

Estratto da

FLAMINIA

Percorsi di giurisprudenza di merito
nei rapporti economici

Sezione *on-line* 2/2005

ES@
Edizioni Studio @lfa

FLAMINIA

Percorsi di giurisprudenza di merito nei rapporti economici

Quadrimestrale

Autorizzazione del Tribunale di Pesaro n. 522 del 15 settembre 2004

ISSN 1826-1671

EDITORE:

es@ - edizioni studio @lfa di E.G. Acquaviva e C. S.a.s.

info@studioalfa.org

www.studioalfa.org

SEDE DELLA REDAZIONE:

Corso XI Settembre, 79 – 61100 Pesaro – Fax 0721.269783

flaminia@studioalfa.org

DIRETTORE RESPONSABILE: **Gianluca Sposito** (Avvocato in Pesaro – Docente di Argomentazione giuridica e retorica forense nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Urbino "Carlo Bo")

COMITATO DI DIREZIONE: **Pierfrancesco Casula** (Presidente del Tribunale di Rimini e Presidente della Commissione tributaria provinciale di Rimini), **Guido Federico** (Giudice del Tribunale di Rimini), **Giuseppe Giliberti** (Professore ordinario di Fondamenti del diritto europeo nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Urbino "Carlo Bo"), **Giannichele Marcelli** (Giudice coordinatore del Tribunale di Pesaro-Sezione di Fano), **Paolo Morozzo della Rocca** (Professore ordinario di Diritto civile nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Urbino "Carlo Bo"), **Paolo Pascucci** (Professore straordinario di Diritto del lavoro nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Urbino "Carlo Bo"), **Massimiliano Tasini** (Dottore commercialista in Pesaro e Consigliere dell'Ordine dei dottori commercialisti di Pesaro)

CAPOREDATTORE: **Arianna Arganese** (Avvocato in Urbino)

SEGRETERIA DI REDAZIONE: Rodolfo Cicchetti, Raffaele Iannopolo, Dante Leopardi, Francesca Marchetti

Hanno collaborato a questo numero: Roberta Bonini, Francesco Buscaglia, Dario Colangeli, Marinella Corsaro, Stefano Giubboni, Astorre Mancini, Achille Marchionni, Guendalina Petrolati

STAMPA: Digital Team – Fano (PU)

DISTRIBUZIONE: Vendita esclusiva per abbonamento

ABBONAMENTI: Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono confermati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo raccomandata o fax.

Modalità di pagamento: Versamento su c/c postale n. 49396724 intestato a "ES@ - Edizioni Studio @lfa" ed invio della ricevuta di pagamento al fax 0721.269783

Abbonamento (3 numeri – formato cartaceo): € 38,00

Abbonamento (3 numeri – formato elettronico): € 19,00

Prezzo singolo fascicolo: € 15,00

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'Editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dell'articolo 74 del D.P.R. 26.10.1972, n. 633, e del D.M. 29.12.1989 e successive modificazioni e integrazioni.

Il rapporto tra avvocato e cliente nella Roma imperiale

1. LA FISSAZIONE DEL COMPENSO PER L'ATTIVITÀ FORENSE: *CONVENTIONES E CAUTIO*

Cicerone riconosceva l'esistenza di *pactiones mercedum in patrociniis*, consuetudine, sì, poco qualificante ma ampiamente praticata¹. Si trattava di accordi, non riconducibili a schemi tipici, utilizzati da avvocati e clienti per la fissazione del compenso per l'attività giudiziaria da svolgere. Le testimonianze in merito appaiono numerose. Quintiliano, ad esempio, parla di *piraticus mos*², Plinio il Giovane di *foedissimae pactiones*³. Quest'ultimo⁴ – mostrando la sua personale soddisfazione nell'essersi tenuto lontano non solo dall'accettare *dona, munera e xenia*, ma anche dal concludere *pactiones* – conferma come quest'ultimo, in particolare, fosse un comportamento ampiamente praticato anche nel tardo-antico, sebbene sanzionato⁵.

È poi probabile che l'onorario fosse riscosso a rate, venisse cioè dato un anticipo (*merces*) e, *post actam causam*, specialmente se questa era terminata con una vittoria, una somma finale. Diverse sono le fonti che avvalorano questa interpretazione: in particolare, va ricordato un brano di Ulpiano nel quale viene esplicitamente riconosciuto che nell'*honoraria summa* dovesse essere computato anche

l'anticipo, ma in modo tale che l'anticipo, sommato al pagamento finale, non superasse la quantità imposta dalla legge⁶.

