

AGIRE PER ALTRI

LA RAPPRESENTANZA NEGOZIALE
PROCESSUALE AMMINISTRATIVA
NELLA PROSPETTIVA STORICA

Convegno

Università di Roma Tre, 15-17 novembre 2007

a cura di

Antonio Padoa Schioppa

estratto



JOVENE EDITORE
NAPOLI 2010

INDICE

Premessa p. IX

RELAZIONI

ALBERTO BURDESE, <i>Agire per altri e autorizzazione ad alienare in diritto romano</i>	» 3
GIOVANNI FINAZZI, <i>L'agire per altri nei rapporti obbligatori</i>	» 25
DANILO DALLA, <i>Gli acquisti dei soggetti a potestà secondo gli schemi delle Institutiones</i>	» 255
SETTIMIO DI SALVO, <i>Acquisto per altri e trasmissione della proprietà</i>	» 287
MATTEO MARRONE, <i>Alieno nomine agere e terzi nel processo romano</i>	» 305
FRANCESCO SITZIA, <i>L'agire per altri nell'epoca giustiniana</i>	» 347
GIAN PAOLO MASSETTO, <i>La rappresentanza negoziale nel diritto comune classico</i>	» 393
BEATRICE PASCIUTA, <i>La rappresentanza processuale nell'età del diritto comune classico</i>	» 495
MARIO CARAVALE, <i>Il mandato ad negotia nella dottrina della prima età moderna</i>	» 535
MARCO NICOLA MILETTI, <i>In giudizio per altri. La procura alle liti tra giurisprudenza moderna ed età delle riforme</i>	» 593
JEAN-LOUIS HALPÉRIN, <i>Mandato e rappresentanza: dalle figure romane alle problematiche moderne dell'età della codificazione</i>	» 637
BERNARDO SORDI, <i>Rappresentanza, organo, organizzazione: l'itinerario del diritto amministrativo</i>	» 655
<i>Abstracts</i>	» 675
<i>Indice dei nomi</i>	» 683

MARCO NICOLA MILETTI

IN GIUDIZIO PER ALTRI.
LA PROCURA ALLE LITI
TRA GIURISPRUDENZA MODERNA
ED ETÀ DELLE RIFORME

SOMMARIO: 1. Parti in teatro. – 2. Figure affini: procuratore negoziale, difensore, avvocato. – 3. Il mandato alle liti: requisiti di forma. – 4. Sostituzione, estinzione e revoca della procura alle liti. – 5. Da procuratore a *dominus litis*. – 6. Le preclusioni al procuratore *in civilibus*. – 7. Il procuratore *in criminalibus*. – 8. La giustificazione dell'assenza. – 9. La rappresentanza 'di sangue'. – 10. Il mandato giudiziale nell'età delle riforme. – 11. Considerazioni conclusive.

1. *Parti in teatro.*

Il capitolo del *Dottor volgare* dedicato alle *persone, dalle quali viene costituito o rappresentato il giudizio* si apre con la metafora della commedia umana:

«Secondo il detto memorabile di quell'antico Filosofo Greco [...], questo mondo sublunare [...] è un teatro, overamente un palco, nel quale tutti gli uomini sono rappresentatori di diverse azioni comiche, e tragiche, sicche ciascuno fa la sua parte in scena, conforme la distribuzione fàttane dal maestro, il quale per alcuni (come è più di dovere) viene stimato Iddio, regolatore del tutto; da altri viene stimato il caso; e da altri il Principe, o altro regolatore della Republica; che però l'ufficio di ciascuno, dovrà essere nel fare quel personaggio che deve rappresentare, con recitar bene la sua parte [...]. Tra le molte scene dunque, le quali si rappresentano in questo teatro del mondo; una è questa de giudizij

nel foro contenzioso, nella quale intervengono molti personaggi, alcuni de' quali sono i principali, e li necessarj, e gli altri sono per aiuto di quelli, o per servizio, o per ornamento, e per maggior decoro»¹.

Sulla «scena» del processo, microcosmo che riflette il teatro della vita, si muovono non soltanto le tradizionali *tres personae*, maschere appunto, ma anche soggetti ulteriori, essenziali o ornamentali. Presenze che la dottrina e la prassi d'età moderna provarono da un lato a sfoltire, in ossequio ad una giustizia 'pubblica' (specie, ma non soltanto, criminale) che reclamava la comparizione personale, fisica, tangibile dei diretti interessati; dall'altro a tecnicizzare, concentrando le tradizionali funzioni del *procurator* nelle mani d'un *advocatus* investito del potere di rappresentanza mediante un patto (il *mandato alle liti*) giudizialmente intellegibile.

L'agire in giudizio per altri sconta, tra i secoli XVI e XVIII, le ambiguità della tortuosa transizione da una giustizia 'negoziata' ad una 'egemonica'². Dalla prima provengono talune figure (*amicus, excusator, pater, maritus, abbas* etc.) legittimate dalla collettività, oltre che dall'ordinamento, a scendere nell'agone giudiziario *pro alio*. La seconda impone procuratori sempre più si-

¹ Giambattista DE LUCA, *Il Dottor Volgare. Libro Decimoquinto. Il quale contiene tre Parti, cioè Parte Prima – Delli Giudizii Civili, e della loro pratica nella Curia Romana; Parte Seconda – Delli Giudizii Criminali, e della loro pratica nell'istessa Curia; Parte Terza – Della Relazione della stessa Curia Romana, per quel che spetta alli Tribunali, e anche alle Sacre Congregazioni, per i negozi forensi, ma non della Corte*, in ID., *Il Dottor Volgare, ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale nelle cose più ricevute in pratica*, Roma, Stamperia di Giuseppe Corvo 1673, l. XV, pt. I *Delli giudizii civili*, cap. II, nn. 1-2, 4, 19-22.

² Il tema è stato posto da Mario SBRICCOLI, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica: riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna*, a cura di Mauro Bellabarba, Gerd Schwerhoff, Andrea Zorzi, il Mulino, Bologna 2001, 345-64, ora in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Giuffrè, Milano 2009, II, 1223-45. Cfr. in proposito le considerazioni di Italo BIROCCHI, *La giustizia di tipo egemonico: qualche spunto di riflessione*, in *Penale Giustizia Potere. Metodi, Ricerche, Storiografie. Per ricordare Mario Sbriccoli*, a cura di Luigi Lacchè, Carlotta Latini, Paolo Marchetti, Massimo Meccarelli, con il contributo di Antonella Bettoni, Ninfa Contigiani, Monica Stronati, Eum, Macerata 2007, 179-211.

mili ad *advocati*, ossia idonei a fornire un'assistenza tecnica adeguata alle crescenti complessità dell'esperienza giudiziaria.

Di questa irrisolta tensione si occupa la presente ricerca, condotta su fonti dottrinali privilegiando quelle di taglio pragmatico e giurisprudenziale e le sporadiche monografie: il *Tractatus* dell'alessandrino Giovanni Antonio de Rossi sul procuratore *in criminalibus*, redatto intorno al 1534; il *De Procuratoribus tam ad Iudicia, quam ad negotia* del sannita Fabio Golino de Vespasiano, la cui prima edizione è datata 1636; il *Tractatus de advocatis, procuratoribus, defensoribus, syndicis et negotiorum gestoribus* di Caspar Manz, anch'esso risalente alla metà del Seicento³. Si è scelto, altresì, di tralasciare da un lato i procuratori denominati da de Luca *necessari* perché imposti *ex lege* (tutori, curatori) o dalla pubblica autorità (sindaci, amministratori)⁴; dall'altro quei

³ Giovanni Antonio DE ROSSI [1489-1544], *Tractatus de potestate procuratoris, et defensoris in causis criminalibus: ad interpretationem §. ad crimen. l. pe. de publi. iudic. Et § publice l. servum quoque de Procurat.*, Lugduni, Apud Gulielmum Rovillium 1552. L'opera di de Rossi è suddivisa in due sezioni: la prima (pp. 28-155), molto lunga e costruita con puntigliosa e a tratti dispersiva logica scolastica, commenta il § *Ad crimen* [= D. 48.1.13.1]; la seconda, molto più breve (pp. 158-83), contiene la *Interpretatio in § Publice, l. servum quoque, ff. de procuratoribus* [= D. 3.3.33.2]. Solo la prima sezione è datata: Padova, luglio 1534 (ivi, n. 393, 155). Su questo A. cfr. la voce di Elisa MONGIANO in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma 1991, XXXIX, 198-9. Fabio GOLINO DE VESPASIANO, *De Procuratoribus Tam ad Iudicia, quam ad negotia* [...]. *Tractatus denuo excusus, nunc accesserunt in Eundem Notae D. Caroli Antonii de Luca I.C. Melphitensis* [...], Neapoli, Typis, et Expensis Francisci Molli 1683. Caspar MANZ [1606-1677], *Tractatus duo de fideiussoribus et de advocatis, procuratoribus, defensoribus, syndicis et negotiorum gestoribus cum appendice de calumniatoribus et infamibus in duas partes distributi. Editio tertia*, Nordlingen, Apud C.G. Beckium 1773, *Pars Secunda* [d'ora in avanti: MANZ, *De advocatis*].

⁴ DE LUCA, *Il Dottor Volgare*, cit. in nt. 1, l. XV, pt. I, cap. II, n. 5, 23-5 (procuratori o aiutanti *necessari*); GOLINO, *De Procuratoribus*, cit. in nt. 3, *Pars II*, cap. IV *De Procuratorum divisione*, nn. 1-6, 77 (procuratori legittimi); MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, tit. V *Quod cuiusque Universitatis nomine, vel contra eam agatur*, n. 1, 196-7 (sindaci e rappresentanti di *universitates*). Denis GODEFROY [m. 1622], *Additiones a Johann OINOTOMI* [= SCHNEIDWEIN, 1519-68], *In quatuor Institutionum Imperialium Justiniani Imp. Libros Commentarii* [...] *a variis nobilissimis Doctoribus illustrati, atque ad normam Indicis Sacrae Inquisitionis diligentissime emendati; necnon Additionibus Dionysii Gothofredi locupletiores redditi* [...], Venetiis, Typis Petri Savionii 1769, ad *Inst.* 1.25.19, *annot. d.* 72 rileva come il curatore disponga d'un potere *plenius* rispetto al procuratore: non è revocabile, è preposto *ad res et causas* e non solo *ad lites*, è istituito dal magistrato e non dal privato, è astretto dall'*actio negotiorum gestorum* anziché *mandati*.

periti nella facoltà legale che lo stesso cardinale venosino suddivideva tra avvocati, procuratori, sollecitatori, agenti⁵.

