



COMPANAZIONE
COMPARAZIONE e DIRITTO CIVILE
DIRITTO CIVILE
diretta da Gabriella Autorino e Pasquale Stanzone

RACHELE MARSEGLIA

L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA DEI PEGNI NON POSSESSORI



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

RACHELE MARSEGLIA

L'EVOLUZIONE DELLA
DISCIPLINA DEI PEGNI
NON POSSESSORI



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2018 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX: 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

978-88-9211591-0 (formato cartaceo)

978-88-9217634-8 (formato digitale)

Il volume pubblicato nella presente Collana è stato oggetto di procedura di doppio referaggio cieco (double blind peer review), secondo un procedimento standard concordato dai Direttori della collana con l'Editore, che ne conserva la relativa documentazione.

Impaginazione: Giuseppe Ferrentino (peppe.ferrentino@virgilio.it)

Stampa: Industria Grafica Letizia - Capaccio (Sa)

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

CAPITOLO I

IL PEGNO ED IL RUOLO DELLO SPOSSESSAMENTO DAL DIRITTO ROMANO AL CODICE DEL 1942

SOMMARIO: 1. Il pegno nel diritto privato romano. Dalla *fiducia cum creditore* al *pignus*. – 2. L'evoluzione del pegno nel diritto privato romano. – 3. Il *pignus convèntum*: la prima forma di garanzia non possessoria e le prime avvisaglie di una crisi dello spossessamento. – 4. Il *pignus convèntum* sui beni immobili e l'ipoteca: da sinonimi a contrari. – 5. Il pegno verso una connotazione autonoma. Il diritto francese. – 6. La ricostruzione secondo le regole di Domat ed il ruolo discretivo dello spossessamento. – 7. La ricostruzione secondo le regole di Pothier. Lo spossessamento come elemento essenziale e fisiologico del pegno. – 8. Dalle regole di Domat e Pothier alla codificazione del pegno. Il duplice significato del *gage* nel *Code Napoléon* – 9. Il *gage* nell'accezione speciale. L'essenzialità dello spossessamento. – 10. Il *gage* nell'accezione generale. Cenni sulla responsabilità patrimoniale del debitore e sulle iniziali limitazioni alla sua portata. – 11. Cenni sul sistema dei privilegi nel *Code Napoléon* – 12. Il pegno nei Codici preunitari sul modello della codificazione francese e la conferma del ruolo dello spossessamento. – 13. Il pegno nel codice del 1865. Lo spossessamento fra le "quattro essenzialità del pegno".

1. *Il pegno nel diritto privato romano. Dalla fiducia cum creditore al pignus*

Germogliato nel diritto romano, il *pignus*¹ affonda le sue radici nel più antico istituto della *fiducia cum creditore*² ed è catalogato come la prima figura di garanzia patrimoniale su cosa altrui, che assunse forma grazie all'intervento del Pretore.

Prima che si rendesse possibile l'azione sul patrimonio, infatti, lo *jus civile* riconobbe all'*obligatio* la prerogativa di trovare la sua garanzia nella persona del debitore, tanto che il creditore insoddisfatto, da principio stragiudizialmen-

¹ L'etimo è ritrovato da Gaio nel termine *pugno*: «“Pignus” appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur»: GAIUS, *Libr. VI, Ad legem duodecim tabularum*, in *D.* 50.16.238.2.

² La *fiducia cum creditore*, già dall'epoca pregiustiniana – intorno al V secolo a. C. e fino al I-II secolo d. C., quando fu poi abolita dai compilatori delle *Pandectae* - funzionò, nelle periferie dell'Impero, come un negozio con cui il debitore realizzava il rafforzamento delle aspettative creditorie, alienando una *res* al creditore, così da garantirgli il pagamento del credito.

te ed in seguito per l'esercizio della *legis actio per manus iniectioem*³, poteva impadronirsi del debitore stesso⁴.

Solo con la successiva introduzione del sistema di esecuzione patrimoniale e con la sua sostituzione a quello di esecuzione personale, si ammise la possibilità di attuare a favore del creditore la piena soddisfazione del suo diritto sulla cosa data in garanzia, facendo ricorso alla *fiducia cum creditore* concepita nelle disposizioni delle *leges Mancipi* delle XII Tavole.

