

ANALELE ȘTIINȚIFICE ALE UNIVERSITĂȚII „AL.I.CUZA” IAȘI
Tomul LI, Științe Juridice, 2005

PACTUL MARCIAN ÎN DREPTUL ROMAN ȘI ÎN DOCTRINA CONTEMPORANĂ

VALERIUS M. CIUCĂ

Motto: *Hoc enim casu videtur quodammodo
conditionalis esse venditio*¹

O problemă de terminologie juridică modernă

Într-o relativ recentă intervenție pe lista de discuții juridice în cadrul unei societăți specializate pe Internet (*Cejuro*) domnul avocat Dumitru Dobrev, din cadrul Baroului de Avocați Iași, și-a exprimat intenția de-a realiza un articol științific prin care să trateze evoluția legislației în materia garanției reale mobiliare (gajul comercial) pentru a fi publicat în RDC sau RRDA, și prin care să abordeze critic dispozițiile Legii nr. 99/1999 datorită aculturării juridice precare operate pe "trupul" roman al instituției fiduciei, în special cu noțiuni preluate din *Uniform Commercial Code*.

În cursul documentării de rigoare, cercetătorul ieșean a descoperit în doctrina contemporană italiană expresia juridică *patto marciano* căreia nu i-a găsit echivalent etimologic și instituțional în literatura de specialitate din România și din Franța. Interesul științific pentru revirimentul pactului marcian i-ar fi fost determinat de aplicația pe care jurisprudența italiană a făcut-o, cu ajutorul acestui concept, în cadrul contractelor de *lease-back* din ultimele trei decenii. Analiza comparativă pe care autorul o face în mod intuitiv operează pe seama a trei texte fundamentale din legislația civilă românească, italiană și franceză. Este vorba de următoarele:

- art. 1689, alin. 1, 2 Cod civil român: *Creditorul, la caz de neplată, nu poate să dispună de amanet; are dreptul însă să ceară de la judecător ca amanetul să-i rămână lui, drept plată, și până la suma datoriei, cu ale ei dobânzi, de se cuvine, după o estimăție făcută de experți, ori să vândă la licitație.*

¹ "... această clauză formează o specie de vânzare condițională". A se vedea, în acest sens, *Digestorum seu Pandectarum, Liber XX, Titulus primus, De pignoribus et hypothecis, 16, Marcianus lib. singulari ad Formulam Hypothecariam, §9, De pacto, ut non soluto debito res justo pretio aestimanda sit debitoris.*

Este nulă orice stipulație prin care creditorul s-ar autoriza sau a-și apropria amanetul sau a dispune de dânsul fără formalitățile sus arătate;

- art. 2744 Cod civil italian: *E' nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza dei pagamento dei credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alia costituzione dell'ipoteca e dei pegno;*

- art. 2078 Cod civil francez: *Le créancier ne peut, à défaut de payement, disposer du gage: sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en payement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères. Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans formalités ci-dessus est nulle.*

Autorul crede că excepția marciană ar consta "într-un acord preexistent contractului de gaj, prin care un terț face evaluarea bunului, creditorul gajist obligându-se să restituie debitorului excedentul de valoare". După ce redă o parte din considerentele câtorva dintre soluțiile jurisprudențiale ale Curții de Casație din Napoli² pe seama pactului comisoriu și face referiri la doctrina românească

² În acest sens, D. Dobrev citează următoarele referințe: "*Per patto marciano si intende l'accordo in base al quale in caso di inadempimento il bene passi in proprietà del creditore, attraverso una stima effettuata de un terzo al momento dell'inadempimento, con l'obbligo eventuale per il creditore, di restituire al debitore l'eccedenza tra il valore del bene, risultante della stima, e l'importo del credito garantito. Il patto marciano si suole contrapporre, per analogia e presenza di indubbi dati comuni, al patto commissorio, cioè a quella convenzione, espressamente vietata dall'articolo 2744 dei codice civile, secondo il quale "E' nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza dei pagamento dei credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca e dei pegno". La ratio di tale norma è chiara, ovvero di tutelare l'interesse dei contraente più debole, ed in particolare di impedire che quest'ultimo, spinto dal bisogno, conferisca al creditore la facoltà di fare propria la cosa data in pegno, anticresi o ipoteca, sperando di riscattarla in tempo mediante estinzione del debito. La validità del patto marciano, invece, non è mai stata messa in discussione dalla giurisprudenza, in quanto la stessa ritiene che "la validità derivi dalla mancata predeterminazione in funzione dell'importo del credito, nonchè dalla possibilità di controllarne tra le prestazioni mercè l'obbligo di restituzione del supero al debitore" (cf. Cass. Napoli, 9 gennaio 1904, in Foro it., 1904, I, c. 342; Cass., 21 iuglio 1956, n. 2828, in Foro it. Mass., 1956, 518; Trento, 18 febbraio 1975, in Giur. mer., 1975, I, 424)." Urmează alte considerațiuni pe care autorul le reia integral din formulările jurisprudenței italiene pe care o citează, și anume: "*Ancora, è noto come la giurisprudenza – appoggiata sul punto dalla dottrina – non abbia mai dubitato della validità del c.d. patto marciano, cioè di quella convenzione in base alla quale in caso di inadempimento il bene passa in proprietà del creditore, ma previa stima da eseguirsi da un terzo al momento dell'inadempimento e con l'eventuale obbligo, in capo al creditore, di restituire al debitore l'eccedenza tra il valore del bene e l'importo del credito. Tale predeterminazione del prezzo dell'alienazione in funzione dell'importo del credito, sia alla possibilità di controllarne l'equilibrio tra le prestazioni mercè l'obbligo di restituzione del supero al debitore (Cass. Napoli, 9 gennaio 1904, in Foro it., 1904, I, c. 342; Cass. Palermo, 12 febbraio 1910, in Giur. it., 1910, I, c. 412; Cass., 27**