Ci si concentrerà sul procuratore alle liti quale rappresentante *volontario* e *giudiziale*⁶, ossia distinto da quello *negoziale* che Pothier battezza «semplicemente mandatario»⁷.

2. *Figure affini: procuratore negoziale, difensore, avvocato.*

L'identità del procuratore alle liti nella giurisprudenza moderna emerge dunque da una previa delimitazione rispetto alle figure affini.

Una prima, fondamentale demarcazione passa tra procura negoziale e giudiziale⁸. È evidente che le due funzioni possono ri-

⁵ DE LUCA, *Il Dottor Volgare*, cit. in nt. 1, l. XV, pt. I, cap. VIII, nn. 1-3, 112-3. Sui rapporti tra difesa tecnica e rappresentanza (con particolare riguardo allo strumento del mandato speciale) nella codificazione processualpenale italiana del Novecento cfr. Antonio CRISTIANI, *Difensore (diritto processuale penale)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, V, Utet, Torino 1957, 611.

⁶ È DE LUCA, *Il Dottor Volgare*, cit. in nt. 1, l. XV, pt. I, cap. VII, n. 11, 101-2 a definire *volontario* e *giudiziale* il procuratore alle liti.

⁷ Robert-Joseph POTHIER, *Trattato del contratto di mandato*, in *Id.*, *Opere [...] contenenti i trattati del diritto francese. Seconda edizione italiana eseguita su quella pubblicata a Parigi per cura del signor Dupin Seniore. Coll'aggiunta d'una dissertazione sulla vita e sulle opere di quel celebre giuriconsulto e d'una tavola alfabetica e ragionata delle materie del diritto civile francese contenute nei suoi trattati*, Livorno, Fratelli Vignozzi e Nipote 1841, t. II, cap. V *Di alcune specie particolari di mandati, e di mandatarij*, n. 123, 372. Lo stesso R.-J. POTHIER, *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae, cum legibus Codicis, et Novellis, quae Jus Pandectarum confirmant, explicant, aut abrogant*, Neapoli, Apud Januarium Mirelli, Bibliopolam 1823, t. I, l. III, tit. III *De procuratoribus et defensoribus*, n. 1, 141, in un contesto parimenti classificatorio, definisce *defensor* il procuratore alle liti.

⁸ Johann KAHL [1550-1614], *Lexicon Iuridicum Iuris Caesarei simul, et Canonici: Feudalis item, Civilis, Criminalis; Theoretici, ac Practici [...]*, Coloniae Allobrogum, Apud Petrum Balduinum 1622, vb. *Procuratorum*, 751b: «Procuratorum [...] varia sunt genera. Quidam sunt litis procuratores, qui ad movendas instituendasque actiones vel lites exequendas dantur»; sono quelli che Paolo [D. 3.14.13.pr.] definisce procuratori *ad actionem*. «Alii sunt negotiorum procuratores». Cfr. anche Johann Emerych VON ROSBACH, *Praxis civilis, sive Processus judicarius, secundum ordinatorem, Usum et Consuetudinem Camerae Imperialis, et Summorum Germaniae Judiciorum, ac Statutorum [...]*, Francofurti, Sumptibus Joachimi Wildii, Bibliopolae Rostochiensis, Typis excusa Joannis Andreae 1670 [I ed. 1609?], tit. XIX *De Procuratoribus*, nn. 1-2, 106. Già DE ROSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 3, nn. 248-50, 111 definisce *latissimus* il termine *procurator*, che propriamente, stando alla glossa, indica *qui aliena negotia*

sultare connesse e reciprocamente strumentali. All'inizio del Cinquecento il francese Enrico Boverio, citando lo *Speculum iudiciale*, afferma inequivocamente: *Procurator generalis ad negocia videtur etiam constitutus ad causas iudiciales*. Oltre un secolo dopo, il tedesco Manz conferma che il mandato generale *ad negocia* si estende *ad iudicia*. Il conte Bonifacio Ruggieri, lettore a Padova nel tardo Cinquecento, presume (a proposito del frammento di Paolo D. 3.3.45.2) che il mandato conferito per un atto stragiudiziale comporti anche quello a comparire in giudizio *occasione talis actus extraiudicialis*⁹. L'oggettiva contiguità tematica risulta allora accentuata da una certa approssimazione semantica¹⁰.

Proverà Pothier a dissipare da par suo l'equivoco, anche grazie all'acquisita autonomia concettuale del patrocinio tecnico. «Io posso – osserva il giurista d'Orléans – con un mandato ordinario

mandato domini gerit. Per l'impostazione canonistica del tema cfr. Beatrice PASCIUTA, *Per una storia della rappresentanza processuale. L'azione alieno nomine nella dottrina civilistica e canonistica fra XII e XIII secolo*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 37 (2008), 164.

⁹ Enrico BOVERIO, *Singularia [...]. Noviter cum suis numeris et repertorio impressa*, Mediolani, Per Ioan. Angelum Scinzenzeler 1519, *Singularia*, vb. *Procurator coniuncta persona et syndicus*, n. 25, f. 7r; MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, tit. III *De Procuratoribus*, n. 234, 120; Bonifacio RUGGIERI, *Consiliorum seu Responsorum [...] Volumen Primum, et Secundum [...]*, Venetiis, Apud Iulium Somaschum 1593, l. I, *cons. II*, n. 135, f. 115v.

¹⁰ La *Repetitio* di Maranta dedicata al procuratore *in rem suam* (D. 3.3.29) presenta ad es. un costante intreccio tra aspetti sostanziali e processuali: Roberto MARANTA, *Repetitio legis Si actor ff. de Procuratoribus*, in Id., *Speculum aureum, et Lumen Advocatorum Praxis Civilis, Novissime recognitum, Additionibusque locupletatum, per Magnificum virum V.I.D. D. Petrum Follerium a Sancto Severino, Parthenopaeum. Novis adnotationibus D. Ludovici Alpherij Cortonensis, hac nostra aeditione auctum. Additis etiam per eundem ultra distinctiones vigesimas, duabus alijs novis distinctionibus. Accesserunt et insuper decem disputationes quaestionum legalium eodem D. [...] Auctore [...]. Repetitio praeterea in l. Is potest, ff. de acquir. haered. Nunc vero recens eiusdem auctoris Singularia iurisque notabilia, partim per alphabetum digesta, et partim non; Cum declarationibus ad varias Leges, et §§ hactenus nondum impressa*, Venetijs, Apud Petrum Mariam Bertanum 1605, 679-95. Veit PICHLER [1670-1736], *Epitome Juris Canonici, Juxta Decretalium Libros Gregoriana Collectionis Explanati, quam, in usum maxime discipulorum, e suis libris collegit Auctor ipse [...]. Pars Prior*, Venetiis, Apud Nicolaum Pezzana 1755, l. I, tit. XXXVIII, 241 spiega che il procuratore *in rem suam* è quello *judicialis* al quale il *principalis* ha ceduto (a titolo gratuito o oneroso) *actiones et iura*; invece il procuratore, parimenti *judicialis, in rem alienam* gestisce di norma la lite per l'utilità del *dominus*.

incaricare il mio procuratore *ad negotia*, sebbene non sia patrocinatore matricolato, d'intentare per me quelle azioni che stima intentare, e di rispondere per me [...]; ma questi non può procedere da sé stesso, e fa d'uopo che in esecuzione del mandato intervenuto tra lui e me, intervenga un altro mandato *ad litem* tra lui ed un patrocinatore in ufficio». Più avanti, Pothier include tra i poteri del procuratore universale *negoziale* quello di assumere iniziative attinenti alla gestione dei beni del mandante ma non alle azioni che eccedano gli «affari correnti ed ordinarj»¹¹.

Altrettanto labile risulta lo spartiacque tra il procuratore alle liti e quei soggetti cui sistemi giudiziari ancora racchiusi entro ridotte dimensioni cittadine consentivano di affacciarsi in tribunale *pro aliis*. Li si trova elencati in sequenza nei *Singularia* di Boverio, del 1519: il *nuncius*, mero *legitimus comparitor*¹²; il *defensor*, che entra nel processo ma non dispone di mandato¹³; l'*excusator*, anch'egli privo di mandato ed ammesso ad illustrare le

¹¹ POTHIER, *Trattato*, cit. in nt. 7, cap. V, art. I *Dei mandati che hanno per oggetto qualche affare giudiziario, e dei procuratori ad lites*, § 2 *Qual sia l'oggetto del mandato ad litem, e quali persone ne possono essere incaricate*, n. 126, 373; ivi, cap. V, art. II *Dei procuratori omnium bonorum*, § 2 *Di ciò che comprendono le procure generali*, nn. 152-5, 383-4.

¹² BOVERIO, *Singularia*, cit. in nt. 9, vb. *Nuncius, defensor et excusator*, n. 1, f. 7v. Sul nunzio cfr. ROSBACH, *Praxis civilis*, cit. in nt. 8, tit. XIX, n. 38, 110; MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, tit. III, n. 31, 44; Matthäus WESENBECK [1531-86], *In Pandectas iuris civilis et Codici Iustiniani Libros Commentarii: olim Paratitla dicti. Nunc demum in Academia Duacena ad correctissima exemplaria accurate recogniti, et ab omni haeretica et offensiva doctrina expurgati* [...], Moguntiae, Excudebat Balthasarus Lippius, Sump-tibus Antonij Hierati 1608, *Commentarius in Digest. l. III, tit. III De procuratoribus et defensoribus*, n. 10, 90, il quale accosta il *nuncius* al *procurator*, ma gli annette una minore *potestas* in quanto *nudus executor*.