Nell'atto solenne di alienazione di *res Mancipi*, perfezionato con la formula della *Mancipatio* o della *in iure cessio* e finalizzato a produrre l'effetto del trasferimento della proprietà dal fiduciante-debitore al fiduciario-creditore⁵, l'espediente della *fiducia* aggiunse all'*alienatio* un patto, il *pactum fiduciae*, con cui il creditore che acquistava la proprietà della cosa si obbligava a "rimanciparla" in seguito al pagamento del debito: "*ut ea res debito soluto remancipetur*"⁶.

³ GAIUS, *Libr. VI, Ad legem duodecim tabularum*, in *D.* 4.26.

⁴ Per l'analisi dell'evoluzione di tali rapporti e del loro riconoscimento da parte del Pretore, al quale è attribuita la paternità dell'esecuzione patrimoniale prima sconosciuta allo *ius civile*, cfr. *amplius*: A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano, 1976, p. 40; L. BOVE, *Pegno (diritto romano)*, in *Nuov. Dig. it.*, 1965, p. 763; A. BURDESE, *Pegno (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, XXXII, 1982, p. 662; P. FREZZA, *Le garanzie reali*, Padova, 1963; F. LA ROSA, *Ricerche sull'origine del pegno*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, III, Milano, 1988, p. 59; e G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano, Le garanzie reali*, Torino, 1935, pp. 160 e ss.

⁵ La radicale differenza fra *pignus* e *fiducia* riposa nel fatto che la seconda determinasse il trasferimento della proprietà. A tal riguardo, V. MANNINO, *Garanzie dell'obbligazione*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, 8, Torino, 1992, p. 620, scandisce due diversi momenti evolutivi della *fiducia cum creditore*: quello iniziale, in cui questa forma di garanzia, dalla struttura non chiaramente qualificabile, si atteggiò a mero vincolo etico-sociale, e quello successivo, in cui invece acquisì rilevanza giuridica, trovando tutela nell'*actio fiduciae*, «caratterizzata da una formula processuale in cui il giudice doveva stabilire la correttezza o meno del comportamento del creditore/convenuto, non può negarsi che la *fiducia cum creditore* abbia assunto un carattere tendenzialmente accessorio».

⁶ B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1986, p. 133. In merito, V. MANNINO, *Garanzie dell'obbligazione*, cit., p. 620, rileva inoltre che: «in ogni caso, non è arbitrario ritenere che all'alienazione, almeno in epoca più avanzata, accedesse un *pactum*, il quale permetteva all'acquirente di soddisfarsi sul bene cedutogli qualora non avesse ricevuto dal debitore quanto dovuto. Lo stesso *pactum* finiva per autorizzare il creditore, qualora il debitore non avesse soddisfatto l'obbligazione principale, a vendere il bene cedutogli fiduciarmente. Fu nel corso del III-II secolo a. C. che la *fiducia cum creditore* si trasformò da vincolo etico/sociale in vincolo giuridico, con la concessione al fiduciante di un'*actio fiduciae* diretta a fargli ottenere sia la restituzione del bene (qualora l'obbligazione principale fosse stata adempiuta), sia il recupero del *superfluum* (qualora il bene fosse stato venduto in seguito al mancato adempimento dell'obbligazione garantita): un'*actio* questa che risulta essere stata utilizzata anche per tutelare il debitore contro gli eventuali comportamenti del creditore non improntati a correttezza».

Dal *pactum fiduciae* nacque l'*actio fiduciae* a favore del mancipante, il cui esercizio fu ammesso solo contro il debitore.

In epoca classica, ormai valutata sproporzionata rispetto allo scopo, la *fiducia cum creditore* fu sostituita dalle figure del *pignus* e dell'*hypotheca*, per poi scomparire del tutto in epoca giustiniana, seguendo la sorte dell'istituto della *mancipatio*⁷.

Erettosi sulle ceneri dell'antecedente storico, sempre nel medesimo periodo, il pegno fu riportato all'*obligatio re* ed assurse al rango di diritto reale volto a realizzare l'identica funzione di garanzia della, ormai estinta, *fiducia cum creditore*, attraverso la semplice consegna materiale della cosa, senza implicare quindi l'effetto smisurato del trasferimento della proprietà della *res*⁸.

