

SABRINA DI MARIA

*Professore associato di diritto romano, Università degli Studi di Trento*

## **Ripensamenti sulla collocazione palinogenetica di una *regula iuris*\***

English title: *Reconsiderations about the palinogenetic collocation of a regula iuris*

Numero DOI: 10.26350/004084\_000097

Il noto passo «*nullum crimen patitur is, qui non prohibet, cum prohibere potest*» elevato a *regula iuris* dai giustiniani e dunque collocato nel titolo D. 50.17 «*de diversis regulis iuris antiqui*» (fr. 109) è escerpito da un più ampio e articolato contesto del libro V dell'*ad edictum* di Paolo.

In particolare il suddetto libro del commentario edittole paolino era dedicato all'analisi dell'editto «*de postulando*»<sup>1</sup>. Tale *edictum* è stato ricostruito, già a partire da Rudorff, sulla base di C. 2.6 e di D. 3.1, titolo questo in cui è stato inserito dai giustiniani materiale estratto quasi per

---

\* Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

<sup>1</sup> Per la ricostruzione del libro V del commentario edittole di Paolo v. J. Cuiacius, *In libros Pauli ad edictum commentarii seu recitationes solemnes*, in *Opera*, vol. V, Mutinae 1777, cc. 88 ss.; A.F. Rudorff, *De iuris dictione Edictum. Edicti Perpetui quae reliqua sunt*, Leipzig 1869, p. 39; O. Lenel, *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, in *ZSS*, 2 (1881), pp. 24 ss. (= *Gesammelte Schriften*, vol. I, Napoli 1990, pp. 290 ss.); Id., *Palinogenesia iuris civilis*, vol. I, Leipzig 1889 (rist. Graz 1960 e Roma 2000), c. 975; Id., *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3<sup>a</sup> ed., Leipzig 1927 (rist. Aalen 1956, 1974 e 1988), p. 75. Successivamente nella letteratura meno datata v. anche R. Domingo, *Estudios sobre el primer título del Edicto pretorio*, vol. II, *El edicto de competencia jurisdiccional*, Santiago de Compostela 1993, p. 45. Mi permetto di rinviare sul punto anche a S. Di Maria, *Aspetti palinogenetici dei libri IV e V del commentario di Paolo ad edictum*, Bologna 2013, pp. 45 ss.

In generale sull'editto *de postulando* v., nella letteratura più recente, V. Carro, *...et ius et aequom postulas... Studi sull'evoluzione del significato di postulare*, Napoli 2006, pp. 173 ss.; F. Fasolino, *Postulare iudicem*, in L. Garofalo (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, vol. II, Padova 2012, pp. 243 ss.; C. Giachi, *Il commento di Ulpiano all'editto de postulando*, in E. Stolfi (a cura di), *Giuristi e Officium. L'elaborazione giurisprudenziale di regole per l'esercizio del potere fra II e III secolo d.C.*, Napoli 2011, pp. 215 ss.

intero dal libro VI dell'*ad edictum* ulpiano, libro destinato anch'esso al commento dello stesso editto<sup>2</sup>.

Nella *Palingenesia iuris civilis* di Lenel, il libro VI di Ulpiano – a differenza dell'omonimo libro V paolino non ulteriormente articolato – risulta suddiviso in tre diverse rubriche edittali: «*qui omnino ne postulent*», «*qui pro aliis ne postulent*» e «*qui nisi pro certis personis ne postulent*»<sup>3</sup>.

