

**UNICA**

UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI CAGLIARI

DIPARTIMENTO  
DI ECCELLENZA

 23  
27

*Giurisprudenza*

# STUDI ECONOMICO-GIURIDICI

Semestrale

ISSN 1971-5692

VOLUME LXVI  
2025/2

ESTRATTO



**JOVENE**

## STUDI ECONOMICO-GIURIDICI

ISSN 1971-5692

ISBN 978-88-243-2994-1

Rivista del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari  
Centro dipartimentale di eccellenza in Diritto, innovazione e sviluppo sostenibile  
Law, Innovation and Sustainable Development (DISS/LISD)

Gli Studi economico-giuridici ospiteranno, nel segno del pluralismo scientifico e metodologico che da sempre caratterizza il periodico, ricerche scientifiche di studiosi italiani e stranieri in materia giuridica ed economica.

**Direttore responsabile:** CRISTIANO CICERO (cicero@unica.it)

**Comitato di direzione:** Aldo Berlinguer - Marco Betzu - Valeria Caredda - Corrado Chessa - Pietro Ciarlo - Giovanni Cocco - Paoloefisio Corrias - Andrea Deffenu - Gianmario Demuro - Rossella Fadda - Riccardo Fercia - Peter Gröschler (Johannes Gutenberg-Universität Mainz) - Margareth Helfer (Universität Innsbruck) - Franck Laffaille (Université Sorbonne Paris Nord) - Giuseppe Lorini - Angelo Luminoso - Anna Maria Mancaleoni - Ilenia Ruggiu - Maria Virginia Sanna - Francesco Seatzu - Francesco Sitzia - Marek Smolak (Adam Mickiewicz University) - Anna Paola Ugas - Stephan Wolf (Universität Bern)

**Comitato scientifico nazionale:** Vincenzo Barba - Alberto Maria Benedetti - Emanuele Bilotti - Roberto Bin - Roberto Calvo - Andrea Cardone - Raffaele Caterina - Fulvio Cortese - Vincenzo Cuffaro - Tommaso dalla Massara - Paolo Di Lucia - Iole Fargnoli - Vincenzo Ferrari (Università di Milano) - Giampaolo Frezza - Matilde Girolami - Antonio Incampo - Pasquale Laghi - Sara Landini - Raffaele Lener - Sara Longo - Enrico Minervini - Andrea Nervi - Stefano Pagliantini - Salvatore Patti - Giovanni Perlingieri - Fabrizio Piraino - Antonella Sciarrone Alibrandi - Claudio Scognamiglio - Vito Velluzzi - Pietro Virgadamo - Roberto Virzo - Andrea Zoppini

**Comitato scientifico internazionale:** Christian Baldus (Universität Heidelberg) - Adoración Castro Jover (Universidad del País Vasco) - María José Bravo Bosch (Universidad de Vigo) - Sylvaine Laulom (Université de Saint-Etienne - Avocate générale à la Chambre Sociale de la Cour de Cassation française) - Guillaume Le Floch (Université de Rennes) - Marc Pichard (Université Paris Nanterre) - Johannes Platschek (Ludwig-Maximilians-Universität München) - Laura Sautonie Laguionie (Université de Bordeaux) - Jorge Enrique Viñuales (University of Cambridge) - Constantijn Willems (Philipps Universität Marburg)

**Comitato esterno di valutazione:** Enrico Mario Ambrosetti - Stathis Banakas (University of East Anglia) - Maria Caterina Baruffi - Ettore Battelli - Gabriele Carapezza Figlia - Francesca Carimini - Marina Castellaneta - Enrico Caterini - Alessandro Ciatti Càimi - Camilla Crea - Claudio Colombo - Matteo Dellacasa - Edoardo Ferrante - Vincenzo Ferrante - Alessandro Ferrari - Vincenzo Ferrari - Arianna Fusaro - Paolo Gallo - Mauro Grondona - Simona Grossi (Loyola Law School) - Marco Ieva - Claudia Irti - Umberto Izzo - Paola Lambrini - Francesco Mezzanotte - Lorenzo Mezzasoma - Salvatore Monticelli - Antonio Musio - Luigi Nonne - Vittorio Occorsio - Massimo Palazzo - Angel Tinoco Pastrana (Universidad de Sevilla) - Francesco Paolo Patti - Maria Pia Pignalosa - Massimo Proto - Vincenzo Putorti - Maddalena Rabitti - Ilaria Riva - Anna Scotti - Roberto Senigaglia - Aziz Tuffi Saliba (Federal University of Minas Gerais) - Loredana Tullio - Giovanni Maria Uda - Abel Benito Veiga Copo (Comillas Universidad Pontificia) - Vincenzo Zeno Zencovich

**Comitato editoriale:** Daniele Amoroso - Luca Ancis - Stefano Aru - Fabrizio Calisai - Alessandra Camedda - Federico Cappai - Nicolas Carrillo Santarelli - Stefania Cecchini - Andrea Chelo - Alice Cherchi - Gabriele Civello - Giovanni Coinu - Valentina Corona - Maria Francesca Cortesi - Silvia Corso - Giuseppina De Giudici - Carlo Dore - Salvatore Esposito - Maurizio Ferrari - Paola Galatà - Andrea Maria Garofalo - Silvia Izzo - Alessandra Leuzzi - Olimpia Giuliana Loddo - Giovanni Manca - Anna Maria Mandas - Marcella Martis - Enrico Maria Mastinu - Lorenzo Moroni - Ivan Libero Nocera - Federico Onnis Cugia - Daniela Pappadà - Carlo Pilia - Elisabetta Piras - Alessandra Pisu - Stefania Puddu - Marianna Rinaldo - Luca Sitzia - Silvia Viaro

### **Sede del comitato editoriale:**

Dipartimento di Giurisprudenza  
Università degli Studi di Cagliari  
Viale Sant'Ignazio 17 - 09121 Cagliari  
email: studicagliari@unica.it

### **Sede amministrativa:**

JOVENE EDITORE  
Via Mezzocannone 109  
80134 Napoli - Italia  
www.jovene.it info@jovene.it

### **Registrazione presso**

il Tribunale di Napoli  
n. 8725 del 2/12/2025

INDICE  
*luglio - dicembre 2025*

STUDI

STEFANIA CECCHINI

La (sotto)rappresentanza femminile nelle istituzioni politiche:  
un fenomeno multifattoriale ..... p. 3

GIOVANNI COCCO

Qualche vecchia e nuova idea sul perché è giustificato punire ... » 49

MARIA FRANCESCA CORTESI

La prevenzione penale contro la violenza di genere ..... » 131

RICCARDO FERCIA

Teofilo ed il mistero dell'*actio Pauliana* ..... » 155

ROSARIO FRANCO

Il testamento e il contratto di nuovo al confronto ..... » 235

ALESSANDRA LEUZZI

La rinuncia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare, a  
margine delle sezioni unite ..... » 255

GIOVANNI MANCA

L'effetto di raffreddamento: soluzioni per un legislatore penale  
forte ..... » 289

MARCELLA MARTIS

Prime riflessioni a margine del Decreto Legislativo 13 dicembre  
2024, n. 192. Una nuova frontiera fiscale per il comparto agri-  
colo? ..... » 315

ANTONIO MUSIO

Servizi di intelligenza artificiale e tutela dei minori ..... » 331

FEDERICO ONNIS CUGIA

Intersezioni tra normativa di sanità animale e garanzia per i vizi nella vendita ..... p. 349

#### APPROFONDIMENTI TEMATICI

GIULIA BAZZONI

Verso “tre piani” di accountability per l’automobile intelligente » 375

PIETRO VILLASCHI

Targeting politico-elettorale online, tutela dei dati personali e formazione dell’opinione pubblica: i nuovi regolamenti dell’Unione europea alla ricerca di un (difficile) equilibrio ..... » 409

#### ORIENTAMENTI

CRISTIANO CICERO

Estinzione della società e posta creditoria (nota a Cass., Sez. un., 16 luglio 2025, n. 19750) ..... » 437

MARIANNA RINALDO

Espressione per monosillabi e validità del testamento (nota a Cass., ord. 11 aprile 2025, n. 9534) ..... » 445

#### RECENSIONI

UMBERTO IZZO

Il danno nella relazione tra uomini e animali [Cristiano Cicero] » 451

SALVATORE ESPOSITO

Responsabilità in ambito sanitario tra tradizione e innovazione [Cristiano Cicero]..... » 455

AUTORI ..... » 457

RICCARDO FERCIA

## TEOFILO ED IL MISTERO DELL'ACTIO PAULIANA

1. È noto come la denominazione dell'azione revocatoria, nel linguaggio curiale a noi consueto, come '*actio Pauliana*' si riscontri, nel testo del *Corpus iuris* noto ai giuristi europei, in un unico frammento escerpito dall'*ad Plautium* di Paolo e confluito in D. 22.1.38 (Paul. 1132 Lenel), dove si conserva un ampio squarcio riconducibile ad un articolato discorso in cui il giurista analizzava in via generale il problema dell'interesse ai frutti<sup>1</sup> nelle *actiones in personam*: dopo aver posto, infatti, il quesito in ordine a *quando in actione quae est in personam etiam fructus veniant*, che leggiamo nel § 38pr., egli si soffermava specificatamente – a seguire il dettato del Digesto nel § 38.4 – sulla *Fabiana* e, appunto, sulla *Pauliana*.

È dunque necessario muovere da questo (come vedremo apparente) *hapax*, che peraltro – lo dico sin d'ora, in vista di un più puntuale approfondimento nelle pagine che seguiranno – non può ricondursi, come sosteneva Paul Collinet<sup>2</sup>, né al sostrato classico del passo, né ad un glossema pregiustiniano rientrato nel testo, né infine ad un'interpolazione dei commissari giustiniani, ma ad un errore di copiatura nella tradizione del Digesto, che ha dato luogo alla

---

<sup>1</sup> Mi pare, al riguardo, condivisibile il rilievo che R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, Napoli, 2000, p. 313, muove a F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (trad. di G. Nocera), Firenze, 1953, p. 388, il quale riteneva che il frammento rappresenti un'integrale trattazione postclassica: il complessivo andamento del testo, infatti, mostra come il pensiero severiano risulti ancora nitidamente percepibile pur a fronte di interventi verosimilmente parafrastici.

<sup>2</sup> P. COLLINET, *L'origine byzantine du nom de la Paulienne (après 533 - VII<sup>e</sup> siècle)*, in *RHDFE*, XLIII, 1919, p. 187 ss. (l'opera è consultabile *on line* alla fonte *gallica.bnf.fr* - Bibliothèque nationale de France).

lezione a noi nota, risultante tanto dalla *Vulgata*, quanto dalla *Florentina*<sup>3</sup>:

Paul. 6 ad Plaut. D. 22.1.38.4: *In Fabiana quoque actione et [Pauliana] <in factum>, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus quoque restituuntur: nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset: quod non est iniquum (nam et verbum [‘restituas’] <‘restituam’>, quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem), ut fructus quoque restituantur.*

Procederò adesso a tratteggiare le ragioni per cui può dubitarsi del testo a nostra disposizione.

Innanzitutto, è singolare che il giurista citi la *Fabiana* – cioè l’azione rescissoria data per caducazione pretoria degli atti posti in essere dal liberto in frode alla disciplina della *bonorum possessio dimidiaie partis* offerta al *patronus*<sup>4</sup> – senza alcuna indicazione in ordine alla sua funzione pratica, mentre senta questa necessità per la *Pauliana*: se, cioè, è del tutto plausibile, se non francamente ovvio, che la funzione di un rimedio pretorio fosse agevolmente identificabile con il ricorso ad un *nomen iuris* consolidatosi nella prassi, da ricondursi in linea di principio al *nomen* del pretore – quasi una ‘gloria di famiglia’ – che per primo ebbe ad introdurla nel proprio editto<sup>5</sup>, è difficile comprendere come mai, per la *Pauliana*, e dunque in teoria per un’altra azione identificabile in termini analoghi pur non essendo ‘*Paulus*’ – da cui il deonomoastico ‘*Paulianus*’<sup>6</sup> – un *nomen gentilizio*,

<sup>3</sup> E segnatamente al f. 315r che leggo da *Iustiniani Augusti Pandectarum Codex Florentinus*, a cura di A. Corbino e B. Santalucia, Firenze, 1988.

<sup>4</sup> Cfr. la sintesi di M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 768.

<sup>5</sup> L’editto si colloca nella seconda metà del I secolo a.C., e ben può essere ascritto ad un pretore della *gens Fabia* in carica in quell’arco temporale secondo C. MASI DORIA, ‘*Bona libertorum*’, Napoli, 1996, p. 179 ss. (dopo la *lex Aebutia* e prima della *lex Aelia Sentia* per M.G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi contro gli atti in frode ai legittimari in diritto romano*, Milano, 1978, p. 12 ss.).

<sup>6</sup> Cfr. Val. Max. 8.11.1: *Sulpicii Galli maximum in omni genere litterarum percipiendo studium plurimum rei publicae profuit: nam cum L. Pauli bellum adversum regem Persen gerentis legatus esset, ac serena nocte subito luna defecisset, eoque velut*

il giurista si premuri di chiarire che si tratta dell'azione, anch'essa onoraria, *per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur*<sup>7</sup>.

In disparte l'astratta possibilità che il dettato classico del passo evocasse anche la *Calvisiana*, non foss'altro perché, come sappiamo, ha la stessa funzione della *Fabiana* in caso di successione *ab intestato* del liberto, io suppongo, al riguardo, che Paolo discutesse della revocatoria come di un'azione non identificata da uno specifico *nomen iuris*, e dunque di un'azione semplicemente '*in factum*' di cui risultava utile esplicitare la funzione: vedremo più avanti, come si accennava, sia le ragioni – anche ulteriori rispetto a quelle lumeggiate da Collinet<sup>8</sup> – per cui la lezione '*Pauliana*' non dovesse figurare neppure nel testo ufficiale del Digesto, sia quali riscontri possano oggi addursi per suffragare l'idea per cui i *prudentes* parlassero semplicemente di *actio in factum*, adoperando quindi una terminologia 'neutra' che trova una significativa conferma, a mio avviso, nel dettato epiclassico di Diocl. et Max. C. 7.75.5, su cui ci dovremo ampiamente soffermare.

V'è però un altro punto del nostro passo da ritenersi verosimilmente alterato.

Mi riferisco all'espressione '*restituas*', che Lenel<sup>9</sup> collegava alla promessa dell'*interdictum fraudatorium*, ma che, secondo me, più che il frutto di una modifica intenzionale dovuta alla mano dei commissari imperiali, è l'esito di un normalissimo errore di copiatura – al limite anche interno alla tradizione dell'*ad Plautium*, forse giustificato, come adesso immediatamente vedremo, dalla presenza di un secondo *restituas*, questa volta genuino, che si leggeva poco più

---

*diro quodam monstro per<ter>ritus exercitus noster manus cum hoste conserendi fiduciam amisisset, de caeli ratione et siderum natura peritissime disputando alacrem eum in aciem misit. itaque inclytae illi Paulianae victoriae liberales artes Galli aditum dederunt, quia, nisi ille metum nostrorum militum vicisset, imperator vincere hostes non potuisset.* Per la connessione, cfr. P. COLLINET, *L'origine*, cit., p. 196, nt. 1.

<sup>7</sup> Cfr. P. COLLINET, *L'origine*, cit., p. 190 s.

<sup>8</sup> P. COLLINET, *L'origine*, cit., p. 191 ss.

<sup>9</sup> O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis* (di seguito *Pal.*), I, Leipzig, 1889, col. 1157; ID., *Das 'Edictum perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*<sup>3</sup> (di seguito *EP*<sup>3</sup>), Leipzig, 1927, p. 339 s.; p. 496 e nt. 3; p. 499 e nt. 1.

avanti – da correggersi senz'altro, per ragioni di indefettibile coerenza logico-giuridica con l'affermazione del giurista per cui *praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset*, in un 'restituam'.

E difatti, sul piano delle espressioni edittali tipiche, la voce verbale *restituas* (alla seconda persona singolare del congiuntivo presente) connota, come sappiamo, la (promessa e la) *conceptio verborum* di qualsiasi interdetto restitutorio; per converso, la voce verbale *restituam* (alla prima persona del futuro) connota la promessa editale, che postula in linea di principio la *causae cognitio*<sup>10</sup>, di una *restitutio in integrum* prodromica alla concessione di un'azione rescissoria costruita come *ficticia*, giacché in tale ampia casistica il pretore, come noto, promette di esercitare la giurisdizione come se un fatto ostativo ad ottenere tutela non esista nella realtà giuridica: sarebbe allora anomalo che un giurista classico si esprimesse evocando appunto la *fictio* dell'irrealtà a proposito di un editto con cui il pretore prometteva di dare un interdetto restitutorio.

Secondo me, in sostanza, Paolo si riferisce senz'altro ad una *restitutio in integrum* quando ci dice che, nelle due azioni rescissorie considerate nel § 38.4, *praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset*, alludendo così alla *fictio* che, sul piano linguistico, si rendeva configurando l'*intentio* dell'azione *in factum* con il ricorso al periodo ipotetico dell'irrealtà: se è così, l'*agere* del pretore di cui parla il giurista va ricondotto, come si accennava, ad una *causae cognitio* funzionale a disporre la *restitutio*, di talché il dettato originario di questo tratto dell'*ad Plautium* doveva contenere non già un *restituas*, riferibile un interdetto restitutorio, ma appunto un *restituam*, assai meno frequente – appena sei occorrenze, di cui solo due riferibili ai *verba edicti*<sup>11</sup> – nel *Corpus iuris* e da considerarsi, di conseguenza, *lectio difficilior* (anche) logicamente preferibile al ben più numerose occorrenze di *restituas*, che, per di più, doveva figurare nell'antigrafo poco più avanti, così da ingannare gli occhi del copista.

<sup>10</sup> O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., p. 442.

<sup>11</sup> Ulp. D. 4.6.1.1; Ulp. D. 4.6.26.9; Afr. D. 30.108.5; Paul. D. 32.28; Paul. D. 35.1.44.7; D. 36.1.17.16. Solo le prime due occorrenze sono rapportabili a *verba edicti*.

Il che ci impone un ulteriore approfondimento in chiave palinogenetica.

E difatti, il ragionamento di Lenel, che nel suo complessivo sviluppo tra la *Palingenesia* e l'*Edictum perpetuum* perveniva ad una soluzione diametralmente opposta a quella che abbiamo appena suggerito, considera *leges geminae* Paul. D. 22.1.38.4 e

Paul. 6 *ad Plaut.* D. 50.17.173.1: *Cum verbum 'restituas' [lege invenitur] <praetor dixit>, etsi non specialiter de fructibus additum est, tamen etiam fructus sunt restituendi.*

E tuttavia, in disparte il riferimento alla *lex*, da ritenersi palese frutto di un'alterazione dei commissari imperiali evocativa di qualsiasi norma dell'ordinamento giustiniano in quanto il giurista doveva riferirsi soltanto all'editto del pretore, a me pare difficile revocare in dubbio che la connessione – indubbiamente sussistente – del frammento adoperato per la compilazione del titolo D. 50.17, *De diversis regulis iuris antiqui*, con il più ampio discorso conservato da D. 22.1.38 debba riferirsi non già – come sosteneva Lenel – al § 38.4, ma senz'altro al successivo § 38.5, dove non a caso Paolo evocava l'*interdictum unde vi*.

In altre parole, se è singolare che il giurista discuta della *plena significatio* di un termine tecnico come *restituas* a proposito di una *fictio*, non lo è affatto ove esaminati un interdetto restitutorio.

Proviamo, dunque, a ricostruire il dettato originario di questo tratto dell'*ad Plautium* muovendo dalla lettura coordinata di D. 50.17.173.1 e

Paul. 6 *ad Plaut.* D. 22.1.38.5: [*Et ideo*] *<Idem erit dicendum> cum [restitui praetor vult] <verbum 'restituas' praetor dixit>, veluti in interdicto unde vi <: etsi non specialiter de fructibus additum est, tamen> etiam fructus sunt restituendi.*

Il *cum* temporale e l'identica formulazione della chiusa costituiscono innegabili coincidenze testuali da cui si deduce, secondo me con assoluta certezza, che le *leges geminae* frutto dell'attività dei commissari imperiali sono in realtà D. 22.1.38.5 = D. 50.17.173.1, due frammenti che recando un esito palesemente sovrapponibile di

due diverse manipolazioni dello stesso tratto dell'*ad Plautium* di Paolo, dove propongo una congettura diagnostica *ad sensum* – suggerita in base alle numerosissime occorrenze di essa nella prosa dei *prudentes* – per ricostruire il pensiero sostituito da *'et ideo'* – di per sé indice sintomatico di intervento compilatorio – nel § 38.5.

Sono persuaso, dunque, che in D. 22.1.38.4 il giurista si soffermasse sulla *plena significatio* della voce verbale *'restituam'*, che connotava i *verba edicti* con cui il pretore prometteva una *restitutio in integrum*, adducendo ad esempio le azioni rescissorie, ad essa conseguenti, che davano tutela piena ed effettiva contro le alienazioni in frode ai *iura patroni* od ai creditori; e che, subito dopo, nel tratto confluito in D. 22.1.38.5, dove la tipica espressione giustiniana *'et ideo'* crea una sutura espositiva certamente spuria tra i due paragrafi, esaminasse piuttosto, per chiarire le implicazioni tecniche sottostanti all'evidente prossimità linguistica dei lemmi considerati, forse anch'essa concausa del rilevato errore di copiatura, la voce verbale *'restituas'*, tipica degli interdetti restitutori, per evidenziare come il risultato pratico, per quanto concerne l'interesse ai frutti, fosse il medesimo.

Una ricostruzione palinogenetica del tratto dell'*ad Plautium* paulino testimoniato da D. 22.1.38.4-5, alla luce di D. 50.17.173.1, potrebbe dunque suonare, grosso modo e senza che vi sia rimedio di sorta a compressioni di taglio parafrastico, così:

*In Fabiana quoque actione et in factum, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus quoque restituuntur: nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset: quod non est iniquum (nam et verbum 'restituam', quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem), ut fructus quoque restituantur. Idem erit dicendum cum verbum 'restituas' praetor dixit, veluti in interdicto unde vi: etsi non specialiter de fructibus additum est, tamen etiam fructus sunt restituendi.*

Credo ora di aver adeguatamente lumeggiato la mia idea del sostrato classico del testo in esame, e soprattutto le ragioni del mio dissenso dalla palinogenesi leneliana.

Rinviando, a questo punto, alle pagine che seguiranno l'esame degli *scholia* a PTh. 4.6.6, da cui si traggono ulteriori e decisivi ele-

menti a sostegno della correzione proposta, mi pare sin d'ora dirimente constatare che, se in D. 22.1.38.4 il giurista riferisce la voce verbale, come mi pare evidente, ad entrambe le azioni, *Fabiana* e *'Pauliana'*, è innegabile che un *'interdictum Fabianum'* sia senza alcun serio dubbio ignoto alle fonti a nostra disposizione, sicché è impossibile che Paolo evocasse il *verbum* contenuto nell'editto che concedeva l'*interdictum fraudatorium* – il cui testo è conservato, come vedremo con alterazioni significative, in Ulp. D. 42.8.10pr. – in quanto non correlabile in alcun modo ad un 'parallelo' interdetto restitutorio, in ipotesi trasformato in *actio utilis ex causa interdicti*, per le alienazioni in frode ai *iura patroni*, che l'*edictum Fabianum* certamente ignorava: ne consegue che il giurista ragionava sulle 'parallele' azioni rescissorie conseguenti in entrambi i casi ad un *in integrum 'restituam'*, e che l'*actio* qualificata (non già come *'Pauliana'*, ma) come *in factum*, funzionale alla revocazione delle alienazioni in frode ai creditori, non solo era strutturalmente autonoma (nel senso che non risultava dall'adattamento in via *utilis* di un'altra azione), ma era appunto costruita con una  *fictio* onde imporre al *iudex privatus*, in forza della *restitutio in integrum data in iure* 'de principe' *causa cognita*, di giudicare come se i beni alienati in frode ai creditori non fossero mai usciti dal patrimonio del debitore.

Deve poi ritenersi pacifico che la nostra azione *in factum* contenesse anche la clausola arbitraria, tanto più se teniamo conto del fatto che essa era esperita non già – come avviene nel VI secolo – dai singoli creditori, ma, dopo la *missio* e prima della *bonorum venditio*<sup>12</sup>,

<sup>12</sup> È, in sostanza, il plausibile risultato – sintetizzato nell'esposizione di M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 659; per lo *status questionis* più risalente, cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup>, Napoli, 1960, p. 145 s. – cui pervenivano, apportando precisazioni non di rilievo centrale all'impostazione di O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., p. 435 ss. e p. 495 ss., G. IMPALLOMENI, *Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico*, Padova, 1958, p. 12 ss., ed H. ANKUM, *De Geschiedenis der 'actio Pauliana'*, Zwolle, 1962, *passim* (in olandese, con una sintesi in francese) e quindi ID., *'Interdictum fraudatorium' et 'restitutio in integrum ob fraudem'*, in *Synthese V. Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1964, p. 779 ss. (ed in particolare a p. 783 per la critica tanto a S. SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*<sup>3</sup>, I, Napoli, 1945, p. 43 ss., secondo il quale avrebbero potuto chiedere la *restitutio in integrum* sia il *curator bonorum* sia i creditori prima della *bonorum venditio*, e la conseguente azione rescissoria il *bonorum emptor*; quanto a O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., p. 435 ss., che l'accorda solo al *curator*, ma dopo la *bonorum venditio*).

dal *curator bonorum*, il quale, a seguito dell'ottemperanza del convenuto alla *pronuntiatio de iure*, avrebbe potuto ricostituire *in ipsam rem* – in alternativa ad una *condemnatio* pecuniaria che dobbiamo immaginare al *quanti ea res erit* alla luce del complessivo ragionamento di Paolo – l'asse patrimoniale da vendersi al miglior offerente tramite il consueto sistema delle *auktiones argentariae*<sup>13</sup>: in questa prospettiva, la nostra *causae cognitio*, che in linea di principio abbiamo poc'anzi ipotizzato desumendola dal riferimento all'*agere* del pretore di cui parla Paolo in funzione della pronuncia del decreto di *restitutio in integrum*, doveva essere un segmento essenziale della procedura esecutiva che si assesta nell'editto, come noto, ad iniziativa di Publio Rutilio Rufo, pretore urbano sul finire del II secolo a.C., verosimilmente nel 118<sup>14</sup>.

L'azione *in factum* di cui discuteva Paolo, in sostanza, presuppone a mio avviso, come termine *post quem*, la pretura di Rutilio, sempre che non la si ritenga di per sé una parte essenziale degli svolgimenti editali apportati proprio da questo pretore, ricordato, come sappiamo, nel deonomastico che identifica la *formula* delle azioni date a favore o contro il *bonorum emptor* vivente il *decoctor*: poiché essa era concessa nel contesto della *missio in possessionem*, ma prima della *bonorum venditio per auctio argentaria*, essa si presenta dal nostro punto di vista come una sorta di 'revocatoria fallimentare'.

In quest'ordine di idee, il testo di Paul. D. 22.1.38.4, una volta ricondotto – in disparte le eventuali rielaborazioni parafrastiche denunziate da Schulz<sup>15</sup>, innegabilmente possibili, ma non tali, secondo me, da oscurare l'intelligenza del ragionamento del giurista severiano – al suo significato sostanziale originario, deve considerarsi una fonte di primaria importanza per la ricostruzione del regime classico della struttura e della funzione della nostra azione, giacché si trova collocato in un titolo del Digesto – D. 22.1, *de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora* – assai distante sul piano contenuti-

<sup>13</sup> Sulle funzioni di questa figura nell'azione esecutiva cfr. di recente B. BISCOTTI, 'Curare bona'. *Tutela del credito e custodia del patrimonio tra creditori e debitore. Aspetti generali*, Milano, 2008, p. 209 ss.

<sup>14</sup> Gai 4.35, su cui cfr. C.A. CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001, p. 122 s. e nt. 160.

<sup>15</sup> F. SCHULZ, *Storia*, cit., p. 388.

stico da quello – D. 42.8, *quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur* – dedicato alle tutele per gli atti in frode ai creditori, come tale forse meno esposto alle più massicce ed incisive alterazioni testuali che le riforme giustiniane su questa materia, di cui ci occuperemo dettagliatamente più avanti, si erano in tale sede rese necessarie.

2. In attesa di prospettare ulteriori elementi utili a comprovare, anche al di là della tesi di Paul Collinet, le alterazioni testuali denunciate nel paragrafo precedente, ci domandiamo, a questo punto, per quale ragione Paolo discuta della ‘revocatoria fallimentare’ in occasione di una trattazione dedicata alla valutazione dell’interesse ai frutti nelle azioni *in personam*, che secondo la soluzione proposta devono ritenersi ricompresi nell’effetto caducatorio della *restitutio in integrum ob fraudem* nella sfera degli aventi causa in frode ai creditori, e dunque da valutarsi nell’*id quod interest* della *condemnatio* al quanti *ea res erit* dell’azione rescissoria che ne conseguiva.