L'istituto sorse nella pratica come rapporto giuridico di fatto: il debitore, o un terzo, consegnava al creditore una cosa a scopo di garanzia del credito, permettendo il trasferimento della sola disponibilità materiale, espressa nei termini del "*possidere corpore*", inteso quale "relazione di fatto fra la persona e la *res*"⁹.

Quale oggetto di tale "*possidere corpore*" o, a detta degli interpreti, più semplicemente "*corpus*", venne ammessa qualsiasi *res corporale*, purchè fosse – sino a tutto il diritto classico – una *res in bonis*, ossia in proprietà pretoria del pignorante al momento del pignoramento e suscettibile di possesso, di alienazione o dello stesso diritto¹⁰.

Il diritto romano contemplò fra le cause di estinzione del diritto di pegno

⁷ Nella ricostruzione di P. COGLIOLO, *Storia del diritto privato romano. (Dalle origini all'Impero)*, Firenze, 1889, p. 59, si evince la lunga coesistenza del pegno come contratto reale e della garanzia come *fiducia cum creditore* che, tuttavia scomparve con lo scomparire della *mancipatio*. Tant'è che «nei testi classici, Giustiniano alla *fiducia cum creditore* sostituì la parola *pignus*, e alla *fiducia cum amico* la parola *depositum*. Il Pretore perfezionò con l'editto il pegno; D XII, 1, 1, 1: *praetor... de pignore edixit*; ma non è noto il contenuto di questo editto; così pure nel suo albo c'era l'*actio pigneraticia* di buona fede, la cui formula conteneva le condizioni essenziali. Ad ogni modo devesi riconoscere che la più antica forma di pegno fu la fiducia e che il vero pegno si svolse con le teorie sul possesso».

Il cambio del termine *fiducia* con quello di *pignus* è registrato da G. DIURNI, *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, in *Digesto Civ.*, VII, Torino, 1992, pp. 291 e ss., già nelle fonti bizantine.

⁸ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1956, pp. 262 e ss.

⁹ PAULUS, *Libro quinto decimo ad Sabinum*, in D. 41. 2. A tal riguardo cfr. A. DEGLI SFORZA, *Sul diritto di pegno ed'ipoteca secondo il sistema austriaco nei luoghi ove non sono attivate le pubbliche tavole provinciale sul concorso dei creditori e sulla compensazione studj*, Bergamo, dalla tipografia Sonzogno, 1846, p. 15, evidenziò come: «il costume del pegno manuale poteva essere introdotto dalla natura e dal commercio, anche senza bisogno di una positiva legislazione».

¹⁰ V. GAIUS, *Ad legem duodecim tabularum*, in D. 20, I, 15, 1 e PAPINIANUS, in D. 20, I, 3.

l'estinzione del credito per adempimento del creditore, il perimento della *res* costituita in garanzia e la confusione che consentiva al creditore pignoratizio di divenire proprietario della *res* attraverso il patto marciano successivamente vietato.

2. L'evoluzione del pegno nel diritto privato romano

Il pegno vestì panni diversi a seconda della diversa causa che ne innescasse la genesi: il seme ritrovato nella volontà delle parti, espressa in un accordo o in un testamento, fu il fondamento del pegno volontario, mentre quello riconducibile alle singole disposizioni di legge, che intendevano tutelare particolari categorie di creditori, fu riconosciuto come presupposto edificante il pegno legale.

Nella fattispecie di quest'ultimo tipo di pegno trovarono collocazione il pegno speciale ed il pegno generale. Il primo inteso ad esplicitarsi su singoli e determinati beni del debitore, il secondo invece idoneo a vincolare, nella sua interezza, la sfera patrimoniale attorno gravitante a lui.

Nella dinamica del pegno concepita nel diritto romano, proprietario della *res* rimaneva il debitore.

Di contro, la titolarità dello *ius possidendi* rientrava nell'area di pertinenza del creditore pignoratizio, che aveva così il diritto di possedere la cosa¹¹.

Naturalmente, in assenza di *iusta causa* e *bona fides*, il possesso del creditore non poteva essere fatto valere ai fini dell'*usucapio*, mentre al contrario, previa apposita convenzione pattizia, il possesso del creditore assicurava il diritto all'eventuale percezione dei frutti della cosa a titolo di interessi.