¹³ Il *defensor* (spiega WESENBECK, *Commentarii*, cit. in nt. 12, *Comm. in D. 3.3, n. 11, 92*) opera, a differenza del *procurator*, soltanto *in iudicio*, per lo più a favore del convenuto (tanto che DE ROSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 3, n. 248, 111 aveva identificato il *defensor* nel procuratore *ex parte rei*) e *citra expressum mandatum*. Analoga la descrizione di ROSBACH, *Praxis civilis*, cit. in nt. 8, tit. XIII *De Defensoribus, pr. e nn. 1-2, 83*. Reiner BACHOFF VON ECHE [1575 – ca. 1640], *Annotationes*, in Matthäus WESENBECK, *Commentaria in Pandectas iuris civilis, et Codicis Iustiniani libros olim Paratitla dicta ex postrema recognitione Academiae Duacena. Cum notis et animadversionibus Reinhardi Bachovii Echti I.C. et in Acad. Heidelberg. Professoris. Cum Additionibus Clar.mi D. Hermanni Hermes I.V.L. in Acad. Coloniensi Dictatoris. Et eiusdem Annotationes in M. Wesenbecii Periochen Feudal* [...], Coloniae, Apud Antonium Kinchium 1659, D. 3.3, § XI, *annot. k*, 137 rettifica: *ex parte actoris* non si può intraprendere un giudizio senza

motivazioni della contumacia per conto dell'assente¹⁴. A questi interventori vanno aggiunti i familiari, i quali – avverte ancora all'inizio del Seicento la *Praxis civilis* di Johann Emerych Rosbach – possono agire e difendersi a vicenda *sine mandato*, salvo che nelle cause spirituali ed ecclesiastiche. Sulla base d'un insegnamento di Giason del Maino, Rosbach ritiene che anche l'amico possa agire in giudizio *sine mandato*, previa cauzione, in virtù dell'*affectio* che talora lega gli amici più dei parenti¹⁵.

La dottrina moderna più matura raggruppa le figure dell'amico, del congiunto, dell'escusatore – che, come si vedrà *infra*, conservano a lungo un ingombrante protagonismo processuale, anche in sede penale – sotto l'unitaria e generica denominazione di *defensor*. Questi non può fregiarsi del titolo di procuratore appunto perché difetta di mandato¹⁶. Agli effetti pratici, ciò implica che un procuratore già costituitosi in giudizio e che si vede citare in via riconvenzionale degrada a *defensor* perché è tenuto a tutelare le ragioni del *dominus* senza disporre d'incarico formale¹⁷.

Un terzo ed ultimo confine separa il procuratore alle liti dall'avvocato. Nel poderoso *Lexicon Iuridicum* di Johann Kahl si legge che i due soggetti differiscono perché il primo opera esclusivamente *in iudicio*, il secondo anche *extra*; il primo agisce da curatore del mandante o del *dominus*, il secondo da tutore del

mandato, mentre tale possibilità esiste *ex parte rei*. MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, dedica l'intero tit. IV *De Defensoribus*, 174-92 al *defensor*, equiparandolo in sostanza all'*excusator* ed esaminandone i requisiti soggettivi, il grado di diligenza richiesto, gli effetti dell'intervento.

¹⁴ BOVERIO, *Singularia*, cit. in nt. 9, vb. *Nuncius, defensor et excusator*, n. 3, f. 7v. Pietro FOLLERIO, *Practica Criminalis Dialogica: Noviter illustrata et plurimum aucta ab eodem Auctore, miro ordine secundum regias constitutiones, capitula, pragmaticas, ac ritus. Ut nihil desit, Venetiis, Impensis Marci de Maria, et Ioannis Dominici de Gallis 1564*, rb. *Audiantur excusatores*, n. 9, 62 parla di *simplex excusator absque mandato*.

¹⁵ ROSBACH, *Praxis civilis*, cit. in nt. 8, tit. XIV *De coniuncta persona*, nn. 2 e 10, 90-1 (congiunti); nn. 14-5, 91 (amici).

¹⁶ Il principio ulpiano [D. 46.7.3] è corroborato da Baldo secondo cui chi non dispone di mandato si definisce non procuratore bensì difensore: GOLINO, *De Procuratoribus*, cit. in nt. 3, *Pars I*, cap. I *Quis dicatur Procurator*, nn. 19-21, 3; MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, *Distrib. Op.*, 1-2; ivi, tit. IV, n. 1, 174.

¹⁷ MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, tit. IV, nn. 7-8, 177-8; cenni già in WESENBEC, *Commentarii*, cit. in nt. 12, *Comm. in D. 3.3*, 92.

cliente; il primo perora *ore* la causa che il secondo ha istruito *calamo*¹⁸. Superfluo rimarcare la disinvoltura con la quale la nomenclatura moderna confonde i due termini o li utilizza come equipollenti¹⁹. È comunque costante l'idea che il *procurare* sia un *nudum ministerium* di natura 'privatistica' e vile perché prettamente materiale, l'*advocare* invece un *officium nobile* proprio del giurista dotto in grado di studiare il merito delle cause²⁰.

I grandi tribunali (la Camera Imperiale, la Curia Romana) menano vanto del fatto che davanti a loro *procuratio* equivale a *patrocinium* e che i loro procuratori non si occupano di atti me-

¹⁸ KAHL, *Lexicon*, cit. in nt. 8, vb. *Procurator*, 751b. Esalta la professionalità dell'*advocatus* ROSBACH, *Praxis civilis*, cit. in nt. 8, tit. XVIII *De Advocatis*, n. 1, 99. MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, tit. I *De postulantibus in genere*, nn. 1-3, 3-5 sostiene (1659) che *advocare* è postulare in giudizio *pro aliis*, mentre *procurare* è gestire negozi altrui tanto giudiziali quanto stragiudiziali. Per la brillante intuizione di Baldo, che aveva distinto tra procuratore *pars iudicii* e avvocato *consiliarius*, cfr. PASCIUTA, *Per una storia*, cit. in nt. 8, 149.

¹⁹ Tra gli esempi potenzialmente infiniti, Jacopo MENOCHIO, *De arbitrariis iudicium Quaestionibus et Causis, Centuriae Sex [...]*, Coloniae Allobrogum, Apud Philip-pum Albertum 1630, I, *quaest.* LXXX, n. 111, 121 (dove si associano avvocati e procuratori nel divieto dello statuto di Ferrara di difendere i sodomiti); Joachim MYNSINGER A FRONDECK, *Singularium Observationum iudicii Imperialis Camerae (uti vocant) Centuriae quatuor, iam primum in lucem emissae*, Venetiis, Apud Cominum de Tridino Montisferrati 1564, *cent.* I, n. 1, f. 2v; Giuseppe LUDOVISI, *Decisionum seu Diffinitio-nium causarum perusinarum Pars Secunda [...]*, Venetiis, Apud Haeredem Damiani Zenarij 1609 [d'ora in avanti: LUDOVISI, *Decisiones Perusinae*], dec. CXI, ff. 134r-6r. Nel ricordare che, di regola, il procuratore è escluso dall'interrogatorio del *principalis*, MARANTA, *Repetitio*, cit. in nt. 10, n. 68, 691 passa bruscamente a trattare dell'*advocatus* o *procurator* (dunque riferendosi ad assistenti 'tecnici') che possono invece presenziare all'esame del *rusticus vel idiota* onde evitare che costoro siano tratti in inganno dalla loro *simplicitas*.

²⁰ Così KAHL, *Lexicon*, cit. in nt. 8, vb. *Procurator*, 751b; ROSBACH, *Praxis civilis*, cit. in nt. 8, tit. XVIII, nn. 24-5, 103; WESENBECK, *Commentarii*, cit. in nt. 12, *Comm. in D. 3.3*, n. 10, 90; MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, tit. III, nn. 11-4, 37-8; e già ivi, *pars II, Distr. op.*, 1-2. Lo stereotipo umanistico della presunta viltà dell'ufficio di procuratore rispetto alla nobiltà dell'avvocatura viene utilizzato da alcuni autori (GOLINO, *De Procuratoribus*, cit. in nt. 3, *Pars I*, cap. IV *Qui possint constitui Procuratores*, nn. 47-52, 28-9; Giuseppe SORGE, *Jurisprudencia forensis Universi propemodum juris materias, sive civiles, sive canonicas, sive criminales, et maxime feudales, quae frequentissime ad forum deducuntur, tum ex Romanorum legibus, et Pontificiis, patriisque constitutionibus, tum ex melioris notae Doctoribus depromptas, ac decisiones etiam recentiores complectens*, Neapolis, Typis Januarii, et Vincentii Mutio 1740, t. I, cap. IX *De Procuratoribus*, nn. 2-3, 93-4) per moderare il carrierismo dei forensi ed auspicare la gradualità nella professione.

ramente *mechanici* (come la compilazione dei fascicoli) ma sono a tutti gli effetti *causarum patroni*²¹.

Ancora Domat accede a questa concezione. A suo parere, «la prima funzione degli avvocati è di dar consigli», la seconda è «d'incaricarsi delle cause che si mettono nelle loro mani, se le trovano giuste, per difenderle ne' tribunali». La funzione dei procuratori è invece circoscritta a «ciò che riguarda gli atti, e il processo», e non comprende «lo scrivere» né il «parlare all'udienze». A differenza degli avvocati, i procuratori «possono ignorare i dritti delle parti, e non sono tenuti ad esaminare le quistioni di dritto»: per cui potrebbero assumere anche *cause ingiuste*, salvo «patenti ingiustizie». Il tratto comune consiste, per