Di primo acchito, non è irragionevole ipotizzare che la *conceptio verborum* della *formula*, in quanto costruita per una fattispecie in un certo qual modo ‘speciale’, fosse percepita – lo si accennava poc’anzi – come del tutto autonoma rispetto ad altri modelli edittali consolidati: non si trattava, lo ribadiamo, di un’azione *utilis*, vale a dire data *ad exemplum* di altra azione già nota e sperimentata nella prassi dei pretori, per modo che la sua ‘unicità strutturale’ consentiva di leggerla una ben precisa sinapsi soltanto con l’altra azione revocatoria edittale citata da Paolo, la *Fabiana*.

Ora, quest’ultima tutela edittale era secondo Ulpiano – nel cui dettato affiora la controversialità della questione, sopita invece nello specchio postclassico delle *Pauli Sententiae*<sup>16</sup> – un’azione non già *in rem*, ma appunto (sistematicamente: e dunque anche per l’impugnazione di atti ad effetti reali in frode ai *iura patroni*) *in personam*:

Ulp. 44 *ad ed.* D. 38.5.1.26: *Haec actio in personam est, non in rem, et in heredem competit et in ceteros successores, et he-*

<sup>16</sup> Paul. Sent. 3.3: *Ea, quae in fraudem patroni a liberto quoquo modo alienata sunt, Fabiana formula tam ab ipso patrono quam a liberis eius revocantur*. Sul punto cfr. C. MASI DORIA, ‘*Bona libertorum*’, cit., p. 184, nt. 21.

*redi et ceteris successoribus patroni, et non est hereditaria, id est ex bonis liberti, sed propria patroni.*

Per cogliere appieno le ragioni che sottendono l'innegabile 'abbinamento' – tra entità omogenee, e dunque non certo tra un'azione ed un interdetto – proposto da Paolo in D. 22.1.38.4, è dunque importante soffermarci su questo frammento ulpiano.

Per orientarci al riguardo, ritengo sia indispensabile liberarci da una sovrastruttura *tota nostra*: quella che ci induce a scorgere necessariamente nell'*actio in personam* la 'nostra' tutela del rapporto obbligatorio, e la 'nostra' tutela del diritto reale nell'*actio in rem*, ove si consideri che, per i Romani, la questione è, semmai, essenzialmente legata alla tecnica formulare, nel senso che la distinzione fondamentale tra *actio in rem* e *actio in personam*, per come risulta prospettata, sia pure in chiave didattica, nell'*incipit* del quarto commentario gaiano, dipende non già da un (inesistente) approccio dogmatico alla questione, ed ancor meno da una consapevole elaborazione teorica del rapporto giuridico come 'assoluto' o come 'relativo'<sup>17</sup>, ma più che altro dalla riflessione scientifica sul contenuto squisitamente proposizionale – in ultima analisi, linguistico – che connota l'attività del pretore, sia in astratto nella promessa edittale, sia in concreto nella fase *in iure* del processo, che sfocia nella conseguente *conceptio verborum* del *iudicium* concesso.

Proviamo, dunque, a liberarci da qualsiasi autoproiezione ed a cogliere il modo di pensare di un giurista classico.

In linea di principio, è *in rem* la *formula* costruita con l'identificazione del solo attore nell'*intentio*, la quale esprime l'appartenenza della *res* che si proietta sulla clausola arbitraria, di cui peraltro, è appena il caso di dirlo, non è prerogativa esclusiva<sup>18</sup>; è, invece, *in personam* la *formula* che identifica nell'*intentio* tanto l'attore quanto il convenuto, veicolando nel processo il vincolo: per un civilista contemporaneo, la prima *conceptio verborum* corrisponde alla

<sup>17</sup> Sul piano della corrente dogmatica del diritto privato, mi riferisco a F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*<sup>9</sup>, Napoli, 1966 (rist.: 2002), p. 68 ss., in particolare p. 79.

<sup>18</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 315.

nostra idea di rapporto giuridico assoluto; la seconda a quella di rapporto giuridico relativo. Ora, se i due rimedi revocatori – *rectius*, le due azioni rescissorie – considerati in D. 22.1.38.4, *Fabiana* e '*Pauliana*', sono per Paolo azioni *in personam*, ed Ulpiano in D. 38.5.1.26 insiste per evidenziare come la *Fabiana*, cioè l'azione 'gemella' per Paolo, sia azione 'non già *in rem*, ma *in personam*', allora è ragionevole ritenere che l'*intentio* tanto della *Fabiana*, quanto della 'revocatoria fallimentare' di cui ci occupiamo, fosse il risultato di una 'sequenza processuale' – tra *iurisdictio* e *iudicatio* – tale da indirizzare l'*interpretatio* ai suoi *concepta verba* in termini potenzialmente ambivalenti.

Il che impone, prima di andare avanti, di averne un'idea almeno orientativa.

Muoviamo, dunque, dal caso intuitivamente più semplice, e certamente più diffuso nella prassi, vale a dire quello considerato in D. 22.1.38.4, in cui l'atto di disposizione del liberto come del debitore sia un negozio ad effetti reali, formale o meno, e dunque *mancipatio*, *in iure cessio* e *traditio*, tenendo altresì presente che, con specifico riferimento alla 'revocatoria fallimentare', in capo al convenuto si richiede, come si legge nella parte sicuramente classica dei *verba edicti* conservati da Ulp. D. 42.8.1pr., il *consilium fraudis*, in ipotesi valutato – nonché dimostrato – sulla base di indici sintomatici nella *causae cognitio* del pretore ai fini della concessione o meno della *restitutio in integrum ob fraudem* al *curator bonorum*.

In quest'ordine di idee, quantunque Lenel riferisse, come abbiamo visto poc'anzi, il passo di Paul. D. 22.1.38.4 non già alla 'revocatoria fallimentare', ma all'*interdictum fraudatorium*<sup>19</sup> valorizzando quel *restituas* da ritenersi invece incompatibile con il ragionamento del giurista, la sua ricostruzione della nostra *formula*, nella casistica in cui l'iniziativa del *curator bonorum* fosse diretta contro un atto ad effetti reali, può comunque considerarsi del tutto plausibile<sup>20</sup>: muovendo, dunque, da questo approdo, la peculiarità della *conceptio verborum* che connotava il *iudicium rescissorium* davanti al *iudex privatus* può scorgersi da un lato nel fatto che il nome del convenuto fi-

<sup>19</sup> Analogamente G. IMPALLOMENI, *Studi*, cit., p. 89 s.

<sup>20</sup> O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., p. 442.

gura nell'*intentio* non già in quanto mero 'possessore', come in qualsiasi azione reale, ma in quanto 'avente causa', immediato o mediato, dal *fraudator*; dall'altro nella presenza, come condizione negativa della condanna, che era di sicuro al *quanti ea res erit* se non si vuole stravolgere il senso stesso del rimedio rescindente disposto *in iure*, della clausola arbitraria, la quale connota normalmente, sia pure non esclusivamente, le azioni *in rem*.

La *conceptio verborum* dell'*actio in factum per quam quae in fraudem creditorum 'alienata' sunt revocantur* – che Lenel ricostruisce, con specifico riferimento alla *fictio*, muovendo da I. 4.6.6<sup>21</sup>, la cui piena intelligenza, cui dedicheremo molte delle pagine che seguono, postula, peraltro, la rilettura della corrispondente lezione teofilina alla luce dei suoi *scholia*, che l'insigne Autore non risulta aver mai esaminato – doveva dunque suonare, grosso modo, in questi termini:

*C. Aquilius iudex esto. Si quem hominem L. Titius Numerio Negidio mancipio dedit, L. Titius Numerio Negidio mancipio non dedisset, tum si pareret eum hominem quo de agitur ex iure Quiritium L. Titii esse, si ea res arbitrio C. Aquilii iudicis non restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam C. Aquilius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolutivo.*

Sempre di primo acchito, ci viene forse spontaneo considerare questa *formula*, come di recente prospetta anche Mantovani<sup>22</sup> in adesione alla ricostruzione di Lenel, un adattamento della *formula petitoria* costruita con la *fictio* che consegue a *restitutio in integrum* e con la tecnica della trasposizione dei soggetti, e dunque in fin dei conti un'azione *in rem*, come d'altronde ce la presenta – lo vedremo a breve – anche Teofilo: per di più, il fatto che l'azione, come normal-

<sup>21</sup> O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., p. 439 s.

<sup>22</sup> D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, Padova, 1999, p. 47 e ntt. 85-86, quantunque Paul. D. 22.1.38.4 tratti della nostra azione tra quelle *in personam*, la presenta *de plano* tra le azioni reali, ma senza affrontare il problema sottolineato, muovendo dal § 38pr., da O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., p. 440, che considera inconciliabile – discuteremo più avanti sul punto – la posizione di Paolo rispetto a quella teofilina.

mente si ritiene<sup>23</sup>, fosse esperibile anche contro i subacquirenti di mala fede doveva renderla in un certo qual modo accostabile – ed è probabilmente proprio questo l'atteggiamento dell'*antecessor* quando spiegava ai suoi *dupondii* (a rigore di legge, i *Iustiniani novi*) la portata 'sistematica' di I. 4.6.6 – ad una proponibilità *erga omnes* quantunque innegabilmente questi ultimi non fossero dei generici 'possessori', ma, esattamente come il primo avente causa, anch'essi dei 'contraenti' che avevano reso possibile, per via negoziale, il perpetuarsi della *fraus creditorum* consentendo l'ulteriore circolazione dei beni sottratti alla garanzia patrimoniale.

Eppure Paolo, come risulta chiaro dal rapporto tra il § 38pr. ed il § 38.4 di D. 22.1, la considera senza alcun serio dubbio un'azione *in personam*, che evoca 'in abbinamento' con la *Fabiana* chiarendo che si tratta dell'azione funzionale a revocare *quae in fraudem creditorum 'alienata' sunt*, e dunque innegabilmente l'oggetto di atti ad effetti reali<sup>24</sup>: se, dunque, non vogliamo entrare in una sterile – quanto metodologicamente inutile prima ancora che insensata – 'polemica' con il giurista severiano, è necessario tentare di capire le ragioni di questa sua opzione scientifica, che io riterrei semplicemente un corollario della 'relatività' della richiesta *in iure* di *restitutio in integrum*, la quale, «étant une annulation selon le droit prétorien d'un acte entre le débiteur et le premier acquéreur» – scriveva esattamente Ankum – «ne peut être décrétée que contre celui-ci»<sup>25</sup>. In altre parole, la dogmatica di cui Paolo si avvale lo induce a ritenere che, ai fini della *causae cognitio* che si chiude con il decreto di *restitutio*, il *curator bonorum* intima a comparire davanti al pretore non già un generico possessore, ma – come appunto risultava dalla *formula* – l'avente causa, mediato o immediato, dal *fraudator*, vale a dire l'unico soggetto legittimato a contraddire sulla pretesa caducatoria da trattarsi *in iure* ed incidente sull'atto ad effetti reali, sicché vi scor-

<sup>23</sup> Possibilità pacificamente riconosciuta per diritto classico: cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 659.

<sup>24</sup> O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., p. 440; ma è più chiara, su questo punto, l'edizione francese (O. LENEL, *Essai de reconstitution de l'Édit perpétuel*, ouvr. trad. en français par F. Peltier sur un texte revu par l'Auteur, II, Paris, 1903, p. 180, nt. 3).

<sup>25</sup> H. ANKUM, '*Interdictum fraudatorium*', cit., p. 784.

geva quello che per noi è un rapporto giuridico relativo esattamente come Ulpiano quando sottolineava che l'azione 'abbinata' in D. 22.1.38.4, cioè la *Fabiana*, non era *in rem*, ma *in personam*.

Se ciò è vero, non escluderei neppure che Paolo, in piena coerenza con la sua lettura dell'azione rescissoria *in factum* data previa *restitutio in integrum ob fraudem*, considerasse alla stregua di un' *actio in personam* finanche la rivendica data, previa *restitutio in integrum* per *metus*, alla vittima dell'estorsione contro gli aventi causa, immediati come mediati, che ne profittino<sup>26</sup>, come secondo me può scorgersi – al di là della verosimile compressione del testo, di un errato scioglimento di abbreviatura in *restituatur* e del riferimento alla *traditio* traslativa, che forse maschera un atto formale di alienazione dovendosi considerare quanto meno difficile<sup>27</sup> che la *iusta causa traditionis*, specie se rapportabile a negozio di buona fede, s'integrasse anche a fronte del *metus* – nel prosieguo della trattazione sull'interesse ai frutti nelle azioni personali conservato da

Paul. 6 *ad Plaut.* D. 22.1.38.6: *Item si vi metusve causa rem [tradam] <mancipio dem>, non aliter mihi restituuisse videtur, quam si fructus mihi [restituatur] <restituatur>: nec mora mea mihi aliquid aufert.*

L'intellegibilità del discorso originario non mi pare in fin dei conti compromessa da pressoché scontate compressioni, forse dovute anche al fatto che l'idea di fondo, cioè quella della 'trasfigurazione' in un'azione *in personam* (in conseguenza della 'relatività'

<sup>26</sup> Non è qui possibile riesaminare *funditus* questi problemi: rinvio dunque a M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 243 s.

<sup>27</sup> Dissento, dunque, da B. KUPISCH, *'In integrum restitutio' und 'vindictio utilis' bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1974, p. 143 e nt. 102: *metus causa 'mancipio dare'*, una volta corretto il testo, non significa che il *metus* sia la causa esterna dell'atto ad effetto reale, ma che quest'ultimo è stato estorto; peraltro, per M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 241, non abbiamo «tracce che la violenza inficiasse la validità della *traditio* effettuata dalla parte messa nell'alternativa di subire un danno in giusto o consegnare una certa cosa mediante l'adesione ad un certo assetto negoziale», fermo restando però che il negozio di buona fede – come la compravendita, esempio classico di *iusta causa traditionis* per Paul. D. 41.1.31pr. – «estorto con violenza non produce effetto già sul piano del *ius civile* stesso», sicché in tal caso la *traditio* sarebbe priva di *iusta causa*.

della *restitutio in integrum*) di un'azione diretta *in rem* come la *rei vindicatio* una volta concessa alla vittima con *formula* rescissoria, doveva essere troppo raffinata per essere non dico adeguatamente apprezzata, ma quanto meno correttamente percepita in contesti volgaristici: se, dunque, non vogliamo negare al ragionamento di Paolo un'intrinseca coerenza espositiva, a me pare evidente come il giurista, che nell'intero frammento conservato in D. 22.1.38 non si occupa mai di azioni penali, ma solo di azioni reipersecutorie, discutesse non già della clausola arbitraria contenuta nella *formula* dell'*actio quod metus causa*<sup>28</sup>, ma di quella che connota la rivendica data previa *restitutio in integrum* per *metus*, per modo che l'allusione al 'binomio edittale' che coniuga *vis* e *metus*<sup>29</sup> va ricondotto appunto non già all'azione penale pretoria, ma alla promessa della *restitutio in integrum* nei confronti di chiunque tragga obiettivamente profitto dall'estorsione.

In quest'ordine di idee, e riprendendo la ricostruzione suggerita in apertura, il tratto originale dell'*ad Plautium* confluito in D. 22.1.38.4-6 doveva dunque suonare, grosso modo, in questi termini:

*In Fabiana quoque actione et in factum, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus quoque restituantur: nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset: quod non est iniquum (nam et verbum 'restituam', quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem), ut fructus quoque restituantur. Idem erit dicendum cum verbum 'restituas' praetor dixit, veluti in interdicto unde vi: etsi non specialiter de fructibus additum est, tamen etiam fructus sunt restituendi. Item si vi metusve causa rem mancipio dem, non aliter mihi restituuisse videtur, quam si fructus mihi restituantur: nec mora mea mihi aliquid aufert.*

<sup>28</sup> Se non fraintendo qualcosa, mi pare orientata in questa direzione, sia pur con una lettura incidentale, J. GAULHOFER, 'Metus'. *Der prätorische Rechtsschutz bei Furcht, Zwang und Gewalt*, Wien-Köln-Weimar, 2019, p. 202 ss., ed in particolare p. 203, nt. 520, dove Paul. D. 22.1.38.6 viene (a mio avviso impropriamente) accostato ad Ulp. D. 4.2.14.7, dove effettivamente si discute dell'interesse ai frutti nell'*actio quod metus causa*.

<sup>29</sup> Come in Ulp. D. 4.2.3pr.: cfr. J. GAULHOFER, 'Metus', cit., p. 88 ss., in particolare p. 92 s. e nt. 233.

Riprendendo adesso la questione della natura reale o personale della ‘revocatoria fallimentare’, nella chiave di lettura sinora emersa nessun problema doveva porsi, a mio avviso, per la revocazione degli atti di remissione.

Tali atti di disposizione, per Lenel, dovevano essere ‘impugnabili’ con una *conceptio verborum* analoga<sup>30</sup>, ma a questo punto pacificamente ascrivibile ad un’*actio in personam*: ed anzi, alla luce dei passi in cui abbiamo testimonianze abbastanza sicure della concessione della nostra *actio in factum* per revocare l’*acceptilatio* al *debitor debitoris* in frode ai creditori<sup>31</sup>, è ben possibile individuare un’ulteriore tessera del nostro mosaico, che ci mostra come il *curator bonorum* avesse in ultima analisi il compito di ricostituire integralmente gli *assets* patrimoniali del *decoctor* – comprese, cioè, le poste attive

<sup>30</sup> O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., p. 443, dopo aver restituito la *formula* discussa in testo, osserva che «Ganz entsprechen wurden auch die zivilen *actiones in personam* restituiert. Die *in factum* konzipierten prätorischen Aktionen bedurften natürlich keiner fiktizischen Formeln, wogegen bei den fiktizischen die verschiedenen Fiktionen kombiniert wurden». In quest’ordine di idee, l’*actio in factum* data per revocare un’*acceptilatio* in frode ai creditori e consentire il recupero di *certa pecunia* per ricostituire le disponibilità liquide del *decoctor* poteva suonare, grosso modo, in questi termini: *C. Aquilius iudex esto. Si L. Titius Numerio Negidium sestertium X milia accepta non tulisset, tum si pareret Numerium Negidium L. Titio sestertium X milia dare oportere, qua de re agitur, C. Aquilius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia condemnato; si non paret absoluito*. Il che è, con tutta evidenza, l’adattamento di una *condictio certae pecuniae* esattamente come la *formula* ricostruita in testo è l’adattamento della *rei vindicatio*.

<sup>31</sup> Ulp. 66 *ad ed.* D. 42.8.1.2: *Ait ergo praetor ‘quae fraudationis causa gesta erunt’. haec verba generalia sunt et continent in se omnem omnino in fraudem factam vel alienationem vel quemcumque contractum. quodcumque igitur fraudis causa factum est, videtur his verbis revocari, quaecumque fuerit: nam late ista verba patent. sive ergo rem alienavit sive acceptilatione vel pacto aliquem liberavit* (dove forse può dubitarsi di *vel pacto*) ed Ulp. 6 *disp.* D. 42.8.10.14 (dove fra l’altro trova conferma la generica denominazione della ‘revocatoria fallimentare’ come *actio in factum*): *Hac in factum actione non solum dominia revocantur, verum etiam actiones restaurantur. ea propter competit haec actio et adversus eos, qui res non possident, ut restituant, et adversus eos, quibus actio competit, ut actione cedant. proinde si interposuerit quis personam Titii, ut ei fraudator res tradat, actione mandati cedere debet. ergo et si fraudator pro filia sua dotem dedisset sciente fraudari creditores, filia tenetur, ut cedat actione de dote adversus maritum*; Ven. 6 *interd.* D. 42.8.25pr. si riferisce secondo me all’*interdictum fraudatorium*. Sul punto cfr. S. SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*<sup>3</sup>, II, Napoli, 1945, p. 108 s.

dolosamente estinte – prima della *bonorum venditio* (sicché mentre il recupero ‘fisiologico’ dei crediti spetta direttamente al *bonorum emptor*, compete al *curator bonorum* quello ‘patologico’, cioè previa revocazione degli atti di liberazione in frode ai creditori).

In ultima analisi, Paolo semplicemente considerava l'*actio in factum* data al *curator* previa *restitutio in integrum ob fraudem* come un'azione rescissoria ‘sistematicamente’ *in personam*, vale a dire anche quando veicolava l'‘impugnazione pretoria’ di un atto ad effetti reali, così da esporre sempre – doveva essere questa, per lui, la principale ricaduta pratica della questione – l'avente causa *qui fraudem non ignoraverit* (così come l'avente causa che obiettivamente profitti di un'estorsione) alla *missio* come sanzione ‘principe’ per l'eventuale *indefensio*, e ciò in quanto il perno della sua *interpretatio* doveva essere, più che la *formula* conseguente alla *restitutio* in sé e per sé, la *restitutio* stessa che sul *iudicium* si proiettava: nei presupposti del ragionamento del giurista severiano emerge, dunque, *in nuce* l'antecedente di un'idea di fondamentale importanza negli svolgimenti dell'esperienza giuridica europea, e cioè quella per cui l'impugnazione – l'‘Anfechtung’ di cui parla Lenel<sup>32</sup> – è un diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale, ovvero – nell'approdo della teoria generale in cui mi riconosco – un diritto relativo<sup>33</sup>, e più precisamente un diritto alla modificazione giuridica per esclusiva via giurisdizionale<sup>34</sup>.

Più ampiamente, e tenendo conto anche del cenno alla *restitutio in integrum* per *metus* che secondo me affiora in D. 22.1.38.6, in tutti questi casi il convenuto è intimato non già come ‘possessore’, ma come ‘avente causa in una circolazione antiggiuridica’, ciò che impedisce di considerarlo un ‘vero’ terzo: ad essere ‘*in personam*’, nel ragionamento di Paolo, è la *restitutio in integrum* prima ancora che l'azione rescissoria in sé; e dunque, in D. 22.1.38.4 l'azione revocatoria, quantunque finalizzata a revocare *alienationes*, è considerata *in per-*

<sup>32</sup> O. LENEL, *Die Anfechtung von Rechts-handlungen des Schuldners im klassischen römischen Recht*, Leipzig, 1903, ora in *Gesammelte Schriften*, III, 1902-1914, herausgegeben und eingeleitet von O. Behrends und F. d'Ippolito, Napoli, 1991, p. 187 ss.

<sup>33</sup> Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*<sup>21</sup>, Napoli, 2024, p. 62.

<sup>34</sup> Cfr. C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I<sup>30</sup>, *Disposizioni generali*, Torino, 2025, p. 9 e nt. 25, con letteratura.

*sonam* dal giurista perché il *curator bonorum* non deduce, a rigore di logica, l'appartenenza, ma litiga con un contraente che ha verso la massa il dovere di cooperare<sup>35</sup> – sicché il processo può concludersi direttamente *in iure*, senza che il pretore debba necessariamente concedere l'azione rescissoria, e con la *missio* sullo sfondo come sanzione per l'*indefensio* – per assicurare il soddisfacimento dei creditori del suo dante causa, di cui non ignora la *fraus*.

Siamo così in grado di tirare le fila di questo discorso, preliminare all'intero quadro ricostruttivo che vorremmo via via qui proporre.

Come abbiamo visto, anche quando l'atto da revocarsi è un'*alienatio* secondo Paolo il *curator bonorum* agisce non già per '*rem defendere*' come se fosse un rivendicante, ma per 'impugnare' *in iure* l'atto che determina l'*eventus damni* con il *consilium fraudis*, desunto per indici sintomatici, del convenuto: l'azione, di conseguenza, si dirige 'relativamente' contro il soggetto *qui fraudem non ignoraverit* avente causa dal *fraudator* (nonché contro l'eventuale subacquirente di mala fede) non già, come di regola avviene nelle azioni reali in senso tecnico, in quanto mero 'possessore', ma appunto in quanto 'contraente che ha reso possibile una *fraus* che non ignora' e che, come tale, si rende in un certo qual modo obiettivamente concorrente in un fatto illecito, così da scorgere nella conseguente azione rescissoria un rimedio *in personam* esperibile sul presupposto dell'inefficacia retroattiva dell'atto di alienazione, dedotta nella *formula* grazie alla *fictio* conseguente alla *restitutio in integrum* disposta *in iure* dal pretore, la cui decretazione – l'*agere* di D. 22.1.38.4 – doveva avvenire *causa cognita*.

Se poi colleghiamo questa lettura alla testimonianza ulpiana sulla natura 'non già reale, ma personale' della *Fabiana*, che si prospetta – lo dicevamo – come l'azione 'gemella' nell'abbinamento omogeneo di Paolo, è ragionevole ritenere che questa 'Leitlinie' – le azioni revocatorie sono 'sempre' *in personam* in quanto 'impugnazioni pretorie' – si sia definitivamente affermata in epoca severiana.

Guardando, a conclusione della prima parte della nostra indagine, alla proiezione di questa idea sul nostro presente, la soluzione

<sup>35</sup> In questa peculiare logica si colloca oggi la posizione di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*<sup>3</sup>, Napoli, 2006, p. 646 ss., in particolare p. 647 s.

che emerge dall'art. 2903 cod. civ., a mente del quale l'azione revocatoria ordinaria soggiace al termine di prescrizione di cinque anni – che può essere interrotto solo dalla notificazione dell'atto di citazione e coincide con il termine previsto per l'impugnazione del contratto annullabile *ex art.* 1442 – dalla data dell'atto di disposizione, consente di escludere nel nostro ordinamento il 'Nachleben' della tesi avversata dai giuristi severiani, e cioè che l'azione revocatoria fosse reale se diretta contro l'alienazione e personale se diretta contro la remissione: se la revocatoria fosse stata disciplinata dal legislatore alla stregua di un'azione *in rem*, ne sarebbe stata disposta l'imprescrittibilità salvo il compiersi dell'usucapione.

La nostra azione revocatoria è, invece, invariabilmente un'azione *in personam*, costitutiva *ex art.* 2908 cod. civ. giacché perpetua, in rescindente, la *restitutio in integrum ob fraudem dei prudentes*, che per noi diviene appunto un diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale, ed in rescissorio la conseguente *actio in factum* concessa al *curator bonorum* per diritto classico, e per epoca giustiniana direttamente ai creditori come insegna – lo vedremo tra poco – I. 4.6.6.

3. Un'ulteriore considerazione si rende necessaria prima di esaminare direttamente I. 4.6.6 e, soprattutto, la sua versione teofilina, sulla cui base Lenel, come dicevamo, proponeva la ricostruzione della *formula* che abbiamo analizzato nelle pagine precedenti.

E difatti, la sinapsi tra la *Fabiana* e l'azione *in factum per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur* prospettata da Paul. D. 22.1.38.4, che ci ha indotti a ritenere strutturalmente analoghe – ancorché ovviamente non identiche – le *formulae* delle due azioni rescissorie, risulta bene anche da un altro frammento che in dottrina, con argomenti di sicuro interesse quantunque – come del resto in qualsiasi altro caso in cui il testo è, almeno in parte, irrimediabilmente *deperditus* – non dirimenti, è stato ricondotto proprio a Paolo<sup>36</sup>, vale a dire

<sup>36</sup> Pensavano proprio all'*ad Plautium*, da cui è escerpito D. 22.1.38.4, O. GRADENWITZ, *Das neuauftgefundenene Fragment über die 'formula Fabiana'*, in ZSS, IX, 1888, 394 ss. (l'opera è consultabile *on line* alla fonte <https://dlc.mpg.de/index/> - Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtslehre), P.F. GIRARD, *Le 'frag-*

Paul. (?) (*de actionibus l.s. = de conceptione formularum l.s.?*) (*ad Plautium?*) (*ad edictum?*) frg. Fab. 1: ... *oluntiduas* (?). *Sed sunt qui contra sentiunt ... ex contractu venit et cum eo contrahetur, ... atur formula, quasi ex delicto venerit liberti, et est in factum et arbitraria: etiam Viv(ianus) vere huic dicit alienatum esse qui servum mancipio accepit, alienationem nobis ad domini translationem referentibus.*

La lettura della pergamena<sup>37</sup> che ci conserva questa testimonianza presenta innegabilmente immani difficoltà per chiunque si proponga una plausibile ricostruzione del testo, che Albertario<sup>38</sup>, in (a mio parere sterile) polemica con Lenel<sup>39</sup>, era arrivato a considerare nella sua intrezza il frutto di una parafrasi: per me non vi sono ragioni, in adesione a quanto osservava Lenel, di dubitare della sostanziale classicità di quanto affiora da queste ‘rovine testuali’, sicché, in disparte la prospettazione di congetture diagnostiche integrative più

---

*mentum de formula Fabiana*’, in *RHDFE*, XIV, 1890, p. 677 ss. (l’opera è consultabile on line alla fonte [gallica.bnf.fr](http://gallica.bnf.fr) - Bibliothèque nationale de France); L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, p. 525 e nt. 393; pensavano invece all’*ad edictum* I. ALIBRANDI, *Sopra un frammento di antico giureconsulto relativo alla ‘formula Fabiana’*, in *Opere giuridiche e storiche*, I, Roma, 1896, p. 563 ss., in particolare p. 567 ss., C. FERRINI, *Osservazioni sul frammento ‘de formula Fabiana’*, già in *RIL*, XXXIII, 1900, ed ora in *Opere di C. Ferrini*, II, *Studi sulle fonti del diritto romano*, a cura di E. Albertario, Milano, 1929, p. 269 ss., F. SCHULZ, *Storia*, cit., p. 347 s., F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, p. 275, S. DI SALVO, ‘*Lex Laetoria*’, Napoli, 1979, p. 170 s. e nt. 241, nonché da ultima C. MASI DORIA, ‘*Bona libertorum*’, cit., p. 189, nt. 32. Io aggiungerei a queste congetture la possibilità che il frammento derivi dal *de conceptione formularum liber singularis*, di cui ci è pervenuto un solo frammento conservato da D. 44.1.20, verosimilmente coincidente con il *de actionibus liber singularis* noto solo tramite l’*index Florentinus*: avremo modo di riprendere la questione.