(ilustrată prin operele lui D. Alexandresco, C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Liviu Pop și C. Bârsan), autorul intervenției constată că se află în imposibilitate să determine sorginea și sensul pactului marcian pe care îl intuiește ca pe-o bizarerie a doctrinei italiene, un "mouton à cinq pattes". După ce-a încercat o asimilare etimologică *cu Lex Marcia*, votată în anul 104 d.Cr., amintită de Gaius în Instituțiunile sale³, a constatat că nici în aceasta nu se află cheia explicațiilor juridice convingătoare deoarece, pe de o parte, după un romanist francez, *lex commissoria* a început a fi prohibită de către împăratul Constantin, după dinastia Antoninilor, în prima parte a secolului al IV-lea d. Cr., iar pe de altă parte, "ar fi lipsit de sens să existe o lege care impune preventiv ca prețuirea bunului gajat să se facă de un terț, dacă *lex commissoria* permitea" chiar apropierea bunului gajat instantaneu. În chiar momentul scadenței, debitorul fiind *insolvens*.

Câteva explicații

Pactul marcian poartă numele celui care, printr-o suită de texte jurisprudențiale (între care, cel reținut în paragraful al nouălea din *secțiunea 16 a Titlului I, Caneva a XX-a din Pandectae*)⁴, a teoretizat ceea ce devenise de mai

novembre 1951, n. 2696, în Foro it., 1952, I, c. 11 con nota adesiva di M. Elia; Cass., 21 luglio 1956, n. 2828, în Foro it. Mass., 1956, 518; App. Trento, 18 febbraio 1975, în Giur. mer., 1975, I, 424). Nello stesso senso si è pronunciata la dottrina (V. Lojacono, Il patto commissorio, cit., p. 71 s.; C. M. Bianca, Il divieto, cit., p. 202 ss.; M. Fragali, Del mutuo, cit., p. 255 ss.; C. Varrone, Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia, Napoli, 1968, p. 80; U. Carnevali, Patto commissorio, cit., p. 505; V. Mariconda, Trasferimenti commissori e principio di causalità, in Foro it., I, cc. 1428 ss., 1435; F. Anelli, L'alienazione in garanzia, Milano, 1996, pp. 469; M. Bussani, Patto commissario, cit., p. 113 ss., 125 ss.; G. F. Minniti, Patto marciano e irragionevolezza del diasporre in funzione di garanzia, in Riv. dir. comm. 1997, I, p. 29 ss.). Secondo la puntuale ricostruzione del Bianca (op. ult. cit., p. 220) il fondamento della liceità del patto marciano consiste nel fatto che, mentre nel patto commissario l'equivalenza tra importo del debito garantito e valore del bene è solo eventuale, nel patto marciano essa assurge a contenuto tipico del contratto andando ad integrare un vero diritto del debitore alla restituzione dell'eccedenza".

³ În acest sens, autorul citează Gaius *Institutiones comentarii, Liber quartus, 23: Sed aliae lege sex quibusdam causis constituerunt quasdam actiones per manus injectionem, sed puram, id est non pro iudicato, velut les Furia testamentaria adversus eum, qui legatorum nomine mortisue causa plus Massibus cepisset, cum ea lege non esset exceptus, ut ei plus capere liceret; item lex Marcia faeneratorum, ut si usuras exegissent, de his reddendis per manus injectionem cum eis ageretur.*