Inizialmente, nel caso di inadempimento dell'obbligazione e qualora le parti avessero aggiunto alla costituzione del pegno il cosiddetto *pactum commissorium*, venne ammesso il trasferimento della proprietà della *res* dal debitore al creditore. In seguito però, emersane l'eccessiva onerosità, il patto venne vietato da Costantino¹².

Il pegno si colorò di una funzione soddisfattoria solo in età tardo classica. Prima, infatti, lo *ius possidendi*, pur sempre incline alla funzione di garanzia,

¹¹ A. BURDESE, *Pegno*, cit. p. 666.

¹² «Costantino abolì tale patto, oltremodo gravoso per il debitore, consentendo soltanto che il creditore – in virtù di altra pattuizione - potesse trattenere la cosa dopo un certo periodo di tempo dall'inadempimento, pagandone il giusto prezzo». Così L. BOVE, *Pegno (diritto romano)*, cit., p. 765.

diede al creditore la sola titolarità del possesso della *res* senza che questi avesse il diritto di usarla (incorrendo altrimenti nel *furtus usus*) e lo legittimò esclusivamente a percepirne i frutti, integrando in tal caso gli estremi della fattispecie greca dell'*antichresis* (di portata generale)¹³.

Solo dopo, il creditore fu investito dello *ius distrahendi*, acquisendo la possibilità di vendere la *res* data in pegno e trovare così soddisfazione nel ricavato, salvo l'obbligo dell'*hipèrocha*, o *superfluum*, ossia della restituzione dell'eventuale residuo al debitore.

Tale *ius*, tuttavia, vide il suo riconoscimento passare per diverse fasi, prima di arrivare ad assumere connotati definitivi.

Inizialmente esso fu oggetto del *pactum de distrahendo pignoris*, speciale convenzione con cui il debitore all'uopo autorizzava il creditore.

Successivamente la giurisprudenza classica, preso atto del diffuso utilizzo di tale *pactum*, ammise che lo si dovesse considerare incluso in ogni costituzione di pegno, conferendogli la denominazione di diritto.

L'epoca giustiniana sancì il principio per cui, in assenza di compratore, con un'*imperatio dominii*, il creditore potesse chiedere all'Imperatore l'attribuzione della cosa, salvo, però, il diritto del debitore di riscattarla dopo due anni.

Dal canto opposto, invece, adempiuta l'obbligazione e non restituita la *res* dal creditore, il debitore fu legittimato ad esperire l'*actio pignoratitia directa* per potersene riappropriare materialmente¹⁴.

Nel III sec. d. C., in un clima di evidente *favor* nutrito nei confronti dei creditori, una regola dell'Imperatore Gordiano III sancì la sopravvivenza del vincolo del pegno al pagamento del debito da parte dell'obbligato. Fu introdotto così il cosiddetto *pignus gordianum* il quale non si estingueva seguito del pagamento del debito garantito dal pegno, ma rimaneva in vita per continuare garantire l'adempimento di tutte le altre obbligazioni assunte da quel debitore nei confronti del medesimo creditore pignoratizio, sebbene non assistite dal pegno originariamente contratto.

¹³ Sotto la Voce Anticresi, l'*Enciclopedia legale, ovvero Repertorio alfabetico di legislazione, giurisprudenza e dottrina*, Vol. I, Napoli, 1864, p. 353, indica che il termine trae origine dal greco, che l'etimologia della parola è legata al concetto di compensazione e che la sua ampia diffusione nel diritto romano fu soprattutto relativa alla specie di pegno nel quale il debitore cedeva al creditore l'uso ed il godimento dell'immobile impegnato, in corrispettivo degli interessi del credito. «Questo contratto s'introdusse in forza di consuetudine. È a supporre che i romani l'abbiano tratto dall'oriente o dalla Grecia; e che Lucullo che aveva trovato in uso l'anticresi in Asia minore, ridusse il diritto del creditore alla esazione del quarto della rendita. Pare, del resto, che l'anticresi non fosse molto favorita in Roma, atteso l'abuso che ne facevano gli usurari».

¹⁴ B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 223 e ss.

3. *Il pignus convèntum: la prima forma di garanzia non possessoria e le prime avvisaglie di una crisi dello spossessamento*

In età classica, dunque, l'opera creativa del Pretore portò all'edificazione di due diverse fattispecie di pegno: dapprima il *pignus datum* ed in seguito il *pignus convèntum*.