<sup>37</sup> Riassume lo *status quaestionis* C. MASI DORIA, ‘*Bona libertorum*’, cit., p. 188 s., nt. 32; testo in *FIRA*<sup>2</sup>, II, p. 425.

<sup>38</sup> E. ALBERTARIO, *Due osservazioni sul ‘Fragmentum de formula Fabiana’*, in *Studi di diritto romano*, V, *Storia Metodologia Esegese*, Milano, 1937, p. 571 ss.; ID., *A proposito di «Interpolationenjagd»*, *ivi*, p. 311 ss.

<sup>39</sup> O. LENEL, *Interpolationenjagd*, in *Gesammelte Schriften*, herausgegeben und eingeleitet von O. Behrends und F. d’Ippolito, IV, 1915-1932, Napoli, 1992, p. 415 ss.

o meno convincenti, nelle quali non intendo avventurarmi, riterrei utile soffermare la nostra attenzione sui soli dati ancora ben percepibili, così da accostarli a quanto sinora abbiamo potuto rilevare muovendo dal sostrato classico del Digesto conservato da Paul. D. 22.1.38.4 ed Ulp. D. 38.5.1.26.

In quest'ordine di idee, ed esclusa l'integrale origine parafrastica del frammento, a me non pare irragionevole ritenere che il giurista si occupasse effettivamente della *Fabiana*, l'azione di cui Paolo, in D. 22.1.38.4, discute – per quanto concerne l'interesse ai frutti – in correlazione con la 'revocatoria fallimentare'.

In filigrana, da quanto è ancora leggibile con un apprezzabile margine di sicurezza si può intuire, innanzitutto, che doveva risultare controverso (*sed sunt qui contra sentiunt*: il giurista vi fa riferimento come a soggetti la cui individuazione appare superflua, quasi a sottolineare l'inconfigurabilità della tesi da costoro sostenuta) un aspetto inerente alla funzione dell'azione, verosimilmente se essa fosse *in rem* o *in personam*<sup>40</sup>, come appunto emerge con limpida chiarezza da Ulp. D. 38.5.1.26: mi induce a questa ipotesi la constatazione per cui, poco dopo, si insiste sulla rilevanza di un *contrahere*, fulcro del rapporto tra il liberto e l'avente causa protagonisti dell'atto in frode ai *iura patroni*, che impedisce di considerare quest'ultimo, come abbiamo già visto per la 'revocatoria fallimentare', un mero possessore.

In questa 'dimensione controversiale', il nostro giurista propendeva dunque per la seconda soluzione (sicché il ragionamento sarebbe significativamente coerente con quello che leggiamo in Paul. D. 22.1.38.4) in quanto l'alienazione in frode al patrono, se non era

<sup>40</sup> Non senza evidenziare come nelle fonti una siffatta problematica non sia isolata, dato che la si riscontra anche per l'*actio finium regundorum* in Paul. 23 *ad ed.* D. 10.1.1 (M. VINCI, *Fines regere. Il regolamento di confini dall'età arcaica a Giustiniano*, Milano, 2004, p. 311 ss., spec. 317, considera il passo prova del fatto che Paolo avrebbe inteso l'azione non solo come personale, ma anche come reale in conseguenza del risultato assoluto dell'*adiudicatio*) e per l'*actio negotiorum gestorum* in Diocl. et Max. C. 2.18.23, del 294 (G. FINAZZI, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'*, II.2, *Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità*, Cassino, 2006, p. 143 ss., considera la precisazione come inerente ad oscillazioni nella prassi circa la tutela esperibile dal gerito per ottenere il trasferimento del ricavato della *gestio*).

considerata di per sé un (generico) *contrahere*, trova normalmente in esso la sua causa esterna, che per di più, ad accentuarne la ‘relatività’, nella sfera del liberto rileva alla stregua di un fatto illecito<sup>41</sup>: contro l’avente causa era data un’azione *in factum* ed *arbitraria*, sicché gli era consentito di evitare la condanna con l’ottemperanza alla *pronuntiatio de iure*, la cui presenza nella *formula*, innegabilmente caratteristica (sia pure non esclusiva) delle azioni reali, doveva essere uno degli argomenti su cui insisteva l’anonima corrente di pensiero che, per la revocazione delle *alienationes*, cioè degli atti ad effetti reali, vi scorgeva piuttosto un’azione *in rem*.

Oltre al nostro giurista, anche Viviano – un giurista attivo tra l’epoca giulio-claudia ed i Flavi come suggerisce una realtivamente recente ricerca sulla sua figura<sup>42</sup> – sosteneva come per ‘*alienatio*’ dovesse intendersi un atto ad effetti reali: di conseguenza, in caso di alienazione (in frode al patrono) di un servo, cioè una *res mancipi*, l’*alienatio* si perfezionava con la *mancipatio* o con l’*in iure cessio*, pur dovendosi ritenere, a mio parere, che la *formula in factum* potesse, come tale, essere adattata – il che va esteso senz’altro alla ‘revocatoria fallimentare’ – anche alla revocazione di atti che attribuissero l’*in bonis*, e più ampiamente tutte le forme di *possessio suo nomine* protette in via d’azione.

Proviamo adesso a tirare le somme.

Se quanto abbiamo sinora ricostruito coglie almeno in parte nel segno, e soprattutto se la trattazione ‘parallela’ della *Fabiana* e dell’*actio in factum* che leggiamo in Paul. D. 22.1.38.4 può considerarsi di per sé, come si accennava, un buon indizio in chiave ricostruttiva, anche questo testo, pur nella sua innegabile problematicità, concorre a farci ritenere del tutto ragionevole che tanto la *Fabiana*, quanto la ‘revocatoria fallimentare’ aventi ad oggetto l’impugnazione pretoria di *alienationes*, ponessero ai *prudentes* il medesimo ordine di problemi, e che dunque risultasse controverso se in questi casi l’una come l’altra azione rescissoria dovesse considerarsi *in rem* oppure *in personam* – con le ricadute pratiche incidenti sull’*indefensio* – in con-

<sup>41</sup> Cfr. C. MASI DORIA, ‘*Bona libertorum*’, cit., p. 197 s., nt. 49: non si tratta, peraltro, di un fattore obbligante come quello teorizzato nelle Istituzioni imperiali (I. 3.13.2).

<sup>42</sup> C. RUSSO RUGGERI, *Viviano giurista minore?*, Milano, 1997, p. 23 ss.

sequenza della natura 'relativa' della *restitutio in integrum* incidente su quello che – a valorizzare quel '*quasi ex delicto venerit liberti*' e per adoperare una felice espressione della contemporanea dottrina civilistica<sup>43</sup> – un negozio 'a danno di terzi'.

A me pare questa la soluzione più probabile.

Qualunque idea si abbia al riguardo, ad ogni modo, doveva essere questione scientificamente calda ancora per epoca severiana se le due azioni rescissorie create dal pretore, ricordate in D. 22.1.38.4 da Paolo ai fini della soluzione applicabile ad una peculiare casistica, fossero *in rem* oppure *in personam* anche se dirette contro atti ad effetti reali: a fronte di una *conceptio verborum* che rappresentava l'esito dell'intimazione *in iure*, ai fini della richiesta di *restitutio in integrum*, del solo avente causa consapevole della frode, i giuristi che optavano per la prima soluzione dovevano polarizzare la loro attenzione direttamente sull'azione rescissoria, e considerare il convenuto come un mero 'possessore', che evitava la condanna con la *restitutio* in esito alla *pronuntiatio de iure* come in pratica avveniva in tutte le azioni reali; quelli che, come Paolo, optavano invece per la seconda, valorizzavano appieno la 'relatività' della *restitutio in integrum*, in ragione del disvalore cui poneva rimedio, e consideravano semmai il convenuto alla stregua di un 'contraente' che rende concretamente possibile la *fraus* del liberto o del debitore.

E dunque, in disparte la considerazione, di per sé scontata, per cui né in capo al *patronus* né in capo al *curator bonorum* può scorgersi, in questa casistica, un diritto reale sul bene oggetto dell'*alienatio* caducata dal pretore con il decreto di *restitutio in integrum*, costoro agiscono, per Paolo, non già per *rem defendere*, ma piuttosto per ricostituire un asse patrimoniale dolosamente diminuito (l'asse caduto in successione ai fini della richiesta della *bonorum possessio dimidiaie partis*, in presenza di un testamento del liberto i cui atti di disposizione abbiano leso le prerogative patrimoniali del *patronus*; il complesso dei beni del *decoctor*, che costituiscono la garanzia patrimoniale generale dei creditori che non dispongano di *pignus* o *fiducia*, ai fini di procedere alla *bonorum venditio* per *auctio argentaria*).

---

<sup>43</sup> Di recente, sul punto, cfr. B. TROISI, *Appunti sul contratto a danno di terzi*, già in *Rass. dir. civ.*, 2008, ed ora in ID., *Il contratto a danno di terzi e altri saggi*, Napoli, 2008, p. 269 ss., con letteratura.

4. L'eco di questo dibattito scientifico sulla natura della 'revocatoria fallimentare' esperibile a fronte di atti ad effetti reali in frode ai creditori sembra ancora in una certa misura riverberarsi sulla 'Geistesart' bizantina.

Avviamo, dunque, l'indagine dall'insegnamento di Teofilo nella scuola di Costantinopoli (*Tanta*, 9)<sup>44</sup>, di cui disponiamo una traccia alquanto significativa nella parafrasi di I. 4.6.6, dove l'*antecessor* sembra in ultima analisi aderire alla corrente di pensiero opposta a quella in cui si riconosceva Paolo in D. 22.1.38.4, ed esaminiamo questa preziosa testimonianza, che – come abbiamo visto poc'anzi – Lenel, ma senza tener conto degli *scholia*, pone alla base della ricostruzione<sup>45</sup> della *formula* della 'revocatoria fallimentare':

I. 4.6.6: *Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis, permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione, eam rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse.*

PTh. 4.6.6: Ἐστὶ καὶ ἄλλη IN REM τοῦ PRAETOROS ἐπινοηθεῖσα, ὥσπερ ἐπὶ τούτου τοῦ θέματος. ἐχρώσται τις πολλοῖς ἐξεποίησέ τινα τῶν αὐτοῦ πραγμάτων καὶ ὡς δεσπότης, δηλονότι διὰ τῆς TRADITIONOS, μετατέθεικε τὴν δεσποτείαν ἐπὶ τὸν λαμβάνοντα. ἔξεστι τοῖς CREDITORSIN ἐξ ἀποφάσεως τοῦ ἄρχοντος τὰ τοῦ DEBITOROS νεμηθεῖσι πράγματα, ἐν ᾧ πρὸς περιγραφὴν αὐτῶν γέγονεν ἡ ἐκποίησις, κινεῖν τὴν IN REM κατὰ τοῦ διακατέχοντος, ἥτις λέγεται PAULIANH· ἐν ἧ λέγουσι ταῦτα· «ὡσανεὶ μὴ ἔTRADITEUθη τόδε τὸ πρᾶγμα ὑπὸ τοῦ DEBITOROS· εἰ φαίνεται αὐτὸ ἐν τῇ τοῦ DEBITOROS δεσποτεία μεμνηκέναι».

<sup>44</sup> Cfr. N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *Historiae iuris Graeco-romani delineatio*. *Les sources du droit byzantin de 300 à 1453*, Groningen, 1985, p. 41.

<sup>45</sup> O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., p. 439 s.

Due precisazioni fondamentali prima di procedere oltre.

Innanzitutto, il testo delle Istituzioni imperiali – da cui si evince, senza alcun serio dubbio, la centralità anche formativa dell'azione revocatoria, considerata alla stregua di un 'incidente di esecuzione' nell'ordinamento del VI secolo, per il sol fatto di essere esaminata nel manuale destinato alla *cupida legum iuventus* – va letto tenendo conto del fatto che l'esecuzione concorsuale su tutti i beni del debitore, che per diritto classico ruotava attorno ai poli della *missio in possessionem* e della conseguente *bonorum venditio* dopo le attività di ricostituzione degli 'assets' affidate al *curator bonorum*, è riformata da Giustiniano tra il 531 ed il 532 con due *leges generales* confluite in C. 7.71.8 (a. 531-532)<sup>46</sup> e, soprattutto, in C. 7.72.10 (a. 532)<sup>47</sup>:

<sup>46</sup> Iust. C. 7.71.8, di minore rilevanza per questa indagine, detta norme di favore per la *cessio bonorum*, che evitava al debitore l'esecuzione sulla *persona* (Alex. C. 7.71.1, a. 223) e l'*infamia* (Alex. C. 2.11.11, a. 223).

<sup>47</sup> Iust. A. Iohanni pp. C 7.72.10: *Cum apud veteres quaestionem ortam invenimus super pecuniis debitis, pro quibus hypothecae non sunt constitutae, propter res ad debitorem pertinentes, dum is severiores creditores formidans sese celaverit, et illi de rebus ad eum pertinentibus competentia ingrediantur iudicia postulentque in possessionem rerum sese transmitti, si etiam alii creditores, quibus obnoxius esse videtur, possint quandam habere communionem in rerum possessione: huiusmodi dubitationem amputantes censemus per praesentem generalem divinam constitutionem, ut, si non omnes huiusmodi debita praetendentes, sed ex his certi ab iudiciali sententia in possessionem rerum mittantur, non solum hi, sed etiam alii omnes talia debita praetendentes eadem commoditate potiantur et possint cum prioribus rerum detentatoribus communionem habere in rebus, de quibus (sicut superius declaratur) prolata fuit sententia. quid enim iustius est, quam omnes, qui ad res debitoris mitti debent, esse participes huiusmodi commoditatis? (1) Ut autem non in perpetuum aliorum negligentia illi, qui pro suis debitis alacriores creditoribus aliis ostenduntur fuisse, praegraventur, rectum nobis esse videtur tunc communionem habere in possessionem rerum alios creditores, qui non hoc peregisse noscuntur, cum praesentes quidem in una eademque degentes provincia, in qua et possessores rerum commorantur, intra duorum annorum spatia, absentes autem intra quadriennium creditoribus possessionem antelato modo detinentibus suum debitum certum faciant et expensas secundum quantitatem debitorum persolvant eis, qui sententias consecuti sunt, per sacramentum manifestandas eorum, qui eas adipiscendae gratia possessionis rerum sustinuerunt, quia et secundum debita satis eis fieri explorati iuris est. (1a) Post completum autem memoratum tempus nullam eis esse licentiam eos qui possessionem adepti sunt molestare vel quibusdam damnis adficere: actiones autem, quas ex legibus*

venuto meno il *curator bonorum* come parte processuale, i protagonisti della procedura esecutiva, che si dipana nelle forme della *cognitio*, sono direttamente creditori, i quali, purché muniti di un giudicato favorevole, potevano – senza pregiudizio dell'intervento successivo di altri creditori, quantunque privi di un giudicato che ne legittimasse l'iniziativa autonoma – adire il giudice competente per ottenere l'equivalente dell'antica *missio*, cioè l'autorizzazione del giudice imperiale a prendere possesso dei beni del debitore insolvente<sup>48</sup>.

---

*sibi competere putaverint, contra suos exercere debitores. (2) Sin autem hi qui detinent possessiones vel ex sententia iudicis res vendiderint vel alio quocumque legitimo modo omne ius, quod in isdem rebus habere noscuntur, in alias personas post definitum a nobis tempus transtulerint et certas pecunias acceperint, quidquid superfluum inventum fuerit vel amplius quam eis debetur, hoc modis omnibus necesse est eos praesentibus tabulariis signare et in cimeliarchia sanctae ecclesiae illius civitatis, in qua huiusmodi contractus celebratur, deponere: attestatione videlicet prius per memoratos tabularios conscribenda, praesente etiam eo qui res vendiderit vel in alias personas transtulerit, ut per eam manifestetur tam quantitas pecuniarum, quae pro venditione rerum vel translatione praestitae sunt, quam earum, quae superfluae post dissolutum debitum inveniuntur, ut, si quis postea creditor apparuerit et debiti cautionem ostenderit, possit ex his satis sibi facere, prius scilicet rectore provinciae sine aliquo damno causae faciente examinationem et non concedente nec viros reverentissimos oeconomos vel cimeliarcham sanctae ecclesiae, in qua pecuniae deponuntur, aliquod detrimentum vel dispendium sustinere, per suam autem interlocutionem creditorem praecipiente secundum modum debiti ex depositis pecuniis suum accipere debitum. (3) Ut autem non liceat creditori in venditione vel translatione rerum dolum vel aliquam machinationem vel circumscriptionem facere, iubemus attestatione super hoc celebranda apud defensorem locorum gestis intervenientibus insinuari, sive tantum ex pretio, quantum debetur, sive plus sive minus colligitur, et praesentibus non tantum, sicut dictum est, tabulariis, sed etiam viro reverentissimo cimeliarcha, apud quem, si ita contigerit, superfluae pecuniae signatae deponendae sunt, iusiurandum sacrosanctis evangelis propositis venditorem vel translatores rerum praestare, quod neque per gratiam emptoris vel eius, ad quem res iure cessionis transferuntur, nec dolo aliquo interveniente minorem iusto rerum pretio quantitatem acceperit, sed eam, quam re vera cum omni studio potuerit invenire (a. 532).*

<sup>48</sup> Il quadro complessivo di questa disciplina è esposto compiutamente da G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>3</sup>, con la collaborazione di F. Sitzia e L. Vacca, Torino, 1991, p. 334 s. e p. 794 s.

Le Istituzioni imperiali presuppongono, dunque, i nuovi meccanismi della *cognitio*, nonché le riforme del 531-532 inerenti all'azione esecutiva, senza la cui esatta percezione è impossibile comprendere il ragionamento di Teofilo, che ovviamente le conosce quantunque non risultino da lui espressamente citate durante la lezione giacché assenti nell'architettura normativa del primo Codice<sup>49</sup>: che, infatti, quest'ultimo pensasse al regime dell'azione revocatoria classica, finalizzata nel VI secolo all'impugnazione di una *traditio* traslativa in frode ai creditori, sullo sfondo di una procedura esecutiva concorsuale su tutti i beni del debitore *super pecuniis debitis, pro quibus hypothecae non sunt constitutae* come dice Iust. C. 7.72.10pr., si evince chiaramente dall'esempio (ὡσπερ ἐπὶ τούτου τοῦ θέματος) posto alla base della sua esposizione, ἐχρώσται τις πολλοῖς, «un tale era debitore verso una pluralità di creditori», che corrisponde esattamente alla fattispecie considerata nel *principium* della nostra riforma, dove leggiamo appunto che il cuore della *vetus quaestio*<sup>50</sup> – a mio parere, non necessariamente rapportabile ad un *ius controversum* di epoca classica – da superarsi per via legislativa era costituito dalla necessità di individuare nella procedura esecutiva un contemperamento di interessi tra i creditori *alacriores* immessi nel possesso *ab iudiciali sententia* – l'equivalente della *missio* pretoria classica – e gli *alii creditores*, ai quali *omnes*, anche se privi di tale titolo, viene consentito di

<sup>49</sup> Come ben noto, Teofilo aveva svolto il corso – tenendo conto della *Omniem* (16 dicembre 533, promulgata nella stessa data di *Tanta-Δέδωκεν*, la costituzione che pubblica il Digesto) – dopo *Imperatoriam* (21 novembre 533) e prima di *Cordi* (16 novembre 534), dato che ignora il *Codex repetitae praelectionis*, sicché tutte le citazioni teofiline del *Codex* vanno riferite alla compilazione di *leges* promulgata con *Summa rei publicae* (7 aprile 529): per tutti cfr. H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement de droit des antécédents*, Leiden, 1970, p. 18; N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *Historiae iuris Graeco-romani delineatio*, cit., p. 41.

<sup>50</sup> Che S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: 'reverentia antiquitatis' e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del Codice*, Bologna, 2010, p. 161, nt. 161, ipotizza discussa nei libri *ad edictum* di Ulpiano correlabili *ratione materiae* all'*occasio legis* (che per me vanno in ipotesi riferiti alla sequenza che inizia con il libro LX e si conclude con il libro LXVI, cioè il commento all'azione esecutiva nel suo complesso: cfr. O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., p. XXII); sul punto cfr. anche G.L. FALCHI, *Studi sulle relazioni tra la legislazione di Giustiniano (528-534) e la codificazione di 'leges' e 'iura'*, in *SDHI*, LIX, 1993, p. 75.

ottenere *quaedam communio in rerum possessione* con una ‘Nebenintervention’ nella procedura ‘principale’ pendente<sup>51</sup> proponibile entro termini definiti – ma assai ampi, cioè due anni per le parti residenti nella stessa provincia, altrimenti quattro – di modo che la loro *negligentia* non si risolvesse in danno dei primi.

Da questo punto di vista, la *Pauliana* è un’azione – soggetta a termine annuale decorrente dal momento, secondo me, dell’atto di disposizione: D. 42.8.1pr. – che ‘s’innesta’ come un incidente della procedura esecutiva, di per sé destinata a durare parecchi anni anche per via dei passaggi procedurali introdotti dalla riforma di cui si è detto, tanto più ove si consideri che la partecipazione al processo di creditori privi di una sentenza da cui risultasse il credito vantato doveva necessariamente imporre al giudice ‘dell’esecuzione’ in cui costoro intervenivano di accertarne la sussistenza, se non altro perché l’eventuale esposizione di crediti inesistenti, diminuendo l’attivo, avrebbe chiaramente danneggiato gli *alacriores*, e comunque perché, a ragionare diversamente, nessuno avrebbe più coltivato le ordinarie azioni condannatorie per il recupero dei propri crediti.

In secondo luogo, va immediatamente chiarito che Teofilo non diceva affatto ai suoi *dupondii* che la *Pauliana* è ‘invariabilmente’ un’azione *in rem*: lo era, semmai, nell’esempio considerato, vale a dire la revocazione di una *traditio*, dopo Iust. C. 7.25.1 (a. 530-531) e Iust. C. 7.31.1 (a. 531) l’unico modo di trasferimento della proprietà per atto tra vivi quando teneva il corso, cioè nell’arco temporale tra il 21 novembre del 533 ed il 16 novembre 534<sup>52</sup>; il che, non a caso, sul piano didattico si collegava alla perfezione con la precedente presentazione di altre due azioni reali munite di *fictio*, la *Publiciana* (I. 4.6.4) ed il suo ‘opposto’, vale a dire la rivendica data entro l’anno *rescissa*

<sup>51</sup> Di per sé configurabile già nelle *cognitiones* classiche: cfr. M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, München, 1996, p. 484; per G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 794 «tutti gli altri, pur non muniti di un giudicato in loro favore, potevano dichiarare ai primi la loro partecipazione al procedimento, nel qual caso divenivano possessori in comune con essi».

<sup>52</sup> Cfr. ancora H.J. SCHELTEMA, *L’enseignement*, cit., p. 18; N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *Historiae iuris Graeco-romani delineatio*, cit., p. 41: è del tutto ragionevole ritenere che la lezione su I. 4.6.6 si sia tenuta, specificatamente, nel 534 trattandosi di argomento pertinente alle fasi finali del suo insegnamento.

*usucapione all'absens rei publicae causa* ovvero *in potestate hostium* (I. 4.6.5), sicché l'insegnante intendeva più che altro sottolineare, per ottimizzare l'efficacia didattica della sua comunicazione, il 'contrappunto' – lo stesso che conota la massimazione da cui risulta Diocl. et Max. C. 2.3.20, del 293, dove le *'traditiones'* sono accostate alle *'usucapiones'* – tra un'azione reale *rescissa 'usucapione'* (I. 4.6.5) ed un'altra *rescissa 'traditione'* (I. 4.6.6), come tale anch'essa reale, senza dimenticare che, come possiamo agevolmente intuire, nell'*id quod plerumque accidit* l'azione revocatoria doveva essere utile essenzialmente per l'impugnazione di atti traslativi, restando solo sullo sfondo, in termini 'statisticamente' marginali, tanto per diritto classico quanto per diritto giustiniano, la revocazione di una remissione.

Provo ora a tradurre PTh. 4.6.6 dal testo stabilito dalla recente riedizione groningana<sup>53</sup>, dando atto dei punti in cui è necessario tener conto della riforma di Iust. C. 7.72.10, senza la cui piena comprensione – per la quale, purtroppo, non disponiamo della corrispondente rilettura dei Basilici – è impossibile aver chiaro il pensiero del nostro *antecessor*, che la proietta in termini che oggi diremmo 'sistematici' sulle ὁδοί tracciate da Giustiniano per rimediare agli atti di disposizione in frode ai creditori.

«V'è anche un'altra azione reale introdotta dal pretore, come in questo esempio. Un tale era debitore verso una pluralità di creditori, ed in quanto proprietario cedette alcuni suoi beni trasferendone la proprietà, naturalmente per consegna, all'avente causa. Sul presupposto che il trasferimento sia stato fatto in frode alle loro ragioni, ai creditori immessi nel possesso dei beni del debitore per sentenza del giudice è consentito esperire nei confronti di chi ne abbia la materiale disponibilità l'azione reale che è detta *'Pauliana'*, in cui si deduce 'se il bene non fosse stato consegnato dal debitore, dunque se risultasse che quel bene sia rimasto in proprietà del debitore'»<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> *Theophili antecessoris Paraphrasis Institutionum*. Ediderunt J.H.A. Lokin, R. Meijering, B.H. Stolte, N. van der Wal, with a translation by A.F. Murison, Groningen, 2010, p. 802; tengo conto, naturalmente, anche dell'edizione di Ferrini (*Institutionum Graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa*. Ad fidem librorum manu scriptorum recensuit prolegomenis notis criticis versione Latina instruxit E.C. Ferrini, Berolini, 1884, p. 420).

<sup>54</sup> Traduzioni editoriali: «Est alia quoque actio in rem a praetore introducta, veluti in hac specie. debebat quidam pluribus; quasdam rerum suarum alienavit, et

Come prima considerazione, possiamo constatare che l'esposizione del testo ufficiale delle Istituzioni evoca sicuramente la 'revocatoria fallimentare' classica, cioè l'azione esaminata con riguardo alla questione dell'interesse ai frutti in D. 22.1.38.4, come risulta bene soprattutto dagli *scholia* alla parafrasi teofilina<sup>55</sup>, che testimoniano appunto della vivacità culturale del corso svolto nell'anno 533/534 dall'*antecessor*: si tratta di fonti complesse, tuttora prive di una traduzione editoriale, alle quali la dottrina che si è occupata della revocazione di atti in frode ai creditori, che normalmente muove dall'edizione del 1927 dell'*Edictum perpetuum* leneliano e dal saggio di Collinet del 1919, dove però non si esamina neppure lo scolio edito nel 1886 da Ferrini, non ha, a tutt'oggi, riservato adeguata attenzione, perdendo così una bussola da ritenersi fondamentale per orientarci sui complessivi svolgimenti storico-dogmatici della questione.

Iniziamo allora con lo scolio 1 Ἔστι καὶ a PTh. 4.6.6 (Meijering, 267):

Ἔστι καὶ] περὶ PAULIANῆς IN REM· δίδοται δὲ κατὰ τοῦ πρὸς περιγραφὴν τοῦ KREDÍτορος ἐκποιούντος τὰ ἴδια πράγματα.

---

dominium, utpote dominus, in accipientem transtulit. licet creditoribus, qui ex magistratus sententia debitoris bona possident, quoniam in eorum fraudem alienatio facta est, cum eo, qui rem detinet, in rem actione experiri, quae Pauliana appellatur, in qua ita intendunt: 'si res a debitore tradita non esset, tum si pareret eam rem in dominio debitoris mansisse'» (C. Ferrini, p. 420); «There is also another real action devised by Praetor, as in the following case. A man owed money to a number of creditors; he alienated some of his property, and as owner, by delivery of course, he transferred the ownership to the receiver. The creditors, possessed of the property of the debtor under a decision of the Governor, may, inasmuch as the alienation was made in fraud of them, bring against the holder a real action, which is called the *actio Pauliana*. In this action they say: 'It is as if the thing in question had not been delivered by the debtor; if it appears that such-and-such a thing has remained in the ownership of the debtor'» (A.F. Murison, p. 803).

<sup>55</sup> Trascriverò gli *scholia* esaminati in testo dalla recentissima edizione di Roos Meijering (*Scholia in Theophili Institutionum Paraphrasin* edidit R. Meijering, Groningen, 2024, p. 267 s.), valendomi altresì di quella di C. FERRINI, *Scolii inediti allo Pseudo-Teofilo contenuti nel manoscritto Gr. Par. 1364*, già in *Memorie dell'Istituto Lombardo*, XXXIX, 1886, p. 13 ss. ed ora in *Studi di diritto romano bizantino*, I, a cura di V. Arangio-Ruiz, prefazione di P. Bonfante, Milano, 1929, p. 139 ss. e p. 211 per quanto concerne sch. 2 ἔξεστι a PTh. 4.6.6 del *Parisinus Graecus 1364*, l'unico considerato dall'insigne Studioso.