Ma la *licita quantitas* era viceversa sovente superata, ricevendo di fatto *honoraria summa ultra modum*⁷. Tale condotta – e la sua accettazione – risultava piuttosto generalizzata⁸. Era ormai normale che il cliente desse un cospicuo anticipo, per indurre l'avvocato a patrocinare il suo caso.

Gli avvocati, anziché pattuire la *merces* o farsela addirittura versare in anticipo, per non screditare la loro posizione, erano soliti indurre il cliente a concedere *post causam actam* la somma desiderata avvalendosi di una *cautio*⁹. Le fonti consentono di sostenere come gli avvocati fossero soliti assicurarsi l'*honorarium* ricorrendo ad una *cautio* con cui il cliente si impegnava a restituire una somma prefissata come se tale somma fosse stata concessa a mutuo. Ma tale negozio simulato nascondeva un negozio dissimulato da cui risultava l'esplicito consenso accordato dal cliente al *patronus* e relativo all'attività in giudizio da effettuare.

E l'uso di *cautiones* per garantire il pagamento dell'*honorarium* è testimoniato anche da un noto brano di Ulpiano¹⁰. Il quesito che Ulpiano cerca di risolvere è se un avvocato al quale fosse stato assicurato, attraverso l'espedito della *cautio*, un *honorarium*, o il quale

⁶ D. 50.13.1.12 Ulp. 8 *de omn. trib.*

⁷ C.I. 8.10.2.

⁸ Il Pescani ritiene che, nel brano citato, lo faccia "sospettare quell'omnium, che dice come in nessun caso gli avvocati rinunciassero alle loro parcelle": P. PESCANI, voce *Onorari (Diritto romano)*, in *NNDI*. XI (1965), 930 s.

⁹ C.I. 2.6.3 Imp. Gordianus A. Flaviano (a. 240).

¹⁰ "Si cui cautum est honorarium vel si quis de lite pactus est, videamus, an petere possit, et quidem de pactis ita est rescriptum ab imperatore nostro et divo patre eius: *Litis causa malo more pecuniam tibi promissam ipse quoque profiteris. (...) sed hoc ita est, si suspensa lite societatem futuri emolumenti cautio pollicetur. Si vero post causam actam cauta est honoraria summa, peti poterit usque ad probabilem quantitatem, etsi nomine palmarii cautum sit; sic tamen ut computetur id quod datum est cum eo quod debetur neutrumque compositum licitam quantitatem excedat.*" D. 50.13.1.12 Ulp. *de omn. trib.*

¹ Cic. *Parad.* VI, 46. Sul divieto di retribuzione per gli avvocati romani, si veda G. SPOSITO, *La professione forense nella Roma antica: il problema della retribuzione*, in questa *Rivista*, Sezione on-line, 2005, 1.

² Quint. *Inst. orat.* XII, 7, 11. Su questo passo si tornerà fra breve, a proposito del *pactum de quota litis*.

³ Plin. *Ep.* 5, 9, 3-6.

⁴ Plin. *Ep.* 5, 13, 8.

⁵ C.I. 2.6.6.2 Imp. Valentinianus et Valens AA. ad Olybrium p.u. (a. 368).

avesse concluso un patto di quota-lite¹¹ col suo cliente, potesse agire in giudizio per far valere le sue pretese (ovviamente, qualora il cliente non avesse pagato *sua sponte*). Il giurista specifica che l'avvocato avrebbe potuto pretendere la consegna di quanto gli fosse stato promesso, a titolo di *palmarium*, tuttavia entro la *licita quantitas* (100 aurei¹²), computando entro quest'ultima anche quanto già fosse stato corrisposto dal cliente all'inizio o durante la causa. Nel caso in cui la somma promessa fosse stata eccessiva, il cliente poteva rivolgersi *extra ordinem* al giudice affinché fissasse lui una somma equa; ma tale rimedio era concesso anche all'avvocato, nel caso di mancato pagamento, ovviamente limitato alla medesima *licita quantitas*.

