, vendere per necessitatem conscripta cautione promittit: quod factum lex ista revocat et fieri penitus prohibet: ita ut, si quis creditor rem debitoris sub tali occasione visus fuerit comparare, non sibi de instrumentis blandiatur, sed quum primum voluerit ille, qui oppressus debito vendidit, pecuniam reddat et possessionem suam recipiat

⁶⁶ ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 265.

⁶⁷ Por cuanto entre otros engaños crece principalmente la aspereza de la ley comisorio de las prendas, ha parecido bien invalidarla y que para lo sucesivo quede abolido todo su recuerdo. Así pues, si alguno padeciera por tal contrato, respire por virtud de esta disposición que rechaza juntamente con los pasados los casos presentes, y prohíbe los futuros. Porque mandamos que los acreedores, habiendo perdido la cosa, recuperen lo que dieron.

Siglos antes de que eso sucediera, el uso del *pignus* con pacto comisorio en las *res Mancipi* tendría un uso limitado. Porque al contrario de lo que sucedía con la fiducia, el acreedor pignoraticio no era propietario del bien garantizador y si el deudor no cumplía con su obligación, el acreedor no adquiriría directamente el dominio, aunque existiera pacto comisorio. Para adquirir el dominio de las *res Mancipi* necesitaría la colaboración del propietario del objeto dado en garantía, que debería prestarse para realizar su transmisión mediante *mancipatio* o *in iure cessio*. Dicha colaboración se pediría justo en el momento de consumarse el incumplimiento de la obligación, normalmente en el momento en el que la persona de la que se necesitaba ayuda había incumplido. Es fácil entender que no sería sencilla su colaboración en estos casos. Por esta razón, mientras la fiducia tuvo vigor, resulta lógico pensar que el uso de las *res Mancipi* como garantía se canalizara principalmente a través de esta figura⁶⁸.

⁶⁸ Si atendemos a la naturaleza de las *res Mancipi*, su uso para garantizar una obligación en muchas ocasiones no implicaría la transmisión de la posesión al acreedor. Porque este tipo de bienes eran los utilizados para la producción agrícola de los antiguos ciudadanos romanos y que se tuvieron que desprender de ellos cuando los utilizaban como garantía hubiera limitado seriamente su capacidad productiva. Por ello era habitual que tras constituir una fiducia el anterior propietario siguiera poseyendo, en concepto distinto de dueño, la cosa que había sido suya (cfr. Gayo, 2, 60; GARCÍA GARRIDO, M.J., *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo romano*, Madrid, 2001, p. 65; D'ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., pp. 557-558). Si la garantía que se establecía no era fiducia sino *pignus*, siempre que el propietario necesitara utilizar los bienes garantizadores se usaría la figura del *pignus conventum*. En ese caso, el acreedor pignoraticio no tendría la posesión y para adquirir la propiedad necesitaría que el propietario del bien se lo transmitiera a través de *mancipatio* o *in iure cessio*. Si por el contrario lo que se había realizado era un *pignus datum*, al incumplirse la obligación el acreedor pignoraticio ya tendría la posesión del bien con lo que podría comenzar a usucapirlo y, tras la aparición de la acción publiciana, posiblemente también tuviera a su

El uso del *pignus* sería más frecuente en las *res nec mancipi*, especialmente del *pignus conventum* en los bienes inmuebles y del *pignus datum* en los muebles. Respecto a este último, parece que la utilización del *pignus datum* era habitual en la vida cotidiana de la sociedad romana, especialmente en lo relativo a microcréditos, tal como podemos ver en algunas de las inscripciones encontradas en Pompeya⁶⁹.

*Idibus Iulis inaurespos(i)tas ad Faustilla(m) pro denariis II
usura(m) deduxitaeris a(ssem) ex sum(ma) XXX. (CIL IV,
8203)*⁷⁰

*IV Non(as) Iul(ias) paenulampalliolu(m) [posita ad
Fau]stilla(m) pr[o HS] Lusur(is) [deduxit?] XII s(emissem)
[aeri]s a(sses) VIII. (CIL IV, 8204)*⁷¹

En estos casos, lo natural sería que se añadiera al contrato de prenda o de hipoteca el pacto comisorio con el que el acreedor

disposición esta acción si todavía no se había completado el año o los dos años necesarios para alcanzar la usucapión.

⁶⁹ Sobre ello, vid. LÁZARO GUILLAMÓN, C., “El depósito irregular como herramienta para la práctica cotidiana de negocio crediticios entre mujeres en la antigüedad romana”, *Experiencias jurídicas e identidades femeninas*, coord. Rosalía Rodríguez López, 2001, pp. 259 y ss.; GARCÍA GARRIDO, M.J., *El comercio, los negocios y las finanzas...*, cit., p. 70.

⁷⁰ Cfr. <https://www.pompei.numismaticadellostato.it/tappa10.html?lang=en> (última consulta: 26/04/2022).

⁷¹ Cfr. <https://www.pompeiiinpictures.com/pompeiiinpictures/R1/1%2008%2013.htm> (última consulta: 26/04/2022).

pignoraticio se garantizaba la propiedad del bien en el caso de que el deudor no devolviera el préstamo realizado. Así las cosas, el acreedor tenía a su favor una garantía real que, además, le permitía convertirse en propietario del objeto garantizador si el deudor no le pagaba la deuda que había contraído con él. Por lo tanto, no sería necesario acudir a la compraventa con *pactum de retrovendendo* y, posiblemente por esa razón, su uso no estuvo muy extendido durante la etapa clásica.