Traduco: «sulla *Pauliana in rem*: è data contro chi disponga dei propri beni in frode al creditore».

L'*antecessor*, dunque, esplicita quanto non si legge espressamente nel testo ufficiale: la lezione riguarda la *Pauliana*, che è l'azione *in rem* data contro l'avente causa per *traditio* dal *fraudator*, sicché si discute di *alienationes*, non anche di atti idonei a liberare il *debitor debitoris* – B. 9.8.1 = D. 42.8.1, che esamineremo più avanti, esplicita anche questa funzione dell'azione revocatoria – in frode ai creditori, il che conferma, a mio avviso, che Teofilo evoca la *Pauliana* in un caso in cui 'rileva' come azione reale, senza considerarla 'sistematicamente' tale.

Più preciso, ed ancor più utile per la nostra indagine, è però lo scolio 2 ἔξεστι a PTh. 4.6.6 (Meijering, 267), già edito nel 1886 da Ferrini, da ritenersi anch'esso l'esito di un chiarimento didattico:

ἔξεστι] διὰ τῆς PABLIANῆς IN REM. αὕτη γὰρ ἀνακαλεῖται τὰ κατὰ περιγραφὴν τῶν δανειστῶν ἐκποιηθῆντα. περὶ ταύτης γὰρ τινα τῶν ἀντιPAPINIANῶν ἔχουσιν ἐν τῷ γ' βί. τι. α' DIG. λη'. καλῶς δὲ εἶπε «νεμηθέντα». εἰ γὰρ μὴ ἐνεμήθησαν, ἤμελλον ἐπὶ μὲν τῶν σωματικῶν τὴν IN FACTUM κινεῖν, ἐπὶ δὲ τῶν παραχωρηθεισῶν ἀγωγῶν τὸ FRAUDATᾶριον INTERDICTON, ὡς ἐν τῷ FRAUDATᾶριῳ INTERDICTῳ ἀνήνεκται τῷ προσφόρῳ τίτλῳ ἐν τοῖς DIGÉστοις.

Traduco, offrendo tra parentesi quadre le indicazioni che mi paiono utili a comprendere esattamente il testo nella prassi didattica degli *antecessores*<sup>56</sup>.

«Mediante la *Pauliana in rem*. Questa, infatti, richiama al patrimonio i beni oggetto di atti di disposizione fraudolenti da parte dei debitori. Ad essa, in particolare, si ha un cenno negli 'antipapinianon' [τὰ τῶν ἀντιπαπινιανῶν μονοβίβλια, cioè la *tripertita legum singularium dispositio* corrispondente ai libri XX-XXII del Digesto: è il futuro programma del III anno che *Omnem*, 4, il 16 dicembre

<sup>56</sup> Per tutti cfr. H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement*, cit., p. 7 ss. e 17 ss.; N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *Historiae iuris Graeco-romani delineatio*, cit., p. 38 ss.; S. TROIANOS, *Le fonti del diritto bizantino*, traduzione a cura di P. Buongiorno, Torino, 2015, p. 57 ss. e p. 77 ss.

del 533, sostituisce, per le scuole di Berito e Costantinopoli, al pre-  
 vigente studio dei *responsa* di Papiniano, pur chiamando ancora gli  
 studenti ‘*Papinianistae*’ giacché la *bellissima machinatio* imperiale fa  
 sì che i titoli del libro XX – salvo, come sappiamo, uno – inizino ap-  
 punto con un frammento di Papiniano], e segnatamente nel terzo  
 libro [il libro XXII], titolo primo, del Digesto, trentotto [D.  
 22.1.38.4: Ferrini, 211; Meijering, 267]. Ha detto bene ‘*possessis*’ [I.  
 4.6.6]. Se, infatti, non fossero stati immessi nel possesso, allora po-  
 trebbero esperire da un lato, per le *res corporales* [si tratta dei credi-  
 tori considerati da Iust. C. 7.72.10pr.-1, cioè quelli non muniti di un  
 giudicato favorevole, che nella procedura esecutiva intervengono per  
 domandare il compossesso con i creditori *alacriores*, già immessi dal  
 giudice *ab iudiciali sententia*: cfr. il testo trascritto a nt. 47, in parti-  
 colare il tratto spaziato], quella *in factum*; dall’altro, per le azioni tras-  
 curate [si tratta dei creditori tardivi, che cioè non abbiano coltivato  
 in alcun modo, neppure per ‘Nebenintervention’, la procedura ese-  
 cutiva, considerati da Iust. C. 7.72.10.2: cfr. ancora il testo trascritto  
 a nt. 47, in particolare il tratto spaziato], l’*interdictum fraudatorium*,  
 come risulta dai *verba edicti* che si leggono nel pertinente titolo del  
 Digesto [D. 42.8.10 Ferrini, 211; D. 42.8? Meijering; è corretta, se-  
 condo me, l’indicazione di Ferrini, dato che D. 42.8.10pr., interpo-  
 lato, prospetta appunto congiuntamente, come si vedrà più avanti,  
 l’azione *in factum* e l’*interdictum fraudatorium* cui fa riferimento Teo-  
 filo in connessione con C. 7.72.10]».

Lo scolio ci conferma, innanzitutto, la terminologia ‘*fraudato-  
 rium interdictum*’, che per Teofilo è secondo me proiezione dell’*anti-  
 quitatis reverentia* di Tanta, 10: se ciò è vero, si tratta di una termi-  
 nologia non già postcostantiniana<sup>57</sup>, ma già classica.

Soprattutto, però, ci consente di chiarire come D. 22.1.38.4 si  
 riferisca non già, come erroneamente riteneva Lenel nelle edizioni  
 dell’*Edictum perpetuum* successive alla prima e nella *Palingenesia*<sup>58</sup>,  
 alla tutela interdittale, che era data per diritto classico ai creditori in-  
 soddisfatti dopo la *bonorum venditio*, ma appunto all’azione rescis-

<sup>57</sup> Cfr. S. SOLAZZI, *La revoca*, I, cit., p. 94 ss.

<sup>58</sup> O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., p. 339 s.; p. 496 e nt. 3; p. 499 e nt. 1; ID., *Pal.*, I, cit.,  
 col. 1157q.

soria conseguente alla *restitutio in integrum ob fraudem*: dalla lezione di uno dei compilatori del Digesto, che svolge il suo magistero all'indomani della sua pubblicazione – *Tanta-Δέδωκεν* è, come noto, contestuale alla *Omnem*: 16 dicembre 533 – e che quindi ha di certo un quadro informativo incommensurabilmente superiore a quello di qualsiasi studioso contemporaneo, emerge che quest'ultima, nel 533/534, era l'azione offerta ai creditori *alacriores* immessi nel possesso (*bonis ... possessis*: I. 4.6.6) dei beni del debitore *ab iudiciali sententia* per reintegrare la loro garanzia patrimoniale, mentre l'*actio in factum* era quella semmai spettante, con la stessa finalità, agli *alii creditores* intervenuti nella procedura esecutiva per domandare il compossesso (la *quaedam communio in rerum possessione*) nei termini previsti da Iust. C. 7.72.10pr.-1, con l'ulteriore possibilità, per i creditori tardivi, di mobilitare, dopo la chiusura della procedura esecutiva concorsuale su tutti i beni del debitore, l'*interdictum fraudulentum* per recuperare all'attivo – vale a dire per integrare, specificatamente, quanto ancora si trovasse a loro disposizione nel tesoro di una chiesa<sup>59</sup> – eventuali ulteriori cespiti distratti dal *fraudator*.

Dirò di più: se Teofilo – che non a caso prescinde del tutto dal riferimento all'*unde vi* contenuto in D. 22.1.38.5, saldato nel Digesto all'esposizione immediatamente precedente dalla sutura '*et ideo*' – cita a memoria, è verosimile che nella sua 'memoria didattica selettiva' si materializzasse non tanto il frammento trascritto in D. 22.1.38.4, ma proprio l'originale dell'ampio squarcio del libro VI dell'*ad Plautium* di Paolo adoperato (per anni nei programmi di studio della scuola di Costantinopoli antecedenti alla *Omnem* e quindi) per la compilazione del terzo libro della *tripertita legum dispositio*<sup>60</sup>,

<sup>59</sup> Cfr. H. VIDAL, *Le dépôt 'in aede'*, in *RHDFE*, XLIII, 1965, p. 566 ss.

<sup>60</sup> Cfr. F. GORIA, *Il giurista nell'impero romano d'Oriente (da Giustiniano agli inizi del secolo XI)*, in *Fontes minores*, XI, herausgegeben von L. Burgmann, Frankfurt am Main, 2005, 163 e nt. 46. L'insegnamento degli *antecessores*, infatti, si risolveva nell'«esprimere in lingua greca, per di più spesso chiarendoli e semplificandoli, i testi prevalentemente latini del *Corpus iuris*»; ed è per questo che «proprio le loro opere hanno costituito il substrato a cui attinsero, per tutto l'impero d'Oriente, la maggior parte delle compilazioni giuridiche successive, al punto che, quando queste ultime si discostano dal testo latino originario, sorge il fondato sospetto che tale discrepanza non sia da attribuire al compilatore più recente, ma risalga al giurista del secolo VI». E dunque, ai fini della citazione, fatta durante la le-

che dunque doveva contenere – più o meno nei termini che ho tentato, *ad sensum*, di ricostruire in apertura – non già la parola ‘*restituas*’, ma appunto ‘*restituam*’ con riferimento all’azione *in factum per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur*.

In buona sostanza, Teofilo, sulla base di Iust. C. 7.72.10, al fine di recuperare i beni alienati dal *fraudator* distingue – con riferimento alla procedura esecutiva, che nel suo ragionamento è la ‘stella polare processuale’ – creditori ‘principali’ (esecutanti *ab iudiciali sententia*, cui spetta la *Pauliana*), ‘interventuti’ (privi del titolo esecutivo, cui spetta, ove siano accertate le loro ragioni di credito, l’*actio in factum*) e ‘tardivi’ (cui spetta l’*interdictum fraudatorium*): egli ne valuta la posizione, ai fini della possibilità di invocare tre diversi rimedi revocatori, ‘durante’ e ‘dopo’ l’azione esecutiva concorsuale su tutti i beni del debitore, il che ci consente di affermare, con un buon margine di sicurezza, che le tutele create dal pretore – la *restitutio in integrum ob fraudem* e l’*interdictum fraudatorium*, come vedremo dato *causa cognita* in via utile ‘*et si scientia non sit*’, alla luce del sostrato classico di D. 42.8.10pr. – non sono mai state, nell’intera esperienza giuridica romana, autonome dall’*actio iudicati* e dalle procedure ad essa conseguenti, che nel VI secolo si svolgono invariabilmente tutte nelle forme tipiche della *cognitio*.

La *Pauliana* di Teofilo è, dunque, l’azione revocatoria che spetta ‘in via principale’, entro l’anno utile, ai creditori *alacriores* di C. 7.72.10 per reintegrare l’attivo in una procedura esecutiva concorsuale su tutti i beni del debitore, da essi mobilitata *ab iudiciali sententia*: tale esito è coerente con la storia dell’editto, giacché per diritto classico era l’azione rescissoria *in factum* che il *curator bonorum*, dopo aver ottenuto dal pretore la *restitutio in integrum ob fraudem*, esperiva per reintegrare l’attivo del patrimonio del *decoctor* da vendersi per *auctio argentaria*.

La sua sede normativa era in D. 42.8.10pr.

---

zione, che ci risulta dallo scolio 2 ἔξεστι a PTh. 4.6.6 Teofilo «potrebbe avere fruito di un dato testuale diverso da quello a noi pervenuto» ed aver collegato, per una via di storia testuale a noi preclusa forse per sempre, il dato normativo del Digesto esprimendone le potenzialità attuali «nel modo che riteneva più conforme alla presunta intenzione del legislatore, o semplicemente alle necessità della situazione concretamente regolata» (cito sempre testualmente dal contributo di Fausto Goria).

Per converso, le due azioni che le norme imperiali, secondo Teofilo, accordano ai creditori meno diligenti *in executivis* onde consentire loro il recupero all'attivo di ulteriori cespiti dolosamente distratti erano l'*actio in factum* e l'*interdictum fraudatorium*, anch'esse esperibili entro l'anno utile: avevano sede normativa in D. 42.8.10pr. ed erano entrambe l'ordinario esito giustiniano degli interdetti classici, cioè *actiones utilis ex causa interdicti* come si legge in I. 4.15.8<sup>61</sup>.

Ma mentre l'*interdictum fraudatorium* spettava, in piena coerenza con il modello classico, ai creditori tardivi 'dopo' la chiusura della procedura esecutiva, l'*actio in factum* era stata costruita dai commissari imperiali, a seguito di Iust. C. 7.72.10, come un modello per così dire 'intermedio' tra i due poli dell'esperienza classica, il primo – la *restitutio in integrum ob fraudem* chiesta dal *curator bonorum* cui conseguiva l'azione rescissoria *in factum* – configurato come un antecedente logico e, soprattutto, pratico della *bonorum venditio*, l'altro – l'*interdictum fraudatorium*, diretto od utile – come una via invocabile solo successivamente ad essa ad iniziativa dei creditori rimasti insoddisfatti: essa, infatti, era data agli *alii creditores* 'interventuti' nella procedura esecutiva ancora pendente, in quanto iniziata dagli *alacriores*, come esito dell'*interdictum fraudatorium* che il pretore accordava *causa cognita* in via utile '*et si scientia non sit*', così da investire il giudice giustiniano di un grado di apprezzamento del fatto particolarmente ampio, ove si consideri che il suo ufficio cumulava la *causae cognitio* classica (con la quale il pretore doveva stabilire se emanare o meno il *fraudatorium* anche in difetto del *consilium fraudis*) e l'*actio arbitraria* (con la quale, a richiesta dell'intimato *in iure*, il *iudex privatus* controllava la coerenza dell'*interdictum* restitutorio con la promessa editale).

<sup>61</sup> *De ordine et veteri exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere: nam quotiens extra ordinem ius dicitur, qualia sunt hodie omnia iudicia, non est necesse reddi interdictum, sed perinde iudicatur sine interdictis atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.* Su questo testo, mi sia consentito di rinviare a R. FERCIA, 'Actiones' ed 'actio utilis ex causa interdicti': vicende storiche, anomalie, opacità, in *Principi e tecniche operative del processo civile romano nei secoli IV-VI d.C.*, Atti del Convegno (Parma, 18 e 19 giugno 2009), a cura di S. Puliatti e U. Agnati, Parma, 2010 (first on line dal 31 dicembre 2009 in *Diritto @ Storia*, VIII, 2009), 2010, p. 129 ss., con letteratura.

L'elemento di novità, in sostanza, è la creazione di un 'terzo polo' coerente con la 'Nebenintervention' assicurata da Iust. C. 7.72.10.1.

Il modello 'bipolare' classico, in altre parole, è inadeguato una volta che la legge imperiale consente di partecipare alla procedura esecutiva avviata *ab iudiciali sententia* dagli *alacriores* anche agli *alii omnes* che, non disponendo del titolo esecutivo, non potrebbero assumere autonomamente l'iniziativa; né escluderei che la peculiare ampiezza dell'*officium iudicis* nell'*actio in factum* revocatoria data a questi ultimi – nella quale, va chiarito, la legge non impone al giudice di prescindere dal *consilium fraudis*, ma lo autorizza a prescindere, come se fosse il pretore in sede di *causae cognitio*, tenuto conto di tutti gli indici sintomatici e degli elementi istruttori rilevanti – debba correlarsi alla parallela necessità di accertarne giudizialmente le ragioni di credito, onde evitare l'ingiusta diluizione dell'attivo nella sfera di quanti vantassero crediti già giudizialmente certi.

La categoria degli intervenuti, le cui ragioni di credito non potevano non essere in qualche modo non destinate ad un controllo di fondatezza da parte del giudice 'dell'esecuzione', imponeva in ultima analisi l'enucleazione dai materiali normativi edittali di un rimedio revocatorio intermedio, connotato dalla massima ampiezza possibile dell'*officium iudicis*.

In questo quadro, la netta distinzione funzionale delle tre azioni considerate, declinata dall'*antecessor* in correlazione con la procedura esecutiva concorsuale su tutti i beni del debitore, e la palese identificazione dell'azione revocatoria data agli *alacriores* con quella di cui discuteva Paolo nell'*ad Plautium*, rafforza il percorso esegetico proposto in apertura in ordine alla correzione di '*restituas*' in '*restituam*': l'espressione edittale, infatti, per chi confidi nelle precisazioni che uno dei Compilatori rendeva a lezione all'indomani della pubblicazione del Digesto, deve riferirsi senza dubbio non già all'*interdictum fraudatorium*, che spetta ai creditori tardivi, ma appunto alla *restitutio in integrum ob fraudem* cui conseguiva l'azione rescissoria offerta al *curator bonorum*, data nel VI secolo *bonis possessis* agli *alacriores* che iniziano la procedura esecutiva *ab iudiciali sententia*.

Un'ultima considerazione prima di esaminare gli altri due *scholìa* a nostra disposizione: è solo per ragioni didattiche che Teofilo cita proprio D. 22.1.38.4, e non piuttosto D. 42.8.1, che nel Digesto con-

serva, sia pure con alterazioni, i *verba edicti* con il correlato commento ulpiano, mostrando dunque di preferire la connessione della sua lezione con un testo inserito nel (futuro) programma di studi del terzo anno.

L'esame degli ulteriori *scholia* alla lezione teofilina ci consente quindi di raccogliere altri dati di primaria importanza per la nostra indagine.

Consideriamo, allora, lo scolio 3 ἔξεστι a PTh. 4.6.6 (Meijering, 268), di grande interesse per la citazione, questa volta, del Codice:

ἔξεστι] [ ] διὰ τοῦ οὔ [ ] τοῦ κώδ. ἥτις φησιν· ἐὰν ὁ χρεωστῶν ἐναχθεῖς κατεδικάσθῃ καὶ μετὰ ταῦτα πέπρακεν ἐπὶ περιγραφῇ τῶν δανειστῶν εἶδοτι τινὲ τὸν [δόλον αὐτοῦ,] ὁμολογημένως δύνανται [οἱ δανεισταὶ] ταῦτα τὰ πράγματα διεκδικῆσαι.

Traduco: «...in forza del <titolo> settantatré <del libro sette, cinque> del [primo] Codice [Diocl. et Max. C. 7.75.5, a. 293]. Che dice: se il debitore convenuto in giudizio è stato condannato e dopo la sentenza ha alienato in frode ai creditori ad uno che sia a conoscenza <della sua frode>, è pacifico che i creditori possano pretendere questi beni».

La ricostruzione del testo – ma il manoscritto<sup>62</sup>, su cui ci soffermeremo meglio a breve, è ai limiti dell'indecifrabilità – è agevolata dalla lettura di B. 9.8.30 = C. 7.75.5, cioè la settima costituzione del titolo 75.5 del *Codex repetitae praelectionis*, peraltro ancora ignoto, come sappiamo, al corso di Teofilo, che dunque la citava, evidentemente con la diversa numerazione risultante dal nostro scolio, dal primo *Codex*: nella sua lezione su I. 4.6.6, l'azione revocatoria era dunque collegata nel Digesto a Paul. D. 22.1.38.4 (sch. 2 ἔξεστι a

<sup>62</sup> Lo scolio in esame è restituito solo dal *Laurentianus plut.* LXXX,18 (per la descrizione del testimone, cfr. *Theophili antecessoris Paraphrasis Institutionum*. Ediderunt J.H.A. Lokin, R. Meijering, B.H. Stolte, N. van der Wal, cit., p. xxxiii): più precisamente, gli *scholia* 2, 3, e 4 ἔξεστι si trovano alla carta 131v, che presenta le lacune meccaniche da cui dipende l'obiettiva illeggibilità denunciata dall'editore (ho potuto esaminare il testimone solo nel sito della «BML» - Biblioteca Medicea Laurenziana a questa fonte: <https://tecabml.contentdm.oclc.org/digital/collection/plutei/id/979297/rec/1>).

PTh. 4.6.6), e nel (primo) Codice al *rescriptum* (poi) confluito in Diocl. et Max. C. 7.75.5 (sch. 3 ἔξεστι a PTh. 4.6.6), che è bene aver sott'occhio, giacché (anche) in questo *rescriptum*, come accennavamo in apertura, la *Pauliana* è un'actio 'in factum':

Diocl. et Max. AA. et CC. Crescentino C. 7.75.5: *Ignoti iuris non est adversus eum, qui sententia condemnatus intra statutum tempus satis non fecit nec defenditur, bonis possessis itemque distractis per actionem in factum contra emptorem, qui sciens fraudem comparavit, et eum, qui ex lucrativo titulo possidet, scientiae mentione detracta creditoribus esse consultum* (a. 293).

Come è evidente, l'azione considerata è, nel ragionamento dell'*antecessor*, sicuramente la stessa di cui discute Paolo in D. 22.1.38.4, ma è qualificata dalla cancelleria imperiale diocleziana, la cui attenzione alla classicità è ben nota alle nostre scienze, non già come '*Pauliana*', ma semplicemente come azione 'in factum', così da confortare, anche da questo punto di vista, l'ipotesi dell'alterazione indicata per il frammento del Digesto: una volta che il debitore risulti '*sententia condemnatus*', il che corrisponde all'espressione '*ab iudiciali sententia*' di Iust. C. 7.72.10, la cancelleria diocleziana consentiva, infatti, ai creditori immessi nel possesso (*bonis possessis* come in I. 4.6.6) di esperire la *Pauliana*<sup>63</sup> contro l'avente causa a titolo oneroso *qui fraudem non ignoraverit*, nonché – a prescindere dall'allegazione e dimostrazione<sup>64</sup> del *consilium fraudis* in quanto assorbite dalla gratuità, che ne è indiscutibile indice sintomatico – contro l'avente causa a titolo gratuito; ed il testo di B. 9.8.30 parafrasa fedelmente questa logica<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> E non l'*interdictum fraudatorium*, come sosteneva S. SOLAZZI, *La revoca*, I, cit., p. 97 s., ma senza esaminare lo scolio di cui ci occupiamo (peraltro inedito quando l'Autore scriveva).

<sup>64</sup> *Scientiae mentionem detrabere*, secondo me, si riferisce all'esclusione, in capo ai creditori, di allegare e dimostrare il *consilium fraudis*, che comunque resta coelemento sostanziale della fattispecie, a fronte di atti di disposizione a titolo gratuito, tanto più se il *rescriptum* era destinato ad un processo provinciale trattato nelle forme della *cognitio*.

<sup>65</sup> B. 9.8.30 = C. 7.75.5: Ἐὰν ὁ χρεωστὼν ἐναχθεῖς κατεδικάσθῃ καὶ μετὰ ταῦτα πέπρακεν ἐπὶ περιγραφῇ τῶν δανειστῶν εἰδοῦτι τινὶ τὸν δόλον αὐτοῦ, ἢ

La *Pauliana* di Teofilo e le azioni *in factum* di D. 22.1.38.4 e C. 7.75.5 sono, con tutta evidenza, lo stesso rimedio: si tratta dell'azione rescissoria data *in factum* per diritto classico al *curator bonorum* dopo la *restitutio in integrum ob fraudem*.

Il *rescriptum* che Teofilo ricordava a lezione, tuttavia, consente un'ulteriore considerazione: mi pare possibile, infatti, tracciare una più precisa linea metodologica da seguirsi 'programmaticamente' per tratteggiare le vicende testuali delle testimonianze contenute nel *Corpus iuris*.

In quest'ordine di idee, e dando, per il momento, per scontato che l'espressione '*Pauliana*' sia adoperata da Teofilo in una lezione per 'beginners' del primo corso ufficiale dopo la *Omnem* in quanto ampiamente diffusa ben prima della svolta giustiniana nella didattica orientale, ritengo del tutto inverosimile che i commissari imperiali, tra i quali lo stesso Teofilo, abbiano alterato i testi che nella prospettiva classica si occupavano della 'revocatoria fallimentare' data dall'editto al *curator bonorum* sostituendo sistematicamente una terminologia a loro consueta, '*Pauliana*', con un'espressione tecnicamente neutra, vale a dire '*in factum*', che per di più avrebbe rischiato di creare confusione con l'*actio in factum* così espressamente qualificata da D. 42.8.10pr., cioè l'applicazione in via utile del *fraudatorium* data per ottenere, in pendenza della procedura esecutiva avviata dagli *alacriores* nella quale intervenivano, il recupero di cespiti – ulteriori rispetto a quelli già oggetto di (com)possesso – distratti dal *fraudator*.

Su questi aspetti ci soffermeremo ampiamente, però, nelle pagine che seguono.

Concludiamo, piuttosto, l'esame della lezione teofilina con qualche considerazione anche sullo scolio 4 ἔξεστι a PTh. 4.6.6, da cui, però, non si ricava purtroppo alcuna informazione davvero sicura, ove si consideri che il testo a nostra disposizione, per via delle lacune

---

ἐδωρήσατό τινι εἰδοῖτι ἢ ἀγνοῦντι τὸν δόλον αὐτοῦ, ὁμολογημένως δύνανται οἱ δανεισταὶ ταῦτα τὰ πράγματα διεκδικῆσαι (Scheltema, A II, 515, *lin.* 1-4). Traduco: «Se il debitore convenuto in giudizio è stato condannato e successivamente aliena a titolo oneroso in frode ai creditori a chi sia consapevole della sua frode, od anche a prescindere a titolo gratuito, è ovvio che i creditori possano pretendere questi beni».

meccaniche contenute nell'unico testimone che lo conserva<sup>66</sup>, lo stesso dello scolio 3 ἔξεστι appena discusso, appare sin troppo lacunoso.

Esaminiamo, dunque,

Sch. 4 ἔξεστι a PTh. 4.6.6 (Meijering, 268): 4 ἔξεστι] [ ] π. τοῦ ἡ' [ ] ἐπιγινομένης [ ] μὴ μόνον κινητῶν καὶ [ ] καὶ [ ] αὐτοκινητῶν [ ] τρόπον [ ] βουληθῆ [ ] γὰρ ἀφείλ[ ].

Pur concordando, in linea di massima, con la lettura dello scolio che dal *Laurentianus plut.* LXXX, 18 ha proposto Meijering, a me pare impossibile provare a comprendere questo testo senza avere prima una base minimale di informazioni plausibili che possano consentirci di integrarlo quanto meno *ad sensum*: l'operazione, come mi pare ovvio, è altamente congetturale, ma forse proficua, in quanto lo scolio in esame può dirci, secondo me, qualcosa di assai interessante.

Mi pare, infatti, ragionevole ipotizzare, con un buon margine di sicurezza, che il nostro *antecessor* citasse l'*epistula* a noi nota da Iust. C. 8.21.1, del 1° aprile 529, la prima delle due *leges* del titolo *De praetorio pignore et ut in actionibus etiam debitorum missio praetorii pignoris procedat* del secondo Codice, e verosimilmente l'unica del primo, da cui Teofilo citava, dato che Iust. C. 8.21.2 data al 1° agosto 530: muoverei, per decifrare i tratti ancora (con grande fatica) leggibili, dalla 'combinazione' tra il numerale – ἡ', cioè «otto» (dando per postulato che, per questa costituzione, la numerazione del titolo coincida tra primo e secondo *Codex*, e che si riferisca al libro, dato che il titolo era già stato indicato, presumibilmente nello stesso modo che riscontriamo nello scolio 3 ἔξεστι, nella parte perduta per lacuna meccanica del testimone) ed il verosimile riferimento ad atti di disposizione aventi ad oggetto *res* di tre categorie, cioè 'mobiles', ('immobiles' e) 'se moventes', come si legge nel tratto mutilo dello scolio ... μὴ μόνον – *rectius*: μόνων – κινητῶν καὶ ... καὶ ... αὐτοκινητῶν – *rectius*: αὐτοκινήτων (cioè «...non dei soli beni mobili ed <immobili e...> semoventi...).

<sup>66</sup> Anche questo scolio è restituito dal solo *Laurentianus plut.* LXXX, 18 alla carta 131v, che presenta le lacune meccaniche da cui dipende l'obiettiva illeggibilità denunziata dall'editore.

Se teniamo conto del fatto che C. 8.21.1 è del 1° aprile 529, e che *Summa rei publicae* è del 7 aprile di quello stesso anno, è ragionevole ritenere che l'*antecessor* ricordasse questa *epistula* – con la quale Giustiniano dava indicazioni al *praefectus praetorio* d'Oriente inerenti alla sua attività giurisdizionale, quasi certamente come giudice di appello – anche perché inserita pochi giorni prima della promulgazione del (primo) Codice.

L'incrocio di questi dati testuali, se qualcosa non mi sfugge nella gestione delle nostre attuali risorse informatiche, mi sembra riscontrabile, tra le norme imperiali vigenti al 533/534, e dunque, con l'esclusione delle *Novellae*, solo nel (secondo) Codice, e segnatamente in Iust. C. 8.21.1 (1° aprile 529) ed in Iust. C. 8.53.34.1c (30 ottobre 529), cioè la nota riforma della donazione, da ritenersi peraltro non solo *de plano* non attinente alla questione trattata, ma anche ignota al primo Codice in quanto successiva a *Summa rei publicae*, sicché è impossibile che l'*antecessor* la citasse da quella fonte normativa: proviamo allora a leggere Iust. C. 8.21.1 avendo sott'occhio la sua parafrasi greca, confluita in B. 25.7.14, che a mio parere consente di comprendere, per integrazione congetturale possibile *ictu oculi*, il significato sostanziale del ragionamento implicito nella citazione di Teofilo.