2. DAZIONE DI UNA *MERCES* (ANTICIPO) E MANCATA DIFESA DA PARTE DELL'AVVOCATO

Un avvocato che non avesse difeso il suo cliente, pur essendosi impegnato a farlo previa accettazione di un anticipo, era tenuto alla restituzione dell'anticipo percepito¹³. Evidentemente fino alla fine del II secolo d.C. gli avvocati che non avessero potuto difendere (per una qualunque ragione) i loro clienti erano tenuti a restituire quanto avevano percepito in anticipo (*merces*). In un brano di Paolo troviamo, poi, una applicazione estensiva del medesimo criterio a tutti i casi in cui gli avvocati non avessero potuto difendere i loro clienti per un impedimento indipendente dalla loro volontà¹⁴. Viceversa, nel

caso in cui l'avvocato non avesse patrocinato per causa a lui imputabile, doveva restituire la somma ricevuta¹⁵.

Va tuttavia osservato che mentre nel primo brano esaminato (D. 50.13.1.13 Ulp.) si parla di *merces*, nel secondo (D. 19.2.38.1 Paul.) troviamo *honorarium* e nell'ultimo appena visto (CI. 4.6.11) vi è il termine *pecunia*. Secondo Visky, "*dato che il salario e l'onorario erano retribuzioni pecuniarie*", non si sarebbe di fronte ad una incongruenza, ma di certo – secondo l'Autore – nel brano di Ulpiano "*la mancanza dell'uso della parola honorarium ci conferma nel sospetto che nella qualifica del lavoro dell'avvocato vi fossero divergenze d'opinione*"¹⁶.

3. DAZIONE DI UNA *MERCES* ECCESSIVA (*ULTRA MODUM*), RINUNCIA ALLA PRESTAZIONE E PRETESA ALLA SUA RESTITUZIONE

Poteva poi accadere che il cliente, pagato un anticipo all'avvocato, lo ritenesse successivamente troppo esoso e, magari rinunciando alla prestazione richiesta, ne pretendesse la restituzione.

La soluzione di siffatto problema si ha, nel primo decennio del III secolo d.C., con un rescritto di Severo ed Antonino¹⁷. Se l'avvocato era disposto a compiere il suo dovere¹⁸ e a patrocinare la causa del suo cliente, quest'ultimo aveva la possibilità di recuperare solo quella parte della somma che avesse superato il limite legale. Nella interpretazione di Ulpiano, ove il cliente non avesse pagato il professionista (entro, si ribadisce, il tetto imposto dalla legge), la retribuzione sa-

¹¹ Ved. *infra*.

¹² Equivalenti ai 10.000 sesterzi di cui al s.c. claudiano.

¹³ D. 50.13.1.13 Ulp. *de omn. trib.* Nel caso di specie, gli eredi di un avvocato non avevano ritenuto giustificata siffatta restituzione perché si era trattato di una impossibilità dovuta a forza maggiore (nel caso di specie, la morte dell'avvocato), e l'imperatore aveva dato loro ragione.

¹⁴ D. 19.2.38.1 Paul. *l. sing. regul.*

¹⁵ CI. 4.6.11 Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et C.C. Stratonicae (a. 294).

¹⁶ Cfr. K. VISKY, *Retribuzioni per il lavoro giuridico nelle fonti del diritto romano*, in *Iura* XV (1964), 21.

¹⁷ D. 50.13.1.10 Ulp. *de omn. trib.*

¹⁸ Se si fosse rifiutato si sarebbe ricaduti in una ipotesi di 'inadempimento', con conseguente obbligo alla restituzione della somma ricevuta quale anticipo: cfr. D. 19.2.38.1 cit.

rebbe stata fissata *extra ordinem* dal giudice, tenuto conto dell'importanza del processo, degli usi locali, del talento dell'avvocato e del grado di giurisdizione adita. Il rescritto è allora particolarmente importante in quanto, fino ad allora, non era stato previsto nessun mezzo processuale per il caso di onorari non corrisposti.

4. PATTO DE QUOTA PARTE LITIS

Gli avvocati erano dunque soliti farsi pagare in anticipo; ciò, tuttavia, non escludeva ipotesi (piuttosto residuali) in cui fossero loro ad anticipare le spese della lite¹⁹. Le spese potevano, dunque, essere anticipate dall'avvocato attraverso un *pactum (honestum)*, e successivamente restituite con *usurae (licitae)*. Ma la fonte fa anche riferimento ad un patto viceversa illecito, ossia quello attraverso il quale l'avvocato si impegnava al patrocinio, venendone successivamente ripagato con la consegna di una parte di ciò che il cliente avesse ricevuto dalla vittoria in giudizio (c.d. patto di quota-lite).