Con la llegada del Dominado las cosas parecen cambiar. La fiducia desaparece y Constantino prohíbe el pacto de *lex commissoria* (C., 8,34[35],3)⁷². Se podría entender que a partir de ese momento se vetaron en Roma los cauces legales para apropiarse de la cosa utilizada como garantía y que, como consecuencia de ello, los prestamistas tratarían de no perder facultades generalizando el uso de ventas con pactos de retro que dieran al acreedor las mismas ventajas de las que habían disfrutado hasta entonces. Sin embargo, si atendemos al escaso tratamiento que se hace en la compilación

⁷² *Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt..*

“Por cuanto entre otros engaños crece principalmente la aspereza de la ley comisorio de las prendas, ha parecido bien invalidarla, y que para lo sucesivo quede abolido todo su recuerdo. Así pues, si alguno padeciera por tal contacto, respire por virtud de esta disposición, que rechaza juntamente con los pasados los casos presenciales, y prohíbe los futuros. Porque mandamos que los acreedores, habiendo perdido la cosa, recuperen lo que dieron.”

Cfr. C.Th.3,2,1.

justiniana del *pactum de retrovendendo*, parece que no debió de ser así.

La razón posiblemente esté relacionada con la posibilidad de apropiarse la cosa que seguía teniendo el acreedor sin necesidad de acudir al pacto de retroventa. Si el préstamo era de poca cuantía, porque el prestatario asumía -independientemente de la prohibición del pacto comisorio- la pérdida del bien garantizador si no lograba devolver lo dejado (algo no muy distinto a lo que sucede hoy en día en algunas casas de empeño); si el préstamo era de una cuantía mayor, porque se permitía al prestamista quedarse con la cosa pagando su valor cuando así se había pactado. En este sentido, Marciano, D., 20,1,16,9, señalaba que existía la posibilidad de acordar al constituir una prenda o una hipoteca que si no se pagaba la cantidad estipulada dentro de un determinado plazo, el acreedor podía quedarse con la cosa abonando su estimación conforme a un precio justo, lo que en cierto modo comparaba con una venta bajo condición.

*Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. Et ita divus severus et antoninus rescripserunt.*⁷³

⁷³ “La prenda y la hipoteca pueden constituirse de modo que si no se paga la deuda dentro de un cierto tiempo, el acreedor pueda poseer la cosa por derecho de compra abonando una estimación que se haga por el valor justo del bien. En ese caso, parece ser en cierto modo una venta bajo condición y así lo dispusieron por rescripto los

Este pacto marciano tenía la función de dulcificar los efectos de la *lex commissoria*, pues evitaba los dos principales problemas que se derivan de su aplicación: el enriquecimiento injustificado del acreedor a costa del empobrecimiento del deudor y el perjuicio causado a los otros acreedores del deudor, para quienes el caudal patrimonial de su pagador se veía reducido injustamente. Quizá por ello, este pacto que según nos dice Marcelo había sido reconocido por rescripto por los emperadores Septimio Severo y Caracalla a principios del s. III d.C., sobrevivió a la prohibición del pacto de *lex commissoria* que hizo más de un siglo después Constantino.

Conclusiones:

El pacto de retroventa, definido como aquél mediante el que el vendedor se reserva el derecho a recuperar la cosa vendida en un futuro, ya fue conocido en tiempos romanos. En realidad, no dejó de ser otra cosa que un acuerdo dirigido a condicionar el contrato de compraventa. A condicionarlo a través de una condición potestativa y de carácter resolutorio. Condición potestativa porque la recuperación de la cosa vendida dependía enteramente de la voluntad del vendedor. Y de carácter resolutorio porque si el vendedor quería que se le devolviera el objeto vendido, los efectos de la compraventa se resolvían. No obstante, la concepción romana de la propiedad como derecho perpetuo obligó a concebir este tipo de pactos no como verdaderas condiciones resolutorias, sino como

emperadores Septimio Severo y Antonino Caracalla”

pactos de carácter resolutorio condicionados suspensivamente. Como consecuencia de ello, se consideraba que la compraventa era pura y que, junto a ella, se establecía un pacto de resolución condicionado suspensivamente (unida a una compraventa pura, se pactaba que si el vendedor devolvía el dinero, el comprador debía retransmitirle la cosa).

Los efectos de estos pactos, si bien en derecho clásico parece que fueron *ex nunc* y que la revocación tenía carácter obligacional, la desaparición de la *mancipatio* y la *in iure cessio* y la paulatina espiritualización de la *traditio* contribuirían decisivamente no sólo a retrotraer *ex tunc* los efectos del negocio jurídico, sino también a que la revocación se produjera de manera real. Sin embargo, estos cambios no parecieron alterar significativamente el uso que se dio a este pacto en derecho romano y que, en todo caso, sería notablemente menor al que tuvo en los siglos venideros (hasta la consolidación del sistema crediticio moderno).