Convieni, per aver più chiaro il quadro testuale, giustapporre le due testimonianze:

Iust. A. Menae pp. C. 8.21.1:  
*Si praetorium pignus quicumque iudices dandum alicui perspexerint, non solum super rebus mobilibus et immobilibus et se moventibus, sed etiam super actionibus quae debitori competunt praecipimus hoc eis licere discernere* (a. 529).

B. 25.7.14: Ἐὰν ὅλως δικαστῆς ἐπὶ νομῆς ἐνεχύρων πέμπει τινά, μὴ μόνων κινητῶν καὶ ἀκινήτων καὶ αὐτοκινήτων πεμπέτω, ἀλλὰ γὰρ καὶ ἀγωγῶν (Scheltema, A III, 1226, *lin.* 3-5).

Propongo, innanzitutto, una traduzione-parafrasi di B. 25.7.14: «Il giudice che disponga l'immissione nel possesso di pegni giudiziali estenda senz'altro il proprio provvedimento non già ai soli beni mobili, immobili e semoventi, ma anche alle relative azioni».

Mi sorge a questo punto il dubbio se, anziché ἐπιγινομένης, si debba piuttosto leggere nel nostro scolio ἐπὶ νομῆς, così da consentirci un tentativo forse meno disagiata di ricostruzione, per quanto *ad sensum*, dei tratti obiettivamente illeggibili tenendo conto sia della parafrasi bizantina di Iust. C. 8.21.1, sia dell'ampiezza 'pluriframmentaria' della lacuna meccanica (forse da escludersi prima di ἀυτοκινήτων, ma una riproduzione fotografica, quale quella in rete, non può sostituire l'esame diretto) del testimone, sia della possibilità che τρόπον (a stento leggibile) rappresenti l'accusativo avverbiale con cui normalmente si esprime la locuzione εἰς τὸν αὐτὸν τρόπον, 'allo stesso modo', così da esplicitare un'identità sostanziale – come adesso vedremo, questa identità dipende dalla *missio in possessionem* – che sul piano logico-giuridico, prima ancora che sintattico, giustifichi la connessione tra Iust. C. 8.21.1 e la legittimazione alla *Pauliana* in capo ai creditori 'principali', che agiscono appunto *bonis possessis* come si legge in I. 4.6.6.

Rileggerei allora l'insieme in questo modo:

[διὰ τοῦ κά] τι. τοῦ ἡ [βι. τοῦ κώδ. α'. ἤτις φησιν· ἐὰν ὅλως δικαστῆς] ἐπὶ νομῆς [ἐνεχύρων πέμπει τινά,] μὴ μόνων κινήτων καὶ [ἀκινήτων] καὶ αὐτοκινήτων [πεμπέτω, ἀλλὰ γὰρ καὶ ἀγωγῶν. εἰς τὸν αὐτὸν] τρόπον [ ... ] βουλευθῆ [ ... ] γὰρ ἀφεῖλ[εν ... ].

Provo a questo punto a suggerire un tentativo di traduzione-parafrasi, evidenziando in corsivo le congetture diagnostiche integrative che mi paiono più ragionevoli, comprese le pure *divinationes* che, ribadisco *ad sensum*, immagino nella parte finale.

«*In forza del titolo ventuno del libro otto del Codice, uno. Che dice: "se il giudice dispone l'immissione di qualcuno nel possesso di pegni giudiziali, lo immetta non già nei soli beni mobili e immobili e semoventi, ma senz'altro anche nelle relative azioni". Allo stesso modo se un creditore immesso nel possesso a tale titolo intenda agire con l'azione 'Pauliana' per revocare l'alienazione di beni in frode ai creditori: questi, infatti, ha revocato non solo il bene alienato, ma anche l'azione che, a difesa di quel bene, spettava al debitore*».

Il tentativo proposto ci consente di avere un'idea, sia pure orientativa, del ragionamento di Teofilo.

Se, infatti, è corretta, almeno nei dati di base su cui impostare la questione, la mia congettura, che peraltro è destinata a rimanere tale anche perché mi pare oltremodo difficile non solo leggere, tra i guasti al foglio, un *tractus* eufemisticamente complesso ed un *atramentum* quasi svanito a fronte dell'elegante e nitida scrittura del testo di PTh. 4.6.6 glossato, ma anche valutare adeguatamente lo spazio occupato dalla lacuna (piuttosto estesa) del testimone rispetto al testo ancora leggibile, il nostro *antecessor* avrebbe richiamato dal primo Codice Iust. C. 8.21.1 per chiarire come la *Pauliana* fosse una via della giustizia percorribile dai creditori non solo nell'ambito prospettato da I. 4.6.6, cioè l'esecuzione concorsuale su tutti i beni del debitore, ma anche in quello dell'esecuzione particolare (che comunque non escludeva l'eventuale concorso di creditori) su singoli beni, vale a dire la procedura – nata nella *cognitio* classica – tramite *pignus in causa iudicati captum*, cioè il *pignus praetorium* secondo la denominazione giustiniana «data alla situazione conseguente alla *missio in possessionem*»<sup>67</sup>: in sostanza, l'insegnante intendeva spiegare in tutti i suoi risvolti pratici l'espressione '*bonis possessis*' che i *dupondii* trovavano in I. 4.6.6, e lo faceva declinando, per maggiore chiarezza, l'identità tra l'azione esecutiva concorsuale e quella particolare desumendola dal comune denominatore costituito da quella *missio in possessionem* disposta *ab iudiciali sententia* che di per sé legittimava all'*actio Pauliana*, il cui esito favorevole si sarebbe in ogni caso esteso, oltre che ai beni mobili, immobili e semoventi che il *fraudator* avesse alienato, anche alle azioni che a quest'ultimo spettavano a difesa di quei beni, così da implementare – in via, per così dire, 'surrogatoria' – le *chances* di tutela delle ragioni di credito sui beni recuperati all'attivo.

In buona sostanza, l'*actio Pauliana* è la via 'principale' della giustizia revocatoria giustiniana, e spetta come 'incidente di esecuzione' ai creditori che *ab iudiciali sententia* agiscano *bonis possessis* tanto in una procedura concorsuale su tutti i beni del *fraudator*, quanto in una particolare (comunque aperta al concorso dei creditori) su singoli beni: viepiù, il suo esito si estende non solo ai beni revocati, ma anche alle azioni a difesa di quegli stessi beni che competevano al debitore.

<sup>67</sup> Così esattamente A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*<sup>4</sup>, Torino, 1993, p. 382; cfr. anche M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 371 e 378.

Se tutto ciò coglie, spero almeno in parte, nel segno, anche quest'ultimo scolio può concorrere a dimostrare come la lezione di Teofilo – non dimentichiamo che nel testo della Parafrasi a nostra disposizione gli *indices* sono accorpati alle παραγραφαί<sup>68</sup> – fosse funzionale a configurare il percorso formativo dei *dupondii* con una precisa e puntuale informazione, sin dal primo anno, non solo sull'istituto considerato, ma anche sugli svolgimenti normativi contemporanei, tra cui essenzialmente, discutendo di I. 4.6.6, quelli inerenti all'azione esecutiva, concorsuale su tutti i beni come particolare su singoli beni, che intercettassero la disciplina 'generale' risultante dalle Istituzioni imperiali.

5. Come abbiamo più volte rilevato, la ricostruzione di Lenel, che pone in connessione D. 22.1.38.4 non già con la *restitutio in integrum ob fraudem* e la conseguente azione rescissoria *ficticia*, ma con il 'restituas' dell'*interdictum fraudatorium*, non ha mai considerato gli *scholia* alla parafrasi teofilina, ed in particolare lo scolio 2 ἔξεσται – edito da Ferrini nel 1886 sia pure solo dal *Parisinus Graecus 1364* – che impone una ricostruzione differente.

Vediamone ora analiticamente le ragioni.

Innanzitutto, si deve osservare come, nonostante il manuale imperiale non qualifichi affatto l'azione revocatoria né come 'in rem', né come 'Pauliana', sia (solo) la lezione teofilina ad introdurre questa duplice precisazione in una logica espositiva che la collegava, secondo me a fini essenzialmente didattici ed in quanto azione pretoria *ficticia*, alle altre due azioni (reali) *ficticiae* poco prima esposte nelle Istituzioni: è dunque innegabile che, per Teofilo, l'azione per la revocazione di una *traditio* traslativa era un 'incidente di esecuzione' non già *in personam*, ma *in rem*, anche se ciò non dimostra affatto che per l'*antecessor* essa fosse 'solo' *in rem*, giacché l'esempio (ricordiamo la frase ὡς περ ἐπὶ τούτου τοῦ θέματος) che risulta da PTh. 4.6.6 è condizionato dalla 'concatenazione' degli argomenti svolti a lezione, durante la quale, subito dopo aver trattato della *Publiciana* e della rivendica *rescissa usucapione*, sarebbe stato in ipotesi ben più

<sup>68</sup> Per tutti N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *Historiae iuris Graeco-romani delineatio*, cit., p. 41.

complesso, e quindi antididattico, esaminare la *Pauliana* per revocare una remissione piuttosto che per 'impugnare' un atto ad effetti reali.

Se ciò è corretto, la dogmatica di cui Teofilo si avvale costituisce una risorgiva di quel *ius controversum* che abbiamo poc'anzi ricostruito, e segnatamente della posizione di quanti per epoca classica leggessero nella 'revocatoria fallimentare' diretta contro *alienationes* una *formula petitoria* 'speciale', costruita con  *fictio* restitutoria e trasposizione di soggetti: una controversialità che parrebbe, peraltro, superata dagli enciclopedisti severiani<sup>69</sup> ed estranea al testo ufficiale delle Istituzioni, ma certamente ancora ben nota all'*antecessor* di Costantinopoli, che pur sempre era stato, lo ribadiamo, uno dei compilatori del Digesto, come tale a conoscenza completa ed approfondita di opere a noi inaccessibili<sup>70</sup>.

In secondo luogo, la connessione a D. 22.1.38.4 esplicitata dallo scolio 2 ἔξεσται a PTh. 4.6.6 dimostra senza alcun serio dubbio che, per Teofilo, Paolo discuteva non già, come riteneva – a mio avviso sul punto a torto – Lenel<sup>71</sup>, dell'*interdictum fraudatorium* previsto dai *verba edicti* conservati (sia pure con alterazioni notevoli, come vedremo a breve) in D. 42.8.10pr., ma appunto dell'azione rescissoria *in factum* previa *restitutio in integrum ob fraudem* conseguente all'altro editto conservato (forse con alterazioni meno drastiche, ma comunque agevolmente individuabili) in D. 42.8.1pr.: e tra la connessione indicata da Teofilo durante la sua lezione – e dunque da un giurista che conosceva integralmente, anche per via della propria esperienza didattica, gli scritti dei *prudentes* adoperati per la redazione del Digesto cui aveva partecipato – e quella ipotizzata da uno studioso contemporaneo, che certamente non può conoscere le fonti con la completezza che solo un *antecessor*, per di più commissario imperiale, poteva avere, preferisco confidare nella prima.

<sup>69</sup> Cfr. R. LAMBERTINI, *Introduzione allo studio esegetico del diritto romano*, Bologna, 1993, p. 73.

<sup>70</sup> Cfr. esattamente F. GORIA, *Il giurista nell'impero romano d'Oriente (da Giustiniano agli inizi del secolo XI)*, in *Fontes minores XI*, herausgegeben von L. Burgmann, Frankfurt am Main, 2005, p. 163.

<sup>71</sup> O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., p. 339 s.; p. 496 e nt. 3; p. 499 e nt. 1; ID., *Pal.*, I, cit., col. 1157.

Teofilo, in sostanza, distingue la *Pauliana* – vale a dire la ‘revocatoria fallimentare’ dell’editto in D. 42.8.1pr., offerta al *curator bonorum* per la scienza dei *prudentes* ed ora ai creditori *bonis possessis* in quanto muniti di un giudicato favorevole, considerata alla stregua di un’azione *in rem* solo in quanto nel suo θέμα didattico era diretta contro una *traditio* traslativa – dalle altre, e diverse, ὁδοί della giustizia accordate dalla legge ai creditori meno diligenti *in executivis*: questi ultimi, infatti, non potendo domandare autonomamente, in quanto privi di un giudicato favorevole, l’immissione nel possesso dei beni del debitore come gli *alacriores*, cui si deve l’iniziativa *ab iudiciali sententia*, possono percorrere solo le due ὁδοί di D. 42.8.10pr., per modo che agli intervenuti nella procedura esecutiva (Iust. C. 7.72.10.1) compete come rimedio revocatorio (che dunque ancora si atteggia ad ‘incidente di esecuzione’) l’azione *in factum*, mentre, dopo la sua conclusione, ai creditori tardivi (Iust. C. 7.72.10.2) spetta l’*interdictum fraudatorium*.

In ultima analisi, dopo Iust. C. 7.72.10 i due rimedi revocatori di D. 42.8.10pr. perpetuano la promessa edittale dell’interdetto restitutorio ponendosi in una logica sostanzialmente analoga a quella classica rispetto all’azione revocatoria ‘principale’ di I. 4.6.6, D. 42.8.1pr., D. 22.1.38.1 e C. 7.75.5: l’elemento di novità è costituito dalla riconfigurazione dell’*interdictum fraudatorium* (e segnatamente quello che il pretore dava in via utile *causa cognita* dopo la *bonorum venditio*) come ‘incidente di esecuzione’ ulteriore rispetto alla *Pauliana*, di talché nella frase ὡσανεὶ μὴ ἘΤΡΑΔΙΤΕΥΘΗ ΤΟΔΕ Τὸ ΠΡᾶΓΜΑ ὑπὸ τοῦ ΔΕΒΙΤΟΡΟΣ· εἰ φαίνεται αὐτὸ ἐν τῇ τοῦ ΔΕΒΙΤΟΡΟΣ ΔΕΣΠΟΤΕΙΑ μὲμνηκέναι che leggiamo in PTh. 4.6.6 riecheggia senz’altro – e su questo ha ragione Lenel – la *fictio* dell’*actio in factum*, cioè la *Pauliana* di Teofilo, che però, seguendo i chiarimenti dati nella lezione del nostro *antecessor*, va collegata a D. 22.1.38.4, dove è dunque sicuro che il giurista severiano non evocava, quanto alla disciplina dell’interesse ai frutti, l’*actio arbitraria* concessa per accertare la legittimità dell’*interdictum fraudatorium*.

5.1. Siamo così in grado di riprendere, con più documentata cognizione di causa, il problema della qualificazione dell’azione revocatoria (per revocare *alienationes*) come *in rem* (PTh. 4.6.6) oppure

*in personam* (D. 22.1.38.4), e quindi di esaminare a fondo quello inerente alla sua denominazione.

Come abbiamo visto, per diritto classico la classificazione all'interno della dicotomia gaiana tra azioni *in rem* e azioni *in personam* dipendeva dalla tecnica formulare: in particolare, l'opzione dei giuristi severiani per rileggere come *in personam* qualsiasi applicazione tanto della *Fabiana* quanto della 'revocatoria fallimentare' dipendeva con ogni probabilità dalla funzione rivestita dalla *restitutio in integrum* disposta *in iure* dal pretore, cui conseguivano le azioni rescisorie del caso.

Nel VI secolo, nondimeno, qualsiasi attività processuale in materia civile si svolge nelle forme della *cognitio*, cui è estranea la dicotomia processuale classica tra *iurisdictio* e *iudicatio*.

Ed allora, è la 'cultura processuale' della *cognitio* – in cui la *conceptio verborum* dell'antica *intentio* del processo formulare perde rilievo, tanto più dopo la fondamentale riforma di Iust. C. 7.40.3, che impone al giudice di qualificare d'ufficio tutte le vie della giustizia offerte dalle norme imperiali ed astrattamente desumibili dal contenuto sostanziale dell'atto introduttivo<sup>72</sup> – a connotare il contesto in cui si esprime l'*antecessor*.

L'indizio più significativo per comprendere, nella chiave appunto della *cognitio*, l'inclinazione di Teofilo, che per me è mutuata da una linea di pensiero classica, a considerare in questa specifica casistica la '*Pauliana*' come un'azione non già personale, ma reale, va forse letta, alla luce della sua lezione, nel fatto che, se essa tutela i creditori *alacriores* (non solo in sede concorsuale su tutti i beni del debitore, ma anche a seguito di *pignus praetorium*) dagli atti di di-

<sup>72</sup> La dottrina più recente ha superato la lettura restrittiva che si proponeva di C. 7.40.3: cfr. F. GORIA, *Azioni reali per la restituzione della dote in età giustiniana: profili processuali e sostanziali*, in *Diritto e processo nella esperienza romana*. «Atti del Seminario torinese, 4-5 dicembre 1991, in memoria di G. Provera», prefazione di Silv. Romano, Napoli, 1994, p. 205-301, in particolare 250-260; F. SITZIA, *L'azione nelle Novelle di Giustiniano*, in *BIDR*, XCVIII-XCIX, 1995-96, p. 171-98, in particolare 178 ss.; ID., *D. 39.2.24.1a e la legittimazione all'actio damni infecti*, in *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'Impero d'Oriente in età giustiniana tra passato e futuro*. «Atti del Convegno di Modena, 21-22 maggio 1998», a cura di S. Puliatti e A. Sanguinetti, Milano, 2000, p. 273; R. FERCIA, '*Aliud petere*' e la metafora delle *ôdoî*, in *RDR*, IV, 2004, *passim*, con letteratura.

sposizione del *fraudator*, pur sempre per assicurarne l'effettività si dirige, come una qualunque 'altra' azione reale nella procedura *per libellos*, contro chiunque abbia poi la materiale disponibilità dei beni: se, infatti, il *fraudator μετατέθεικε τὴν δεσποτείαν ἐπὶ τὸν λαμβάνοντα*, ai suoi creditori è consentito κινεῖν τὴν *IN REM* non già (solo) 'κατὰ τοῦ λαμβάνοντος', cioè contro l'*accipiens*, primo avente causa dal *fraudator*, ma κατὰ τοῦ διακατέχοντος, cioè (anche) contro i subacquirenti (ovviamente di mala fede: ne parleremo a breve).

In questo quadro, l'impostazione che l'*antecessor* espone in PTh. 4.6.6 non può essere percepita come una arbitraria sovrapposizione alla 'neutralità' che, al riguardo, mostra il testo ufficiale del manuale imperiale, verosimilmente redatto, per chi condivide la tesi di Falcone<sup>73</sup>, da Doroteo, cui si dovrebbe la stesura del quarto libro, e ciò verosimilmente perché nella 'Geistesart' bizantina doveva essere riemersa l'idea classica avversata da severiani, e cioè che l'azione *Pauliana* fosse *in rem* se diretta contro atti ad effetti reali, come nel caso che Teofilo proponeva ai suoi *dupondii*, ed *in personam* se diretta contro figure di remissione, in entrambi i casi ovviamente in frode ai creditori: molto più semplicemente, il silenzio 'ufficiale' sulla qualificazione dell'azione era ininfluenza sul piano normativo, ma doveva essere colmato sul piano del messaggio didattico.

Ciò chiarito, è innegabile che le posizioni di Paolo e Teofilo siano davvero – come dice Lenel nella terza edizione dell'*Edictum perpetuum* – inconciliabili sul piano logico, ma ciò non significa che debba necessariamente dubitarsi dell'una o dell'altra<sup>74</sup>: l'inconciliabilità, semmai, è una conseguenza squisitamente storica, che può apprezzarsi appieno, a mio avviso, solo se si tiene conto che la 'relatività' del rescindente sta al processo formulare come la 'assolutezza' del rescissorio sta alla *cognitio* del VI secolo.

In altre parole, Paolo, che ragionava sul processo formulare, guarda, anche quando il processo è funzionale ad impugnare un'*alie-*

<sup>73</sup> G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle 'Institutiones' di Giustiniano*, in *AUPA*, XLV.1, 1998, 328 ss., 355 ss., 359 ss.; F. BRANDSMA, *Dorotheus and his Digest Translation*, Groningen, 1996, 15 ss., esclude invece la possibilità di individuare l'esatta suddivisione del lavoro tra Teofilo e Doroteo.

<sup>74</sup> «Man muß sich zu einem von zweien entschließen»: O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., p. 440.

*natio*, alla 'relatività' della *restitutio in integrum*, e quindi al rescindente che connotava la *causae cognitio* davanti al pretore; Teofilo, che ragionava sulla *cognitio*, guarda al risultato sostantivo del rescissorio nel quadro di un processo civile ormai monofasico. Il che, se vogliamo, non è molto distante da quanto sosteneva Lenel nella prima edizione tedesca del suo capolavoro: «Freilich zählen die Institutionen» – scriveva l'insigne Autore nel 1883, per di più collegando senza esitazioni I. 4.6.6 a Paul. D. 22.1.38.4, pur senza poter conoscere lo sch. 2 ἔξεσται a PTh. 4.6.6, edito da Ferrini tre anni dopo – «die hier beschriebene rescissorische Klage zu den *actiones in rem*, während Paulus l. c. die *actio Pauliana* als *actio in personam* aufführt. Allein diese anscheinende Divergenz löst sich völlig befriedigend durch die Erwägung, dass unsere *actio* zwar äusserlich in dem Fall des § 6 cit. *actio in rem rescissoria* ist, ihrem innern Wesen nach aber, weil nicht contra *quemcunque possidentem* sondern nur gegen den *fraudis particeps* gerichtet, doch nur *actio in personam*»<sup>75</sup>.

Il Maestro di Friburgo, in ultima analisi, aveva secondo me colto nel segno nella prima edizione dell'*Edictum perpetuum*.

Potrebbe allora forse stupire che, dopo la pubblicazione, nel 1886, dello scolio 2 ἔξεσται a PTh. 4.6.6 da parte di Ferrini, che lo leggeva dal *Parisinus Graecus 1364*, egli non abbia mai esaminato proprio la fonte che – a mio avviso in termini dirimenti – ne confermava l'intuizione<sup>76</sup>: era, tuttavia, il contesto scientifico a cavaliere tra l'Ottocento e il Novecento ad alimentare la diffidenza, oggi superata<sup>77</sup>, per un testo, quale appunto la Parafraresi, di cui lo stesso Ferrini, nel 1884, aveva revocato in dubbio la stessa paternità<sup>78</sup>, tanto

<sup>75</sup> O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*, Leipzig, 1883, p. 352: l'Autore rivede drasticamente questa posizione già nell'edizione francese del 1903 (O. LENEL, *Essai*, II, cit., p. 180), per confermarla nelle successive edizioni tedesche (Leipzig, 1907<sup>2</sup>, p. 424, e Leipzig, 1927<sup>3</sup>, p. 440).

<sup>76</sup> «Die Formulierung ergibt sich aus dem Zweck der Klage fast von selbst: dieselbe war ficticisch *rescissa alienatione*. Ohne allen Zweifel ist unsere *actio* identisch mit der *actio Pauliana*, von der Paul. fr. 38 § 4 *de usur.* (22.1) berichtet»: così testualmente nell'edizione del 1883 O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'*, cit., p. 352.

<sup>77</sup> Cfr. *Theophili antecessoris Paraphrasis Institutionum*. Ediderunt J.H.A. Lokin, R. Meijering, B.H. Stolte, N. van der Wal, cit., p. xviii ss.

<sup>78</sup> C. FERRINI, *Note critiche al libro IV dello Pseudo-Teofilo*, in *RIL*, XVII,

che neppure quest'ultimo – e ci collochiamo nel 1887, cioè appena un anno dopo la sua pubblicazione degli «scolii inediti allo Pseudo-Teofilo» – aveva tratto, tra i rilievi censori (in linea di principio condivisibili) mossi dalle pagine del *Filangieri* al primo volume di un coevo studio, oggi superato dalla dottrina più recente, di Enrico Serafini<sup>79</sup> sulla revoca degli atti in frode ai creditori in diritto romano<sup>80</sup>, tutte le possibili implicazioni dalla preziosa citazione, puntualmente esplicitata<sup>81</sup>, che l'*antecessor* di Costantinopoli, nel corso della sua lezione su I. 4.6.6, faceva di D. 22.1.38.4.

5.2. Giungiamo così alla messe di problemi che pone da tempo la denominazione stessa della nostra azione, su cui ora dobbiamo necessariamente soffermarci: è, infatti, molto difficile, ed anzi secondo me impossibile, sostenere che la qualificazione deonomastica della revocatoria che si riscontra in PTh. 4.6.6 e nei suoi *scholia* sia correlabile – come è possibile per la *Fabiana* – al *nomen* un pretore.

Una considerazione preliminare: se Teofilo avesse avuto consapevolezza di una siffatta derivazione, non si vede per quale ragione non avrebbe dovuto palesarla ai suoi *dupondii*, come fa per la *Publiciana*: quando nel testo ufficiale del manuale leggiamo, al riguardo,

---

1884, p. 891 ss., ed ora in *Opere di C. Ferrini*, I, *Studi di diritto romano bizantino*, a cura di V. Arangio-Ruiz, prefazione di P. Bonfante, Milano, 1929, p. 26 ss.

<sup>79</sup> E. SERAFINI, *Della revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore secondo il diritto romano*, I, *L'azione del primo editto*, Pisa, 1887, p. 79 ss., il quale sosteneva che Teofilo avesse frainteso I. 4.6.6 giacché il Manuale imperiale si riferirebbe all'azione per la revoca degli atti di disposizione posti in essere dopo la *missio* (corrispondente all'editto di D. 42.8.1pr.: cfr. a p. 105 ss.), laddove la parafrasi evocarebbe il rimedio per atti ad essa antecedenti, vale a dire l'*actio in factum* offerta dall'editto (considerato sostanzialmente classico) in D. 42.8.10pr. (cfr. anche ID., *Della revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore secondo il diritto romano*, I, *L'azione del secondo editto (actio Pauliana)*, Pisa, 1889, p. 1 ss.).

<sup>80</sup> C. FERRINI, *Di una nuova teoria sulla revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore*, già in *Filangieri*, XII, 1887.1, p. 27 ss., ed ora in *Opere di C. Ferrini*, III, *Studi vari di diritto romano e moderno*, a cura di E. Albertario, Milano, 1929, p. 315 ss., in particolare p. 332 ss.: egli escludeva che Teofilo avesse frainteso I. 4.6.6, e identificava la *Pauliana*, intesa come terminologia delle scuole orientali non riscontrabile neppure nel testo ufficiale di D. 22.1.38.4 in base allo scolio Ἐντεῦθεν a B. 23.3.38 = D. 22.1.38 che deriva, come vedremo, dall'*index* di Stefano, con l'azione promessa nell'editto di D. 42.1.8pr.

<sup>81</sup> C. FERRINI, *Scolii*, cit., p. 211 e nt. 6.

'*quae actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio praetore in edicto proposita est*' (I. 4.6.4), l'*antecessor* fedelmente parafrasa λέγεται δὲ αὕτη IN REM PUBLICIANH, ἐπειδὴ πρῶτος PUBLICIOS PRAETOR ταύτην ἐπενόησεν (PTh. 4.6.4).

Nulla di tutto ciò per la *Pauliana*: Teofilo ci dice solo che è stata introdotta dal pretore, ma non da un pretore identificato, che come il pretore Publicio 'passi alla storia' per la sua innovazione editale.

In sostanza, né il testo ufficiale delle Istituzioni né l'*antecessor* che lo illustra riconducono l'azione ad un pretore di nome *Paulus*<sup>82</sup>, che per di più, come si osservava in apertura, non è neppure – come normalmente avviene per ascrivere la paternità dei più significativi svolgimenti normativi, nel *ius civile* come nel *ius honorarium* – un *nomen*, vale a dire un gentilizio, ma semmai in linea di principio un *cognomen*, od al limite un *agnomen*; né mi pare, poi, dimostrabile – a tentare un'avventura prosopografica tra i pretori successivi al fondamentale spartiacque costituito per l'azione esecutiva dalla pretura di Publio Rutilio Rufo – che possa trattarsi del pretore del 53 a.C. L. Aemilius (Lepidus) Paullus<sup>83</sup>, ricordato da Cicerone nella *pro Milone*<sup>84</sup>.

Secondo me, qualsiasi tentativo di polarizzare l'indagine sui pretori tardorepubblicani è destinato all'insuccesso.

Volgendo quindi la nostra attenzione alle principali fonti bizantine a nostra disposizione, il quadro che emerge – come esattamente evidenziava Collinet<sup>85</sup>, pur non potendosi condividere integralmente

<sup>82</sup> Così ad esempio P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*<sup>6</sup>, Paris, 1918, p. 436 s.

<sup>83</sup> Cfr. di recente G. GREVESMÜHL, *Die Gläubigeranfechtung nach klassischem römischem Recht*, Göttingen, 2003, p. 62 ss., in particolare p. 65.