Il *pignus datum*, inteso quale pegno manuale o possessorio, fu la prima vera e propria forma di garanzia costituita attraverso lo spossessamento del bene: il Pretore riconobbe al creditore, per il periodo antecedente all'adempimento, la *possessio ad interdica* sulle cose date in pegno ed al debitore che avesse pagato, la possibilità di esperire un'azione per ottenere la restituzione della *res data* in pegno¹⁵.

Il *pignus convèntum*, inteso quale pegno convenzionale e senza *traditio*, fu invece la prima forma di pegno costituita senza che il debitore fosse privato del possesso a seguito della materiale consegna della cosa, ma solo mediante una semplice *conventio* bi o plurilaterale, che poteva essere anche tacita.

«Tale convenzione non era altro che un patto pretorio, ma produttore azione, mentrechè i patti non ne producevano alcuna»¹⁶.

In quel remoto contesto storico, al pari di quanto si avverte in quello attuale, le ragioni che indussero alla foggia di una garanzia non possessoria affondarono le loro radici in un'esigenza di carattere marcatamente sociale.

La crisi dello spossessamento e la necessità di non imbligliare il sistema delle garanzie in difficili dinamiche di circolazione dei beni fu avvertita quindi sin dagli esordi.

I romani, in sostanza, adattarono per primi il diritto al mercato: soppressero la *traditio* e lo spossessamento per consentire che il bene non fosse sottratto ad un debitore che aveva evidentemente necessità di usarlo, lavorarlo, trasformarlo o anche semplicemente di disporre per non arrestare il normale corso dei suoi affari o della sua vita.

Così si diede vita a quelle le figure di pegno senza spossessamento, tramandate dal diritto romano a quello comune, che poi «vennero gradatamente limitate anche per intervento del legislatore nel corso del XVIII e del XIX secolo, paradossalmente proprio quando il nascere di un'economia industriale poneva le basi per la futura necessità di tali forme di garanzia e l'obsolescenza del pe-

¹⁵ Cfr. a tal proposito D. DALLA, R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto Romano*, Torino, 1996, pp. 334 e ss.

¹⁶ M. DURANTON, *Cours de droit francais suivant le Code civil*, trad. italiana, Napoli, 1855, p. 156.

gno con spossessamento»¹⁷, e che oggi si sono riproposte nelle vesti delle garanzie mobiliari non possessorie di cui si è tornati a parlare.

Nel mercato degli affitti degli immobili emerse infatti la necessità di garantire il pagamento della pigione al locatore, al fine di facilitarne la locazione stessa¹⁸.

Si concepì un pegno a garanzia del debito costituito sugli arredi, sulle masserizie, sugli schiavi e sugli animali (*invencta et illata*) introdotti nell'immobile, per sola convenzione e senza spossessamento, così che il debitore stesso non fosse privato della possibilità di usarli¹⁹.

Come registrato da Nerazio, nella prassi della locazione dei fondi urbani, fu infatti invalsa la consuetudine del tacito accordo pignoratorio con cui si costituiva la garanzia sulle *res* immesse nel fondo urbano a vantaggio del locatore: *eo iure utimur, ut quae in praedia urbana inducta illata sunt pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit: in rusticis praediis contra observatur*²⁰.

Mentre, come rilevato da Pomponio, nella locazione dei fondi rustici, l'esigenza di una tutela più immediata del locatore indusse alla costituzione di una garanzia tacita sui frutti nati nel fondo rustico locato: *in praediis rusticis fructus qui ibi nascuntur tacite intelleguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominati id non convenerit*²¹.

Inizialmente, in ragione di tale accordo, il locatore venne investito del potere di precludere all'inquilino moroso l'abbandono del fondo urbano e l'estromissione dei beni immessi, attraverso la chiusura materiale dell'immobile.

Il divieto di asportare i pegni dal fondo prima della soddisfazione del creditore fu sanzionato dalla clausola *domini esto*, che più che permettere un automatico acquisto della proprietà del pegno o il sorgere di un credito al suo trasferimento, venne letta come: «il riconoscimento empirico [...] dell'autorizzazione pattizia a operare una sorta di *pignoris capio* o atto unilaterale e stragiudiziale di forza per impossessarsi dei pegni (anche prima che essi avessero cessato di servire alla raccolta dei frutti Ulp. 73 ad ed. D. 20.1.14pr.), a scopo di pressione psicologica volta a ottenere l'adempimento, senza funzione diret-

¹⁷ Così W. HROMADKA, *Die Entwicklung des Faustpfandprinzips im 18. und 19. Jahrhundert*, Köln, 1971, p. 2.