Prima di Otto Lenel, già Rudorff aveva ipotizzato che l'editto relativo alla *postulatio* fosse diviso in tre diverse parti, pur indicando nominativamente la sola rubrica «*qui pro aliis ne postulent*»<sup>4</sup>. Tale ipotesi ricostruttiva è stata parzialmente ripresa, nella letteratura meno datata, da Rafael Domingo il quale, sulla base di *Ulpiani ex libris ad edictum fragmenta*<sup>5</sup>, ha sostenuto che non vi sarebbe stato un titolo «*de postulando*» con tre diverse rubriche edittali, una delle quali «*qui pro aliis ne postulent*», ma un solo titolo «*qui pro aliis ne postulent*», che conteneva a sua volta uno o diversi editti<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Il titolo D. 3.1 «*de postulando*» si compone di undici frammenti di cui quattro ulpiani, tre tratti dal sesto libro del commentario *ad edictum* (D. 3.1.1; D. 3.1.3; D. 3.1.6) e uno dal nono libro (D. 3.1.5); due dell'*ad edictum provinciale* di Gaio e precisamente uno tratto dal primo libro (D. 3.1.2) e l'altro dal terzo (D. 3.1.7); due brani di Papiniano di cui uno escerpito dalle *quaestiones* (D. 3.1.8) e l'altro dai *libri responsorum* (D. 3.1.9) e un brano del quinto libro delle *disputationes* di Tryphoninus (D. 3.1.11). I frammenti paolini inseriti nel titolo D. 3.1 sono invece due di cui uno solo escerpito dal commentario all'editto: si tratta di D. 3.1.4 (Paul. 5 *ad ed.*); il secondo è invece estrapolato dal *liber singularis regularum* (cfr. D. 3.1.10). Gli altri brani paolini tratti dal libro V dell'*ad edictum* (in tutto otto) sono stati collocati sotto il titolo D. 3.2 «*de his qui notantur infamia*».

<sup>3</sup> Cfr. O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, vol. I, cit., c. 975 (per Paolo) e *Palingenesia iuris civilis*, vol. II, Leipzig 1889 (rist. Graz 1960 e Roma 2000), cc. 439-445 (per Ulpiano); v. anche Id., *Das Edictum Perpetuum*, cit., 75 e ss. In particolare secondo il romanista tedesco la terza parte edittale «*qui nisi pro certis personis ne postulent*» avrebbe ricompreso due diversi editti: «Das erste schärfte summarisch die auf Gesetz oder gesetzgleicher Vorschrift beruhenden Postulationsverbote ein, Ulp. 6 h.t. I § 8... Das zweite Edikt enthielt die hierhergehörigen prätorischen Postulationsverbote» (*ibidem*, p. 77) e già prima Id., *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, cit., p. 56 s.

<sup>4</sup> Cfr. A.F. Rudorff, *De iuris dictione Edictum*, cit., pp. 39 ss.

<sup>5</sup> Cfr. S. Riccobono - J. Baviera - C. Ferrini - J. Furlani - V. Arangio-Ruiz (a cura di), *FIRA, Pars altera*, 2<sup>a</sup> ed., Florentiae 1968, p. 313: «*Ulpianus libro ad Edictum sexto qui pro aliis ne postulent titulo...*».

<sup>6</sup> Cfr. R. Domingo, *Estudios sobre el primer título del Edicto pretorio*, vol. II, *El edicto de competencia jurisdiccional*, cit., pp. 45-46, nt. 102 ove afferma che «esto no debe extrañarnos, pues, a veces, la rúbrica del título se refería a un tema menos amplio que

Ora, i frammenti superstiti di Paolo riferibili all'editto *de postulando* risultano essere in tutto otto di cui uno solo è stato conservato dai giustiniani nel titolo D. 3.17, mentre ben cinque sono stati collocati nel titolo D. 3.2 «*de his qui notantur infamia*» (titolo analogo è quello di C. 2.11 [12] «*de causis, ex quibus infamia alicui inrogatur*»)<sup>8</sup>, il quale altro non sarebbe, secondo Lenel, che il risultato di un intervento bizantino sull'editto «*qui nisi pro certis personis ne postulent*»<sup>9</sup>.

Gli altri due brani sono stati invece sistemati al di fuori della *sedes materiae* e precisamente uno nel titolo D. 23.1 «*de sponsalibus*» e il secondo in D. 50.17 «*de diversis regulis iuris antiqui*», che è proprio quello che precipuamente interessa in questa sede.

Nella ricostruzione palinogenetica leneliana, il frammento in questione è collocato subito dopo il brano inserito in D. 23.1.13<sup>10</sup>:

D. 23.1.13 (Paul 5 ad ed.): *Filio familias dissentiente sponsalia nomine eius fieri non possunt* (P. 144).

D. 50.17.109 (Paul. 5 ad ed.): *Nullum crimen patitur is, qui non prohibet, cum prohibere potest* (P. 145)

Nel primo passo sopra riportato Paolo afferma che se il *filius familias* non è consenziente, non è possibile concludere sponsali a suo nome<sup>11</sup>.