La razón fundamental de esta limitada aplicación del pacto de *retrovendendo* en Roma posiblemente estaría directamente relacionada con la existencia de la fiducia y de la prenda con pacto de *lex commissoria*. Como se ha indicado, el pacto de retroventa ha sido utilizado mayoritariamente a lo largo de los siglos -también hoy día- para garantizar la devolución de un préstamo. De esta manera, el prestatario vende un objeto al prestamista por el valor del dinero prestado y el prestamista se compromete a "revendérselo" si éste le abona como precio -en el tiempo

establecido- tanto el capital como los intereses acordados. Con el contrato de compraventa, las partes no buscan en realidad el intercambio de cosa por precio, sino garantizar con la propiedad de un bien la devolución de un préstamo. En Roma no fue necesario recurrir a este negocio para conseguir tal fin, sino que durante buena parte de su historia se pudo garantizar la devolución del préstamo directamente con la propiedad de una cosa a través de la fiducia o de la prenda. Posteriormente, cuando estas instituciones desaparecieron -ya en la etapa Postclásica- tampoco el *pactum de retrovendendo* tendría una amplísima difusión: las fuentes apenas hablan de él. Entre las causas que determinaron esta circunstancia, parece que ocuparía un lugar relevante la posibilidad que seguía teniendo el acreedor de quedarse con el bien que servía de garantía en caso de impago. Si el préstamo era de poca cuantía, porque algunos prestamistas seguirían utilizando clandestinamente el pacto comisorio (como sucede hoy día); si el préstamo era mayor, porque a través del pacto marciano se permitía al acreedor quedarse con la garantía pagando su valor cuando así se hubiera acordado.

De este modo, *el pactum de retrovendendo* quedaría reducido fundamentalmente a las compraventas en las que verdaderamente el vendedor quisiera desprenderse de la cosa, pero se guardara la posibilidad de recuperarla en un futuro si su fortuna mejoraba o si sus circunstancias cambiaban, algo no muy distinto al supuesto que recoge C.4.54.2.

BIBLIOGRAFÍA:

- ÁLVAREZ, M. B., “Pactum de retrovendendo y lex commissoria en el contrato de compraventa. Desde Roma al nuevo Código civil y comercial de la Nación Argentina”, *Derecho de obligaciones. La importancia del derecho romano en la época contemporánea (Actas del XVII Congreso internacional y XX Congreso iberoamericano de derecho romano. Bolonia-Ravena)*, coord. G. Luchetti, Bologna, 2016, pp. 615 y ss.
- ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14^a ed., Jovene, Napoli, 2006.
- ARANGIO-RUIZ, V., *La compravendita in Diritto romano*, vol.II, 2^a ed., Jovene, Napoli, 1978 (reimpr.).
- ARCHI, G.G.,
 - o “Il negozio sotto condizione sospensiva nella compilazione di Giustiniano”, *Studi in onore di Emilio Betti*, t. II, Milano, 1961, pp. 31 y ss.
 - o “La restituzione dei frutti nelle vendite con in diem addictio e con lex commissoria”, *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano, 1934, pp. 325 y ss.
- ARU, L. y ORESTANO, R., *Derecho romano*, Epesa, Madrid, 1964.
- BETTI, E., “La retroattività della ‘condicio’ («facti» o «iuris») in diritto giustiniano”, *Scritti in onore di Contardo Ferrini*, Pavia, 1945, pp. 477 y ss.
- BIONDI, B., *Istituzioni di diritto romano*, 4^a ed, Giuffrè, Milano, 1972.

- BLANCH, J. M., "Pactos de vendendo y de retrovendendo entre historia y dogmática", *RIDA*, N° 45, 1998, pp. 387 y ss.
- BONFANTE, P., *Diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 184 y ss
- CALONGE, A., "En torno al problema de la retroactividad de la condición en el Derecho Romano clásico", *Studi in onore di E. Volterra*, t. III, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 143 y ss.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español común y foral, tomo IV.*, 15ª ed., Reus, Madrid, 1993.
- D'ORS, A., "In diem addictio", *AHDE*, n° 16, 1945, pp. 193 y ss.
- D'ORS, A., *Derecho privado romano*, 10 ed., Eunsa, Pamplona, 2004.
- DAUBE, "Si... tunc in D., 19, 2, 22, pr. Tenancy of purchaser and lex commissoria", *RIDA*, n° 5, 1958, pp. 427 y ss.
- DE RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho Civil, vol. II*, trad. Serrano Suñer y Santa-Cruz Tejeiro, Reus, Madrid, 1931.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARICIO, J., *Fundamentos de derecho patrimonial romano*, Ramón Areces, Madrid, 1991.
- FUENTESECA, M., *El negocio fiduciario en Roma*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, Madrid, 1978.
- GARCÍA GARRIDO, M.J., *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo romano*, Madrid, 2001.
- GARCÍA SÁNCHEZ, J., "El Derecho Romano en un decreto sinodal ovetense de 1657. Del mutuo seguido de empeño a la