²¹ A metà del Quattrocento il *Parlement de Dauphiné* negò l'esenzione dai tributi – sul presupposto del carattere *vile* dell'*officium* – ai nobili di Grenoble che «practicant in curijs et exercent officium procuracionis» (Guy PAPE, *Decisiones Gratianopolitanae* [...]), Lugduni, Apud haeredes Iacobi Giuntae 1550, dec. LXXXIX, f. 58v). Però lo stesso Pape riconosceva l'immunità ai *doctores* che «advocant [...] in curia parlamenti» in quanto *nobiles nobiliter viventes* e 'militanti' non meno di coloro che combattono con le armi (ivi, dec. CCCLXXXIX, nn. 1-2, f. 217v). Esaltava i 'propri' procuratori anche il *Reichskammergericht*: Andreas GAIL, *Observationum practicarum Imperialis Camerae, et singularium casuum in Caesareo Auditorio, Imperijque Foro frequenter occurrentium. Libri Duo, et Centuriae Sex* [...]. *Accedunt nunc recens observationum inter se conferentium in margine Annotationibus. Accedunt eiusdem Andreae Gaill, post Observationum Libros, alij. De Pace publica Libri duo; De Pignorationibus Liber singularis; De Arrestis Imperij Tractatus eximius* [...], Augustae Taurinorum, Apud Io. Dominicum Tarinum 1609, I, *obs.* XLIII, n. 1, f. 27v; MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, tit. III, nn. 123-5, 76-7. BACHOFF, *Annotationes*, cit. in nt. 13, *Paratitla* ad D. 3.3, n. X, *Annot.* yy, 134: «Quidquid putet Wesenbeck, hodierni procuratores, maxime in superioribus iudiciis, affines sunt advocatis». Nella Curia Romana, avverte DE LUCA, *Il Dottor Volgare*, cit. in nt. 1, l. XV, pt. I, cap. VIII, n. 6, 114, gli avvocati sono *puri giureconsulti* che «in niuna maniera s'intricano negli atti ordinatorij, né vedono processo, o esame di testimoni, o altre scritture»; i procuratori sono invece «li principali regolatori, e li direttori delle cause, nella maniera che altrove sono gli avvocati». I primi (aggiunge l'A. ivi, n. 8, 116) ricercano «più la perizia nella teorica», mentre i secondi debbono essere versati soprattutto «nella pratica», nelle questioni di competenza, nella ricerca delle eccezioni, nella «patienza» di studiare i fascicoli. Analogo ragionamento è sviluppato dallo stesso Giambattista DE LUCA, *Relatio Romanae Curiae Forensis, Ejusque Tribunalium, et Congregationum*, in ID., *Theatrum veritatis, et justitiae* [...], Neapoli, Ex Typographia Lucae Laurentii 1758, l. XV, *pars* II *Relatio Romanae Curiae forensis, ejusque Tribunalium, et Congregationum, disc.* XLVI § V *De Procuratoribus, seu causarum Patronis*, nn. 97-9, 383 (su cui cfr. ID., *Il Dottor Volgare*, cit. in nt. 1, l. XV, pt. III *Della Relazione della Curia Romana Forense*, cap. XLII, n. 3, 393). Simile la descrizione del ruolo dei procuratori nella Curia Romana proposta da Carlantonio DE LUCA, *Nota* a GOLINO, *De Procuratoribus*, cit. in nt. 3, *Pars* I, cap. I, n. 4, 5.

Domat, nel fatto che avvocati e procuratori «rappresentano la persona de' loro clienti, scevri delle loro passioni»²². È indubbio comunque che il giurista di Clermont, quando scrive *procureur*, alluda al difensore tecnico. Del resto, la legislazione regia a lui coeva (si pensi all'*Ordonnance civile*) accorpa nell'endiade procuratore / avvocato la disciplina professionale²³.

3. *Il mandato alle liti: requisiti di forma.*

Il nucleo civilistico della disciplina del procuratore alle liti attinge alle regole sul mandato²⁴. Spetta in larga misura alle sistematiche tedesche il merito d'aver costruito il mandato giudiziale su uno schema 'contrattuale' che filtrerà poi, con modeste varianti, nelle pagine di Domat e Pothier. Parafrasando le Istituzioni (*Inst.* I. 3.22.pr., dove il mandato è annoverato tra i contratti consensuali), questa dottrina sostiene che il procuratore può costituirsi *solo et nudo mandato vel consensu*²⁵. L'accordo può stabilirsi anche *per nuncium vel epistolam*, con effetto dal momento della ricezione²⁶.

Appariva incerta la configurabilità del mandato giudiziale *tacito*. Rosbach lo presume in capo a colui che spende in giudi-

²² Jean DOMAT, *Le leggi civili nel loro ordine naturale [...] colle note de' signori Berroyer e Chevalier e col supplemento a ciascun titolo del signor Jouy. Nuova traduzione colle Osservazioni sul diritto del Regno dell'avvocato Vincenzo Aloj [...] arricchita di altre Osservazioni del Regio professor Giuseppe Maffei ed aumentata dalla corrispondenza della nostra vigente legislazione dal prof. P.M. Liberatore*, Napoli, Stabilimento Tipografico di Giuseppe Cioffi 1839, vol. IV, l. III, tit. VII *Degli avvocati*, sez. I, nn. 1-2, 465; ivi, sez. III *Delle funzioni e de' doveri de' procuratori*, nn. 7-8, 474 (funzioni del procuratore); ivi, sez. I, n. 5, 466 (profilo comune).

²³ Ai procuratori *tecnici* si rivolgono certi divieti imposti dall'*Ordonnance civile* del 1667 (*tit.* XXXI art. 11) sotto pena di sospensione dall'ufficio: *Code Louis*, t. I *Ordonnance civile* 1667, ed. Giuffrè, Milano 1996, 52. *Procuratori* sono battezzati i legali dalle prammatiche asburgiche emanate per il regno di Napoli: cfr. Lorenzo GIUSTINIANI, *Nuova collezione delle prammatiche del Regno di Napoli*, t. XII, Napoli, Nella Stamperia Simoniana 1805, *De Procuratoribus* tit. CCXL, 320-4.

²⁴ Particolarmente esplicita, benché semplicistica e ripetitiva di quanto già scritto a proposito del *procurator*, l'analisi di ROSBACH, *Praxis civilis*, cit. in nt. 8, tit. XX *De mand. procur.*, n. 3, 114.

²⁵ MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, tit. III, n. 186, 103.

²⁶ GOLINO, *De Procuratoribus*, cit. in nt. 3, *Pars* II, cap. III *Quomodo constituitur Procurator*, nn. 1-7, 70.

zio il nome d'un terzo il quale resta *sciente et patiente*²⁷. Altri autori, come Reiner Bachoff, escludono invece la rilevanza giudiziale di comportamenti concludenti²⁸. Per i fautori del primo orientamento la sussistenza del mandato potrebbe dedursi da alcuni indizi: l'acquiescenza ad una lettera d'incarico con contestuale versamento di cauzione; la detenzione o la consegna di carte processuali; l'iscrizione del procuratore *apud acta*²⁹. La posizione più rigorosa di Bachoff si afferma nella giurisprudenza dei principali tribunali europei³⁰, mentre il mandato alle liti presunto trova spazio, alle condizioni dettate dagli scrittori teutonici, nel *Trattato* di Pothier³¹.

La stessa dottrina tedesca sorvola sul nesso concettuale tra mandato e procura (nodo che non scioglierà nemmeno Pothier) e si sofferma, piuttosto, sui requisiti irrinunciabili della seconda: il nome del *dominus*, del procuratore e del giudice; gli estremi

²⁷ ROSBACH, *Praxis civilis*, cit. in nt. 8, tit. XX, n. 40, 118: «Ex scientia quoque et patientia domini seu principalis praesumitur mandatum, si quis in iudicio agit et experitur nomine alterius, eo sciente et patiente».

²⁸ BACHOFF, *Annotationes*, cit. in nt. 13, ad D. 3.3, § VI, *annot. bb*, 130: il convenuto non è tenuto a rispondere al preteso procuratore giudiziale tacito; ove lo facesse, non pregiudicherebbe la facoltà del *dominus* di agire nuovamente in giudizio, e dovrebbe imputare a sé stesso l'aver sottovalutato il difetto di mandato nella controparte.

²⁹ MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, tit. III, nn. 190-4, 104-6 (acquiescenza all'incarico e – come sostenuto da Wesenbeck – possesso dei fascicoli); ivi, nn. 199-201, 107-8 e già BOVERIO, *Singularia*, cit. in nt. 9, vb. *Procurator coniuncta persona*, n. 1, f. 7r quanto all'iscrizione del procuratore.

³⁰ Sulle perplessità dei Parlamenti di Francia e del Sacro Regio Consiglio napoletano verso la procura tacita alle liti GOLINO, *De Procuratoribus*, cit. in nt. 3, *Pars II*, cap. III, nn. 28-31, 72. La Rota di Perugia reputa non *verisimile* l'atteggiamento di chi 'si vanta' di cause non proprie o addirittura ci rimette: LUDOVISI, *Decisiones Perusinae*, cit. in nt. 19, dec. CX, nn. 1-8, ff. 132v-3r; ivi, nn. 9-16, ff. 133r-v quanto al compimento di atti in presenza del *dominus* che non li contraddica. L'*Audiencia* di Barcellona richiede la procura scritta e i tribunali di Castiglia e Catalogna non ammettono la prova testimoniale del mandato alle liti: JAIME CANCER, *Variarum Resolutionum Iuris Caesarei, Pontificij, et Municipalis Principatus Cathaluniae [...] Pars Secunda [...]*, Lugduni, Sumpt. Laur. Arnaud, et Petri Borde 1670, *Pars II*, cap. XIV *De Procuratoribus, quaest. XIX*, nn. 191-3, 213.

³¹ POTHIER, *Trattato del contratto di mandato*, cit. in nt. 7, cap. V, art. I, § 3 *Come si contraggono i mandati ad lites, e della disapprovazione dei patrocinatori*, nn. 127-30, 373-5: il mandato alle liti si presume (anche sulla base del possesso dell'atto di citazione o di altri documenti) sino a formale disapprovazione del mandante.

della causa; l'indicazione degli atti (citazione, comparsa, eccezione, *litis contestatio*, giuramento, prova, appello etc.) per i quali si designa il rappresentante, con la frequente aggiunta della clausola generale suppletoria *et ad agendum omnia reliqua, quae ipse dominus, si praesens esset, facere posset*. Alcuni autori auspicano l'inserimento stabile della clausola *rati* (che vincola il *dominus* alla ratifica), da preferire alla formula *quidquid legitime gestum fuerit*, la quale consente invece al *dominus* di *cavillare* che l'attività non è stata svolta in modo legittimo³².

L'esibizione del mandato (*docere de mandato*, recitano le fonti) è il presupposto della costituzione *in iure* e perciò l'obbligo va adempiuto nel primo atto di citazione o di comparsa e comunque appena possibile³³. Giuseppe Ludovisi racconta che, quando era uditore a Perugia, i procuratori della città si facevano spesso attestare l'esistenza del mandato oralmente da qualche notaio o attuario, basandosi su uno *stylus et inveterata consuetudo* locale secondo cui la *fides* notarile surrogava il documento scritto³⁴.

La letteratura giurisprudenziale caldeggiava comunque la verifica della regolarità del mandato alle liti, anche considerando l'abbondante contenzioso alimentato dai falsi procuratori³⁵. La

³² MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, tit. III, nn. 209-11, 110-1. Altri spunti in MYNSINGER, *Observationes*, cit. in nt. 19, cent. IV, obs. XCIX, n. 1, f. 134v.