---

el posteriormente desarrollado. Así sucede, por ejemplo, con la rúbrica Unde vi, que contenía varios edictos».

<sup>7</sup> V. *supra*, nt. 2.

<sup>8</sup> Cfr. anche B. 21.3.

<sup>9</sup> Cfr. O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, cit., p. 77 e prima lo studioso alle medesime conclusioni era giunto nel lavoro *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, cit., pp. 56 ss. Sul punto successivamente v. anche A. Soubie, *Recherches sur les origines des rubriques du Digeste*, Tarbes 1960, p. 153.

<sup>10</sup> Cfr. O. Lenel, *Palinogenesia iuris civilis*, vol. I, cit., c. 975 nonché Id., *Das Edictum Perpetuum*, cit., 75 e ss.;

<sup>11</sup> Sul *consensus* del *filius familias* al fidanzamento e al matrimonio e sul rapporto tra tale consenso e la "autorizzazione" del *pater* v., F. Bonifacio, *Iussum (voce)*, in *NNDI*, vol. IX, Torino 1957, p. 393 e nt. 14. Parla invece di un ordine e non di un'autorizzazione, A. Steinwenter, *Iussum (voce)*, in *PW*, vol. 10.2, Stuttgart 1919, p. 1307. Sul significato e sull'evoluzione semantica del lessema *iussum* nell'ambito dei rapporti di famiglia, v. ora G. Coppola Bisazza, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della storia della Rappresentanza*, Milano 2008, in specie pp. 89 ss. In generale sul *consensus* del figlio al matrimonio, oltre ai classici studi di E. Volterra, di cui qui ricordo in spec., *Quelques observations sur le mariage*

Lenel ritiene che il frammento collocato in D. 50.17.109 costituisca la discussione intorno agli stessi lemmi cui si riferirebbe il brano traslocato nel titolo «*de sponsalibus*» e precisamente entrambi si attergerebbero a commento lemmatico dei seguenti *verba praetoris*: «*eiusve nomine quem quamve in potestate haberet bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit*»<sup>12</sup>.

Si tratta dei *verba edicti* riportati in D. 3.2.1 e dunque sotto il titolo «*de his qui notantur infamia*»:

D. 3.2.1 (Iul. 1 *ad ed.*): *Praetoris verba dicunt: 'Infamia notatur*<sup>13</sup> ... *qui eam, quae in potestate eius esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit: eamve sciens quis uxorem duxerit non iussu eius, in cuius potestate est: et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit: quive suo nomine non iussu eius in cuius potestate esset, eiusve nomine quem quamve in potestate haberet bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit'*.

Nel brano - che *ad litteram* sarebbe da ricondurre al libro I *ad edictum* di Giuliano, ma la dottrina romanistica maggioritaria considera interpolata l'*inscriptio* sostenendo che sarebbe stato piuttosto escerpito dal

---

*des filii familias*, in *RIDA*, I (1948), pp. 213 ss. (= *Scritti giuridici*, vol. I, *Famiglia e successioni*, Napoli 1991, pp. 97 ss.); Id., *Lezioni di diritto romano. Il matrimonio romano*, Roma 1961, pp. 360 ss.; Id., *Sponsali (voce)*, in *NNDI*, vol. XVIII (1971), p. 34 s.; Id., *Matrimonio (voce)*», in *ED*, vol. XXV (1975), pp. 729 ss. (= *Scritti giuridici*, vol. III, *Famiglia e successioni*, Napoli 1991, pp. 223 ss.), v. anche P. Voci, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *Iura*, XXXI (1980), pp. 37 ss. (= *Studi di diritto romano*, vol. II, Padova 1985, pp. 397 ss.) e più approfonditamente R. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, 3<sup>a</sup> ed., Milano 1994, in spec. p. 72 e Id., *Il matrimonio nel diritto romano classico*, 2<sup>a</sup> ed., Milano 2014, pp. 237 ss.; M.E. Fernández Baquero, *Aspectos sobre el matrimonio en el derecho romano arcaico*, in *El Derecho de familia: de Roma al Derecho actual*, Huelva 2004, pp. 205 ss. nonché C. Fayer, *La familia romana. Aspetti giuridici e antiquari*, vol. II, *Sponsalia, matrimonio, dote*, Roma 2005, pp. 75 ss.