¹⁸ In questo senso E. BIANCHI, *Dei privilegi e delle cause di prelazione del credito in generale*, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 1907, p. 324.

¹⁹ P. FREZZA, *Le garanzie reali*, cit., p. 82.

²⁰ NERATIUS, Libro I, *Membranarum*, in D. 20.2.4.

²¹ POMPONIUS, Libro XIII, *Ex variis lectioninibus*, in D. 20.2.7. Pomponio rilevò inoltre come la garanzia degli *invencta et illata* nella locazione dei fondi rustici fosse già conosciuta ai tempi di Ulpiano, in virtù di una riforma conosciuta da Cassio e non da Labeone.

tamente satisfattiva, analogamente a quanto abbiamo visto avvenire per la *pignoris capio* non convenzionale»²².

Il frequente abuso del potere di ritenzione, consuetudinariamente riconosciuto al locatore ed assai di sovente tradottosi in un atto di forza che esorbitava i limiti dell'autotutela, venne però arginato in età repubblicana con l'*Interdictum de migrando*²³.

²² A. BURDESE, *Pegno*, cit., p. 664.

²³ C. GIACHI, *L'interdictum de migrando e l'origine della tutela del pegno*, in *Studi in onore di REMO MARTINI*, II, Milano, 2009, p. 277: «Stando al tenore dell'interdetto *de migrando*, com'è stato tramandato nei *Digesta*, vi è un uso della forza straordinariamente longevo, riconosciuto come legittimo, che ha probabilmente origine in quella dimensione originaria della *vis*, antesignana di una vera e propria espressione soggettiva del diritto. Tale uso corrisponde, in questo caso, all'esercizio di facoltà riconducibili a una posizione giuridica non tutelata originariamente da azione: quelle del creditore pignoratorio di un canone di locazione urbana, di fronte all'inadempimento del conduttore, e quindi alle prese con l'esercizio della garanzia reale. È lecito pensare che questo meccanismo abbia avuto origine in un'epoca che ancora non conosceva le azioni a tutela del pegno. Sappiamo, infatti, che, soltanto un paio di secoli dopo la sua origine, al pegno fu assicurata quella tutela mediante azione che ne avrebbe fatto un vero diritto reale di garanzia. Ma la tutela fondata sulla forza mantenne una certa vitalità anche in seguito, quando la posizione del creditore pignoratorio era inequivocabilmente dotata di protezione in via d'azione. Ed è proprio una traccia di quella pratica di difesa privata, che era stata probabilmente la prima forma di tutela del pegno, ad affiorare nella formula dell'interdetto *de migrando* conservata in un frammento dell'*ad edictum* ulpiano escerpito nei *Digesta* di Giustiniano, Ulp. 73 ad ed. D. 43.32.1 pr.:

“*Praetor ait: 'Si is homo, quo de agitur, non est ex his rebus, de quibus inter te et illum venit, ut, quae in eam habitationem qua de agitur introducta importata ibi nata factave essent, ea pignori tibi pro mercede eius habitationis essent, sive ex his rebus est et ea merces tibi soluta eove nomine satisfactum est aut per te stat, quo minus solvatur: ita, quo minus illi eum, inde abducere liceat, vim fieri veto'.*».

Analizzando il tenore del provvedimento pretorio, si osserva come esso vieti al locatore di usare la forza contro il conduttore di un immobile urbano al fine di impedirgli di asportare (traslocare) i beni immessi nell'appartamento, o ivi nati, quando su di essi non insista – perché cessato, o perché mai esistito – un vincolo a titolo di pegno. Il conduttore può insomma pretendere di trasferirli fuori dal fondo, ma unicamente ove non rientrino nella conventio pignoris oppure se il debito garantito sia stato adempiuto (o sia stata data altrimenti soddisfazione al creditore, ad es. con una *datio insolutum* ovvero offrendo un'altra adeguata garanzia). Siccome l'interdetto *de migrando* vieta soltanto in questi casi di fare violenza per impedire al conduttore di traslocare, significa allora, che, ove il vincolo della garanzia invece sussista, il creditore pignoratorio può *vim facere*, usare la forza, per evitare il trasloco dei beni, e dare così esecuzione alla garanzia.