<sup>84</sup> Cic. *Mil.* 9.24: *P. Clodius cum statuisset omni scelere in praetura vexare rem publicam, videretque ita tracta esse comitia anno superiore, ut non multos mensis praeturam gerere posset, – qui non honoris gradum spectaret, ut ceteri, sed et L. Paulum conlegam effugere vellet, singulari virtute civem, et annum integrum ad dilacerandam rem publicam quaereret, – subito reliquit annum suum, seseque in annum proximum transtulit: non (ut fit) religione aliqua, sed ut haberet, quod ipse dicebat, ad praeturam gerendam, hoc est, ad evertendam rem publicam, plenum annum atque integrum.* Cfr. T.R.S. BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic*, II, New York, 1952, p. 228 e 431.

<sup>85</sup> P. COLLINET, *L'origine*, cit., p. 190 ss.; i risultati di questa ricerca sono riproposti in ID., *La nature des actions, des interdits et des exceptions dans l'œuvre de*

le conclusioni cui l'insigne Studioso perveniva – in ordine alle occorrenze della denominazione dell'azione come 'Pauliana' sono limitate – in disparte ovviamente gli *scholia* sinora esaminati, rimasti estranei alla sua ricerca – alla Parafrasi di Teofilo ed all'*index* di Stefano.

E difatti, in B. 9.8 = D. 42.8, cioè il titolo che, nelle due compilazioni, disciplina la revocazione degli atti – genericamente intesi – in frode ai creditori, tale qualificazione è assente, né al riguardo mi pare utile il testo di B. 9.8.1<sup>86</sup>, che reca la parafrasi dell'editto di D. 42.8.1pr., dove la οὐτίλια ἀγωγή non è, a rigore, neppure la *Pauliana*<sup>87</sup>, ma il risultato (di qui, secondo me, la terminologia che riscontriamo) della sua estensione (tutta giustiniana) al *fraudator*; essa, poi, non trova alcun riscontro né in B. 23.3.38 = D. 22.1.38<sup>88</sup>,

*Justininien*, Paris, 1947, p. 466 ss., dove l'Autore perveniva alla conclusione per cui l'azione *in factum* di D. 22.1.38.4 era personale e revocatoria, da distinguersi però da quella di PTh. 4.6.6, reale e rescissoria (*ivi*, p. 473), il che è peraltro incompatibile con lo sch. 2 ἔξεστι a PTh. 4.6.6, non esaminato.

<sup>86</sup> B. 9.8.1 = D. 42.8.1: Λέγει ὁ πραιτωρ· εἰ πρὸς περιγραφὴν πραχθῆ τι πρὸς τὸν οὐκ ἀγνοήσαντα, ὁ κουράτωρ τῆς οὐσᾶς ἢ ᾧ προσήκει καὶ κατ' αὐτοῦ ἀγωγῆν ἔξει οὐτίλιαν ἐντὸς ἐνιαυτοῦ, ἐν ᾧ ἡδύνατο κινεῖν, καὶ κατὰ τοῦ περιγράψαντος. Ἡ δὲ περιγραφὴ ἐπὶ πάσης ποιεῖται ἐκποιήσεως ἢ συναλλάγματος, εἴτε πρᾶγμα ἐξεποίησεν εἴτε ἀποχῆ ἢ συμφώνῳ τινὰ ἡλευθέρωσεν. Traduco: «Dice il pretore: se per frode sia posto in essere un atto destinato a produrre effetti nella sfera di chi non lo ignori, il curatore del patrimonio o chi vi abbia interesse avrà azione utile sia contro l'avente causa sia contro il *fraudator* entro un anno da quando avrebbe potuto essere instaurata. La frode s'intende in qualsiasi atto ad effetti tanto reali quanto obbligatori, che abbia trasferito beni o che abbia liberato qualcuno per *acceptilatio* o per *pactum*» (Scheltema, A II, 509). Solo occorre evidenziare che il ricordo del *curator bonorum* in D. 42.8.1 (e quindi in B. 9.8.1), in quanto palesemente incompatibile con Iust. C. 7.72.10, che si proietta sul regime dei rimedi revocatori come chiarisce lo scolio 2 ἔξεστι a PTh. 4.6.6, è dovuto semplicemente all'*antiquitatis reverentia*, né dimostra che nel VI secolo tale figura, travolta dalla *cognitio*, fosse ancora una parte legittimata all'azione come ritiene S. SOLAZZI, *La revoca*, II, cit., p. 16 ss., e non piuttosto una delle figure professionali operanti nella τάξις del giudice.

<sup>87</sup> Cfr. O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., p. 440, nt. 2.

<sup>88</sup> B. 23.3.38 = D. 22.1.38: Παύλου. Καὶ ἐπὶ τῶν προσωπικῶν ἀγωγῶν ἀπαυτοῦνται καρποί, ὡς ὅταν ἀγρὸς ἐν προικί δοθῆ καὶ μὴ γέωνται οἱ γάμοι· κἂν γὰρ ἡ γυνὴ ἐνεπόδισεν, ὅμως ὁ ἀνὴρ οὐδ' ἔλαβεν ἐλπίζομένων τῶν γάμων ἀποδίδωσι καὶ τοὺς μετὰ ταῦτα, εἰ γέγονεν ἐν τῷ πράγματι ὑπέρθεσις· οὐ δύναται ὁ μνηστὴρ ἀμελεῖν τοῦ ἀγροῦ. Καὶ ὁ μὴ χρεωστῶν καταβαλὼν ἀγρὸν ἢ θανάτου αἰτία

dove le azioni considerate nel § 38.4 sono ἡ Φαβιανὴ καὶ ἡ ἴμφακτος<sup>89</sup>, né nel relativo scolio 1 Ἐντεῦθεν<sup>90</sup>, che il *Manuale Basi-*

δωρησάμενος ἀπαιτεῖ καρπούς, καὶ ἡ Φαβιανὴ καὶ ἡ ἴμφακτος ἡ τὰ πρὸς περιγραφὴν ἐκποιηθήντα τῶν δανειστῶν ἀνακαλουμένη. Τὸ ῥήμα τῆς ἀποκαταστάσεως καὶ καρπούς σημαίνει καὶ ἐπὶ τῆς περὶ βίας παραγγελίας. Καὶ ὁ κατὰ φόβον παραδεδωκὸς πρᾶγμα οὐ δοκεῖ λαμβάνειν αὐτό, εἰ μὴ καὶ τοὺς καρπούς λάβῃ, καὶ οὐ ζημιούται ἐκ τῆς οἰκίας ὑπερθέσεως. Ἡ ἐξτιπουλάτου οὐκ ἀπὸ ὑπερθέσεως, ἀλλὰ μετὰ προκάταρξιν ἀπαιτεῖ. Ἡ ἐξ ἔμπτο ἀπαιτεῖ <καρπούς>· καὶ ἐπὶ τῆς κοινωνίας κοινοποιούνται. Ἐὰν τῆς δεσποτείας οὐσης ἐμῆς φυσικὴν ἀπαιτῶ νομῆν, ὡς ἐπὶ παραθήκης καὶ τοῦ ἐν χρήσει δοθέντος, λαμβάνω καρπούς. Καὶ ἐπὶ τοῦ βία ἢ λάθρα καρποὶ καὶ πᾶν πρᾶγμα ἀποκαθίσταται. Εἰ δὲ καὶ ὑπερθεμένου σου διελέσθαι τὸν ἄγρον ἐγὼ γεωργήσω, μεριζόμεθα τοὺς καρπούς ἐξαιρουμένης τῆς δαπάνης. Καὶ ἐπὶ τῶν λοιπῶν καλῆ πίστει ἀγωγῶν πάντες οἱ καρποὶ δίδονται (Scheltema, A III, 1127). Traduco: «Di Paolo. Anche nelle azioni personali si domandano i frutti, come nel caso in cui un fondo sia costituito in dote, e non abbia fatto seguito il matrimonio. Per quanto, infatti, sia stata la donna a rendere impossibili le nozze, nondimeno l'uomo deve restituire i frutti percepiti quando le nozze erano attese, ed anche quelli percepiti dopo, se vi è stata mora: il promesso sposo non può trascurare il fondo. Anche chi trasferisce indebitamente un fondo, o chi lo abbia donato *mortis causa*, pretende i frutti, così come l'azione *Fabiana*, l'azione *in factum* con la quale sono revocate le alienazioni in frode ai creditori. La parola 'restituzione' comprende anche i frutti anche nell'interdetto *unde vi*. Parimenti, chi aliena un bene per estorsione non s'intende recuperarlo se non consegna i frutti, né può nuocergli il suo indugio. L'azione *ex stipulatu* richiede i frutti non dal giorno della mora, ma da quello della *litis contestatio*. L'azione *ex empto* pretende i frutti; e nella *societas* devono essere divisi per quote. Se, avendo io il diritto di proprietà, domando la *possessio naturalis*, come nel deposito e nel comodato, mi spettano i frutti. Anche nell'interdetto *quod vi aut clam* devono restituirsi i frutti ed ogni accessorio. Ma anche se hai trascurato l'azione divisoria per un fondo, ed io lo abbia coltivato, divideremo i frutti dedotte le spese. Anche negli altri giudizi di buona fede devono darsi tutti i frutti».

<sup>89</sup> Scheltema, A III, 1127, *lin.* 9-10.

<sup>90</sup> Sch. 1 Ἐντεῦθεν a B. 23.3.38 = D. 22.1.38: Ἐντεῦθεν γενικῆς ἄρχεται θεωρίας ὁ Παῦλος ζητῶν, πότε διὰ τῆς περσοναλίας ἀπαιτοῦνται καρποί· καὶ ὄρα, τί φησιν. Ἐὰν τις ἄγρον ἐπ' ἐλπίδι γάμου παράσχη καὶ τοῦ γάμου μὴ παρακολουθήσαντος ῥεπετιτευθῆ ὁ ἄγρός, οὓς μὲν ἔλαβε καρπούς κατὰ τὸν καιρόν, καθ' ὃν ἠλπίζετο προβαίνειν ὁ γάμος, ἀποδίδωσι πάντως ὁ ἐναγόμενος· οὐ μὴν τοὺς μετὰ διάλυσιν τῆς μνηστείας ληφθέντας, πλὴν εἰ μὴ μόρα παρακολουθήσῃ. Εἰ δὲ καὶ παρ' αἰτίαν τῆς γυναικὸς γέγονε τὸ μὴ προβῆναι τὸν γάμον, καὶ οὕτως συναποκαθίστησι τῷ ἀγρῷ τοὺς καρπούς. Εἶτα καὶ λογισμὸν ὄρα, ὃν ἐπάγει τοῦ ἀπαιτεῖσθαι τοὺς καρπούς. Φησὶ γάρ· εἰ μὴ περὶ τῶν καρπῶν ἐμεθοδεύετο, ἐξῆν αὐτῷ ἀμελῆσαι τοῦ ἀγροῦ καὶ χεῖρονα τοῦτον ποιῆσαι. Εἰ δὲ καὶ τις ἄγρον ἰνδεβίτως κατέβαλεν ἢ μόρτις καῦσα ἐδωρήσατο καὶ γνοὺς τὴν πλάνην ἢ ἀσφήλας

*licorum*<sup>91</sup> riconduce all' *index* di Stefano, dove l' *antecessor* beritense<sup>92</sup>, parafrasando appunto il § 38.4 del terzo libro della *tripertita legum dispositio*, chiariva che la disciplina processuale dell'interesse ai frutti, punto di partenza dell'intero ragionamento del giurista classico, si applica καὶ ἐπὶ τῆς Φαβιανῆς καὶ ἐπὶ τῆς ἰμφάκτου, così da

τῆς νόσου ἐρεπετίτευσε τὸν ἀγρόν, ἀπαιτεῖ καὶ τοὺς καρπούς. Τὸ αὐτὸ ἐστὶ καὶ ἐπὶ τῆς Φαβιανῆς καὶ ἐπὶ τῆς ἰμφάκτου. Ἔχει δὲ τὴν μὲν Φαβιανὴν ὁ πάτρων κατὰ τῶν ἀγορασάντων πρᾶγμα πρὸς περιγραφὴν αὐτοῦ παρὰ τοῦ ἀπελευθέρου, τὴν δὲ ἰμφακτον πᾶς δανειστῆς κατὰ τῶν σχόντων πρᾶγμα πρὸς περιγραφὴν αὐτοῦ παρὰ τοῦ δεβίτορος ἐκποιθέν· καὶ γὰρ ἐπὶ τῆς Φαβιανῆς καὶ ἐπὶ τῆς ἰμφάκτου δίδωσιν ὁ πραιίτωρ ἀποκατάστασιν καὶ τοῖς δανεισταῖς, ὥστε δοκεῖν τὸν ἀπελεύθερον ἢ τὸν δεβίτορα τὴν ἀρχὴν μηδὲ ἐκποιῆσαι τὸ πρᾶγμα. Ῥεπετιεύοντες γὰρ ὁ πάτρων καὶ ὁ δανειστῆς τὸ πρὸς περιγραφὴν αὐτῶν ἐκποιθέν ἀπαιτοῦσι καὶ τοὺς γενομένους καρπούς. Καὶ τοῦτο μάλιστα ἐξ αὐτῶν ἔστι τῶν τοῦ πραιίτωρος ῥημάτων μαθεῖν· εἰπὼν γὰρ ὁ πραιίτωρ ἀποκατάστασιν καὶ τῷ ῥεσιτόρις χρησάμενος ῥήματι καὶ αὐτοὺς περιεῖλε τοὺς καρπούς. Καὶ γὰρ καὶ ἐπὶ τοῦ οὐνδεβί ἰντερδίκτου διὰ τοῦ ῥεσιτόρις ῥήματος ἀνάγκην ἔχει καὶ τοὺς καρπούς καὶ τὸ πρᾶγμα ἀποκαταστήσαι τῷ ἐκβληθέντι βία τῆς νομῆς ὁ ἐξελάσας αὐτόν (Scheltema, B IV, 1681 s.). Traduco: «Da qui Paolo avvia una trattazione generale domandandosi quando si possano chiedere i frutti in un'azione personale: vediamo cosa dice. Se uno trasferisce un fondo in vista delle nozze, e poi ne domandi la restituzione non essendo seguito il matrimonio, il convenuto deve restituire integralmente i frutti percepiti in attesa delle nozze, non anche quelli percepiti dopo il venire meno degli sponsali, salvo vi sia stata mora. Nondimeno, anche se dipende da colpa della donna che non sia stato celebrato il matrimonio, anche in questo caso deve restituire i frutti del fondo. Considera la logica per cui dice che i frutti non sono dovuti: dice, infatti, che se non fosse possibile citarlo in giudizio per i frutti, gli sarebbe consentito trascurare il fondo e renderlo peggiore. Anche se uno ha trasferito indebitamente un fondo, o lo ha donato *mortis causa*, ed accortosi dell'errore, oppure guarito, ne chieda la restituzione, domanda anche i frutti. È lo stesso anche nell'azione *Fabiana* e nell'azione *in factum*. La *Fabiana* spetta al patrono contro chi abbia acquistato beni dal liberto in sua frode; l'azione *in factum* spetta ad ogni creditore contro chi possiede un bene alienato in frode a costoro. E difatti, nella *Fabiana* e nell'azione *in factum* il pretore accorda la restituzione ai creditori come se nulla fosse stato alienato dal liberto o dal debitore. Invero, il patrono ed il creditore che domandino il bene alienato in frode a costoro chiedono anche i frutti percepiti. Il che si desume dalle stesse parole del pretore: infatti, nel momento in cui il pretore parla di restituzione, ricomprende automaticamente anche i frutti. E difatti, anche nell'interdetto *unde vi*, con la parola restituzione, il *vi deiector* deve restituire al *vi deiectus* tanto il bene quanto i frutti».

<sup>91</sup> Hb. VI, p. 281.

<sup>92</sup> Cfr. N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *'Historiae iuris Graeco-romani delineatio'*, cit., p. 41 s.

riferirsi appunto all'azione revocatoria come ad un'azione *'in factum'* (e non come *'Pauliana'*) per ben tre volte<sup>93</sup>.

Neppure lo scolio 13 Κυρίλλου<sup>94</sup>, non riconducibile all'insegnamento<sup>95</sup>, offre alcuno spunto in tal senso, giacché i due rimedi citati nel § 38.4 sono invariabilmente ἡ Φαβιανὴ καὶ ἡ ἴμφακτος.

Viepiù, né B. 2.3.173.1 = D. 50.17.173.1<sup>96</sup> né lo scolio 1 κἄν μὴ τοῦτο ῥητῶς<sup>97</sup> – materiali secondo me tardi, giacché il testo del Digesto, riferibile come abbiamo visto agli interdetti restitutori, viene ricondotto, con un periodare difficoltoso assai lontano dalla chiarezza degli *antecessores*, non più alla *lex*, ma alla manifestazione di volontà negoziale – prospettano alcuna connessione con D. 22.1.38.4, come ci saremmo attesi se davvero D. 50.17.173.1 fosse stata intesa a Bisanzio come la sua *lex gemina*: in sostanza, le fonti bizantine non correlano mai D. 22.1.38.4 a D. 50.17.173.1 e viceversa.

E dunque, come avevamo anticipato in apertura rinviando al prosieguito della nostra ricerca l'individuazione degli argomenti che dimostrano l'inattendibilità del riferimento alla *Pauliana* in D. 22.1.38.4, la denominazione dell'azione risultante dal testo ufficiale

<sup>93</sup> Scheltema, B IV, 1682, *lin.* 6, 8, e 10.

<sup>94</sup> Sch. 13 Κυρίλλου a B. 23.3.38 = D. 22.1.388: Κυρίλλου. Ἡ Φαβιανὴ καὶ ἡ ἴμφακτος, δι' ἧς ἀνασχίζεται τὰ κατὰ περιγραφὴν τῶν δανειστῶν ἐκποιηθέντα, καὶ τὸ οὐνδεβὶ ἰντέρδικτον καὶ ἡ μέτους καύσα καρποῦς ἀπαιτεῖ, κἄν ὁ ἄκτωρ μόραν ποιήσῃ (Scheltema, B IV, 1683). Traduco: «Di Cirillo. La *Fabiana* e l'azione *in factum* con la quale sono revocate le alienazioni in frode ai creditori nonché l'interdetto *unde vi* e l'azione *metus causa* consentono di domandare i frutti anche qualora l'attore versi in mora».

<sup>95</sup> Cfr. N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *'Historiae iuris Graeco-romani delineatio'*, cit., p. 47.

<sup>96</sup> B. 2.3.173.1 = D. 50.17.173.1: Τῷ τῆς ἀποκαταστάσεως ῥήματι καὶ καρποὶ περιέχονται, κἄν μὴ τοῦτο ῥητῶς ἐκφωρηθῇ (Scheltema, A I, 64, *lin.* 2-3). Traduco: «Nel termine *'restitutio'* rientrano anche i frutti, anche se ciò non è stato espressamente dichiarato».

<sup>97</sup> Sch. 1 κἄν μὴ τοῦτο ῥητῶς a B. 2.3.173.1 = D. 50.17.173.1: Ἀποκαθιστῶν ἄγρόν, εἰ καὶ περὶ τῶν καρπῶν μὴ εἶπη, ὅμως καὶ αὐτοὺς ἀποκαθίστησιν· εἰ μὴ ῥητῶς εἶπη, χωρὶς αἰρέσεως καρπῶν (Scheltema, B I, 21, *lin.* 12-13). Traduco: «Il soggetto che deve restituire un fondo deve comunque restituire i frutti quand'anche nulla abbia detto al riguardo: a meno che non l'abbia detto 'espressamente', non ha la possibilità di trattenerli». Lo scolio è adespotato per il *Manuale Basilicorum* (Hb. VI, p. 337).

del Digesto, alla luce dell'*index* di Stefano, doveva essere proprio '*in factum*', così da giustificare perché Paolo sentisse la necessità di esplicitarne la funzione, come del resto si ricava – lo abbiamo visto – anche da Diocl. et Max. C. 7.75.5, vale a dire la costituzione imperiale epiclassica che lo scolio 3 ἔξεσται a PTh. 4.6.6 pone appunto in connessione con la nostra azione.

In questo quadro, sul piano della critica testuale su D. 22.1.38.4 a mio avviso coglieva nel segno, sia pure solo nei suoi assunti di fondo, la soluzione prospettata da Collinet<sup>98</sup>, secondo il quale il tratto dell'*index* di Stefano conservato dallo scolio Ἐντεῦθεν – come indirettamente conferma anche il testo di B. 23.3.38 e la parafrasi di Cirillo – presuppone un testo ufficiale del Digesto cui era estranea la lezione '*Pauliana*', e che conservava verosimilmente il dettato genuino dell'*ad Plautium* paolino; per converso, aggiungerei, la citazione di Teofilo risultante dallo scolio 2 ἔξεσται a PTh. 4.6.6, trattandosi solo di una connessione esplicitata (secondo me a memoria) durante una lezione, non è idonea a dimostrare quale terminologia leggesse l'*antecessor* di Costantinopoli nelle copie ufficiali del Digesto che certamente poteva consultare, tanto più ove si consideri che, come abbiamo già rilevato, egli verosimilmente doveva avere in mente non tanto il testo confluito nel Digesto, ma quello dell'*ad Plautium* adoperato in sede didattica prima della *Omnem*, dove si doveva leggere non già *restituas*, ma appunto *restituam*.

Da questo punto di vista, in sostanza, non v'è alcun 'conflitto' tra l'informazione che ci proviene dallo scolio Ἐντεῦθεν a B. 22.1.38 e quella offertaci dallo scolio ἔξεσται a PTh. 4.6.6.

Una volta escluso, peraltro, che il deonomastico della concorde tradizione manoscritta occidentale sia frutto di un'alterazione giustiniana (così come pregiustiniana)<sup>99</sup>, mi pare difficile ipotizzare che

<sup>98</sup> P. COLLINET, *L'origine*, cit., p. 194 ss., seguito da X. D'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clasico*, Roma-Madrid, 1974, p. 47 ss., in particolare p. 54; E. ALBERTARIO, *A proposito della denominazione dell'actio Pauliana*, in *Studi di diritto romano*, III, *Obbligazioni*, Milano, 1936, p. 525 ss., evidenziava l'indipendente coincidenza del risultato di fondo cui perveniva Collinet con quanto sosteneva C.E. FERRINI, *Di una nuova teoria*, cit., p. 315 ss.

<sup>99</sup> Pensavano, per varie vie, ad un glossema pregiustiniano rientrato nel testo S. SOLAZZI, *La revoca*, I, cit., p. 85 ss.; G. IMPALLOMENI, *Studi*, cit., p. 1 s. e n. t. 1; H. ANKUM, *De Geschiedenis*, cit., p. 63.

la lezione 'Pauliana' in luogo di 'in factum' in D. 22.1.38.4 consegna ad un glossema contenuto nell'antigrafo da cui è derivata la *Florentina* – da cui a sua volta deriverebbe, quanto meno sul punto, la *Vulgata*<sup>100</sup> – in ipotesi occasionato dal fatto che il frammento glossato era proprio di Paolo<sup>101</sup>: semmai, è uno dei copisti cui dobbiamo la *Florentina*, difficilmente privo di competenze tecniche trattandosi di copiatura di un testo giuridico, ad aver proceduto ad una vera e propria correzione erronea<sup>102</sup>, che ha dato luogo alla sostituzione, secondo me per dettato interiore più che per deliberata scelta, dell'espressione 'in factum' che si trovava nel suo antigrafo – verosimilmente una delle copie ufficiali del Digesto messe a disposizione dalla cancelleria imperiale per trarne apografi ad uso privato<sup>103</sup> – con l'espressione 'Pauliana'.

In sostanza, il copista della *Florentina* cui si deve D. 22.1.38.4 legge 'in factum' nel suo autorevole antigrafo, ma nell'apografo a noi pervenuto scrive 'Pauliana', cioè la revocatoria 'di Paolo' per antonomasia, fors'anche condizionato dal fatto che leggeva il nome del

<sup>100</sup> Che la *Florentina* sia alla base della *Vulgata*, sia pure nell'alveo di una tradizione manoscritta le cui divergenze impongono di escluderne la derivazione diretta, è dato acquisito alla scienza: cfr. per tutti E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, I, *L'Alto Medio Evo*, Roma, 1995, p. 380 ss., con letteratura.

<sup>101</sup> P. COLLINET, *L'origine*, cit., p. 194.

<sup>102</sup> Quel che G. PASQUALI, *Storia della tradizione e critica del testo*<sup>2</sup>, Firenze, 1952 (rist.<sup>2</sup>: 1971), p. 481, a proposito dei cori di Eschilo vale anche per la redazione della *Florentina*: «dovunque il copista intendeva o s'immaginava d'intendere, egli mutava inconsciamente, seminconsciamente, consciamente». Su questi problemi, cfr. anche A. TRAINA, G. BERNARDI PERINI, *Propedeutica al latino universitario*<sup>6</sup>, a cura di C. Marangoni, Bologna, 1998, p. 309 ss.

<sup>103</sup> Che la *Florentina* provenga da Costantinopoli è già idea esposta da Theodor Mommsen nella *praefatio* all'*editio maior* del Digesto (a p. XXXIX s.), oggi ampiamente avvalorata dal noto contributo di E.A.L. LOWE, *Greek Symptons in a sixth Century Manuscripts of St. Augustine and in a Group of Latin Legal Manuscripts*, in *Paleographical Papers 1907-1965*, II, Oxford, 1972, p. 466 ss. (già in *Didascaliae. Studies in Honor of A.M. Albareda*, New York, 1961). Sul punto, cfr. M.C. VICARIO, *Il manoscritto Laurenziano delle 'Pandette': appunti per una ricognizione codicologica*, in *Iustiniani Augusti Codex Florentinus*, cit., p. 11 ss., in particolare p. 13 e 18 s.; cfr. ancora E. CORTESE, *Il diritto*, I, cit., p. 107 s. e nt. 21; per la sua storia testuale nei percorsi degli Umanisti, cfr. ancora ID., *Il diritto nella storia medievale*, II, *Il Basso Medio Evo*, Roma, 1995, p. 466 ss.

giurista severiano nell'*inscriptio*; più ampiamente, però, questa espressione doveva essergli del tutto familiare in quanto comunemente adoperata nell'insegnamento degli *antecessores* tanto a Costantinopoli, come dimostrano la parafrasi teofilina ed i suoi *scholia*, quanto a Berito, come ulteriormente dimostra – ce ne occuperemo adesso – lo scolio οὐ μόνος a B. 60.5.36, anch'esso proveniente, in base al *Manuale Basilicorum*<sup>104</sup>, dall'*index* di Stefano<sup>105</sup>.

In questa parafrasi – nella quale Stefano non qualifica l'azione né come *in rem* né, come riteneva Collinet, come *in personam*<sup>106</sup>,

<sup>104</sup> Hb. VI, p. 245.

<sup>105</sup> Sch. 1 Οὐ μόνος a B. 60.5.36 = D. 9.4.36: Οὐ μόνος ὁ ἀσφαλῶς δεσπότης τοῦ ἀμαρτήσαντος οἰκέτου ἐνάγεται ὑπὲρ αὐτοῦ τῆ νοξαλία, ἀλλὰ καὶ ὁ μέλλων ἀπολλύειν τὴν ἐπ' αὐτῷ δεσποτείαν καὶ ὁ σαθρῶς αὐτὸν κτησάμενος. Οἷον ἠνεχύρασέ τις τὸν ἴδιον δούλον καὶ ὑπέκλεψεν αὐτὸν παρὰ τοῦ δανειστοῦ καὶ πέπρακεν ἑτέρῳ. Οὗτος ὁ ἡγορακῶς, ἐπεὶ ὅλως δεσπότης αὐτοῦ γέγονεν, ἐνάγεται ὑπὲρ αὐτοῦ τῆ νοξαλία καίτοι μὴ ἀσφαλῶς τὴν ἐπ' αὐτῷ δεσποτείαν κτησάμενος· μέλλει γὰρ ὁ δανειστής κινεῖν κατ' αὐτοῦ τὴν Σερβιανὴν καὶ ἀφαιρεῖσθαι τὸν οἰκέτην ὡς ὑποκείμενον. Εἰ δὲ καὶ ἐλάττων τῶν κε'. ἐνιαυτῶν πωλήσει τὸν ἴδιον οἰκέτην ἡμαρτηκότα, ἐνάγεται ὁ ἀγοράσας αὐτὸν τῆ νοξαλία, εἰ καὶ μέλλει ὁ νέος ἀποκατάστασιν αἰτεῖν καὶ ἀνατρέπειν τὴν πρᾶσιν ὡς περιγραφεῖς. Εἰ δὲ καὶ ὁ χρεώστης INFRADEM CREDITÓRUM ἐπώλησε τὸν ἴδιον οἰκέτην ἡμαρτηκότα, ἐνάγεται ὁ ἀγοράσας αὐτὸν τῆ νοξαλία, εἰ καὶ μέλλει ἐνάγεσθαι περὶ αὐτοῦ τοῦ δούλου ὑπὸ τῶν δανειστῶν τῆ Παυλιανῆ ἀγωγῆ. Ἄπλως γὰρ οὐκ ἐμποδίζει τῆ νοξαλία τὸ μέλλειν ἀφαιρεῖσθαι παρὰ τινος τῆ δεσποτείαν τοῦ οἰκέτου, ἀλλ' ἐὰν ὅλως σήμερον δεσπότης ἐστίν, ἐνάγεται τῆ νοξαλία, εἰ καὶ μὴ διαμένει δεσπότης αὐτοῦ (Scheltema, B VIII, 3225 s.). Traduco: «Non solo colui che ha la proprietà stabile di un servo colpevole risponde per lui con l'azione nossale, ma anche colui il quale è destinato a perderla, nonché comunque chi ne abbia la disponibilità per un titolo instabile. Ad esempio, uno vincola il suo servo in pegno e poi lo ruba al creditore e lo vende ad un terzo. Il compratore, in quanto proprietario, è responsabile con l'azione nossale, pur non avendone ottenuto compiutamente la proprietà, giacché il creditore può citarlo con la *Serviana*, ed ottenere il servo in quanto vincolato. Ma anche se un minore di venticinque anni ha venduto il proprio servo colpevole il compratore risponde con l'azione nossale, nonostante il minore, una volta richiesta la *restitutio in integrum* come raggirato, possa caducare la vendita. Parimenti se il debitore ha venduto il suo servo colpevole in frode ai creditori il compratore risponde con l'azione nossale, quantunque i creditori possano agire per quel servo con l'azione *Pauliana*. In poche parole, non è ostativa all'azione nossale il fatto che la proprietà del servo possa essere pretesa vittoriosamente da un terzo: chi è oggi proprietario risponde con l'azione nossale, per quanto non possa rimanere tale».