³³ GOLINO, *De Procuratoribus*, cit. in nt. 3, Pars III, cap. III *Mandatum an, et quando*, nn. 1-5, 153-4. L'espressione *docere de mandato* si legge ad es. in MYNSINGER, *Observationes*, cit. in nt. 19, cent. I, obs. LXXV, n. 2, 21v; cent. IV, obs. XXXIII, n. 1, f. 105r; POTHIER, *Pandectae*, cit. in nt. 7, t. I, l. III, tit. III, sez. II, art. III, n. XXIX, 147.

³⁴ LUDOVISI, *Decisiones Perusinae*, cit. in nt. 19, dec. CVII, nn. 1-4, ff. 128r-v avalla lo *stylus* reclamato dai procuratori, salvo casi specifici (ad es. quando si esige un mandato speciale).

³⁵ Il 3 luglio 1593 il Senato di Chambéry condannò come *falsus* il procuratore che non aveva ottemperato all'ordine del giudice di esibire il mandato: Antoine FAVRE, *Codex Fabrianus Definitionum forensium et rerum in Sacro Sabaudiae Senatu tractatarum, ad ordinem titulorum Codicis Iustinianei, quantum fieri potuit ad usum forensem accommodatus, et in novem libros distributus [...]*, Coloniae Allobrogum, Apud Petrum, et Iacobum Chouët 1628, l. II, tit. VIII, *defin.* XI, 94. GAIL, *Observationes*, cit. in nt. 21, l. I, obs. XLVII, nn. 1-3, f. 30r reputava *falsus* il procuratore il cui mandato mancasse o fosse insufficiente (tipico il caso del mandato generale in luogo di quello speciale) o non pertinente.

ratifica era di norma consentita, ma gli effetti variavano in rapporto all'esito della causa³⁶.

4. *Sostituzione, estinzione e revoca della procura alle liti.*

Il procuratore non avrebbe potuto, di regola, farsi sostituire: sia perché non era *dominus litis* (o *negotii*), sia perché veniva solitamente scelto *industria personae*. Il principio subiva tuttavia alcune *limitationes*. Quella processuale più rilevante riguardava la facoltà di designare un sostituto *post litem contestatam*, quando il rappresentante poteva reputarsi ormai *dominus* della controversia: ma ciò valeva soltanto per le cause civili, non per le criminali, atteso il *grave periculum* che connotava queste ultime³⁷. La sostituzione avrebbe comunque richiesto un mandato speciale, a differenza di quanto si esigeva per il procuratore *ad negotia*³⁸. Nel Mezzogiorno austriaco una prammatica del viceré cardinal

³⁶ Come sintetizza GOLINO, *De Procuratoribus*, cit. in nt. 3, *Pars II*, cap. IV, nn. 49-56, 81-2, mentre la Rota Romana tendeva a considerare annullabili gli atti compiuti dal falso procuratore, alcuni pratici (d'Afflitto e Rovito, Ludovisi, Menochio) ammettevano la convalida da parte del *dominus*, anche se effettuata mediante sostanziale acquiescenza. Per GAIL, *Observationes*, cit. in nt. 21, l. I, *obs.* XLVII, nn. 1-3, f. 30r e MYNSINGER, *Observationes*, cit. in nt. 19, *cent. I, obs.* XLIV, f. 12v sarebbe stato preferibile consentire la ratifica degli atti compiuti dal falso procuratore non oltre l'emanazione della sentenza. Per quest'ultimo A. (ivi, *cent. I, obs.* LXXV, nn. 1-4, f. 21v) il procuratore dell'attore che garantisse *de rato* e poi non ottenesse la ratifica, come pure quello che non esibisse il mandato, erano tenuti a risarcire la controparte: il processo e la sentenza si consideravano nulli; il processo, invece, intentato contro il falso procuratore del reo restava valido e la sentenza era esecutiva.

³⁷ Bartolomeo SOCCINI, *Regulae et fallentiae iuris [...] a Benedicto Vado revisae, summo ac diligenti studio emendatae, et secundum ordine Alphabeti redactae, nec non utilissimis additionibus illustratae [...]. Accessit seorsim Partitio Regularum Utriusque Iuris, Opera Clarissimi I.C. Petri Peckij, etc. et Enchiridion Reg. Iuris Io. Rami I.C., Coloniae Agrippinae, Apud Ioannem Kinckium, Ad intersigne Monocerotis 1626, reg. CCCXCII, 528 e ivi, *fall.* 2, 529. Il parere di Soccini è condiviso da GODEFROY, *Additiones*, cit. in nt. 4, l. III, tit. XXVII *De mandato*, n. 3, nt. b, 293: il procuratore non può farsi sostituire, come impone C. 2.12.8, a meno che non lo sia *in rem suam* ovvero (come chiarisce la glossa) *post litem contestatam in causa civili*. Evoca il *grave periculum* nelle cause criminali MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, tit. III, n. 56, 52. Sul divieto di sostituzione *ante litem contestatam* si esprime anche MARANTA, *Repetitio*, cit. in nt. 10, n. 5, 680.*

³⁸ GOLINO, *De Procuratoribus*, cit. in nt. 3, *Pars II*, cap. V *In quibus casibus mandatum speciale requiratur*, nn. 66-71, 97-8: l'A. desume da D. 17.1.8.3 la differente di-

Althann, emanata nel 1728 e dunque in una stagione nella quale ormai per procuratore s'intendeva il difensore tecnico, denunciò come «le tante mutazioni de' procuratori» che, una volta nominati, presentavano immediata rinuncia provocassero pesanti disagi nelle notifiche e conseguenti lungaggini processuali³⁹.

Le regole relative all'estinzione del mandato alle liti seguivano, in linea di massima, quelle del mandato negoziale: con la peculiarità che al procuratore giudiziale residuavano, dopo la morte del mandante, alcuni poteri connessi alla dinamica processuale. In particolare, si riteneva che la *litis contestatio* gli consentisse di resistere in giudizio sino alla sentenza. I canonisti inclinavano però verso soluzioni più restrittive, inibendo al procuratore superstite atti che avrebbero richiesto un mandato speciale⁴⁰. Eppure, sulla base del diritto canonico, il *Parlement de Dauphiné* stabilì nel 1454 che la sentenza dovesse emanarsi nei confronti del procuratore alle liti deceduto nel corso del processo⁴¹.

scipina della sostituzione nella procura alle liti rispetto a quella negoziale. Nel Regno di Napoli il rito CVII della Gran Corte della Vicaria sembrava consentire la sostituzione *ante litem contestatam* previo, per l'appunto, mandato speciale. Qualche autore, come Marcello CALÀ, *De articulandi et probandi modo; De privilegiis item variandi, et eligendi forum; Tractatus [...]*, Francofurti ad Moenum, Typis Iohan. Saurij, impensis Haeredum Christ. Egenolph. 1598, *Facti veritate inspecta* Gloss. 4, nn. 8-9, 113-4, aveva sostenuto che la soppressione di fatto della *litis contestatio* nel Regno legittimasse la sostituzione anche dopo l'avvio della trattazione *de meritis causae*. Da Calà dissente GOLINO, *loc. cit.* in questa nt., sulla base della considerazione che nella prassi regnicola esistevano comunque atti (la concessione del termine o il primo atto successivo) sostitutivi della *litis contestatio*.

³⁹ Giuseppe SORGE, *Enucleationes casuum forensium sive Additamenta ad Opus eiusdem impressum Jurisprudentiae Forensis*, Neapoli 1756, I, cap. IX *de procuratoribus*, n. 20, 53-4. Althann dispose pertanto non solo un inasprimento dei criteri di reclutamento dei legali ma anche l'obbligo di costituirsi «per atto pubblico», con contestuale divieto di rinunciare all'incarico.

⁴⁰ Così, a proposito del giuramento, Martin AZPILCUETA [Doctor Navarrus], *Consiliorum sive responsorum Libri Quinque: iuxta ordinem Decretalium dispositi [...]*, Brixiae, Apud Societatem Brixiansem 1597, l. II, *in tit.* XXIII, *cons.* II, nn. 2-3, 108. Sul tema cfr. CANCER, *Variae resolutiones*, cit. in nt. 30, *Pars* II, cap. XIV, *quaest.* VII, nn. 37-40, 204-5. Ad avviso di FAVRE, *Codex Fabrianus*, cit. in nt. 35, l. II, *tit.* VIII, *def.* IV, 92 la prosecuzione della lite, dopo la morte del mandante, in capo al procuratore non obbligava quest'ultimo a *defendere causam* e quindi a procacciarsi gli strumenti probatori appartenenti al *dominus*.

⁴¹ PAPE, *Decisiones*, cit. in nt. 21, *dec.* LXXXVI, ff. 53r-v. I giudici di Grenoble sostennero che, in caso di morte del *procurator litis* dopo l'assegnazione della causa *ad*

In via di principio, la procura alle liti era revocabile per mutuo consenso. La revoca unilaterale era consentita al *dominus* finché la *res* fosse ancora *integra*, vale a dire *ante litem contestatam*: dopo tale stadio, il *dominus* avrebbe potuto ritirare la rappresentanza solo *justissima de causa*⁴².

La legittimazione a costituire un procuratore alle liti era negata a coloro i quali non fossero abilitati a *per se agere*: i servi (a meno che non si controvertesse dello *status libertatis*); i figli (idonei invece a nominare procuratori negoziali); i minori e pupilli (se non per il tramite di tutore e curatore); gli scomunicati⁴³.

Potevano, viceversa, fungere da procuratori tutti coloro che fruissero della legittimazione a *stare in iudicio*. Ne erano, pertanto, impediti servi, monaci, scomunicati, chierici *in causis laicorum*, soldati, professionisti (perché la procura era reputata *vile officium*), sordomuti (benché legittimi procuratori *ad negotia*), università o *civitates* in quanto privati⁴⁴. Controversa sembra la legittimazione passiva del minore⁴⁵, pacifica quella del fi-

diffiniendum ma prima della sentenza definitiva, la pronuncia non avrebbe dovuto essere emanata *in persona domini causae*: il giudizio infatti – spiegava Guy Pape – deve concludersi con riferimento allo stesso soggetto dal quale ha avuto inizio. L'orientamento è confermato da FAVRE, *Codex Fabrianus*, cit. in nt. 35, l. II, tit. VIII, def. IV, 92.