Da altro brano apprendiamo che un *malus mos*, ossia un illecito, si aveva qualora un avvocato, prima della fine della lite (*suspensa lite*) avesse pattuito col cliente una divisione della somma che si sarebbe percepita in caso di vittoria²⁰.

Alcuni Autori²¹ hanno voluto riscontrare un riferimento a siffatto patto anche in Quintiliano: "*Paciscendi quidem ille piraticus mos et imponentium periculis pretia procul abominanda negotiatio etiam a mediocriter improbis aberit, cum praesertim bonos homines bonasque causas tuenti non sit metuendus ingratus*"²². Tuttavia, il re-

tore sembrerebbe qui fare riferimento solo alla pattuizione di una ricompensa, condannando il deplorabile (ma diffuso) costume forense di patteggiare con il litigante e di richiedere compensi commisurati non tanto all'entità della lite quanto al *periculum*, ossia al timore (quale stato soggettivo) del litigante. In effetti, manca qualunque indizio che possa far pensare ad un riferimento al patto in questione²³.

Comunque, nel 325 d.C. il patto di quota-lite veniva apertamente condannato ad opera di Costantino²⁴: secondo questa disposizione gli avvocati, dei quali si fosse accertata la pattuizione un onorario maggiore della misura massima consentita ed una quota dell'utile dell'affare assunto, con danno del loro cliente, dovevano essere esclusi dall'esercizio della professione forense²⁵.

5. GLI AVVOCATI ROMANI, "MONEYED GENTLEMEN". ALCUNI RILIEVI CONCLUSIVI

"Until the first century B.C., almost all Roman advocates were moneyed gentlemen who appeared in court to support family dependents and/or to gain fame to assist later bids for public office. As the society and economy became increasing complex and the demand for lawyers grew, law provided new opportunities for wealth. Men of middling social status, such as Cicero, used the profession as a stepping stone to higher class standing and financial independence. The combination of a fluid class structure and the greater need

²³ In questo senso, cfr. V. ANGELINI, 'Metuendus ingratus' (*Avvocato e cliente in una pagina di Quintiliano*), in *Studi per Luigi De Sarlo*, Giuffrè, Milano 1989, 8 s.; G. COPPOLA, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Giuffrè, Milano 1994, 188 nt. 102.

²⁴ C. Iust. 2.6.5 Constantinus A. Helladio.

²⁵ Sull'esercizio della professione forense in epoca tardo-imperiale, v. R. ANDREOTTI, *Problemi della constitutio de postulando attribuita all'imperatore Giuliano e l'esercizio della professione forense nel tardo Impero*, in *RIDA*. 19 (1972), 181 ss.

¹⁹ D. 2.14.53 Ulp. *op.*

²⁰ D. 50.13.1.12 Ulp. *de omn. trib.*

²¹ Cfr. A. BERNARD, *La Rémunération des Professions libérales en Droit Romain classique*, Paris 1935, 95 s.; F.M. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Giuffrè, Milano 1946, 191.

²² Quint. *Inst. orat.* XII. 7, 11

for lawyers of all kinds caused a breakdown in the old system of *noblesse oblige lawyering*"²⁶.

La sintesi di Spitzer appare quanto mai efficace e verosimile, anzitutto laddove parla di un *old system of noblesse oblige*, fatto di *advocates moneyed gentlemen* che agiscono a beneficio della comunità, familiare e clientelare. Questa descrizione vale, appunto, solo per una prima fase evolutiva, quando agli aristocratici può convenire (per ragioni di opportunità politica) 'beneficiare' il prossimo, senza ricevere in cambio null'altro che la fama (e non certo di 'avido'). Tuttavia, la realtà sociale romana è in evoluzione: come è possibile spiegare l'agiatezza, se non l'arricchimento, che contraddistingue la vita di numerosi *oratores*? E come non sottolineare che Cicerone, grazie ai suoi notevoli (e giovani) successi forensi, riesca ad ottenere non solo benefici per la sua carriera politica ma anzitutto benessere e ricchezza? Evidentemente – e le fonti lo confermano – gli avvocati romani arrivano ad avvertire l'esigenza di veder remunerata la loro attività, purché ciò però avvenga con un *understatement* che dia l'idea di un ossequioso rispetto delle tradizioni e della collettività. E così ben venga lo sfruttamento (*i.e.* abuso) di una vera e propria "posizione dominante" del *system lawyering*, in una realtà sociale che non consente certo a tutti di conoscere il diritto e di praticare il foro.