<sup>106</sup> P. COLLINET, *L'origine*, cit., p. 199.

tanto più ove si consideri che anch'egli esaminava un caso in cui la *Pauliana* era diretta contro un atto ad effetti reali – dell'*antecessor* beritense, inerente a Ulp. D. 9.4.36, un frammento verosimilmente alquanto compresso dai commissari imperiali<sup>107</sup>, leggiamo che, se il debitore aliena il proprio servo autore di un *delictum*, l'avente causa può essere citato in giudizio con l'azione nossale, quantunque i creditori del dante causa (i creditori muniti di titolo esecutivo: per diritto classico il *curator bonorum*) possano comunque insorgere τῆ Παυλιανῆ ἀγωγῆ<sup>108</sup> a difesa dell'integrità della propria garanzia patrimoniale: se, dunque, davvero il testo ufficiale di D. 22.1.38.4 avesse contenuto l'espressione '*Pauliana*', al limite perché derivato dal testimone dell'*ad Plautium* adoperato per la compilazione, non si vedrebbe per quale singolare ragione Stefano, che evoca senza difficoltà proprio questa azione a proposito di un testo, D. 9.4.36, la cui compressione aveva sostanzialmente eliminato del tutto una più ampia discussione sulla possibilità di chiedere la *restitutio in integrum ob fraudem* in un caso particolare, non avrebbe dovuto menzionarla come tale anche nel tratto del suo *index* di D. 22.1.38, testimoniato dallo scolio Ἐντεῦθεν.

V'è poi un ulteriore dato che conferma questa lettura.

E difatti il nostro *antecessor*, nell'esaminare D. 22.1.38.4 nei termini conservatici dallo scolio Ἐντεῦθεν, segue fedelmente il *verbum legis* del Digesto e, proprio perché da un lato non vi leggeva l'espressione '*Pauliana*', dall'altro ben sapeva che Paolo discuteva di *actiones in personam*, neppure si sogna di mettere in discussione la voce verbale *restituas*, che noi abbiamo corretto nell'originario *restituam* in ipotesi noto a Teofilo direttamente dall'*ad Plautium*, sicché l'unica lettura possibile della norma imperiale consisteva nel riferire il passo non già alla *Pauliana* delle scuole bizantine, ma all'*interdictum fraudatorium*, cioè in ultima analisi ad un'*actio utilis ex causa in-*

<sup>107</sup> Ulp. 37 *ad ed.* D. 9.4.36: *Si quis servum pigneratum, deinde a debitore subreptum emerit a debitore, nomine eius furti tenebitur dominio servi adquisito, nec oberit, quod Serviana potest ei homo avocari. idemque et si a minore quis viginti quinque annis emerit vel in fraudem creditorum sciens: hi enim, quamvis auferri eis dominium possit, interim tamen conveniendi sunt.*

<sup>108</sup> Scheltema, B VIII, 3226, *lin.* 3.

*terdicti* che agevolmente era qualificabile come *actio in personam*<sup>109</sup>, tant'è vero che, per meglio chiarire il complessivo ragionamento, egli sente la necessità di prospettare un ben preciso parallelismo – lo stesso considerato da Cirillo, nonché dal *textus* di B. 23.3.38 – con l'*unde vi*, operato in ultima analisi saldando in un unico discorso i §§ 38.4 e 38.5 di D. 22.1, in conseguenza dell'*et ideo* che si legge, a sutura di natura emblematica, nell'*incipit* di quest'ultimo frammento.

Stefano, pertanto, collegava D. 22.1.38.4 non già all'azione rescissoria esperibile come 'incidente di esecuzione' dai creditori *alacriores* muniti di giudicato a fronte di alienazioni in loro danno, come innegabilmente faceva Teofilo<sup>110</sup> alla luce dello sch. 2 ἔξεσται a PTh. 4.6.6, ma ad un'*actio in factum* esito di un interdetto classico che, però, sempre a seguire Teofilo, era semmai la tutela spettante ai creditori tardivi (quando, cioè, la procedura esecutiva era già terminata) dopo Iust. C. 7.72.10.2.

Siamo di fronte, in sostanza, ad un'operazione di 'interpretazione letterale' da parte dell'*antecessor* beritense della norma imperiale contenuta in D. 22.1.38.4, nel cui 'dispositivo', però, il (ricordo del) rescindente classico evocato da Paolo pur sempre conviveva forzatamente, secondo me per un normale errore di copiatura, con la terminologia che connota gli interdetti restitutori: quantunque a Stefano di certo non sfuggisse l'anomalia che, in questa prospettiva, fi-

<sup>109</sup> È l'esito giustiniano – nella *cognitio* gli interdetti sono azioni *utiles*: I. 4.15.8 – della logica classica che comminava all'intimato *in iure* per l'emanazione di un interdetto le stesse sanzioni per l'*indefensio* applicabili alle *actiones in personam*, non senza rilevare altresì come *in personam* fosse l'*actio arbitraria* normalmente adoperata per il controllo di legittimità degli interdetti restitutori ed esibitori (cfr. per tutti M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 347).

<sup>110</sup> Il confronto tra lo scolio 2 ἔξεσται a PTh. 4.6.6 e lo scolio 1 Ἐντεῦθεν a B. 23.3.38 mostra come, su D. 22.1.38.4, l'*index* di Stefano non dipenda – come tendenzialmente può riconoscersi: K.E. ZACHARLÆ VON LINGENTHAL, *Aus und zu den Quellen des römischen Recht*, in ZSS, X, 1889, p. 270 ss., in particolare p. 274 – da quello di Teofilo, che in ipotesi avrebbe di certo letto l'*actio in factum* non già come *interdictum fraudatorium*, ma come *actio Pauliana*, non senza evidenziare come Stefano, non ricordato nella *Omnem*, scriva in un momento più avanzato dell'esperienza giustiniana (cfr. N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *Historiae iuris Graeco-romani delineatio*, cit., p. 41), mentre la lezione di Teofilo su I. 4.6.6 è sicuramente del 533/534, sicché l'*antecessor* prospettava uno dei primi 'risvolti sistematici' della riforma dell'azione esecutiva disposta con C. 7.72.10.

nisce per emergere nel passo, giacché, come abbiamo sottolineato, un *interdictum 'Fabianum'* parallelo al *fraudatorium* non esiste, è del tutto ovvio che l'*antecessor* leggesse il *restituas* del testo ufficiale del Digesto in connessione con D. 42.8.10pr., dove è riportata la promessa del *fraduatorium*, constatandone l'assenza in D. 42.8.1pr., dove egli però leggeva non già '*in integrum restituam*', ma il relativo risultato nella *cognitio*, e cioè quell'*actionem dabo* che per Teofilo era appunto la *Pauliana*.

In questo quadro, la contraddizione in cui sembra cadere Stefano quando identifica l'*actio in factum* di cui parlava il giurista classico non già con la *Pauliana* di Teofilo, cioè l'azione revocatoria 'principale' spettante ai creditori *alacriores* per ottenere la revocazione delle alienazioni in frode alla loro garanzia patrimoniale (D. 42.8.1pr.), come tale 'gemella' appunto della *Fabiana*, ma con l'*interdictum fraudatorium*, cioè la tutela (D. 42.8.10pr.) spettante ai creditori tardivi contemplati da Iust. C. 7.72.10.2, è solo apparente e si spiega secondo me tenendo conto che la sua lezione si colloca diversi anni dopo<sup>111</sup> quella svolta da Teofilo nel 533/534, quando verosimilmente i tre rimedi analiticamente distinti da quest'ultimo (che, lo ribadisco, secondo me citava a memoria D. 22.1.38.4 avendo in mente non tanto il Digesto, ma il libro VI dell'*ad Plautium* paolino della didattica antecedente alla *Omnem*) dovevano in un certo qual modo essersi tendenzialmente allineati in conseguenza del progressivo impatto di Iust. C. 7.40.3 sulla *cognitio*, che imponeva al giudice giustiniano di qualificare d'ufficio l'azione in termini sostanziali ed a prescindere dalla formalità dell'*editio*, nonché di considerare dedotti tutti i rimedi astrattamente previsti dalla legge per il raggiungimento della tutela piena ed effettiva invocata dall'attore.

In questo quadro, dunque, a me pare metodologicamente inaccettabile domandarsi se abbia colto nel segno Teofilo oppure Stefano.

Ad un siffatto interrogativo non v'è *a priori* una risposta sensata, dovendosi semmai storicizzare le due prospettive alla luce del fatto che Teofilo, che secondo me nella lezione su I. 4.6.6 citava a memoria D. 22.1.38.4 ricordando però, in base alla sua esperienza didat-

<sup>111</sup> Cfr. ancora N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, '*Historiae iuris Graeco-romani delineatio*', cit., p. 41.

tica, il testo originale dell'*ad Plautium*, era stato uno dei commissari imperiali, sicché nelle sue lezioni egli non è solo l'interprete, nei limiti in cui ciò sia ammissibile per epoca giustiniana, ma anche uno dei redattori del testo ufficiale del Digesto, laddove Stefano, che opera in un momento recenziore, ne è solo un autorevole interprete: ne consegue che, se Teofilo vede in D. 22.1.38.4 un richiamo non già all'*interdictum fraudatorium*, ma appunto alla *Pauliana*, per di più tenendo ben distinti, a livello 'sistematico', i vari rimedi offerti dal Digesto, è evidente che siamo di fronte ad una testimonianza tecnica 'de principe' più affidabile, per la nostra ricostruzione, di quella di un altro *antecessor* che non ha insegnato prima della *Omnem*, dalla quale non è ricordato, e che pur sempre lavora sulle norme imperiali senza essere mai stato coinvolto nella loro complessa stesura, e che dunque si sforza di tradurle in una fedele lettura che non ne contraddica in alcun modo il 'dispositivo'.

In quest'ordine di idee, riterrei pressoché sicuro sia che il ricorso all'espressione '*Pauliana*' per individuare l'azione 'revocatoria fallimentare' dei *prudentes* fosse ampiamente in uso nella didattica orientale ben prima dei fondamentali svolgimenti normativi che hanno condotto alla redazione del Codice, del Digesto e delle Istituzioni, sia che essa fosse estranea al complessivo dettato delle norme imperiali, compreso quello di D. 22.1.38.4, in quanto ignota alla terminologia classica, che la evocava *tout court* come un'azione rescisoria '*in factum*' in quanto da plasmarsi di volta in volta in ragione dell'atteggiarsi del caso concreto sia *sub specie* dell'atto di disposizione integratosi, sia della necessità di domandare la *restitutio in integrum* anche nella sfera di eventuali subacquirenti di mala fede.

Un'alternativa a questa interpretazione ci imporrebbe di congetturare – ma sarebbe davvero un'ipotesi 'ai confini della realtà' – che il testo ufficiale del Digesto di cui disponeva Teofilo a Costantinopoli fosse diverso, su D. 22.1.38.4, da quello a disposizione di Stefano a Berito: esclusa questa davvero remota possibilità, per me l'unica via filologicamente possibile è quella aperta da Collinet, non scalfita in alcun modo dai rilievi di Solazzi<sup>112</sup>, non senza sottolineare,

<sup>112</sup> Autorevolmente avallati da V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 146, nt. 1 (della pagina precedente), ma fondati in sostanza sul sospetto della tradizione testuale delle stesse fonti greco-latine: S. SOLAZZI, *La revoca*, I, cit., p. 85 ss.

conclusivamente, come la lezione di Teofilo, se per così dire 'deroga' al testo di I. 4.6.6, cioè l'oggetto principale della sua azione didattica, dove della *Pauliana* non v'è neppure l'ombra, *a fortiori* 'deroga' anche a quello di D. 22.1.38.4, nonché comunque di C. 7.75.5.

In ultima analisi, nel testo ufficiale dell'intero complesso delle norme imperiali l'espressione '*Pauliana*' non figurava mai.

Nondimeno, la forza della tradizione didattica precedente alla *Omnem* ne ha imposto, per così dire, una 'vita parallela': se, dunque, la lezione di Stefano su D. 22.1.38.4, svolta nella scuola di Berito per i *Papinianistae*, risultava perfettamente coerente con il testo ufficiale del Digesto, quella di Teofilo su I. 4.6.6, svolta diversi anni prima, e segnatamente nel 533/534, nella scuola di Costantinopoli per i suoi *dupondii* faceva uso di una terminologia consolidata più che altro per un'essenziale finalità didattica, che consentiva di accostare efficacemente l'azione *Pauliana*, in quanto azione *ficticia*, alla *Publiciana* ed alla rivendica *rescissa usucapione* dando contestualmente atto della connessione normativa del manuale imperiale, sullo sfondo di Iust. C. 7.72.10, con Paul. D. 22.1.38.4, Diocl. et Max. C. 7.75.5 e Iust. C. 8.21.1 risultanti dagli *scholia*.

Parlare a lezione di *actio Pauliana* non era percepito come andare '*contra legem*' proprio perché l'espressione era inesistente nelle norme imperiali, tanto che Stefano, come abbiamo visto, ne fa uso con riferimento a D. 9.4.36 per tratteggiare in modo esaustivo il significato della chiusa del frammento: più che altro, a me pare che la *Pauliana* sia evocata essenzialmente a proposito di testi che, nella loro potenziale cripticità, la ignorano – I. 4.6.6, D. 9.4.36, C. 7.75.5 ed a questo punto anche D. 22.1.38.4 se coglie nel segno la ricostruzione sinora proposta – proprio per renderne immediatamente percepibile il portato precettivo, nonché per tenerla ben distinta dall'*actio in factum* di D. 42.8.10pr., cioè la trasformazione in *actio utilis* dell'*interdictum fraudulentum* che il pretore poteva dare *causa cognita* anche *si scientia non sit*.

In questa chiave, essa è più che altro una risorsa didattica: uno strumento esplicativo di testi complessi, redatti ufficialmente nel prisma, anche terminologico, dell'*antiquitatis reverentia*.

La sua fortuna nel nostro consolidato linguaggio curiale ispirato alla tradizione culturale e pratica del *Corpus iuris* si deve, dunque, ad un'alterazione introdottasi nei manoscritti – la *littera Florentina*

come la *littera Bononiensis* – che avevano consegnato all’Italia ed all’Occidente il Digesto in una redazione diversa, per quanto concerne D. 22.1.38.4, da quella ufficiale di Costantinopoli.

6. Sorge a questo punto un ulteriore problema.

Se la denominazione *Pauliana* non evoca il ricordo di un pretore repubblicano chiamato *Paulus*, per quale arcana ragione le scuole orientali se ne avvalevano costantemente, finanche dopo che l’intero progetto normativo giustiniano si era compiuto senza mai ricorrere a questa espressione?

Con ogni probabilità – ed anche su questo aspetto mi pare ragionevole, sia pure solo nei suoi assunti di fondo, il risultato cui perveniva Collinet<sup>113</sup> – essa va collegata, nel linguaggio tecnico del VI secolo, proprio al nome del giurista severiano, come mostra *Omnem*, 1 e 5, dove si evoca l’importanza formativa dei ‘*Pauliana responsa*’, cioè i *responsa* del *prudentissimus Paulus*, all’interno della riforma dell’insegnamento.

Possiamo, però, muovere dalla linea tracciata da Collinet per suggerire un’ulteriore ipotesi.

Non escluderei affatto, cioè, che la denominazione ‘*Pauliana*’ – intesa come il deonomastico che la *Omnem* riconduceva a Paolo – si fosse affermata nella didattica orientale perché la *formula* dell’azione rescissoria che conseguiva alla *restitutio in integrum* per frode ai creditori doveva essere compiutamente esaminata nel *liber singularis* che il giurista severiano aveva dedicato alle *conceptiones formularum*, vale a dire il *de actionibus liber singularis*, noto con questo titolo<sup>114</sup> solo tramite l’*Index Florentinus* e verosimilmente coincidente con il *de conceptione formularum liber singularis*<sup>115</sup> da cui, però, i commissari imperiali hanno escerpito un solo frammento (a meno che non si

<sup>113</sup> P. COLLINET, *L’origine*, cit., p. 195 s.

<sup>114</sup> Che ovviamente nulla ha a che vedere con il *De actionibus* edito da F. STIZIA, *De actionibus*. *Edizione e commento*, Milano, 1973, opera formatasi per aggiunte successive dopo il 476 d.C. (*ivi*, p. 81 ss.) e destinata essenzialmente non già alle scuole, ma alla pratica (*ivi*, 123 ss.), da cui esula del tutto l’azione esecutiva.

<sup>115</sup> Cfr. per tutti G. COSSA, *Iulius Paulus. Libri singulares*, I, in *SiR*, XVII, Roma-Bristol, 2022, p. 41 ss.

ritenga riconducibile ad essa anche il *fragmentum de formula Fabiana* poc' anzi esaminato), conservato da D. 44.1.20.

Se la sinapsi coglie nel segno, l'azione revocatoria dei *prudentes* può aver assunto la denominazione di 'Pauliana' non già per epoca classica, ma appunto nella didattica postclassica orientale, e dunque a ricordo non già di un pretore repubblicano, ma di un autorevolissimo interprete dell'*edictum perpetuum*, cioè appunto Paolo, che doveva averne commentato la *conceptio verborum* in modo particolarmente efficace ed esaustivo non solo nei libri *ad edictum*, ma anche, e soprattutto, proprio nel *de conceptione formularum liber singularis*: sarebbe allora in questa logica del tutto peculiare che rileggerei – ma senza riporre eccessiva fiducia in un testo tanto problematico, come di recente si è rilevato<sup>116</sup> – una delle *veteres glossae verborum iuris quae passim in Basilicis reperiuntur* raccolte nel Cinquecento dall'umanista francese Charles Labbé, oggi consultabili nel *Thesaurus juris Romani* curato nel Settecento da Everard Otto<sup>117</sup>, e segnatamente quella contenente la spiegazione tecnica del lemma Ἰνρὲμ Παυλιανῆ<sup>118</sup> – che

<sup>116</sup> M. PEDONE, *Intorno ad alcune voci di lessicografia giuridica romea*, in *TSDP*, XIII, 2020, *passim*.

<sup>117</sup> E. OTTO, *Thesaurus juris Romani continens rariora meliorum interpretum opuscula, in quibus jus Romanum emendatur, explicatur, illustratur; itemque classicis aliisque auctoribus haud raro lumen accenditur*, III, editio secunda auctior et emendatior, Trajecti ad Rhenum, 1733, col. 1740 (reperibile *on line* alla fonte <https://books.google.it/>).

<sup>118</sup> Ne trascivo integralmente il testo: Ἰνρὲμ Παυλιανῆ διδομένη τοῖς δανεισταῖς ἐκποιεῖν τὰ ἐνέχυρα. Αὕτη ἐπενοήθη παρὰ Παύλου τοῦ νομικοῦ. δίδεται γὰρ κατὰ τῶν χρεωστῶν ἐκποιεῖν τὰ ἐνέχυρα εἰδότος τοῦ δανειστοῦ. οὐ δοκεῖ γὰρ ὁ δανειστής συναινεῖν ἐὰν μὴ εἰδότος αὐτοῦ πωλήσῃ ὁ χρεώστης τὸ ἐνέχυρον εἰ μὴ ὑπέγραψεν τὸ ὄνιακόν. δίδεται δὲ κατὰ τοῦ φραυδάτωρος ἤγουν τοῦ ὑποστερητοῦ. ἐντὸς δὲ ἐνιαυτοῦ ἀποκαθίστησι τὸ πρᾶγμα μετὰ τῶν οἰκείων τόκων καὶ καρπῶν, οὓς ἠδύνατο λαβεῖν ὁ φραυδάτωρ, ὁμολογουμένων τῶν ἀναγκαίων δαπανημάτων. μετὰ δὲ ἐνιαυτὸν εἰς τὸ περιελθὸν καταδικάζεται. καὶ κατὰ κληρονόμου δίδεται εἰς τὸ περιελθὸν ἢ εἰς εἴ τι ἐκέρδησαν. Per P. COLLINET, *L'origine*, cit., p. 201, «la glose est en un tel état d'incorrection qu'elle est intraduisible» (il che è vero, ma mi pare più che altro un indice sintomatico di inaffidabilità della fonte). Ci proviamo: «Azione *Pauliana in rem*: data ai creditori per alienare i pegni. Questa è stata così denominata da Paolo il giureconsulto. È data, infatti, contro i debitori per alienare i pegni con il consenso del creditore. Non s'intende, per l'appunto, prestare consenso il creditore ove il debitore alieni il pegno a sua insaputa,

per Collinet<sup>119</sup> altro non sarebbe se non uno scolio ai Basilici non considerato dagli Heimbach – dove si legge *διδομένη τοῖς δανεισταῖς ἐκποιεῖν τὰ ἐνέχυρα. Αὕτη ἐπενοήθη παρὰ Παύλου τοῦ νομικοῦ*.

Qualunque idea si abbia dell'attendibilità delle *veteres glossae Labbaei*, a me non pare irragionevole supporre, anche sulla scorta di questa testimonianza, che dal naufragio pressoché totale del *liber singularis* paolino sulle *conceptiones verborum* processuali, tenuto sì presente nei propositi originari dei commissari imperiali come dimostra l'*Index Florentinus*, ma poi sostanzialmente accantonato – di pari passo con la compressione di tutti i commenti *ad formulam* contenuti nei *libri ad edictum* ed espunti dal Digesto salvo che in Paul. D. 47.2.42pr. come esattamente evidenzia Mantovani<sup>120</sup> – in quanto la tecnica formulare che vi era discussa doveva essere percepita come ormai troppo lontana dalla *cognitio*, si sarebbe salvata, accanto a D. 44.1.20, soltanto un'“ombra terminologica” conservata dalle tracce giunte sino a noi delle lezioni di Teofilo e di Stefano.

I commissari imperiali, a questo punto, avrebbero trascritto nel terzo libro della *tripertita legum dispositio* un testo – sicuramente adoperato nella didattica antecedente alla *Omnem* e per questa via

---

se non abbia sottoscritto l'atto che comprova la vendita [B. 25.8.8]. È data poi contro il *fraudator*, cioè chi si sia spogliato del bene [B. 9.8.1]. Entro l'anno, restituisce il bene con i parti ed i frutti che il *fraudator* avrebbe potuto percepire, detratte le spese necessarie; dopo l'anno è condannato nei limiti di quanto pervenuto. Ed è data altresì contro l'erede nei limiti di quanto pervenuto o comunque dell'arricchimento [B. 9.8.10.24-25]». Letta in questi termini, la glossa mi pare una sorta di arrovellato e tecnicamente assai impreciso (la stessa idea per cui la *Pauliana* possa essere solo *in rem* è di per sé inesatta) ‘centone giuridico’ costruito con materiali tratti in modo scoordinato e difficilmente consapevole da PTh. 4.6.6 e da alcuni testi del titolo B. 9.8 = D. 42.8 (fra l'altro ὑποστερητής, alla lettera il «deprivato», se è corretta la lezione non disponendosi di apparato critico, mi pare lemma ignoto tanto a LSJ quanto a J. SIGNES CODONER, J.D. RODRÍGUEZ MARTÍN, F.J. ANDRÉS SANTOS, *Diccionario jurídico bizantino griego-español*, Granada, 2019, sicché traduco muovendo dalla voce verbale στερέω): se essa fosse affidabile, concorrerebbe a dimostrare la congettura esposta in testo.

<sup>119</sup> P. COLLINET, *L'origine*, cit., p. 198 ss., in particolare p. 201 s.; dubitava di questa testimonianza O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., p. 440, nt. 2; con riferimento ad altro lemma, vi ripone un certo affidamento F. SITZIA, *De actionibus*, cit., p. 107.

<sup>120</sup> D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 22 e nt. 20.

ben noto agli *antecessores* coinvolti nel progetto – che conservava il dettato classico, alterato per correzione erronea dal copista cui dobbiamo D. 22.1.38.4 nella *Florentina*: se ciò è vero, Teofilo e Stefano registrerebbero l'eco di un modo di esprimersi per loro in fin dei conti ap problematico sul piano del rispetto del *verbum legis* in quanto da tempo consolidato nella didattica orientale, ma tendenzialmente recessivo – le attestazioni sono innegabilmente pochissime – nella 'Geistesart' bizantina successiva al 533/534 vuoi perché in fin dei conti estraneo al testo ufficiale delle norme imperiali, vuoi perché tale rimedio non poteva più essere, se non per i nostalgici della didattica antecedente alla *Omnem*, la revocatoria 'di Paolo' per antonomasia – come tale distinta dalla *Fabiana*, cioè la revocatoria dell'*edictum Fabianum* – una volta che il suo *liber singularis*, pur programmaticamente tenuto presente dai commissari imperiali in quanto opera sicuramente centrale nell'esperienza orientale pregiustiniana, era stato accantonato finanche per l'appunto ai fini della compilazione del titolo D. 42.8 *quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur*.

E veniamo così – mi si perdonerà la temeraria iniziativa – alla 'congettura delle congetture'.

In questo quadro, in cui l'alterazione di D. 22.1.38.4 non sembra dovuta neppure ai commissari imperiali, ma alla correzione erronea di un copista della *Florentina*, non escluderei neppure che la testimonianza di PTh. 4.6.6 in ordine alla *conceptio verborum* formulare dell'azione offerta al *curator bonorum*, con specifico riferimento alla costruzione della  *fictio* esposta ai *dupondii* per il caso ritenuto utile a fini didattici, cioè una  *traditio* traslativa in frode ai creditori, attingesse a piene mani proprio all'ormai perduto  *liber singularis* di Paolo che Teofilo, anche per via dell'insegnamento tenuto anni prima delle grandi compilazioni, doveva conoscere alla perfezione.

7. Qualunque idea si abbia in merito alle congetture sinora suggerite, i risultati cui siamo pervenuti ci inducono comunque a dubitare di una soluzione comunemente accolta<sup>121</sup>, e cioè l'idea secondo la quale l' *actio Pauliana* sarebbe il risultato di un sincretismo, avve-

<sup>121</sup> Per tutti M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 659.

nuto al più tardi nel VI secolo, tra la *restitutio in integrum ob fraudem* del diritto classico – cioè il decreto del pretore funzionale a concedere al *curator bonorum* la conseguente *actio in factum* rescissoria, costruita come *arbitraria e ficticia*, che si deve leggere nel sostrato classico di Paul. D. 22.1.38.4 – e l'*interdictum fraudatorium*, vale a dire l'interdetto restitutorio offerto ai singoli creditori ancora insoddisfatti dopo la *venditio*: la prima, nella *cognitio* giustiniana, rappresenterebbe un *iudicium rescindens* da correlarsi al secondo inteso come *iudicium rescissorium*, esattamente, per intenderci, come la *querela inofficiosi testamenti* costituisce, in quel medesimo contesto, un rescindente correlato alla *petitio hereditatis*.

Questa 'fusione' è prospettata da Lenel come una sorta di 'postulato'<sup>122</sup>, che tuttavia non appare coerente con i dati che emergono dalle fonti bizantine: ritengo che si possa suggerire una ricostruzione alternativa.

I due editti, conservati con significative alterazioni rispetto al dettato classico rispettivamente in D. 42.8.1pr. = B. 9.8.1 ed in D. 42.8.10pr. = B. 9.8.10pr., disciplinavano semmai, tanto per diritto classico quanto per diritto giustiniano, due fattispecie differenti: nel contesto classico del processo formulare, il primo regolava la tutela offerta al *curator bonorum* in funzione della ricostituzione dell'asse patrimoniale da mettere all'asta, mentre il secondo consentiva ai singoli creditori rimasti totalmente o parzialmente insoddisfatti dopo la *bonorum venditio*<sup>123</sup> di ottenere la *restitutio* di ulteriori eventuali beni distratti dal debitore; nel contesto bizantino della *cognitio*, che deve tener conto delle riforme giustiniane del 531-532 incidenti sulla procedura esecutiva, il primo riguardava l'incidente di esecuzione esperibile dai creditori muniti di un giudicato favorevole immessi a tale titolo dal giudice nel possesso dei beni del debitore, mentre il secondo assicurava analoga tutela ai creditori che potevano soltanto intervenire giacché privi di titolo esecutivo, nonché, dopo la chiusura della procedura esecutiva, a quelli tardivi.