⁴ A se vedea în acest sens, *Digestorum seu Pandectarum, Liber XX, Titulus primus, De pignori et hypothecis, 16, Marcianus lib. singulari ad Formulam hypothecariam, §9, De pacto, ut non soluto debito res justo pretio aestimanda sit debitoris: Potest ita fieri pignoris datio, hypothecae, ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emptoris possideat rem, justo pretio tunc aestimandam. Hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio. Et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt* ("Se poate contracta un gaj sau o ipotecă sub această clausă: dacă datoria nu este plătită într-un anumit termen, creditorul va putea să păstreze bunul cu titlu de cumpărător, după estimarea care i se va face atunci; asta pentru că această clauză formează

bine de un secol obișnuință în Roma epocii Severilor; introducerea unei *lex comissoria*, a unui *jus distrahendi* în contractele de împrumut sau de închiriere. Aceasta clauzulă penală sancționa, în aceasta formă precară, transferul de proprietate (*lex comissoria*) sau doar de *jus abutendi* (*jus distrahendi*, dreptul de-a vinde bunul pentru a se îndestula din prețul obținut) pe seama bunului dat în gaj, amanet (*pignus*).

Opera jurisprudentului Aelius Marcianus (începutul sec. III d. Cr., sub Antoninus Caracalla și Alexander Severus) nu a fost salvată; doar aprox. 170 de texte care se găsesc în diverse cărți ale Digestelor lui Justinian au trecut proba timpului. Cele care ne interesează aici se găsesc în Cartea a XX-a, Titlurile 1 (în mod special), 4, 5, 6.

Care este semnificația acestui pact "marcian"? – Simplă: părțile într-un contract de împrumut sau de închiriere se puteau înțelege (precum în orice contract de vânzare condițională) ca, în eventualitatea nerestituirii împrumutului, creditorul gajist să devină *ipso facto* proprietar al bunului dat în gaj, la valoarea acestuia din urmă calculată în momentul scadenței datoriei principale a debitorului. Urma apoi plata, către debitor, a eventualului *superfluum*.

Și acum, câteva, explicații. Nouă ne este mai dificil să înțelegem garanțiile reale romane. De ce? Simplu, pentru că noi nu mai suntem obișnuiți în practica jurisprudențială și în teorie cu următoarele precondiții dogmatice:

- garanțiile reale nu sunt doar aspecte eventuale și subiacente ale drepturilor personale, ci reprezintă, după conținutul lor și după efectele eventuale, drepturi reale asupra bunului altuia (*Jura in re aliena*);

- în al doilea rând, precum și Marcianus considera, nu există diferențe substanțiale între gaj, fiducie și *hypotheca*; uneori doar denumițiunea este alta; fiind deschise către aranjamente posterioare contractului de bază (prin pacte adăugate - *pacta adjuncta* -), dreptul roman în materie este extrem de complex (ceea ce nu-i cazul în legalistul nostru drept civil): chiar Marcianus semnează numeroase texte care tratează ipotezele novațiunilor multiple de creditori ipotecari sau gajiști de ranguri diferite și soluțiile preconizate pentru fiecare caz în parte (cu intersecții interesante ale principiilor de prioritate temporală -*prior tempus, potior jure*-, de prioritate a posesiunii de bună-credință -*bona fides*-, sau de prioritate a titlului just -*justum titulus*-, ori de preferință pentru proprietatea quiritară ori pentru aceea pretoriană etc);

- în al treilea rând, noi nu suntem obișnuiți cu ipoteca bunurilor mobile (*invecta et illata*); prin aceasta, noi nu concepem că afacerile pot fi încheiate

o specie de vânzare condițională. Este ceea ce a fost decis printr-un rescript al împăraților Severus și Antoninus").

și de către cei care nu au în proprietate bunuri valoroase (imobile); pentru noi, afacerile sunt rezervate celor bogați sau extrem de opulenți, nu și pauperilor (care nu prezintă "garanții"); lăudabil, din propria-mi perspectivă. Justinian a păstrat, ipoteca mobilelor; Napoleon n-a procedat la fel...;

- în al patrulea rând, astăzi noi nu concepem ca validă ipoteca plurală:

Justinian a păstrat ipotecile plurale, cu ranguri diferite pentru creditorii ipotecari și cu reguli foarte stufoase; din nou, cred că este lăudabilă această viziune; Napoleon, în spirit cazon și reduționist, a vrut să constituie un monopol simplist asupra ipotecilor, favorizându-l astfel pe marele bancher și în disprețul eventualilor creditorii ipotecari de rang inferior dar încrezători în talentul debitorului de-a multiplica sumele investite: prin aceasta, debitorul s-a văzut pus în fața unei alternative abisale: ori ai succes în această primă afacere, ori pierzi totul...; această filosofie juridică nouă a condus de altfel la multe sinucideri spectaculoase în epoca modernă, atunci când onoarea încă mai avea valoare socială. A doua șansă îi este refuzată debitorului. Aceasta este filosofia profundă a dreptului civil european actual (*ne varietur*) în această materie.