A interessare più da vicino in questo studio è proprio la *vis*, fondata su una *conventio*, cui è autorizzato il creditore pignoratorio/locatore di un immobile urbano, e che si realizza con la materiale reclusione delle cose introdotte nel fondo a titolo di pegno operata dal locatore/creditore; il comportamento, cioè, contro il quale è concesso al debitore/conduttore l'interdetto *de migrando*, qualora non sussista più il vincolo sulle *res*. Una tale soggezione delle cose introdotte nel fondo alla pretesa del locatore cessa, in primo luogo, allorché non sussistano più le condizioni di necessità del pegno perché sia intervenuto l'adempimento o sia stata offerta idonea

Il fine dell'interdetto proibitorio fu proprio quello di limitare il ricorso ad una forma così violenta di tutela privata.

Pertanto, il Pretore negò al locatore di immobili urbani la possibilità di opporsi arbitrariamente al trasloco dall'abitazione gli *invencta et illata* per il mancato pagamento della pigione, punendolo con il *vim fieri veto* pretorio²⁴ ogniqualvolta la pigione fosse stata pagata, i beni oggetto di ritenzione non fossero quelli impegnati, l'inadempimento dell'inquilino fosse imputabile al locatore ed il titolo fosse stato già garantito idoneamente attraverso altro strumento²⁵.

garanzia, o dipenda dal creditore l'impossibilità di adempiere. Ma può anche darsi che l'atto di ritenzione abbia ad oggetto cose non rientranti, stando al tenore di D. 43.32.1pr., nel novero di quelle che, secondo la *conventio* tra conduttore e locatore, erano state introdotte nel fondo e vincolate a titolo di pegno».

²⁴ Sull'argomento si rinvia a L. LABRUNA, *Vim fieri veto. Alle radici di un'ideologia*, Napoli, 1971, pp. 12 e ss.; ID., *Tutela del possesso fondiario e ideologia repressiva della violenza nella Roma repubblicana*, Napoli, 1986, pp. 21 e ss.; ID., «Iuri maxime ... adversaria». La violenza tra repressione privata e persecuzione pubblica nei conflitti politici della tarda Repubblica, in *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del convegno internazionale di diritto romano*. Copanello, 4-7 giugno 1990, a cura di F. MILAZZO, Napoli, 1992, pp. 253 e ss.

²⁵ Sul punto cfr. ancora C. GIACHI, *L'interdictum de migrando e l'origine della tutela del pegno*, cit., p. 268, la quale rimarca la stranezza dell'ammissibilità di una simile forma di coercizione in un sistema che aveva concepito da tempo degli strumenti normativi necessari per respingere l'idea della forza come mezzo per il raggiungimento di soluzioni giuridicamente apprezzabili. «È, infatti, in materia di tutela del possesso da atti violenti di turbativa che si stigmatizzano per la prima volta i comportamenti fondati sulla vis, colpendoli con una pronuncia d'interdizione da parte del pretore, e lasciando emergere la prospettiva della volontà coartata da un uso della forza, che, proprio per il fatto di conculcare una libertà, è considerato violento e quindi legittimamente da respingersi.

Parallelamente, si può osservare come 'vis' sia, di per sé, una parola cui da principio corrispondono le idee sia di forza, sia di violenza; si tratta di un termine dalla natura anfibologica, allusivo a una dimensione di potenza, non necessariamente agita, e non ingiusta. Per i Romani più antichi vis non ebbe affatto quella connotazione di 'contrarietà al diritto' che avrebbe assunto in seguito, ed esprimeva l'idea dell'efficacia, dell'efficienza; una sorta di 'prova formale, affermazione e dimostrazione subiettiva del diritto. Una specializzazione sostanziale dei valori della parola era, invece, ovviamente già emersa (o emerse contestualmente) con l'affermarsi di quell'apparato di repressione della forza violenta nelle forme dei più antichi interdetti possessori.