<sup>12</sup> Cfr. O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, cit., p. 78, nt. 9; Id., *Palingenesia iuris civilis*, vol. I, cit., c. 975, nt. 6.

<sup>13</sup> Si tratta qui sicuramente di una interpolazione giustiniana per O. Lenel, *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, cit., p. 61 e Id., *Das Edictum Perpetuum*, cit., p. 77; v. anche P. Krüger, *Editio maior*, p. 65, nt. 3.

commentario edittole di Ulpiano<sup>14</sup> - è riportato un ampio squarcio della lista degli *infames* individuata dal pretore<sup>15</sup>, *infames* che potevano postulare solo *pro se e pro certis personis*<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Cfr. *Index interpolationum*, vol. I, Weimar 1929, c. 31; La *inscriptio* viene considerata non genuina da O. Lenel, *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, cit., p. 58; Id., *Das Edictum Perpetuum*, cit., p. 77; Id., *Palingenesia iuris civilis*, vol. I, cit., c. 484, nt. 4 («*Iuliani librorum ad edictum nusquam mentio fit nisi inscriptione fragmenti [3.2] I: quam inscriptionem a compilatoribus esse confictam nec unquam Iuliani libros ita inscriptos exstitisse pro certo habeo*») e vol. II, cit., c. 441, nt. 3. In particolare secondo O. Lenel, *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, cit., p. 56, l'interpolazione non attiene solamente alla *inscriptio*, ma all'intera prima parte del brano («*Praetoris verba dicunt: infamia notatur*»). Già prima considerava interpolata tale parte del brano A.F. Rudorff, *De iuris dictione Edictum*, cit., p. 41. Dal canto suo P. Krüger, *Editio maior, Additamenta*, II, *Index librorum ex quibus Digesta compilata sunt*, p. 936, prima ritiene inesistenti i *libri ad edictum* di Giuliano, poi afferma: «*ad edictum l. 1 3, 2, 1 videlicet ex edicto perpetuo a Iuliano composito*». Non ha dubbi sulla non autenticità dell'*inscriptio*, M. Kaser, *Infamia und Ignominia in den römischen Rechtsquellen*, in *ZSS*, LXXIII (1956), p. 245, nt. 111. Nello stesso senso H. Appleton, *Des interpolations dans les Pandectes et des méthodes propres à les découvrir*, Roma 1967, pp. 13 ss.; B. Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, pp. 409 ss. e nt. 289. Nella letteratura successiva v. R. Domingo, *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio*, vol. II, *El edicto de com petencia jurisdiccional*, cit., pp. 18 ss., il quale osserva che l'ipotesi secondo la quale il frammento sia da attribuire a uno dei *libri ad edictum* di Ulpiano, risulta suffragata da B. 21.2.1; già Mommsen nell'*Editio maior* (p. 81) sostiene che i Basilici e gli Scolii attribuivano il testo a Giuliano e a tal proposito R. Domingo, *op. ult. cit.*, p. 19, nt. 24 afferma: «*quizá porque no dispuso de una buena edición de los Basílicos*», ritenendo altamente improbabile che i giustinianeî avessero ripreso l'editto sull'infamia da Giuliano inserendo poi i commenti all'editto di Ulpiano (D. 3.2.2; D. 3.2.4; D. 3.2.6; D. 3.2. 8; D. 3.2.11 e 13) in quanto «*pues es habitual, cuando Ulpiano comenta extensamente un edicto, que él mismo lo transcriba al inicio de sus comentarios*» (*ibidem*, 20) come ad es. in D. 43.22.1; D. 43.23.1; D. 43.24.1; D. 43.29.1; D. 43.32.1.

Diversamente ha sostenuto che i *Digesta* di Giuliano sarebbero stati preceduti da un commentario *ad edictum* e che la *inscriptio* di D. 3.2.1 sarebbe la citazione di Ulpiano (6 *ad ed.*) del luogo ove Giuliano avrebbe riferito i *verba* dell'editto «*qui nisi pro certis personis ne postulent*», A. Guarino, *Salvius Iulianus. Profilo bibliografico*, in *Labeo*, X (1964), pp. 400 ss.; Id., *La leggenda sulla codificazione dell'editto e la sua genesi*, in *Pagine di diritto romano*, vol. IV, Napoli 1994, pp. 253 ss.