- compraventa con pacto de retro”, *RGDR*, nº 21, 2013, pp. 1 y ss.
- GÓMEZ GARZÁS, J., “La lex commissoria in causam obligationis en los formularios catonianos”, *RGDR*, nº 13, 2009, pp. 1 y ss.
 - IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, 6ª ed., Ariel, Barcelona, 1972.
 - JÖRS, P. y KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, trad. L. Prieto., Labor, Barcelona, 1937.
 - LAMBRINI, P., “In diem addictio e seconda compravendita tra le stesse parti: patto modificativo o nova emptio?”, *Studi in onore di Antonino Metro*, vol. 3, Milano, 2010, pp. 383 y ss.
 - LASARTE, C., *Contratos. Principios de Derecho Civil III*, 18 ed., Marcial Pons, Madrid, 2016.
 - LÁZARO GUILLAMÓN, C., “El depósito irregular como herramienta para la práctica cotidiana de negocio crediticios entre mujeres en la antigüedad romana”, *Experiencias jurídicas e identidades femeninas*, coord. Rosalía Rodríguez López, 2001, pp. 259 y ss.
 - LONGO, C., “Sulla in diem addictio e sulla lex commissorianella vendita”, *BIDR*, nº 31, 1921, pp. 40 y ss.
 - MARRONE, M., *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, Palermo, 1989.
 - NAVARRO, R., et al., *Derecho Romano*, t. III, Madrid, 1842.
 - NICOSIA, E., “Utilitas contrahentium e in diem addictio”, *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, vol. II, Padova, 2007, pp. 257 y ss.;

- NICOSIA, E., *In diem addictio e lex commissoria*, ed. Torre, Catania, 2013.
- PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- PENNACCHIO, C., "Note in tema di lex commissoria: a proposito di D. 18.3.8 (Scaev. 7 dig.)", *Teoria e storia del diritto privato*, n° 10, 2017, pp. 1 y ss.
- RASI, P., *Il patto di riscatto nell'acompravendita*, Jovene, Napoli, 1959.
- ROMANO, S., *Note sulla in diem addictio*, Pavia, 1938.
- SACCHI, A., *Sul patto commissorio in diritto romano*, Bologna, 1895.
- SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL, J. L. "La venta a carta de gracia en el Derecho de Navarra", *Príncipe de Viana*, n° 27, 1947, pp. 207 y ss.
- SENN, F., "L'in diem addictio", *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, n° 37, 1913, pp. 275 y ss.
- SERAFINI, F., *Instituciones de Derecho Romano*, t. II, trad. y comparación con el Derecho Civil español, J. Trías, Espasa, Barcelona, 1927.
- TORRENT, A., s. v. "pactum de retro emendo y pactum de retro vendendo", *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 2005.
- VIARD, P. E., *Les pactes adjoints aux contrats en droit romain classique*, L'érma, Roma, 1972.
- VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano*, trad. J. Daza, Civitas, Madrid, 1986,
- WIEACKER, F., *Lex commissoria*, Berlín, 1932.

- ZAMORA MANZANO, J. L., Algunas reflexiones sobre la "lex commissoria" y su prohibición ulterior en el "pignus", *RIDA*, nº 54, 2007, pp. 519 y ss.
- ZILLOTTO, P., "Vendita con lex commissoria o in diem addictio: la portata dell'espressione res inempta", *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, vol. IV, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, pp. 475 y ss.



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Octubre-2022

Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>



**Xesús Pérez López, Metodología en la investigación del derecho romano:
el latín jurídico romano y su caracterización, ed. Edisofer S.L., ISBN: 978-
84-18493-32-4, 2022, 259 págs.**

Margarita Fuenteseca Degeneffe

Catedrática de Derecho romano, Universidad de Vigo, mfd@uvigo.es

ORCID: 0000-0003-2904-7294

(FUENTESECA, Margarita. Recensión a Xesús Pérez López Metodología en la investigación del derecho romano: el latín jurídico romano y su caracterización, ed. Edisofer S.L 2022 259 págs RIDROM [on line]. 29-2022. ISSN 1989-1970. p. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Se ha publicado este año 2022 un libro sobre “Metodología en la investigación del derecho romano: el latín jurídico romano y su caracterización”, escrito por el prof. Xesús Pérez López. En España se abordaba el estudio de los métodos de investigación de una disciplina científica concreta en las antiguas memorias que se presentaban a las oposiciones de cátedras en los años 50 del pasado siglo, costumbre que se ha mantenido hasta hoy en día, también en las oposiciones para acceder al cuerpo de profesores titulares de Universidad, a pesar de que la normativa vigente exige que se presente a dicha prueba un “Proyecto Docente y de Investigación”. Las mencionadas memorias no se publicaban normalmente, porque consistían en exponer más bien un panorama general de los métodos de investigación, que, al menos en derecho romano, parecía imposible que experimentaran algún cambio significativo desde que dejó de ser derecho vigente.

Pues bien, en esta monografía nos encontramos, sin ánimo de ser redundante, con un auténtico trabajo de investigación sobre los métodos de investigación en derecho romano, en el que se toma como hilo conductor el análisis del latín jurídico romano. Es de lo más oportuna la obra porque nos demuestra que es posible actualizar y, por tanto, mejorar la metodología del estudio del derecho romano, lo cual lanza un rayo potente de optimismo iluminador sobre el futuro de la investigación científica en nuestra materia.

La obra aparece dividida en dos partes, tituladas respectivamente “La investigación del derecho romano y sus métodos” y “El latín jurídico y su caracterización”. La primera parte podría describirse *grosso modo* como una exposición crítica de la finalidad y el objeto de la investigación en derecho romano, y, por

tanto, de la ciencia romanística, a la que se añade un análisis del método de investigación romanístico centrado en el lenguaje jurídico romano, que es objeto principal de atención del autor en esta obra. La segunda parte, más extensa, se centra en esta última cuestión, y constituye una suerte de historia de la caracterización del latín jurídico por los romanistas, desde el surgimiento de los estudios interpolacionísticos a finales del siglo XIX hasta las actuales tendencias, que son inseparables herramientas tecnológicas actuales.