Il problema dell'onorario apparteneva completamente alla sfera della deontologia professionale²⁷, risolvendosi all'interno del rappor-

²⁶ H. SPITZER, *Why Lawyers Have Often Worn Strange Clothes, Claimed to Work for Free – and Been Hated*, Access to Justice Committee's panel discussion at Celebration 2000 in Spokane, September 15, 2000. Sempre Spitzer sottolinea come "the aversion to fees – or least high fees – continued in the Anglo-American legal experience. For centuries, English lawyers had no legal claim for payment, and to demand fees would damage one's reputation". Sul tema si vedano anche: W. FORSYTH, *Hortensius. An Historical Essay on the Office and Duties of an Advocate*, Gaunt, London 1879 (reprinted by Rothman 1882 e 1982); R. POUND, *The Lawyer from Antiquity to Modern Times*, West Publising Co., Minnesota 1953.

²⁷ Come giustamente nota G. COSÌ, *La responsabilità del giurista. Etica e professione legale*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 170.

to tra cliente e avvocato senza l'intervento di alcuna forma di controllo pubblico: "La società si contentava del divieto meramente formale espresso dalla vecchia Lex Cincia e delle capacità di autolimitazione fondate sulle tradizioni etiche del ceto dei giuristi"²⁸.

Relativamente alla remunerazione delle attività prestate, l'avvocato sa come imporsi ed ottenere, anche anticipatamente, il proprio "valore di mercato", in un sistema estorsivo ammantato di candore e rispetto per le tradizioni, ma più pragmaticamente fatto di doni, legati e prestiti mai rimborsati.

A tal proposito, vale la pena sottolineare che, sebbene le fonti e alcuni studiosi indichino nel lascito testamentario lo strumento principale di remunerazione indiretta, all'avvocato doveva risultare senz'altro 'scomodo' attendere la morte del cliente (se non gli fosse lui premorto...) per poter ricevere quanto promessogli ed arricchire così il proprio patrimonio (vent'anni dopo un processo?); più verosimili ed interessanti sono forse altri strumenti, quali il mancato rimborso di prestiti e l'acquisto di beni *nummo uno*. Relativamente al primo, le fonti evidenziano prestiti ingenti che avvocati di grido non avrebbero mai rimborsato ai loro devoti clienti; ma – procedendo per congetture – il sistema poteva forse basarsi su piccole (e, dunque, non appariscenti) aperture di credito, sfruttate costantemente (e magari a vita) dall'*orator*. Per quanto invece riguarda l'acquisto di beni, non è difficile immaginare l'acquisto di numerose proprietà (soprattutto immobiliari) a prezzi pressoché irrisori, e – perché no – anche da soggetti terzi, in un sistema di rapporti di valuta e di provvista di una delegazione tesa ad occultare riconoscimenti compromettenti.

Quello che, tuttavia, né le fonti spiegano né gli studiosi si chiedono è quale diversità di comportamento sia esistita tra giuristi ed avvocati relativamente alla retribuzione: può forse il giurista essere stato più fedele alle tradizioni ed al rispetto delle leggi e della comunità, rinunciando – con monastica tenacia – al subdolo richiamo del denaro? O forse giuristi sono stati, nel corso dei secoli, solo i pochi,

²⁸ G. COSÌ, *La responsabilità del giurista* cit., p. 170.

veri aristocratici, *moneyed gentlemen*, indifferenti ad ogni forma di arricchimento, solo perché già ricchi? In verità, si discute principalmente dell'avidità degli avvocati, senza però almeno congetturare che la professione di giurista, così come quella di avvocato, forse divenne una normale attività lucrativa, magari anch'essa celata da ipocriti ma necessari accorgimenti.

GIANLUCA SPOSITO

Avvocato in Pesaro

*Docente di Argomentazione giuridica e retorica forense
nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Urbino "Carlo Bo"*