Nella letteratura recente cfr. anche E. Stolfi, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, vol. I, *Trasmissione e fonti*, Napoli 2002, p. 108, nt. 221, il quale osserva semplicemente che il frammento «è attribuito dall'*inscriptio* giustiniana al primo libro *ad edictum* giulianoo altrimenti ignoto». Sul punto più di recente è tornata anche V. Carro, *...et ius et aequom postulas... Studio sull'evoluzione del significato di postulare*, cit., p. 147.

Per quanto concerne la seconda parte del brano (a partire da «*qui eam, in potestate eius esset*»), essa è attribuita a Ulpiano da A.F. Rudorff, *De iuris dictione Edictum*.

Tra coloro che subivano tale limitazione della *postulatio*, nell'elenco pretorio era ricompreso anche il *pater* della vedova che, prima che fosse trascorso il «*tempus, quo elugere virum moris est*», l'avesse data in sposa nonché colui che l'avesse sposata prima dello stesso tempo<sup>17</sup>.

La prescrizione edittale si applicava altresì al *pater* che avesse costretto il *filius in potestate* a sposare una vedova prima del tempo stabilito («*et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit*») e infine a chi avesse intrattenuto – o fatto intrattenere a una persona sotto la sua *potestas* - due rapporti nuziali o di fidanzamento nello stesso tempo («*quive suo nomine non iussu eius in cuius potestate esset, eiusve nomine quem quamve in potestate haberet bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit*»). Sia il frammento conservato in D. 23.1.13 sia quello collocato in D. 50.17.109 costituirebbero il commento dei surriportati *verba praetoris* e precisamente della voce verbale «*passus fuerit*», che compare nel periodo «*et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit*», anche nel tentativo

---

*Edicti Perpetui quae reliqua sunt*, cit., pp. 41 ss.; O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, cit., pp. 77 ss.; successivamente da R. Domingo, *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio*, vol. II, *El edicto de com petencia jurisdiccional*, cit., p. 20.

<sup>15</sup> Probabilmente il testo non riporta la lista completa dell'editto; sul punto cfr. G. Pugliese, *Il processo civile romano*, vol. II.1, *Il processo formulare*, Milano 1963, p. 309; B. Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., p. 410. Sull'elenco pretorio degli *infames* in generale cfr., tra gli altri, anche M. Lauria, *Infames ed altri esclusi dagli ordini sacri secondo un elenco probabilmente precostantiniano*, in *Iura*, XXI (1970), p. 183 che giustamente osserva che la rubrica «*qui nisi pro certis personis ne postulent*» costituì verosimilmente la prima *sedes materiae* relativa agli infami. Va ricordato che lista di persone indicata nel testo sopra riportato è parzialmente coincidente con quella tramandataci nella *Tabula Heraclensis* (cfr. S. Riccobono - J. Baviera - C. Ferrini - J. Furlani - V. Arangio-Ruiz [a cura di], *FIRA, Pars Prima*, 2<sup>a</sup> ed., Florentiae 1968, pp. 140 ss), e probabilmente risalente alla *lex Iulia municipalis*; sul punto v., tra gli altri, D. Dalla, «*Ubi Venus mutatur*». *Omosessualità e diritto nel mondo romano*, Milano 1987, pp. 51 ss. e, più di recente, V. Carro, *...et ius et aequom postulas... Studio sull'evoluzione del significato di postulare*, cit., pp. 149 ss.