⁴² MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, tit. III, nn. 333-6, 162-3. Si sofferma su una puntuale casistica, e in particolare sull'ipotesi della revoca (a fini dilatori) del procuratore consenziente, Donato Antonio DE MARINIS, *Resolutionum Juris Liber Secundus. Editio prae ceteris emendatior, Cui accessere suis locis D. Caroli Antonii de Luca Meliorationes, necnon in calce ipsius Libri D. Camilli de Curte Resolutiones Feudales appositae reperiuntur [...]*, Venetiis, Apud Nicolaum Pezzana 1758, cap. CLXXIV, 342. Sulla revoca e le altre cause di estinzione del mandato si intrattiene POTHIER, *Trattato del contratto di mandato*, cit. in nt. 7, cap. V, art. I, § 6 *De' modi co' quali finisce il mandato ad lites*, nn. 139-43, 379-80.

⁴³ MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, tit. III, nn. 36-7, 45-7 e 50, 46-50. Ricostruisce l'evoluzione romanistica della *provocatio ad libertatem* DE ROSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 3, nn. 238-42, 106-8.

⁴⁴ MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, tit. III, nn. 73-83 e 90-6, 60-7. Parzialmente coincidenti le categorie indicate da PICHLER, *Epitome*, cit. in nt. 10, l. I, tit. XXXVIII, 242-3.

⁴⁵ Il minore avrebbe formalmente potuto essere destinatario di procura alle liti, ma mentre MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, tit. III, nn. 99-108, 67-71 (e ivi, nn. 73-4, 60 riguardo al figlio) metteva in guardia dai rischi sostanziali, POTHIER, *Pandectae*, cit. in nt. 7, t. I, l. III, tit. III, sez. II *De procuratoribus ad lites*, art. II, § 2, n. XXIII, 146 si atteneva ad *Inst.* 1.6.4 che sembrava consentire la procura *ad lites* a favore del diciassettenne. Il punto è controverso e legato a variabili locali. La tendenza sembra

glio⁴⁶. Restavano escluse le donne, sul presupposto che l'agire in giudizio per altri costituisse un *civile* (e *virile*) ufficio e che la *litis contestatio* avrebbe comportato una novazione, e quindi un'assunzione di obbligazione altrui, in violazione dei vincoli posti dal Senatoconsulto Vellejano⁴⁷.

5. *Da procuratore a dominus litis.*

Il procuratore che, in ossequio alle regole sul mandato, si presentava in giudizio come *persona legitima*, cioè legittimata a rappresentare il *dominus*, diventava *dominus litis* a partire dalla *litis contestatio*, spartiacque tra la *controversia* e la *lis*, tra il *velle agere* e l'*agere*⁴⁸. Da quel momento, gli atti, inclusa la sentenza, andavano indirizzati al procuratore, di norma non più sostituibile né revocabile⁴⁹. Princìpi smentiti, di fatto, dalla frequente omissione della *litis contestatio*: nel Regno di Napoli, ad esempio, le cause civili si celebravano *summarie*, le criminali *ad modum belli*⁵⁰.

quella di sanare eventuali irregolarità non eccepite *ante litis contestationem*: GOLINO, *De Procuratoribus*, cit. in nt. 3, *Pars I*, cap. IV, nn. 16-5, 26-7. Contrario al procuratore minorene il diritto canonico, stando a PICHLER, *Epitome*, cit. in nt. 10, l. I, tit. XXXVIII, 242-3.

⁴⁶ Il figlio poteva essere scelto come procuratore. In alcuni ordinamenti, come nel Regno di Napoli, il figlio invero non avrebbe potuto contrarre, e nei giudizi *quasi contrabatur* [D. 15.1.3.11], ma la dottrina regnicola optava per la soluzione affermativa (in base a D. 3.3.8.pr.), sul presupposto che l'attività processuale ricadeva sul *dominus* (GOLINO, *De Procuratoribus*, cit. in nt. 3, *Pars I*, cap. IV, nn. 1-4, 25).

⁴⁷ MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, tit. III, nn. 84-9, 63-4. La regola romanistica incontrava qualche eccezione: la donna poteva agire *in rem suam* ovvero, *causa cognita*, per genitori anziani o ammalati. Analoghe le informazioni fornite da PICHLER, *Epitome*, cit. in nt. 10, l. I, tit. XXXVIII, 243; e POTHIER, *Pandectae*, cit. in nt. 7, t. I, l. III, tit. III, sez. II, art. II, § 2, n. XXIV, 146.

⁴⁸ WESENBECK, *Commentaria*, cit. in nt. 12, tit. IX *De litis contestatione*, n. 3, col. 315; ivi, n. 61, col. 350; MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, tit. III, nn. 251-2, 128-9, il quale suffraga l'affermazione in base a D. 44.4.11.pr. («litis contestatione res procuratoris fit»), C. 2.12.22 e C. 2.12.23.

⁴⁹ Rispettiv. MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, tit. III, nn. 251-2, 128-9 e PICHLER, *Epitome*, cit. in nt. 10, l. I, tit. XXXVIII, 241 (destinatario degli atti); POTHIER, *Pandectae*, cit. in nt. 7, t. I, l. III, tit. III, sez. II, art. VI, n. XLVIII, 151 (limite alla sostituzione); SORGE, *Jurisprudentia*, cit. in nt. 20, I, cap. IX, n. 38, 100 (limite alla revoca).

⁵⁰ La *litis contestatio* non era praticata nel Regno di Napoli. Nelle cause civili essa era surrogata dal primo atto immediatamente successivo e in particolare dal *ter-*

Riguardo alle concrete facoltà spettanti al procuratore giudiziale la dottrina forniva indicazioni non univoche, nonostante lo sforzo di classificare un mandato alle liti generale, uno speciale, uno generale *cum libera*, uno *omnium bonorum*. Da qui l'appello di Pothier al buon senso⁵¹.

minus, come spiegano MARANTA, *Repetitio*, cit. in nt. 10, n. 12, 681; Prospero CARAVITA, *Commentaria super Ritibus Magnae Curiae Vicariae Regni Neapolis [...]*, Venetiis, Apud Valerium Bonellum, Expensis Iacobi Anielli Mariae, Bibl. Neap. 1586, *ritus* CCLXXXVIII, n. 42, f. 172r; Scipione ROVITO, *Luculenta Commentaria in singulas Regni Neapolis pragmaticas sanctiones cum declaratione juris communis per eas confirmati, ampliati, limitati, correcti, aut quomodolibet innovati. Decisionibus Supremorum Tribunalium suis quibusque locis in dubiis, ususque frequentibus quaestionibus coptose adiectis [...]*. Octava hac editione [...] *Accessere praeterea Aureae Additiones Joannis Lagannarii J.C. Neap., ejusdemque Commentaria ad pragmaticas aliquas, a Domino Regente non commentatas [...]*, Neapoli, Ex Typ. Mutiana 1742, *pragm. VII de ordine iudiciorum*, n. 10, 547; Garzia MASTRILLO, *Decisionum Consistorii Sacrae Regiae Conscientiae Regni Siciliae Libri Tres [...]*, Venetiis, Apud Iuntas 1622, l. II, dec. CI, n. 18, 2; autori tutti segnalati da GOLINO, *De Procuratoribus*, cit. in nt. 3, *Pars IV*, cap. IV *De Procuratorum examine*, n. 12, 221. CALÀ, *De articulandi et probandi modo*, cit. in nt. 38, *Facti veritate inspecta* Gloss. 4, n. 6, 112-3 osservava come nel Regno di Napoli, dove nelle cause civili e miste si procedeva *sola facti veritate inspecta*, il rigore del *ius civile* sembrava attenuato e la sentenza non sarebbe stata annullata se emanata nei confronti del *dominus* anziché del procuratore (pur divenuto *dominus* per effetto della *litis contestatio*). Con riferimento ad altri contesti, analogo il ragionamento di MYNSINGER, *Observationes*, cit. in nt. 19, *cent. IV, obs. XCIX*, n. 1, f. 134v.

⁵¹ Sui differenti poteri processuali conferiti dai mandati generale e speciale rifletteva GOLINO, *De Procuratoribus*, cit. in nt. 3, *Pars II*, cap. V, nn. 54-6, 96. MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, *tit. III*, nn. 214-5 e 218-23, 112-6 riteneva impliciti nel mandato generale alcuni diritti essenziali (quali la partecipazione alla *litis contestatio* o l'ascolto della sentenza), mentre il mandato speciale gli sembrava necessario per le cause di risarcimento, prestito, matrimonio; per prestare giuramento etc. Alle medesime conclusioni, con alcune precisazioni, in materia di giuramento giungeva SCHNEIDeweIN, *Commentarii*, cit. in nt. 4, ad *Inst.* 4.6, n. 103, 392. Sui confini della procura generale alle liti (rispetto alle cause future o criminali) si era già interrogato Bonifacio DE VITALINIS [*rectius* ANTELMi], *Tractatus de Maleficiis, cum additionibus et Apostillis D. Hieronymi Chuchalon Hispani, in Tractatus diversi super maleficiis nempe D. Alberti de Gandino, D. Bonifacij de Vitalinis, D. Pauli Grillandi, D. Baldi de Periglis, D. Iacobi de Arena, Venetiis, P. Hieronymus Lilius excudebat 1560*, nn. 20 e 23, 311 (su questo A. cfr. Domenico MAFFEI, *Profilo di Bonifacio Ammannati giurista e cardinale*, in *Genève et débuts du grand Schisme d'Occident. Colloques internationaux du CNRS*, n. 586, Éditions du Centre national de la recherche scientifique, Paris 1980, 239-351, ora in D. MAFFEI, *Studi di storia delle Università e della letteratura giuridica*, Goldbach 1995, 146 e 151; Paolo NARDI, *Maestri e allievi giuristi nell'Università di Siena. Saggi biografici*, Giuffrè, Milano 2009, 13). Il mandato generale *cum libera* conteneva un'ampia clausola che autorizzava a compiere liberamente tutte le attività che avrebbe svolto il costituente, incluse quelle che richiedessero un mandato speciale: GOLINO, *op. cit.* in

Soccorrevano, come di consueto, gli orientamenti giurisprudenziali. I tribunali supremi italiani esigevano l'esibizione del mandato *speciale* prima di consentire al procuratore atti impegnativi quali la replica alle *positiones* della controparte o il controesame dei testimoni⁵², la ricusazione del giudice o la rinuncia alla lite e alle eccezioni dilatorie⁵³; per discutere cause future⁵⁴ e per appellare⁵⁵.

questa nt., *Pars II*, cap. IV, nn. 12-3, 77; cfr. anche PICHLER, *Epitome*, cit. in nt. 10, l. I, tit. XXXVIII, 241. Sugli orientamenti dottrinali relativi alla procura *omnium bonorum* POTHIER, *Trattato del contratto di mandato*, cit. in nt. 7, cap. V, art. II *Dei procuratori omnium bonorum*, § I *Cosa siano questi procuratori, se ve ne siano di più specie*, nn. 144-7, 380-2 (*ibidem* l'invito al buon senso).