Según indica el prof. Pérez López en la introducción, este sería el resultado de la reunión de “varias reflexiones de orígenes dispersos” (p. 8), cuyo punto en común estaría formado por el análisis del uso del latín jurídico de época romana. Tal vez esta procedencia variada de los materiales que configuran la obra se traduzca en una cierta heterogeneidad de las partes que la componen, lo cual no es un demérito, sino que deja entrever el bagaje cultural y el enorme campo de inquietudes que tiene el autor.

Entre las muy sugestivas reflexiones que se plasman en esta obra se pueden destacar las que se dedican al debate, ya tradicional, en torno la naturaleza del conocimiento jurídico y su relación con el conocimiento científico, cuya importancia relativiza el autor (pp. 28 s.), y lo mismo hace con la problemática cuestión de la adscripción de los estudios romanísticos al campo del derecho público o del derecho privado. Y en el análisis de la finalidad del estudio del derecho romano comienza por una crítica de las actitudes redivivistas que abogan por el estudio del derecho romano como el de un derecho siempre en vigor (pp. 36 s.), para luego diferenciar esquemáticamente

entre las finalidades “puramente históricas” y las finalidades “relacionales” del estudio romanístico.

Con razón se dedica aquí más atención a las finalidades “relacionales” del estudio del derecho romano, que, según el autor, serían aquellas que van más allá de “la búsqueda del conocimiento histórico del devenir del derecho romano a lo largo de su ‘primera vida’” para centrarse “en el conocimiento del modo en que este último ha podido condicionar (directa o indirectamente) el estado actual del Derecho o, al menos, su ‘llegar a ser’” (p. 42). A este respecto, el autor diferencia entre el recurso al derecho romano como uno de los materiales utilizados para la interpretación histórica del derecho vigente, por un lado, y el estudio de la influencia histórica del derecho romano en los derechos nacionales, por otro. Todo este análisis lo hace el prof. Pérez López basándose en los trabajos de Koschaker, Orestano y Zimmermann, pero también en un muy extenso elenco de trabajos recientes que al respecto se han publicado en la doctrina nacional, descrito con extrema minuciosidad (pp. 51 a 53).

Nos ilustra el autor con varias reflexiones al valorar la discusión doctrinal sobre “Europa y el derecho romano” (pp. 56 a 68), siendo una de las más escépticas aquella en la que propone atemperar el entusiasmo acerca del impacto del derecho romano en la construcción de un “derecho común europeo” y también la excesiva importancia atribuida por los romanistas al peso de las referencias romanísticas en los razonamientos jurisprudenciales de la Unión Europea, que sería hoy escaso, a su modo de ver.

La primera parte del libro se cierra con capítulo, que viene a hacer de bisagra con la segunda parte de la obra, titulado “Método de

investigación romanística y caracterización del lenguaje”. El autor aquí expone una de las claves de su pensamiento, a modo de argumentación metodológica general: habitualmente el romanista emplea una metodología que él mismo no habría descrito ni delimitado antes, y que sería el resultado del poso más o menos consciente de diferentes metodologías en cada romanista individual, en función de sus propios intereses y de los intereses investigadores de su tiempo (pp. 87 s.). Y concluye el autor afirmando que “el empeño en la caracterización del lenguaje usado en los textos jurídicos romanos es un hilo conductor que recorre la metodología de investigación romanística desde siempre” (p. 92).

La segunda parte del libro es más extensa. De hecho, la primera parte de la obra podría verse como una aproximación gradual al que es en realidad el objeto principal del libro, tratado en esta segunda parte. El autor comienza por referirse a la caracterización del lenguaje técnico en general, que consistiría en la identificación de los rasgos propios de los registros técnicos de una lengua determinada que los diferenciarían de su “lenguaje común”, soliendo identificarse determinados rasgos como típicamente característicos del lenguaje técnico jurídico (pp. 111 a 114). Pero también se exponen aquí los problemas que presenta tal caracterización o atribución de rasgos característicos al lenguaje jurídico técnico aplicada al latín jurídico de la Antigüedad. Entre estos destacaría el modo en que los estudiosos modernos deben aprehender los testimonios de época romana, así como la variedad de estilos dentro del latín jurídico romano o el largo período de vigencia del derecho romano (pp. 114 a 122).

Asimismo se describe en esta obra el recorrido histórico experimentado por el latín jurídico romano desde finales del siglo XIX hasta nuestros días, remontándose a lo que para el autor constituyen los comienzos de la romanística moderna: los trabajos pioneros de Fridolin Eisele y Otto Gradenwitz de finales del siglo XIX, que habrían levantado acta de la superación definitiva de la Pandectística. Para el autor se trata del momento fundacional de los estudios romanísticos modernos, esto es, el momento en que los romanistas alemanes de finales del siglo XIX, que veían la puesta en marcha de lo que se convertiría luego en el BGB, habrían asumido como su propio papel el estudio del derecho romano como derecho histórico, y ya no como derecho positivo. Ello habría abierto la posibilidad de tratar los textos de la compilación de Justiniano desde un punto de vista crítico, esto es, no principalmente como materiales normativos en vigor, sino sobre todo como fuentes históricas susceptibles de ser interpretadas en su contexto, y cuya “historia textual” podía ser reconstruida.