<sup>16</sup> Cfr. D. 3.1.1.8 (Ulp. 6 *ad ed.*): *Ait praetor: 'qui lege, plebis scito, senatus consulto, edicto, decreto principum nisi pro certis personis postulare prohibentur: hi pro alio, quam pro quo licebit, in iure apud me ne postulent'. hoc edicto continentur etiam alii omnes, qui edicto praetoris ut infames notantur, qui omnes nisi pro se et certis personis ne postulent.*

<sup>17</sup> Per il periodo di lutto che il testo edittale indica solo indirettamente cfr. R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., p. 172; per il rapporto tra il *tempus lugendi* e l'anno concesso alla vedova dalla *lex Iulia de maritandis ordinibus* cfr. dello stesso autore, *La Lex Iulia et Papia*, 4<sup>a</sup> ed., Milano 1996, p. 46.

ricostruttivo del commentario paolino di Cuiacio<sup>18</sup>, il quale ritiene che il giurista severiano avesse voluto sottolineare che la limitazione stabilita dall'editto doveva applicarsi solamente al padre che non avesse impedito al *filius* in sua potestà di sposare una vedova prima *del tempus lugendi* o che avesse intrattenuto due rapporti nuziali o di fidanzamento *in eodem tempore*; viceversa *nullum crimen patitur* colui che non poteva impedire che fossero poste in essere le condotte vietate dalla prescrizione edittale.

Il principio paolino non si applicava pertanto al *pater* bensì all'*extraneus*, il quale non rivestiva alcuna posizione di garanzia rispetto al sottoposto alla potestà. Ne deriva, secondo Cuiacio, che nella lettura del frammento conservato in D. 50.17.109 si debba seguire la *vulgaris scriptura*, ossia si debba leggere «*nullum crimen patitur, qui quum prohibere non potest, non prohibet*»<sup>19</sup>.

Parzialmente coincidente con quella di Cuiacio, risulta essere la ricostruzione di Rudorff<sup>20</sup>, che riferisce parimenti il principio paolino al verbo *pati*, ma non alla voce verbale che compare nei *verba praetoris* tramandatici in D. 3.2.1 («*et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit*») e dunque relativi alla rubrica «*qui nisi pro certis personis ne postulent*», bensì al *pati* presente nella precedente rubrica edittale «*qui pro aliis ne postulent*»<sup>21</sup>, ove appunto il verbo in questione compare per la prima volta nell'ambito dell'editto *de postulando*, come dimostrato dal seguente brano ulpiano:

D. 3.1.1.5-6 (Ulp. 6 *ad ed.*): *Secundo loco edictum proponitur in eos, qui pro aliis ne postulent ...6. Removet autem a postulando pro aliis et eum, qui corpore suo muliebria passus est. si quis tamen vi praedonum vel hostium stupratus est, non debet notari...*

---

<sup>18</sup> Cfr. J. Cuiacius, *In libros Pauli ad edictum commentarii seu recitationes solemnes*, cit., c. 91.

<sup>19</sup> Cfr. J. Cuiacius, *op. ult. cit.*, c. 91: «*Itaque tutius est, sequi vulgarem scripturam, quam & omnino connexio superiorum legum evincit esse veram, nullum crimen patitur, qui quum prohibere non potest, non prohibet*».

<sup>20</sup> V. A.F. Rudorff, *De iuris dictione Edictum*, cit., pp. 43-44, nt. 20.

<sup>21</sup> Nella letteratura recente sembra seguire tale via anche V. Carro, *...et ius et aequom postulas... Studio sull'evoluzione del significato di postulare*, cit., p. 98 e nt. 177, senza però addurre alcuna motivazione.

Secondo l'editto del pretore sarebbe stato colpito da nota di infamia che impediva la *postulatio* in favore di altri colui che «*corpore suo muliebra passus est*»<sup>22</sup>.

L'espressione *muliebria pati* indicava l'assoggettamento alla *patientia*, che connotava la soggezione servile o muliebre comportando una minore rispettabilità sociale. Dal *pati muliebria* derivava scandalo e disistima sul piano sociale e, in base a tali presupposti, il pretore escludeva, per coloro che appunto sopportavano *muliebria*, la possibilità di *postulare pro aliis*<sup>23</sup>.

Nella prima edizione del suo *Edictum Perpetuum* anche Lenel riferiva il frammento inserito in D. 50.17.109 alla medesima voce «*passus est*»<sup>24</sup>. Tuttavia qualche anno più tardi nella *Palingenesia iuris civilis*, lo studioso ebbe a sostenere che il riferimento del brano ai *verba* della seconda rubrica edittale era stato un errore dovendo essere lo stesso strettamente collegato a quanto si legge in D. 23.1.13 e pertanto inteso come commento alla previsione edittale conservata in D. 3.2.1<sup>25</sup>.