⁵² MARANTA, *Repetitio*, cit. in nt. 10, n. 66, 691 (il procuratore, purché munito di mandato speciale, è tenuto a rispondere alle stesse *positiones* cui sarebbe obbligato il *dominus*, salvo richiesta – accordatagli dal Sacro Consiglio napoletano – di un termine *ad consulendum dominum*); GOLINO, *De Procuratoribus*, cit. in nt. 3, *Pars II*, cap. V, nn. 173-7, 110-1. Il Senato di Barcellona usava formulare quesiti direttamente al procuratore, che era tenuto a giurare: CANCER, *Variae resolutiones*, cit. in nt. 30, *Pars II*, cap. XIV, *quaest. I*, nn. 5-6, 202. In *criminalibus* (afferma DE ROSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 3, n. 82, 46) il procuratore non potrebbe *offerre libellum*, poiché quest'ultimo è *de substantia iudicij*; né rispondere alle *positiones* né confessare (ivi, n. 85, 47).

⁵³ GOLINO, *De Procuratoribus*, cit. in nt. 3, *Pars II*, cap. V, nn. 98 e 102, 101-2 (suspicione); ivi, n. 178, 111 (rinuncia alla lite); DE LUCA, *Nota a GOLINO, op. cit.*, *Pars V*, cap. V *De contraria actione mandati, quae datur procuratori adversus principalem*, n. 33, 272; CANCER, *Variae Resolutiones*, cit. in nt. 30, *Pars III*, cap. XV *De renuntiationibus, quaest. XX*, nn. 326-8, 288; SORGE, *Jurisprudentia*, cit. in nt. 20, I, cap. IX, n. 60, 104 (rinuncia alle eccezioni).

⁵⁴ Cfr. l'es. addotto da SORGE, *Jurisprudentia*, cit. in nt. 20, I, cap. XI *De Mandato*, n. 27, 126. Per le divergenze tra giurisprudenza della Rota Romana e dottrina ivi, I, cap. IX, n. 33, 97; e già GOLINO, *De Procuratoribus*, cit. in nt. 3, *Pars II*, cap. III, nn. 14-8, 71.

⁵⁵ Antonino TESAURO, *Novae Decisiones Sacri Senatus Pedemontani [...]*, Francofurti, Profectae ex Officina Paltheniana, prostant in Feierabendiana 1597, dec. CVII, *pr.*, 271 riconosceva che un procuratore *ad omnes causas* potesse di regola proseguire *causam appellationis* (nel caso di specie, però, un successivo mandato speciale sembrava aver revocato il primo, generale). Anche il Senato di Chambéry decise nel 1594 che il procuratore istituito in prima istanza disponeva del mandato sufficiente a proseguire l'appello: FAVRE, *Codex Fabrianus*, cit. in nt. 35, l. II, tit. VIII, *defin. XVII*, 96. Confortato dal parere di vari decisionisti, Giovanni Aloisio RICCIO, *Collectanea Decisionum Pars Sexta [...]*, Coloniae Allobrogum, Apud Petrum Albertum 1622, *collect.* 2210, 143 confermava che il procuratore, divenuto *dominus causae* dopo la contestazione, *tenetur appellare*. Invece per Cesare URSILLI, *Additio a Matteo d'AFFLITTO, Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani [...]*, Venetiis, Apud Iuntas 1635, dec. CCCXLIV, n. 6, 701 il dovere di appellare non implicava quello di proseguire la causa. Condivideva quest'ultima tesi Ferrante GARGIAREO, *Patrocinia causarum patronis ad-*

La letteratura casistica s'interrogò anche sulle potenzialità espansive implicite nell'incarico. Si sostenne che il mandato coprisse anche gli atti processuali connessi e strumentali a quelli per i quali era stato espressamente conferito⁵⁶. Ma non mancavano posizioni più caute, così come suscitava perplessità l'ipotesi di attribuire al procuratore *ad lites* eventuali 'corollari' di diritto sostanziale⁵⁷.

Un tradizionale *punctum dolens* per la dottrina, specie criminalistica, concerneva le *exceptiones* di cui pretendeva di disporre il procuratore del convenuto (o del reo). In linea di massima, si riteneva che il rappresentante potesse opporre senz'altro le *notoriae*⁵⁸, mentre quelle dilatorie (*declinatoria fori, litis pen-*

modum utilia [...], Venetiis 1575, *Patroc.* LXII, n. 3, 308. GOLINO, *De Procuratoribus*, cit. in nt. 3, *Pars II*, cap. V, n. 132, 106 riteneva che il procuratore non fosse tenuto a presentare appello fuori sede, ma DE LUCA, *Nota a GOLINO, op. cit.*, *Pars II*, cap. V, n. 30, 127 giudicò *metaphisica et impossibilis* tale restrizione. Per una rassegna della giurisprudenza napoletana sul punto SORGE, *Jurisprudencia*, cit. in nt. 20, I, cap. IX, n. 60, 104.

⁵⁶ BOVERIO, *Singularia*, cit. in nt. 9, vb. *Procurator coniuncta persona*, nn. 7 e 12, f. 7r (il mandato speciale si estende alle cause connesse); GOLINO, *De Procuratoribus*, cit. in nt. 3, *Pars II*, cap. III, nn. 24-6, 72 (il mandato *ad causam* va esteso *quoad emergentia*; il mandato *ad agendum* si estende *ad defendendum* con le relative dilazioni; ma non è pacifico che il procuratore *ad agendum* possa sollevare eccezioni); *ivi*, *Pars II*, cap. V, nn. 183-6, 112 (l'esecuzione della sentenza non richiede un nuovo mandato perché si considera un'appendice dell'azione); MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, tit. III, nn. 235-6, 120-1 (il procuratore costituito per il giudizio petitorio va considerato abilitato ad esercitare i giudizi preparatori e possessori; la procura *ad agendum* si ritiene rilasciata anche *ad defendendum*).

⁵⁷ In un parere reso a Pavia nel 1548, Giacomo MANDELLI, *Consiliorum* [...] *Liber Secundus* [...], Venetiis, Apud Ioannem Baptistam Somaschum 1591, *cons.* CCCLXXVI, n. 36, f. 187v ricordava che il mandato ad attivare il giudice *ad talem litem* non implicava che il richiedente potesse poi *litem exercere*. Come insegnava un *consilium* di Tartagni, il procuratore *ad iudicia* non avrebbe potuto *nunciare novum opus*, non essendo la *nunciatio* un atto giudiziario (GOLINO, *De Procuratoribus*, cit. in nt. 3, *Pars II*, cap. I *Procurator in quibus casibus admittatur, vel non*, n. 17, 53); né riscuotere il pagamento, salvo mandato speciale, come d'altronde disponeva D. 46.3.86 (*ivi*, nn. 18-9, 54).

⁵⁸ Così Giulio CLARO, *Liber Quintus Operis Receptarum Sententiarum integer, In quo omnium criminum materia sub receptis sententiis copiosissime tractatur* [...], in *Id.*, *Opera omnia, sive Practica civilis et Criminalis: Cum doctissimis Additionibus* [...], *Tomus Secundus*, Genevae, Sumpibus Haeredum Cramer et fratrum Philibert. 1739, l. V [d'ora in avanti: CLARO, *Liber Quintus*], § *Fin., quaest.* XXXII *Procurator an in causis criminalibus sit admittendus*, n. 19, 302. Per Vincenzo DE FRANCHIS, *Decisiones Sacri*

dentia, compromesso, difetto di legittimazione, mancanza di cauzione o di scritture etc.) andavano opposte prima della *litis contestatio* perché ostacolavano l'*ingressum litis*⁵⁹.

Netta appare la chiusura rispetto alle eccezioni perentorie o concernenti il reato *de quo agitur*⁶⁰. Si consideravano tali, e dunque inibite al procuratore, le eccezioni che intendessero provare la *negativa*: ad esempio, l'interventore non avrebbe potuto presentarsi in giudizio per sostenere che l'accusato, al momento del delitto, era altrove; o che la vittima di omicidio fosse già cadavere al momento del crimine⁶¹. Per la medesima preoccupazione

Regii Consilii Neapolitani [...], Venetiis, Apud Nicolaum Pezzana 1720, t. II, dec. CCCXXII, n. 3, 10 il procuratore del contumace potrebbe opporre l'eccezione notoria di nullità, allorché questa sia rilevabile *ex eisdem actis oculis corporeis*. Lo stesso A. assume una posizione analoga (ma con una diversa conclusione processuale) ivi, t. II, dec. CCCXIV, n. 2, 159.

⁵⁹ GOLINO, *De Procuratoribus*, cit. in nt. 3, *Pars IV*, cap. IV, nn. 2-3, 220 (l'A. indica anche le fonti ove sono reperibili notizie su ciascuna eccezione). Sul tema già BOVERIO, *Singularia*, cit. in nt. 9, vb. *Procurator coniuncta persona et syndicus*, n. 27, f. 7r; CLARO, *Liber Quintus*, cit. in nt. 58, § *Fin., quaest. XXXII*, n. 19, 302; Johann Emerich VON ROSBACH, *Practica criminalis, seu processus iudiciarius, ad usum et consuetudinem iudiciorum in Germania hoc tempore frequentiore [...]*, Francofurti, Impensis Haeredum Joachimi Wildii, Typis excusa Joannis Andreae 1679, tit. I, cap. III, n. 211, 109 (favorevole ad accordare al procuratore le eccezioni declinatorie, al fine di evitare il *praeiudicium* nelle cause criminali). Per ulteriori indicazioni sul variegato panorama delle eccezioni cfr. DE ROSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 3, nn. 321-8, 137-40; MENOCHIO, *De arbitrariis*, cit. in nt. 19, I, *quaest. LXXX*, nn. 112 e 115, 121. Non mancavano le oscillazioni giurisprudenziali. DE FRANCHIS, *Decisiones*, cit. in nt. 58, t. II, dec. CCCXXIX, n. 2, 186 sostenne che il chierico, per evitare la forgiudica, potesse presentare tramite un *alius* la bolla di clericato ed ottenere così la *declinatoria fori*. Ma in altra sede lo stesso A. (ivi, t. III, dec. CCCCLXIII, n. 3, 49) affermò che il chierico dovesse rivendicare il suo *status* comparando *personaliter cum bullis*. La contraddizione è colta da SORGE, *Jurisprudentia*, cit. in nt. 20, I, cap. IX, n. 19, 96.