Enlazando con esta cuestión, se realiza en esta monografía un análisis exhaustivo de los artículos de Eisele y de Gradenwitz, con el que se logra destacar hasta qué punto la nueva impronta histórica y crítica de la romanística de entonces (que daría lugar a la llamada “crítica de interpolaciones” o “crítica interpolacionística”) se centraba en la caracterización del latín jurídico empleado en los textos compilatorios y, especialmente, en los del Digesto (pp. 125 a 139). Con frecuencia el objetivo habría sido la identificación de las marcas lingüísticas fuera de contexto histórico en los textos clásicos, que permitiesen detectar interpolaciones justinianeas (por ejemplo, mediante la comparación entre el latín empleado en las constituciones

justinianeas y el empleado en los textos atribuidos en el Digesto a juristas clásicos). Afirma el prof. Pérez López que, en ocasiones, estos razonamientos pasaban por una valoración del significado técnico de un cierto término y, más generalmente, de la “corrección técnica” del latín jurídico empleado.

A este respecto resulta de especial interés el análisis realizado por el autor acerca de las sospechas formuladas por Gradenwitz sobre el empleo del término *praesumptio* en las fuentes compilatorias (pp. 126 a 132) o por Eisele, sobre el uso de *nisi* en aquellas (pp. 136 a 139). Pero el minucioso estudio del autor se centra, también, en la exposición de las críticas al método interpolacionista que surgieron, ya desde el primer momento, de los propios estudiosos contemporáneos como Schirmer, Wölfflin, Grupe o Kalb, y que constituyeron un contrapunto al entusiasmo con el que aquel había sido acogido (pp. 154 a 158).

Según el autor, a la aceptación entre los romanistas seguiría la internacionalización del método interpolacionista al filo del cambio de siglo y su recepción en Italia, donde este habría sido practicado, pero tomando en cuenta de forma más explícita la crítica textual ya llevada a cabo por los juristas de la Edad Moderna y con una mayor moderación en la propia crítica (pp. 159 a 162). Al describir cómo la radicalización del método interpolacionista había ido suscitando críticas cada vez más amplias y generales, el autor dedica unas páginas a los intentos de definir los límites de lo que pudiese ser el “lenguaje técnico” llevadas a cabo por romanistas de la época. Y es aquí donde se enlazan relevantes reflexiones acerca de la metodología de investigación romanística de nuestros días (pp. 163 a 168).

Además, se describe la evolución de la caracterización del latín jurídico por parte de la romanística, desde la superación de la doctrina interpolacionista entre los años 20 y los años 40 del siglo pasado hasta la irrupción del empleo de herramientas informáticas en la investigación romanística entre los años 70 y 80. El autor insiste en la idea de que con la superación del hipercriticismo interpolacionista la crítica textual no habría sido abandonada, sino únicamente redimensionada, y subraya cómo la caracterización del latín jurídico continuó estando muy presente en la renovación de los estudios romanísticos que siguió a la Segunda Guerra Mundial.

Así, pues, habría una continuación en la doctrina romanística de mediados del siglo XX de parte de los postulados metodológicos (relacionados con la caracterización del lenguaje jurídico) que habrían determinado el nacimiento de la romanística moderna. El triunfo de las voces críticas contra el interpolacionismo a ultranza desde los años 20 del siglo XX, se tradujeron, según el prof. Pérez López, más en términos de redimensionamiento de la crítica textual que en abandono de la misma, al revalorizarse el método de trabajo de los comisarios compiladores por parte de muy relevantes autores como Schulz o Kaser.

Pero los problemas de transmisión de las fuentes del derecho romano no sólo se han de ver como el producto exclusivo de las interpolaciones justinianas, sino como el producto de los avatares de una historia textual que influiría en la transmisión de los textos tanto antes como después de la compilación, según el autor. Este enlaza aquí con el análisis de la "Textstufenforschung" preconizada por Wieacker (pp. 177 a 182), que sería una consecuencia de esta tendencia a prestar

mayor atención a la historia de los textos. Y, a propósito de esta cuestión, se dedican algunas páginas (pp. 182 a 188) a sendos trabajos de Biondi y de Kaser que abordaron, en el tercer cuarto del siglo XX, la cuestión de la tecnicidad del latín jurídico, y al estudio de la obra de Carcaterra (pp. 189 a 198), salvando toda dificultad inherente al enfoque altamente especializado adoptado por el autor italiano.

La monografía termina con un último capítulo dedicado a las tendencias recientes en la caracterización del lenguaje jurídico romano y a las herramientas informáticas de investigación textual. Se trata aquí, tras el extenso recorrido anterior, de comprender el modo en el que la romanística actual afronta la caracterización del latín jurídico. El prof. Pérez López señala como rasgos principales de la moderna caracterización del lenguaje jurídico romano, por un lado, el refinamiento del empleo de criterios estilísticos para tal caracterización, y, por otro, una tendencia sintética a considerar el latín jurídico no como un registro del latín eminentemente aislado y encerrado en sí mismo, “sino permeable e interrelacionado con otros registros del latín” (p. 200). Y ofrece el autor como ejemplo de estos rasgos de la moderna caracterización del lenguaje la obra reciente de Dario Mantovani sobre los juristas romanos en tanto que escritores (pp. 202 a 205), en cuya órbita se sitúan otros esfuerzos recientes por la caracterización del discurso presente en las obras jurisprudenciales romanas en tanto que “discurso literario” o “narrativa” (pp. 205 a 207).