Dal canto suo, nella traduzione in lingua francese della prima edizione dell'opera leneliana, Frédéric Peltier, riferisce il frammento conservato in D. 50.17.109 a due diverse sezioni edittali del *de postulando* e

---

<sup>22</sup> Sul punto v. in spec. B. Albanese, «*Iudicium contrarium*» e «*ignominia*» nel mandato, in *Iura*, XXI (1970), p. 10; Id., *Le persone nel diritto privato romano*, cit., p. 410; D. Dalla, «*Ubi Venus mutatur*», cit., p. 53 s.; G. Rizzelli, *Stuprum e adulterium nella cultura augustea e la lex Iulia de adulteriis (Pap. 1 adult. D. 48, 5, 6, 1 e Mod. 9 diff. D. 50, 16, 101 pr.)*, in *BIDR*, XC (1987), p. 363; E. Cantarella, *Etica sessuale e diritto. L'omosessualità maschile a Roma*, in *RJ*, VI (1987), p. 270 e Ead., *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Roma 1988 (ult. ed. 2007), pp. 221 ss.

Va qui notato che colui che «*corpore suo muliebra passus est*» non viene dal pretore espressamente annoverato tra gli *ignominiosi* o *infames*, infami che vengono invece poi elencati nella successiva parte dell'*edictum* (Gai. 4.182: *...nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit...*).

<sup>23</sup> Sull'argomento v. ampiamente D. Dalla, «*Ubi Venus mutatur*», cit., p. 53 s.

<sup>24</sup> Cfr. O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 1<sup>a</sup> ed., Leipzig 1883, p. 61, nt. 11.

<sup>25</sup> Cfr. O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, vol. I, cit., c. 975, nt. 6: «*cf. fr. 144: excusatur filius familias cuius nomine pater bina sponsalia habuerit, quamvis dissentiente eo sponsalia eius nomine fieri non possint. Perperam Lenel, p. 61 n. 11*». La dottrina romanistica coeva a Lenel e in particolare C. Ferrini, *Diritto penale romano. Teorie generali*, Milano 1899, p. 63 non ha palesato alcun dubbio nel ritenere che «il fr. 109 nel diritto classico serviva a illustrare la disposizione edittale per cui è rimosso dal *postulare pro aliis qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit*».

precisamente lo studioso ritiene che il brano sia a commento sia dei *verba edicti* riprodotti in D. 3.2.1 a proposito del matrimonio del *filius familias* sia ai *verba* «*qui corpore suo muliebria passus erit*» della rubrica edittale «*qui pro aliis ne postulent*» (D. 3.1.1.6)<sup>26</sup>. Tale ipotesi assume una valenza significativa se si rifletta semplicemente sul fatto che, come è noto, Peltier ebbe la possibilità di discutere con l'autore i punti che potevano risultare controversi, in quanto Lenel decise – come egli stesso riferisce nella prefazione alla seconda edizione<sup>27</sup> – di introdurre aggiornamenti della materia, che comparvero appunto per la prima volta nell'edizione francese, non immaginando che sarebbe giunto a pubblicare in seguito una seconda e persino una terza edizione.

Ora, se si seguisse l'ipotesi ricostruttiva abbozzata nella prima edizione della ricostruzione dell'*Edictum perpetuum* nonché nella traduzione francese della stessa – e poi abbandonata nella Palingenesi e nelle edizioni successive della stessa ricostruzione dell'editto – il brano in esame non dovrebbe seguire, nella ricomposizione del libro V paolino, il frammento conservato in D. 23.3.1, bensì precederlo di molto.

E infatti nella sequenza di *Additamenta* III, pubblicata da Krüger nelle edizioni stereotipe del Digesto<sup>28</sup>, il frammento di D. 50.17.109 è inserito in apertura del libro V dell'*ad edictum* di Paolo, non collegato in alcun modo

---

<sup>26</sup> Cfr. F. Peltier, *Essai de reconstitution de l'édit perpétuel*, vol. I, Paris 1901 (rist. Darmstadt, 1975), p. 86, nt. 3.

<sup>27</sup> Cfr. O. Lenel, *Praefatio*, in *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 2<sup>a</sup> ed., Leipzig 1907, p. VIII.