<sup>122</sup> O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., p. 440.

<sup>123</sup> O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., p. 496; ad una posizione estrema perveniva invece X. D'ORS, *El interdicto*, cit., 47 ss., che negava la classicità della *restitutio in integrum ob fraudem* e la conseguente *actio in factum*.

Occorre dunque adesso procedere all'esame di quanto ci resta dei *verba edicti*.

Con riferimento all'editto sulla *restitutio in integrum ob fraudem*, concessa al *curator bonorum*, viene in rilievo la testimonianza, già più volte ricordata, di

Ulp. 66 *ad ed. D.* 42.8.1pr.: *Ait praetor: 'quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curator bonorum [vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit,] intra annum, quo experiundi potestas fuerit, [actionem dabo] <in integrum restituum>'. [idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo']*.

Il *verba edicti* sono fortemente rimaneggiati come esattamente evidenzia Lenel<sup>124</sup>; né la ricostruzione che ho tentato qui di proporre, più che altro per avere un'idea sufficientemente chiara della promessa edittale, supera l'innegabile *inconcinnitas* complessiva delle loro 'rovine testuali'.

La soluzione proposta da Lenel, nondimeno, non è pienamente persuasiva.

Se, infatti, coglie a mio avviso nel segno l'idea secondo la quale l'editto avrebbe contenuto di necessità solo la promessa della *restitutio in integrum*<sup>125</sup>, non anche l'(inutile) esplicita promessa di un *iudicium* rescissorio – da plasmarsi di volta in volta in ragione delle peculiarità del caso – qualora la controversia con l'avente causa dal *fraudator* non fosse definita (come doveva spesso accadere) direttamente *in iure*, essa è comunque da rapportarsi, anche alla luce della connessione indicatoci dallo scolio 2 ἔξεστι a PTh. 4.6.6, a quel *restituam* che, intervenendo sul testo, abbiamo intravisto nel dettato classico di Paul. D. 22.1.38.4, il cui complessivo ragionamento non ha nulla a che vedere, per chi valorizzi gli *scholia* alla parafrasi teofilina, con l'editto sull'*interdictum fraudatorium*<sup>126</sup>.

<sup>124</sup> O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., p. 436.

<sup>125</sup> O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., p. 436; per «*in integrum restituam*», che restituisco aderendo a quanto suggeriva – in armonia, sul punto, con la tesi di Lenel – G. IMPALLOMENEI, *Studi*, cit., p. 31 ss., cfr. Ulp. 12 *ad ed. D.* 4.6.1.1; Ulp. 12 *ad ed. D.* 4.6.26.9.

<sup>126</sup> O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., p. 499 e nt. 1.

Con questa (non secondaria) precisazione, è invece certamente plausibile che, come riteneva Lenel, il nostro editto contenesse – lo dicevamo poc'anzi – solo la promessa di una *restitutio*, non accompagnata, cioè, da quella di un *iudicium*, da ritenersi semplicemente l'ovvia conseguenza del decreto rescindente<sup>127</sup>, prodromico alla concessione, ove necessaria, di una *formula ficticia* rescissoria contenente la clausola connotata come di consueto dal periodo ipotetico dell'irrealtà e testimoniata dalla lezione teofilina, per la quale l'*antecessor*, come abbiamo ipotizzato, avrebbe forse attinto ad una copia di quel *de conceptione formularum liber singularis* di Paolo programmaticamente destinato anch'esso alla compilazione del Digesto e poi sostanzialmente accantonato salvo la testimonianza di D. 44.1.20.

L'indeterminatezza in senso soggettivo della formulazione della promessa editale, che non esplicita chi sia il dante causa abbracciando in senso ampio *quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit*, consentiva al *curator bonorum*, come già abbiamo ricordato, di esperire le azioni rescissorie conseguenti alla *restitutio in integrum ob fraudem* con qualsiasi soggetto – non solo, dunque, il primo avente causa, ma anche i subacquirenti – cui sia riferibile il *fraudationis causa negotia gerere*, purché versasse nel *consilium fraudis* che, con ogni probabilità, non doveva essere dimostrato – lo abbiamo visto in Diocl. et Max. D. 7.75.5 – qualora l'atto di disposizione fosse a titolo gratuito, secondo me perché in tal caso il difetto funzionale di scambio doveva essere inteso come insormontabile indice sintomatico di frode.

Deve poi ritenersi sicuramente emblematica sia la riconduzione della legittimazione attiva non più al *curator bonorum*, che nel VI secolo era al più un componente della *τάξις* del giudice e solo per questo rimasto nel testo, ma ai creditori muniti di un giudicato ad essi favorevole, sia l'equiparazione dell'avente causa *qui fraudem non ignoraverit* a '*ipse qui fraudem fecit*', che secondo me è il frutto di un'integrazione voluta dai commissari imperiali – escluderei un'alterazione pregiustiniana, meno che mai se ipotizzata come un glossema rientrato nel testo – che hanno svolto idealmente, operando

<sup>127</sup> «Alle conseguenti azioni rescissorie» – scrive esattamente M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 659 – «sono soggetti sia l'acquirente dal *fraudator*, che gli acquirenti successivi, purché di mala fede».

*vice sacra*, l'ufficio di pretore inserendo una frase assente nel tenore originale dei *verba edicti*<sup>128</sup>, funzionale a chiamare direttamente in causa un soggetto divenuto pur sempre *infamis* in esito *ex lege* alla procedura esecutiva avviata *ab iudiciali sententia* dagli *alacriores*, il quale non solo non ha proceduto alla *cessio bonorum*<sup>129</sup>, ma ha per di più occultato beni sottraendoli con la complicità del proprio avente causa alla garanzia patrimoniale di creditori privi di garanzie reali.

L'interpolazione, in sostanza, era funzionale acquisire al quadro processuale anche la 'malvagità intenzionale' del *fraudator* nella più ampia logica soggettivistica che connota l'idea giustiniana del dolo<sup>130</sup>.

La trasformazione, poi, della promessa di *restitutio in integrum* in un singolare '*actionem dabo*', di certo ignoto al linguaggio edittale, è semplicemente il frutto sin troppo scontato di un adattamento testuale che si spiega perfettamente tenendo conto del fatto che nella *cognitio* del VI secolo la *restitutio in integrum* è, come sappiamo, di necessità assorbita all'interno di un'*actio* veicolata dalla (reciproca) notificazione dei *libelli*, così da porsi semplicemente come antecedente logico – è appunto il *iudicium rescindens* della tradizione romanistica – della statuizione finale attinente al rescissorio: '*actionem dabo*', dunque, è la *Pauliana* di Teofilo, vale a dire l'incidente di esecuzione nelle forme della *cognitio* davanti al giudice 'dell'esecuzione' giustiniano, che riassume in sé, come già abbiamo notato, la fun-

<sup>128</sup> Mi discosto qui dalle varie tesi, riassunte da G. IMPALLOMENI, *Studi*, cit., p. 40 ss., e dallo stesso Impallomeni (*ivi*, p. 43 ss.), che tendono per varie vie a riferire gli effetti della *restitutio in integrum* alla sfera del *fraudator*.

<sup>129</sup> Se, infatti, il debitore evita l'*infamia* (Iust. C. 7.71.8pr.: cfr. G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 794) solo con la *cessio bonorum*, a fortiori deve rispondere direttamente per le alienazioni in frode ai creditori: siamo alle origini dell'idea che condurrà al litisconsorzio necessario tra creditore, debitore ed avente causa ex artt. 2901 cod.civ. e 102 cod. proc. civ.

<sup>130</sup> Cfr. G. ROTONDI, '*Dolus ex delicto*' e '*dolus ex contractu*', in *Scritti giuridici*, II, a cura di E. Albertario, Milano, 1922, p. 371 ss.; E. ALBERTARIO, *Le fonti delle 'obligationes' e la genesi dell'art. 1097 del codice civile*, in *Studi di diritto romano*, III, Milano, 1936, p. 83 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compilazione giustiniana e i suoi commentatori bizantini (da Ferrini a noi)*, in *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli, 1977, p. 12 ss.; G. FALCONE, *Il metodo*, cit., p. 342 s. e nt. 302.

zione del pretore quando ‘annulla’ l’atto di disposizione, e quella del giudice formulare quando provvede sul rescissorio.

Passiamo così all’editto sull’*interdictum fraudatorium* – restitutorio e di carattere penale<sup>131</sup> – dato entro l’anno dalla *bonorum venditio*<sup>132</sup> al singolo creditore insoddisfatto dopo la chiusura della procedura esecutiva.

Al riguardo, occorre esaminare

Ulp. 73 *ad ed.* D. 42.8.10pr.: *Ait praetor: ‘quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de [ea re] agitur, fecit: ea illis, [si] <quos> eo nomine, quo de agitur, [actio ei] ex edicto meo [competere] <in possessionem ire> esse oportet, [ei,] si non plus quam annus est, cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est, restituas. interdum causa cognita et si scientia non sit, [in factum actionem permittam] <interdicam’>.*

Con riferimento a questo frammento, pur concordando in linea di principio con le correzioni suggerite da Lenel<sup>133</sup>, nonché da Impallomeni specie per la chiusa<sup>134</sup>, dissento parzialmente – lo si è più volte ribadito – dalla ricostruzione del primo per quanto concerne la possibilità di rapportare il *restituas* che connota l’ordine del pretore al testo di Paul. D. 22.1.38.4, come del resto faceva anche Stefano, ma diversi anni dopo il magistero di Teofilo, nello scolio 1 Έντεῦθεν a B. 23.3.38 = D. 22.1.38 pur di non ‘tradire’ il *verbum legis* imperiale, ove si consideri che in D. 42.8.10pr. le due espressioni *restituas* (classica) e *in factum actionem permittam* (interpolata) rappresentano nel VI secolo il ‘dispositivo’ della norma imperiale che giustifica l’alternativa esposta nella seconda parte dello scolio 2 ἔξε-

<sup>131</sup> M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 659.

<sup>132</sup> H. ANKUM, *Interdictum fraudatorium*, cit., p. 784.

<sup>133</sup> O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., p. 495 ss.; lo segue D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 89; sostanzialmente nella medesima prospettiva anche X. D’ORS, *El interdicto*, cit., p. 68 ss. e 105 ss., per il quale l’unico rimedio classico sarebbe stato appunto l’*interdictum fraudatorium*.

<sup>134</sup> G. IMPALLOMENI, *Studi*, cit., p. 63 ss.: per ‘*interdicam*’ come *verbum editale*, cfr. Ulp. D. 43.14.1; Ulp. D. 43.20.1.29; Ulp. D. 43.20.1.37; Ulp. D. 43.22.1; Ulp. D. 43.23.1.15.

στὴν a PTh. 4.6.6, proveniente dalla lezione di uno dei Compilatori all'indomani della pubblicazione del Digesto: ne consegue non solo che la *Pauliana* di Teofilo – cioè l'*actio in factum* revocatoria che i classici davano al *curator bonorum* – non coincide affatto con l'*actio arbitraria* classica offerta per il controllo di legittimità dell'*interdictum*<sup>135</sup>, ma altresì che il ragionamento di Venuleio<sup>136</sup> contenuto in D. 42.8.25.4 di sicuro non dimostra che la clausola restitutoria ivi contenuta fosse *concepta* in modo da essere espressamente estesa ai frutti<sup>137</sup>, trattandosi semmai dell'esito dell'*interpretatio* alle consuete parole '*nisi ea res arbitrio iudicis restituetur*' che connotano la *conceptio verborum* di qualsiasi *actio arbitraria* intesa come *modestior via* per l'accertamento di conformità all'editto di un qualsiasi interdetto restitutorio.

Il passo di Venuleio, semmai, mostra come l'*interpretatio* classica ai *verba edicti* ed alle conseguenti *formulae* fosse funzionale ad allineare il risultato sostantivo – inteso, ovviamente, *sub specie* della *litis aestimatio* che si riversava nella *condemnatio* pecuniaria – dell'azione offerta al *curator bonorum*, cui si riferiscono Paul. D. 22.1.38.4 e Diocl. et Max. C. 7.75.5 citati da Teofilo, alla tutela interdittale, vista nel suo complessivo svolgimento e dunque anche nella prospettiva dell'*actio arbitraria*, a disposizione dei singoli creditori rimasti insoddisfatti dopo la *bonorum venditio*: la loro tutela, in ultima analisi, passava (solo) per l'*interdictum fraudatorium*, in via diretta come in via utile, la cui *conceptio verborum* risulta polarizzata direttamente al rescissorio, con una sorta di giudizio di 'prognosi postuma' rispetto all'*in possessionem ire esse oportet*, proprio perché la procedura esecutiva si era già conclusa con la *bonorum venditio*, così da privare di efficacia l'eventuale *restitutio in integrum ob fraudem* già concessa al *curator* stesso.

<sup>135</sup> O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., p. 498 s.

<sup>136</sup> Ven. 7 *interd.* D. 42.8.25.4: *Non solum autem ipsam rem alienatam restitui oportet, sed et fructus, qui alienationis tempore terrae cohaerent, quia in bonis fraudatoris fuerunt, item eos, qui post inchoatum iudicium recepti sint: medio autem tempore perceptos in restitutionem non venire. item partum ancillae per fraudem alienatae medio tempore editum in restitutionem non venire, quia in bonis non fuerit.*

<sup>137</sup> O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., p. 499.

In altre parole, il pretore emana l'interdetto in favore del creditore tardivo rispetto alla *bonorum venditio*, o comunque rimasto anche parzialmente insoddisfatto, se gli dimostra che, ove avesse tempestivamente coltivato le proprie ragioni nella procedura esecutiva ormai chiusa, sarebbe stato a suo tempo cointeressato alla *missio* insieme con gli altri creditori già pagati in percentuale dal *bonorum emptor*.

E dunque, parafrasando lo scolio 2 ἔξεσσι a PTh. 4.6.6, che – come dicevamo – raccoglie con ogni probabilità un chiarimento reso da Teofilo durante la lezione, nella logica della *cognitio* i creditori diversi dagli *alacriores*, cioè i meno diligenti rispetto al processo esecutivo, legittimati alla sola 'Nebenintervention' di Iust. C. 7.72.10.1, possono richiamare all'attivo le *res corporales* distratte dal *fraudator*, nei termini previsti appunto da D. 42.8.10pr., con l'azione *in factum* (creata da un'alterazione dei commissari imperiali), oppure, ove abbiano trascurato del tutto le proprie azioni, e dunque ove risultino tardivi come previsto da quella stessa costituzione al § 10.2 perché la procedura esecutiva è già chiusa, con l'*interdictum fraudatorium* (cioè il rimedio classico), inteso ovviamente come *actio utilis ex causa interdicti*.

In quest'ordine di idee, per diritto classico la promessa editale offriva ai creditori insoddisfatti dopo la *bonorum venditio* l'*interdictum fraudatorium*, che poteva essere altresì concesso, *causa cognita*, anche a prescindere dal *consilium fraudis* dell'avente causa<sup>138</sup>, e dunque in via *utilis*: i commissari imperiali modificano la chiusa del frammento che conserva i *verba edicti* e trasformano questa particolare applicazione dell'*interdictum fraudatorium* in un'*actio in factum* – come tale presentata in B. 9.8.10pr. = D. 42.8.10pr.<sup>139</sup> – che rappresentava, come risulta appunto bene dallo scolio 2 ἔξεσσι a PTh.

<sup>138</sup> D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 89 e nt. 435.

<sup>139</sup> B. 9.8.10pr. = D. 42.8.10pr.: Λέγει ὁ πραιτωρ· ὅσα τις διὰ βλάβην δανειστῶν εἰδότος σου μετὰ σοῦ ἔπραξεν, εἰ μὴ παρήλθεν ἐνιαυτὸς οὐτίλως, ἀποκατάστησον. Ἐσθ' ὅτε δέ, κἂν μὴ ἔγνωσ, ὑπόκεισαι ἰμφάκτουμ ἀγωγῆ (Scheltema, A II, 510, *lin.* 21-23). Traduco: «Dice il pretore: reintegra quanto sia fatto in danno dei creditori con il tuo concorso, salvo il decorso l'anno utile. A seconda del caso, sarai citato con un'azione *in factum* anche se non ne eri a conoscenza».

4.6.6, una via parimenti 'speciale' della giustizia, cioè quella tracciata da Iust. C. 7.72.10.1, in quanto percorribile, a differenza degli *alacriores* che agivano con la *Pauliana* per aver iniziato l'azione esecutiva *ab iudiciali sententia*, da creditori non muniti di un giudicato, ma pur sempre in pendenza della procedura esecutiva.

In sostanza, anche qui i commissari imperiali hanno svolto idealmente, operando *vice sacra*, l'antico ufficio del pretore, modificando l'editto con l'introduzione di un '*in factum actionem permitam*' che, nella loro visione (certamente ancora processuale) dell'ordinamento, era appunto un'*actio in factum ex causa interdicti*, sostitutiva dell'*interdictum* classico dato in via utile, per il quale il pretore, con ogni probabilità, diceva solamente '*interdicam*': se ciò è vero, in questa *actio in factum*, rimedio dato ai creditori intervenuti *in executivis* che si affianca alla *Pauliana* esperibile *bonis possessis* dagli *alacriores* cui si deve l'iniziativa, il giudice giustiniano, cui era devoluta in ultima analisi la *causae cognitio* che il diritto classico riservava al pretore, poteva prescindere dal *consilium fraudis* nell'ambito di una parentesi processuale in cui pur sempre doveva accertare l'intero quadro fattuale, a partire dalle ragioni di credito (vantate non *ab iudiciali sententia*) e sino al pregiudizio ad esse (se sussistenti) cagionato da atti di disposizione del debitore.

In questo quadro, l'*interdictum fraudatorium* diretto conserva ancora, con tutta evidenza, una funzione non eccessivamente distante da quella originaria: come, infatti, per diritto classico questo era dato ai creditori insoddisfatti dopo la *bonorum venditio*, ora è dato ai creditori tardivi di Iust. C. 7.72.10.2, quelli che, a seguire la lezione di Teofilo, hanno trascurato le proprie azioni, tra le quali finanche per l'appunto l'*actio in factum*, cioè il rimedio revocatorio dato ai creditori intervenuti nel processo esecutivo perché non muniti di giudicato, esito alterato dell'antico interdetto concesso *causa cognita* dal pretore.

Come già abbiamo evidenziato, è verosimile che il progressivo impatto di Iust. C. 7.40.3 sul processo giustiniano abbia in prosieguo di tempo tendenzialmente allineato le tre vie della giustizia revocatoria, anche se non certo nel senso che l'azione *Pauliana* possa considerarsi la fusione tra la *restitutio in integrum ob fraudem* e l'*interdictum fraudatorium*: si tratta di un esito assolutamente incompatibile con le fonti bizantine.

8. È ragionevolmente sicuro che la *Pauliana* – così qualificata, in base alle fonti a nostra disposizione, solo dalle lezioni di Stefano e Teofilo una volta corretto D. 22.1.38.4 – è, all'indomani delle grandi compilazioni giustiniane, l'azione *ficticia* che per diritto classico il pretore offriva, previa *restitutio in integrum*, al *curator bonorum* con la promessa edittale che affiora in D. 42.8.1pr., e che ad essa soltanto si riferisce, come si ricava agevolmente dallo scolio 2 ἔξεσται a PTh. 4.6.6, la testimonianza di Paul. D. 22.1.38.4 inerente all'azione *per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur*, cioè l'azione rescissoria *in factum* che consegue alla *restitutio in integrum ob fraudem* con la quale il pretore esercita la giurisdizione *ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset*.

Per converso, l'*interdictum fraudatorium*, che il pretore accordava dopo la *bonorum venditio*, e che dava *causa cognita* in via utile '*et si scientia non sit*' come si coglie tutto sommato agevolmente dal sostrato classico che si legge in D. 42.8.10pr., determina la genesi di una duplice via della giustizia, da intendersi nella forma dell'*actio utilis ex causa interdicti*: e difatti, un primo esito, che muove dall'interdetto utile e che Teofilo chiama '*actio in factum*' in ossequio al *verbum legis*, connota la posizione dei creditori intervenuti senza titolo esecutivo nella procedura esecutiva come consentito da Iust. C. 7.72.10.1 dopo che i più diligenti – cioè quelli muniti del titolo giudiziale, gli *alacriores* – abbiano chiesto ed ottenuto l'immissione nel possesso equivalente all'antica *missio* pretoria; un secondo esito, che muove dall'interdetto diretto, è offerto ai creditori tardivi.

In sostanza, l'azione *Pauliana* – per chiamarla con il nome che le davano gli *antecessores* nelle loro lezioni – risulta nel 533/534 un incidente di esecuzione, sia concorsuale su tutti i beni del debitore, sia particolare per *pignus praetorium*, mentre l'*interdictum fraudatorium* esito del rimedio diretto classico risulta offerto dopo la chiusura della procedura esecutiva: da questo punto di vista, la distanza delle soluzioni giustiniane dal diritto classico non è enorme, in disparte la constatazione che i rimedi, dai due originari, divengono formalmente tre nel 533/534 per via del nuovo ruolo assunto dall'*actio in factum*, risultante da una manipolazione di D. 42.8.10pr. funzionale a creare una via della giustizia 'intermedia', che poteva essere percorsa dai creditori solamente intervenuti nella procedura esecutiva non disponendo di una sentenza per mobilitarla autonomamente.

Se ciò è vero, è evidente che i due poli classici della tutela avverso gli atti in frode ai creditori non si sono mai ‘fusi’ nell’*actio Pauliana*: altro, infatti, è il tendenziale allineamento conseguente a C. 7.40.3, incidente sulla qualificazione ad iniziativa del giudice dei rimedi dedotti; altro è la loro fusione, che le fonti smentiscono.

Essi, dunque, erano e sono rimasti rimedi funzionalmente distinti, ed anzi si può dire che le funzioni della *restitutio in integrum ob fraudem* (e delle conseguenti azioni rescissorie) da un lato, e dell’*interdictum fraudatorium* dall’altro, si presentano come ‘storicamente parallele’ nella *cognitio* del VI secolo: in altre parole, nell’esperienza più avanzata del VI secolo l’*actio Pauliana* della tradizione didattica orientale, ancorché mai così denominata nelle norme imperiali, deriva dall’azione rescissoria classica conseguente a *restitutio in integrum*, data ai creditori *alacriores* che agiscono *bonis possessis* sulla base di un titolo giudiziale, tanto contro l’avente causa, quanto – per innovazione giustiniana che spiega la terminologia di B. 9.8.1 – contro il *fraudator*; ad essa è complementare l’*actio utilis ex causa interdicti*, distinta da Teofilo tra l’*actio in factum* data ai creditori intervenuti nella procedura esecutiva ancora pendente, e l’*interdictum fraudatorium* dato, dopo la chiusura di essa, ai creditori tardivi.

Il presupposto della *Pauliana* era la *missio in possessionem*, disposta *ab iudiciali sententia* nell’ambito tanto di una procedura esecutiva concorsuale su tutti i beni del debitore, quanto di una procedura particolare su specifici beni vincolati dal giudice per *pignus praetorium*.

È evidente come questo articolato meccanismo di reazione agli atti di disposizione del *fraudator*, calibrato in ragione del grado di certezza del credito e della necessità di valutare ogni circostanza utile a decifrare l’elemento soggettivo, anche alla luce della partecipazione necessaria al processo del dante causa, non sia in alcun modo rapportabile ad una sorta di ‘fusione’ fra un *iudicium rescindens* ed un *iudicium rescissorium*.

Qualche notazione, per concludere, sugli svolgimenti storici dell’editto.

Mi pare ragionevole ipotizzare che il pretore abbia creato la ‘revocatoria fallimentare’ ad immediato corollario – anche sul piano cronologico, sicché dobbiamo pensare ad un pretore repubblicano

in carica dopo il 118 – del sistema approntato da Publio Rutilio Rufo, e poi l'abbia estesa in via utile, ad un dipresso, agli atti di disposizione del liberto in frode al patrono: la peculiarità di questa tutela, vale a dire l'*actio Fabiana*, che va forse ricercata nel suo 'dialogo' con delicati interessi configurati essenzialmente dal *ius personarum*, aveva consentito di ricondurla, a differenza dell'editto preso a modello, cioè quello che prometteva la *restitutio in integrum ob fraudem*, ad uno specifico pretore.

In questi editti (quello della *restitutio in integrum ob fraudem* e quello della *Fabiana*), alla promessa di *restitutio in integrum* doveva conseguire, qualora la controversia non fosse definita direttamente *in iure*, la concessione di una *formula* rescissoria da ritenersi *arbitraria* e *ficticia*, e da plasmarsi sul caso concreto: a questo punto il *restituas* che in Paul. D. 22.1.38.4 abbiamo corretto in *restituam* si spiega, sul piano della genesi dell'alterazione testuale, per interferenza 'linguistica' con l'editto che prometteva l'*interdictum fraudatorium*, alla cui emanazione normalmente seguiva, a domanda dell'intimato, la predisposizione della *formula* arbitraria funzionale alla verifica di conformità alla promessa edittale, configurata in termini sovrapponibili, ovviamente, alla clausola arbitraria che figurava nella prima.

Nell'editto giuliano questo interdetto, forse nato subito dopo la 'revocatoria fallimentare', è senz'altro collocato nel titolo XLIII inerente appunto agli interdetti, laddove la *restitutio in integrum ob fraudem* era pubblicata nel precedente titolo XLI sulle funzioni del *curator bonorum*: la rilevata sinapsi linguistica deve aver sollecitato l'*interpretatio prudentium* a leggere i due rimedi in termini omologanti – ne sarebbe prova proprio il rapporto tra Paul. D. 22.1.38.4-5 per l'*actio in factum* rescissoria e Ven. D. 42.8.25.4 per l'*interdictum fraudatorium* – per quanto concerne la valutazione dell'interesse ai frutti.

Se poi Ulpiano – ci riferiamo alla testimonianza di D. 38.5.1.26, i cui contenuti si possono proiettare su quanto si può leggere del frammento, forse paolino, sulla *formula Fabiana* – insiste per sottolineare che l'*actio Fabiana* è (sempre) *in personam* e non *in rem*, finanche se diretta contro atti di disposizione ad effetti reali, è plausibile che il giurista prendesse posizione su una questione ancora scientificamente calda per epoca severiana: ma se la *Fabiana* 'deriva'

in un certo qual modo dall'editto che prometteva la *restitutio in integrum* al *curator bonorum*, ed è dunque un'azione 'gemella', è altresì del tutto ragionevole ritenere che lo stesso ordine di problemi si potesse anche per la 'revocatoria fallimentare'.

In favore dell'approccio di Paul. D. 22.1.38.4, secondo cui la nostra azione era *in personam*, deponeva per i severiani una ragione che può considerarsi alla radice della nostra idea di diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale: i creditori danneggiati, e per essi il *curator bonorum*, hanno un rapporto solo con l'avente causa dal *fraudator*, nonché con gli eventuali subacquirenti, di cui sia dimostrabile il *consilium fraudis*, per modo che il convenuto non è un mero 'possessore', ma più precisamente un contraente che rende consapevolmente possibile un fatto illecito, e cioè l'atto di disposizione in frode ai creditori.

### *Abstract*

La ricerca propone un riesame dei problemi posti dalla ricostruzione della tutela avverso gli atti in frode ai creditori nel diritto romano con l'esame degli *scholia* a PTh. 4.6.6, su cui sinora la dottrina non si è adeguatamente soffermata, onde ricostruire la lezione di Teofilo nel primo corso sulle Istituzioni imperiali, e segnatamente su I. 4.6.6, dopo la *Omnem*: le fonti bizantine – che mostrano come in D. 22.1.38.4 il riferimento alla *Pauliana* non trovasse riscontro nel testo ufficiale del Digesto – non sono compatibili con l'idea, comunemente accolta, secondo cui l'*actio Pauliana* sarebbe nel VI secolo il risultato della fusione tra la *restitutio in integrum ob fraudem* e l'*interdictum fraudatorium*, che anzi continuano ad essere, anche quando la *cognitio* impone la concentrazione in capo al giudice imperiale delle antiche funzioni del *praetor* e del *iudex privatus*, due rimedi funzionalmente distinti in tendenziale coerenza con la loro storia.

The research focuses on a re-examination of the problems posed by the reconstruction of protection against acts fraudulent to creditors in Roman law, with an examination of the *scholia ad* PTh. 4.6.6, which has not been adequately addressed by Romanist doctrine to date, in order to reconstruct Theophilus's lesson in the first course on Imperial Institutions, and in particular on I. 4.6.6, after *Omnem*: the Byzantine sources – which show that in D. 22.1.38.4 the reference to the *Pauliana* was not reflected in the official text of the Digest – are not compatible with the commonly ac-

cepted idea that the *actio Pauliana* was, in the 6<sup>th</sup> century, the result of the merger between the *restitutio in integrum ob fraudem* and the *interdictum fraudatorium*, which in fact continue to be, even when the *cognitio* requires the concentration of the ancient functions of the *praetor* and the *iudex privatus* in the hands of the imperial judge, two functionally distinct remedies in line with their history.