En una dirección parecida se situarían los trabajos que recientemente se han venido ocupando de la reconstrucción del pensamiento característico de cada jurista, así como del análisis del habla de cada uno de ellos (pp. 208 s.). Para el autor no habría aquí

tanto una innovación radical sino más bien un retorno a postulados ya formulados en los inicios de la crítica textual por la doctrina interpolacionista. Este retorno se manifestaría también en la creación y el empleo de herramientas informáticas de investigación textual, comparables a la aparición de “Hilfsmitteln” a finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Estos últimos responderían a necesidades parecidas a las que habían respondido dichos medios auxiliares: ambas tendrían por finalidad “...o bien la de presentar de manera exhaustiva un *corpus* de fuentes determinado de manera que sea sencillo el establecer relaciones entre los textos y los términos que lo componen; o bien la de presentar de manera exhaustiva y enciclopédica un *corpus* de fuentes determinado, ordenándolo en función de la existencia de determinadas relaciones entre los textos y los términos que lo componen; o bien la de ofrecer criterios objetivos (típicamente, sobre la base de consideraciones estadísticas de estilo) que permitan caracterizar (como propio de una época, de un autor, de un determinado contexto local, etc.) el lenguaje usado en las fuentes primarias” (pp. 211 ss).

Y como colofón de la monografía nos sitúa el autor en la rabiosa actualidad, con un análisis de la incidencia de la informática en la investigación romanística actual y, especialmente, en la dedicada a la caracterización del latín jurídico romano. Son juiciosas las reflexiones que hace el autor sobre la irrupción de la informática en la investigación iusromanista, con la facilidad que proporcionan las publicaciones electrónicas y la aparición, el desarrollo y el uso generalizado de las bases de datos especializadas (pp. 219 a 229).

Finalmente, es muy útil y acertada la descripción del prof. Pérez López de las herramientas informáticas de apoyo a la investigación empleadas hoy en día con mayor frecuencia, y en particular la afirmación de que la forma en que los datos son estructurados, contiene una toma de decisión que hace que las bases de datos no puedan considerarse herramientas completamente asépticas o neutras. Y nos ilustra el prof. Pérez López acerca de los problemas y ventajas que presenta la actualización y el mantenimiento de este tipo de herramientas (pp. 225 a 229), para terminar con una serie de consideraciones de futuro acerca de las posibilidades que ofrece la aplicación de ciertas tecnologías (como el reconocimiento de imagen o el “natural language processing”) a la investigación romanística (pp. 233 a 240).

En pocas palabras, y para incitar a la lectura de la obra, se trata de una crítica e incisiva reflexión sobre los métodos de investigación en derecho romano, que esperamos que sirva para dar un nuevo impulso a la ciencia iusromanista, que tanto lo necesita en los tiempos que corren.



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN1989-1970

Octubre-2022

Fulltextarticle

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>



Cidoncha Redondo, Francisco, *El concubinato y el contubernio en la sociedad romana (siglos I a.C.-III d. C.)*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2021, 358 pp.

ALICIA VALMAÑA OCHAÍTA

Profesora Titular de Derecho Romano

Universidad de Castilla-La Mancha

alicia.valmana@uclm.es

ORCID: 0000-0001-8962-0588

(VALMAÑA OCHAÍTA, Alicia. Recensión a Francisco Cidoncha Redondo *El concubinato y el contubernio en la sociedad romana (siglos I a.C.-III d. C.)*,

Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2021, 358 pp.

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Concubinato y contubernio son instituciones que han sido tratadas desde diferentes ámbitos científicos con distinta intensidad; algunas monografías y bastantes más artículos o capítulos en obras colectivas conforman una bibliografía no pequeña, como queda puesto de manifiesto, por otro lado, en las referencias bibliográficas utilizadas en el libro que me ocupa, *El concubinato y el contubernio en la sociedad romana (siglos I a.C.-III d. C.)*. En todo caso, creo que se puede decir honestamente que el libro que recensiono tiene la particularidad de aunar algunas de esas distintas perspectivas científicas sin que por ello se reduzca la calidad científica de la investigación.

La dificultad cuando se afronta un trabajo, en cierto modo transversal, es clara: la especialidad del autor determina, casi inevitablemente, una mayor orientación hacia los contenidos propios de dicha especialidad, quedando mermados aquéllos en los que no se tiene una competencia equiparable. Sin embargo, el A. engarza con soltura y competencia los tres hilos conductores sobre los que basa su investigación: fuentes epigráficas, literarias y jurídicas, aunque no son estas las únicas que utiliza.

Destaca, especialmente, el manejo de las primeras, de las que da buena cuenta la selección de inscripciones (casi 350), ejemplos de concubinatos y contubernios ordenados por provincias (las occidentales) y cronológicamente (Anexo I, pp. 241-292), y la extensa lista de fuentes epigráficas y papirológicas consultadas (pp. 339-347), si bien las fuentes literarias y las jurídicas son también

numerosas. En este sentido, la utilización de todo tipo de fuentes se entiende correctamente con la lectura de prácticamente cualquier epígrafe del libro: el A. recorre todas ellas ofreciendo una vista panorámica de las instituciones estudiadas.