<sup>28</sup> Cfr. P. Krüger, *Additamenta*, III, *I libri ad edictum*, in *Editio maior ad h.l.* L'importanza ai fini palingeneticici della sequenza di frammenti relativa ai *libri ad edictum* pubblicata da Krüger dalla decima edizione stereotipa del Digesto, unitamente all'*Ordo librorum iuris veteris in compilandis Digestis observatus* (P. Krüger, *Additamenta*, I, *Ordo librorum iuris veteris in compilandis digestis observatus*, in *Editio maior*, pp. 927 ss.) – già messo in risalto, alla fine degli anni novanta, da D. Johnston, *Lenel's Palingenesia iuris civilis: four questions and an answer*, in *TR*, LXV (1997), pp. 57 ss. - di recente, sono stati, giustamente, rivalutati in dottrina e ampiamente utilizzati nel tentativo di ricostruzione delle opere originali di alcuni giuristi romani, tra cui i grandi commentari edittali, così sottoponendo a revisione critica i precedenti tentativi palingeneticici; sul punto v. G. Luchetti - A.L. de Petris - F. Mattioli - I. Pontoriero, *Iulius Paulus ad edictum libri I-III*, Roma 2018, in spec. pp. 93 ss.; studio che si inserisce nel più ampio progetto del *Corpus scriptorum iuris Romani* le cui linee essenziali e le finalità si possono leggere in J.-L. Ferrary - A. Schiavone - E. Stolfi, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma 2018, in spec. VII ss. e in A. Schiavone (a cura di), *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani*, Torino 2017., in spec. pp. 1 ss.

con D. 23.1.13, proprio perché ritenuto il commento lemmatico del *pati* che compare nella sezione edittale «*qui pro aliis ne postulent*», sezione che, anche in base alla Palingenesi di Lenel, nell'editto *de postulando* precedeva la rubrica «*qui nisi pro certis personis ne postulent*», cui invece si riferisce il brano di D. 23.1.13.

Ora, è chiaro che i frammenti elevati a rango di principio generale come appunto D. 50.17.109 vanno intesi con molta discrezione, essendo estrapolati dal loro contesto originario, ma mi sembra che l'intuizione di Rudorff e di Krüger presenti una logica ben più lineare della forzata, in questo caso, ricostruzione leneliana.

Trattandosi di un commento lemmatico, è molto probabile che Paolo nel discorso da cui è estratta la *regula iuris* commentasse il primo verbo *pati* che incontra nella lettura dell'editto *de postulando* e precisamente il passaggio appunto in cui il pretore proibiva di *postulare pro aliis* a chi si fosse prostituito.

In particolare la disposizione edittale colpiva chi volontariamente avesse accettato in un rapporto omosessuale il ruolo di passivo («*qui corpore suo muliebria passus est*»). L'infamia era invece esclusa dal pretore per chi fosse stato violentato contro la sua volontà, da predoni o da nemici (D. 3.1.1.6: ...*si quis tamen vi praedonum vel hostium stupratus est, non debet notari*...).

E qui la specificazione di Paolo: non commetteva alcun crimine il terzo che non impediva lo *stuprum* del maschio libero, pur potendolo evitare purché non si trattasse di un soggetto che rivestisse una posizione di garanzia come il *pater familias* o il *dominus* che, consapevole dell'illecito commesso dai suoi sottoposti, non lo avesse prevenuto<sup>29</sup>.

**Abstract:** The current paper focuses on the palingentic aspects of the text preserved in D. 50.17.109 (Paul. 5 *ad ed.*). This article highlights the reconsideration of its collocation in the succeeding editions of Otto Lenel's *Edictum Perpetuum*, as well as the different collocation of the text in the *Palingenesia iuris civilis* and in the sequence inserted by Krüger in the stereotype editions of the Digest.

**Keywords:** *Palingenesia iuris civilis*, Krüger, Paul, *libri ad edictum*

---

<sup>29</sup> Sulle eccezioni alla regola paolina cfr., nella letteratura più recente, D. Bock, *Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre. Täterschaft und Teilnahme im römischen Strafrecht*, Berlin 2006, pp. 215 ss.; sul lavoro v. anche la *rec.* di L. Garofalo, in *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padova 2008, pp. 226 ss.