Dal punto di vista del rifiuto della forza come strumento per la realizzazione dei diritti, è senz'altro rilevante la disciplina contro la violenza privata stabilita dalla *lex Iulia de vi*. La pena stabilita da questa legge, infatti, venne irrogata anche nei confronti della forza adoperata per dare esecuzione a un proprio diritto, come, ad esempio, nel caso di quella usata per impossessarsi dei beni del debitore con lo scopo di costringerlo all'adempimento. È evidente, dunque, come sia potuto accadere che gli studiosi abbiano valutato l'ipotesi di una contraddizione tra il meccanismo del precludere e la vis punita dalla *lex Iulia*. Il comportamento del creditore che s'impossessa con la forza dei beni del debitore per indurlo a pagare, sembra proprio quello del creditore pignoratorio che dà esecuzione al pegno».

In epoca successiva, affermato il divieto al ricorso della forza attraverso la procedura interdittale, sempre in merito alla locazione dei fondi rustici, in base all'*Intedictum Salvianum, adipiscendae possessionis* (dal nome del Pretore Salvius che lo introdusse nel I secolo a.C.), in caso di inadempimento del colono, quindi, si riconobbe al locatore il possesso degli *invencta* e degli *illata* che non potevano più essere asportati dal fondo rustico contro la sua volontà.

In seguito, però, il fatto che tale tutela potesse esperirsi solo avverso il colono inadempiente e non anche contro altri terzi che avessero acquisito il possesso degli *invencta* e degli *illata* ne mise in evidenza la limitatezza ed indusse all'affermazione dell'*actio serviana*, costituente un'*actio in rem con iudicium arbitrarium* che il locatore poteva esperire *erga omnes*.

Questa nuova azione reale pretoria fu in concreto lo "strumento di sicurezza" attraverso il quale si cercò di far fronte alla fallacia della precedente *actio Pauliana*²⁶, accordando al proprietario del fondo rustico affittato il diritto di rivendicare contro qualunque possessore le cose date in pegno dal suo fittavolo a garanzia del fitto.

La ricostruzione delle ragioni che diedero i natali all'azione serviana fu autorevolmente tracciata dal giurista francese HUTTEAU, che, nell'emendare e correggere la *Raccolta dei diversi trattati sulle ipoteche, l'anticresi ed il pegno*, evidenziò come quest'azione fosse «stata introdotta nei fondi che chiamasi *praedio rustica* e non per le case. Le cose mobiliari appartenenti all'affittajolo, e che erano nei fondi, come le mandare, i cavalli ed altro, erano obbligate ai fitti, ma bisognava che vi fosse una convenzione espressa: tale era l'azione serviana.

Vediamo ora quale utilità ne risultava. L'azione civile che deriva dal pegno

²⁶ La necessità del superamento dell'azione pauliana e della sua sostituzione con l'azione serviana trova autorevole esplicitazione nello scritto di A. DEGLI SFORZA, *Sul diritto di pegno ed' ipoteca secondo il sistema austriaco nei luoghi ove non sono attivate le pubbliche tavole provinciale sul concorso dei creditori e sulla compensazione studj*, cit., p. 18: «Osservavano i migliori giureconsulti, come sono il Giasone, il Fabbor, il Voet, l'Oinotomo, il Zoesio, e i due Vinnio, e tanti altri, che per l'antichissimo sistema del Diritto Romano non veniva accordata ai creditori una vera azione in giudizio sulle cose, che dal patrimonio del debitore fossero passate in proprietà dei terzi per legittimo titolo di acquisto. Ciò rendeva di poca utilità il diritto di pegno, imperciocchè a sua efficacia restringevasi ad un solo diritto di prelazione nel caso di un concorso generale o parziale dei creditori. Per dare a questi si introdusse l'azione *Pauliana* o *rescissoria*, mercè la quale, provandosi dai creditori che il debitore aveva alienate cose sue in loro danno e frode, la vendita veniva annullata, e così le cose alienate dovevano tornare nel patrimonio del debitore per servire a pagamento degli obblighi suoi. Ma ognuno ben vede che questa azione era di poca utilità, perché di sua natura era semplicemente personale, e non attribuiva un vero *jus in rem*, e non veniva accolta in giudizio, se la mala fede dell'acquirente non era pienamente provata.

A questo scarso mezzo di sicurezza si cercò dai Dottori, ed in seguito anche da Giustiniano nelle Istituzioni di supplire con l'azione serviana».