Sirva como ejemplo de lo que digo el epígrafe 3 “¿Concubinato o contubernio?” del Capítulo I (“Análisis del léxico empleado en este tipo de uniones de pareja”), en el que se señala tanto que “En las fuentes literarias no se aprecia...” como “En las fuentes epigráficas encontramos tanto...” hasta llegar a “Las fuentes jurídicas cuentan con bastantes referencias...” (pp. 53-55), entradillas que sirven todas ellas para adentrarnos en la cuestión terminológica; también en el Capítulo III “El Contubernio en la sociedad romana (siglos I a.C.-III d.C.)”, en el epígrafe 4.2. “El contubernio entre esclavos y personas libres” (pp. 189-201) donde se estudian epígrafes funerarios, fuentes literarias como el *Satiricón* de Petronio, fuentes jurídicas como la *lex Aquilia de damno*, el senadoconsulto Claudiano o las *Pauli Sententiae*, por citar algunas de las referenciadas en el texto; o en el Capítulo II “El Concubinato en la sociedad romana (siglos I a.C.-III d.C.)”, en el interesantísimo epígrafe 4.7. “Concubinato de una mujer con un soldado” en el que, a las fuentes epigráficas, literarias y jurídicas hay que unir las papirológicas y las arqueológicas (pp.130-144).

Por eso, aunque pueda resultar engañosa, a primera vista, la titulación de algunos epígrafes como “El concubinato a través del Derecho romano” o su equivalente “El contubernio a través del Derecho romano” no se debe esperar de ellos más que un marco

general en el que circunscribir las dos instituciones estudiadas; las referencias al derecho romano se encontrarán a lo largo del estudio junto con las demás fuentes; igualmente, no debe esperarse una exégesis de los textos jurídicos: no se trata de un estudio de esa naturaleza, lo que no obsta para que el A. acredite de manera solvente su conocimiento y manejo de estas fuentes. El título del libro, en este caso, no engaña en absoluto: se trata de una incursión en la concepción que se tenía de estas instituciones en la sociedad romana en los siglos que sirven de marco temporal y, desde esta perspectiva, la concepción que de ellas tuvo el derecho, la literatura y la propia sociedad a través de los protagonistas de estos tipos de uniones afectivo-sexuales.

En cuanto al esquema de la obra, concubinato y contubernio presentan la misma estructura. Tras un capítulo que funciona como introductorio (pese a la existencia de una breve introducción, pp. 21-23, el Capítulo I “Análisis del léxico empleado en este tipo de uniones de pareja” pp. 25-56, responde, a mi juicio, a la idea de situar las instituciones terminológica y conceptualmente), tanto en el Capítulo II, sobre en concubinato, como en el III, sobre el contubernio se analiza: la definición de la institución, la institución a través del Derecho romano, similitudes y diferencias con el matrimonio legítimo; tipo de uniones posibles; concubinas y *contubernales* de hombres poderosos; la transformación de la institución en matrimonio legítimo y descendencia nacida de estas uniones. Únicamente, en relación con el concubinato, se incluye un epígrafe “El concubinato en el siglo III: las consecuencias derivadas

de la *constitutio antoniniana* y de la expansión del cristianismo” (pp. 157-160), acerca de los cambios producidos respecto de las uniones entre o con *peregrini* que, lógicamente, es específico de este tipo de unión.

El libro es de fácil lectura lo que no empece en absoluto el rigor científico que lo preside; como señala la Prof^a Pavón en el Prólogo, con esta obra “Historiadores de la Roma antigua y de su derecho tienen a su disposición en el interior de este libro novedosos planteamientos y nuevas perspectivas sobre el concubinato y el contubernio que podrán ser aceptadas, parcial o totalmente, criticadas o revisadas, como cualquier planteamiento teórico que se precie y que tenga como impulso y motor el avance en el conocimiento, pero que no dejarán indiferente a ninguno” (pp. 15-16). Comparto completamente esta afirmación, pero, además, quisiera añadir algo que no es frecuente en muchas lecturas científicas: el autor va desgranando los distintos aspectos de las instituciones estudiadas con una facilidad que solo se adquiere cuando se conocen todas las fuentes tratadas y se tiene la capacidad de ir engranándolas oportunamente; no se citan fuentes de manera repetitiva y sin más, solo porque se hayan visto citadas en otros autores; el autor no hace uso de extensas notas eruditas porque ha sido capaz de diseñar un camino claro y preciso en el *corpus* del texto y en ese camino, como el personaje del cuento, a veces se siente que vamos siguiendo las miguitas que el A. va esparciendo para llevarnos, a través de las distintas fuentes, a la configuración de las figuras estudiadas.

Un trabajo serio, bien escrito, bien documentado, sin erratas con carácter general, que se suma a esa fecunda línea de investigación que son los estudios sobre la mujer en el mundo antiguo pero que, en este caso, excede de ese ámbito para situarse dentro de los estudios sobre instituciones que tuvieron una presencia indiscutible en la sociedad romana a lo largo de su historia.