Parafrazându-l pe Obrad Stanojevic, spunem și noi că garanțiile reale din dreptul civil continental-european de astăzi seamănă cu cele din dreptul roman din Epoca Clasică precum musicalul de pe Broadway, *My Fair Lady*, al lui Bernard Shaw seamănă cu mitul grec al lui Pygmalion⁵.

Revenind la pactul marcian, constatăm, din perspectiva înțeleșului juridic, a nu fi altceva decât o altă denumire, sincretică, nu novatoare, a clauzei penale sub forma unei *lex comissoria* sau a unui *jus distrahendi*.

Pignus (gajul) era o garanție destul de slabă pentru creditor deoarece nu asigura un transfer al vreunui drept real asupra bunului amanetat. Ca atare, mai cu seamă atunci când bunul respectiv ajungea în mâinile unui terț, el, creditorul, nepăstrând măcar detențiunea precară asupra bunului gajat, nu mai avea nici vreo pârgie de ordin psihic prin care să-l determine pe debitor să-și execute obligația.

O altă garanție reală, fiducia, a fost de natură a-i întări creditorului poziția juridică (Longinescu, după Maynz și Girard, acesta din urmă fiind autorul lui preferat, explică foarte convingător această instituție)⁶, în sensul că el, creditorul, obținea de la bun început proprietatea asupra lucrului dat în garanție;

⁵ Obrad Stanojevic, "Roman Law and Common Law – A Different Point of View", în *Loyola Law review*, Volume XXXVI, 1990, no. Two, p. 273: "After all interpretations and additions made to the Roman law by medieval jurists, the pandectists, and others, civil law today resembles Roman law as the Broadway show *My Fair Lady* resembles the Greek myth of Pygmalion, on which Bernard Shaw based his play and Lerner and Lowe based their musical".

⁶ A se vedea, în acest sens, Ștefan G. Longinescu, *Elemente de drept roman*, vol. I, partea a II-a, Tipografia "Curierul Judiciar" S.A. București, 1922, p. 242 sqq.

aceasta se întâmpla chiar prin mijloace formaliste, solemne, precum *mancipatio* sau *in jure cessio*. Dar (*Nota bene!*), această garanție slăbea foarte mult puterea materială, resursele debitorului, el fiind lipsit de folosința bunului. Apoi, *pactum fiduciae* (un *pactum de retrovendendo* sau de răscumpărare a bunului în cazul executării obligației principale) nu constituia o garanție în sine pentru redobândirea proprietății asupra bunului amanetat.

Iată cum, din pricina vlăguirii debitorului, în general, oamenii se mefiau să încheie un astfel de contract atât de dezavantajos lor, debitorilor.

Salvarea vieții contractuale dinamice a venit din partea ipotecii care s-a bazat pe un transfer condițional al proprietății dar iară deposedarea imediată a debitorului de bunul dat în garanție. Firește, atunci ca și astăzi, "creditorii de profesie" s-au lansat în operațiuni speculative de amploare. Viața creditului a fost denaturată; vechiul principiu, acela după care creditorul urmărește ca debitorul să realizeze profit astfel încât finalmente și el, creditorul să se poată îndestula, s-a transformat, în realitate, în pandantul său, pentru că ei, creditorii cămătari urmăreau proprietatea asupra garanțiilor reale și nu recuperarea firească a creanțelor. Este ceea ce l-a determinat pe împăratul Flavius Valerius Constantinus I (Constantin cel Mare, în onomastică creștină), după un secol de recunoaștere dogmatică a pactului marcian și după mai bine de două secole de aplicare *de facto* a acestei scheme de creditare, să interzică vânzarea condițională cuprinsă în pactul marcian sau transferul condițional al proprietății bunului amanetat doar prin simpla consecință a unei astfel de clauze penale intervenite între părți.

Justinian, în *Codex*-ul său, a păstrat interdicția referitoare la pactul marcian, după cum și Napoleon a procedat mai târziu. Justinian n-a abolit, însă, fiducia (care din secolul III d.Cr. își pierduse doar nuda denumire deoarece devenise o simplă varietate de gaj sub denumirea de *pignus*, deoarece *mancipatio* și *in jure cessio* căzuseră în desuetudine)⁷ după cum, n-a abolit nici pactul de anticreză -*antichresis*- (extrem de interesant, de altfel ca instituție juridică).

- Résumé -

Par le présent article, l'auteur fait l'exégèse du pacte qui est devenu, en temps, le pendant du célèbre article 2078 du Code civil napoléonien - *Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage: sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères. / Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans formalités ci-dessus est nulle.*

⁷ În acest sens, a se vedea Mihail Vasile Jakotă, *Dreptul roman*, Univ. "M. Kogălniceanu", Ed. Cugetarea, Iași, 2002, p. 356.