⁶⁰ Prospero FARINACCI, *Praxis, et Theoricae Criminalis Pars Tertia. De Reo confesso et convicto, De Poenis temperandis, De Varijs et diversis quaestionibus, De varijs ac diversis criminibus. Capita aliarum materiarum in ea tractatarum versa pagina exhibet. Pluribus eiusdem Auctoris Additionibus, quae in prima editione non aderant [...]*, Lugduni, Sumptibus Horatij Cardon 1616, *pars III, quaest. XCIX, pars I*, nn. 47-50, 232 (l'A. osserva, in dissenso da Jacopo d'Arena, che le stesse eccezioni, improponibili in via perentoria, possono però esser proposte *in vim dilatoriae*); e già DE ROSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 3, n. 333, 141.

⁶¹ Sul punto FARINACCI, *Praxis*, cit. in nt. 60, *pars III, quaest. XCIX, pars I*, nn. 59-61, 233 contrappone la regola generale, per cui il procuratore non può intervenire a sostenere la prova negativa; e la tesi di Antonio da Cannara [m. 1451], il quale nel *Tractatus de excusatore* aveva asserito che una simile facoltà spettasse al difensore o

di evitare eccessive ingerenze nel merito della causa, risultava controversa la proponibilità, da parte del procuratore, della *exceptio rei iudicatae*⁶². Una disciplina particolarmente restrittiva vigeva nel Regno di Napoli, dove il famigerato rito 269 della Vicaria non concedeva eccezioni al contumace se non quella fondata sull'assenza per infermità o cattività⁶³.

Meticolosa nell'esaminare diritti ed obblighi bilaterali che s'instauravano nel mandato negoziale, la dottrina moderna prestò invece un'attenzione sporadica alla regolamentazione dei rapporti tra *dominus*, procuratore alle liti (o difensore spontaneo) e controparte⁶⁴. Negli anni trenta del Settecento il canonista e teologo bavarese Veit Pichler, gesuita, professore ad Ingolstadt, esaminò il caso di un procuratore che aveva ammesso l'esistenza d'un mutuo contratto dal *dominus* ma che, invitato a fornire chiarimenti in giudizio, non si era presentato. La vicenda forniva lo spunto per chiarire che i comportamenti processuali tenuti dal procuratore alle liti s'imputavano, di regola, al *dominus*, a meno che il rappresentante – com'era accaduto nel caso di specie – eccedesse i limiti del mandato, ad esempio rendendo una confes-

instructor innocentiae (non, si badi, al procuratore). Farinacci sostiene la prima tesi allorché l'eccezione proposta comporti un approfondimento delle indagini; la seconda quando essa sia notoria e acquisibile d'ufficio.

⁶² Qualche sfumatura diversa si registra tra CLARO, *Liber Quintus*, cit. in nt. 58, § *Fin., quaest.* XXXII, n. 19, 302; e FARINACCI, *Praxis*, cit. in nt. 60, *pars III, quaest.* XCIX, *pars I*, nn. 51-2, 232; nn. 53-7, 232-3.

⁶³ FOLLERIO, *Practica Criminalis*, cit. in nt. 14, rb. *Audiantur excusatores*, n. 7, 61; CARAVITA, *Super Ritibus*, cit. in nt. 50, *rit.* CCLXIX, ff. 155r-157r; cfr. anche Giovan Francesco SANFELICE, *Decisionum Supremorum Tribunalium Regni Neapolitani [...] Tomus Secundus [...]*, Neapoli, Excudebat Honofrius Savius, Sumptibus Francisci Balsami 1644, dec. CCXXXVII, n. 5, 175.

⁶⁴ Il procuratore non poteva esser convenuto mediante *actio iudicati*, mentre poteva esserlo il difensore intervenuto senza mandato (MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, tit. III, n. 252, 129); il difensore non poteva, dal suo canto, intraprendere l'*actio iudicati* contro il *dominus* (ivi, *pars II*, tit. IV *De Defensoribus*, n. 47, 191). La controparte disponeva della *procuratoria exceptio*, che poteva vertere sui soggetti (procuratore o costituente), sulla forma (mancanza di requisiti essenziali o di clausole, mandato generale in luogo di quello speciale) o sull'oggetto della procura (ivi, tit. III, nn. 318-28, 156-60). L'eccezione procuratoria, in quanto dilatoria, andava proposta *ante litem contestatam*, salvo se concernesse la nullità (ivi *pars II*, tit. III *De Procuratoribus*, nn. 330-1, 160-1). Di queste coordinate sarà debitrice la sistemazione di POTHIER, *Trattato del contratto di mandato*, cit. in nt. 7, cap. V, art. I, § 4, nn. 131-5, 375-6.

sione o rinunciando all'impugnazione (comportamento che lo rendeva *falsus procurator*) ovvero restando contumace o agendo con dolo. Pichler rammentava che dal procuratore giudiziale si pretendeva la *maxima diligentia*, che lo obbligava a rispondere anche di *culpa levissima*⁶⁵.

6. *Le preclusioni al procuratore in civilibus.*

Un'indiscussa *Repetitio* di Jacopo d'Arena riconosceva al procuratore giudiziale il diritto ad intervenire nella causa *civilis aut privata*, quand'anche quest'ultima derivasse *ex crimine*⁶⁶. L'insegnamento trovava ancora conferme nella letteratura seicentesca, a meno che motivazioni *justae et vehementes* non consigliassero la comparizione personale della parte⁶⁷.

La regola, come di consueto, era esposta all'erosione delle *limitationes*. La più rilevante riguardava le cause civili *arduae vel magni momenti*, per le quali si riteneva che il procuratore dovesse munirsi di mandato speciale⁶⁸. Alle cause ardue la dottrina

⁶⁵ Veit PICHLER, *Jus Canonicum practice explicatum, seu Decisiones casuum ad singulos Decretalium Gregorii Papae IX Titulos, et ad consuetum referendi Modum accommodatae [...]. Tomus Secundus*, Pisauri, Sed prostant Venetiis, Apud Nicolaum Pezzana 1758 [prima ed. 1728-34], l. I, tit. XXXVII *De procuratoribus*, dec. XXXVIII *De procuratore ad litem, faciente vel omittente aliquid in praejudicium causae, quaest. I*, 53-4; *quaest. III*, 55. Aveva escluso che il procuratore potesse rispondere alle *positiones* o confessare un delitto ROSBACH, *Practica Criminalis*, cit. in nt. 59, tit. I, cap. III, n. 51, 47. Quest'ultimo A., *Praxis civilis*, tit. XX *De mandato procuratorio*, n. 46, 118 pretende anch'egli *omnis diligentia, etiam exactissima* dal procuratore *ad judicia*, a pena di responsabilità per *culpa etiam levissima*.

⁶⁶ Jacopo d'ARENA, *Commentarij in universum Ius Civile [...]*, s.l., Petri Francisci Passerini Consili a Latere Serenissimi Ducis P. & 1541, *Repetitiones super Digesto Veteri*, rb. *De procuratoribus*, vb. *Servum quoque* [= D. 3.3.33.pr.], n. 5, f. 255v. Tra gli appigli nel *Corpus Iuris*, il primo indicato da Arena è C. 2.12.2. Il quattrocentesco florilegio del piemontese Goffredo Lanfranco BALBI, *Observationes nonnullarum in iure Decisionum, causidicis ac iuristudiosis magno usui futurae. Hoc aureum iam opusculum ex integro renascitur, Decisionum centurias quinque cum sextae fragmento continens*, Lugduni, Apud Iacobum Giunta 1546, *Cent. I*, dec. XLIII, 21-2 connette alla costituzione del rappresentante l'inequivoca volontà dell'attore di *litigare per procuratorem*.

⁶⁷ MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, tit. III, nn. 71-2, 59-60: l'eccezione poggiava su C. 2.12.26 e C. 1.12.6.3.

⁶⁸ SORGE, *Jurisprudentia*, cit. in nt. 20, I, cap. XI *De Mandato*, n. 28, 126.

napoletana assimilava quelle feudali, in ragione non solo dell'obiettiva complessità di contenuto, ma anche perché paragonabili a controversie di *status*, essendo il feudo – l'osservazione si deve a Sorge – una forma di schiavitù⁶⁹. Sulla concreta identificazione delle cause *magni momenti* non vi era, ovviamente, concordia. Se la Rota Romana si riservava le liti eccedenti il valore di 500 scudi proprio perché *magna*, per altri aspetti la dimensione andava commisurata ai litiganti o, come voleva Menochio, rimessa all'arbitrio del giudice⁷⁰. Per una curiosa coincidenza, i due più risalenti repertori a stampa della giurisprudenza meridionale (quelli di Matteo d'Afflitto e di Antonio Capece) fanno leva proprio sulla natura *ardua* delle due controversie esaminate per dispensare i notabili che non si erano presentati nei rispettivi giudizi dall'onere di nominare quanto meno un procuratore⁷¹.

Nel complesso, la letteratura giuridica moderna sembra sostanzialmente consentire, nei processi civili, quella intermediazione del rappresentante guardata invece con sospetto nel penale. È significativo che, con riguardo alla *causa separationis tori*, de Rossi rintracci nel *Liber Extra* (X. 1.38.5) l'origine della di-

⁶⁹ SORGE, *Enucleationes*, cit. in nt. 39, I, cap. IX, n. 5, 48 (lo spunto è tratto da un *consilium* di Fabio d'Anna).

⁷⁰ Stefano GRAZIANO, *Disceptationum Forensium Iudiciorum [...] Tomus Primus. In quibus quae in controversiam quotidie veniunt secundum Doctorum receptas sententias, et veram praxim praecipue Sacrae Rotae Romanae definiuntur [...]*, Coloniae Allobrogum, Apud Petrum Albertum 1622, cap. CXLV, nn. 37-9, 353, con riferimento a MENOCHIO, *De arbitrariis*, cit. in nt. 19, I, II, cent. I, casus LXXII, n. 10, 229.

⁷¹ D'AFFLITTO, *Decisiones*, cit. in nt. 55, dec. L, nn. 1-5, 116-7 racconta che il Sacro Regio Consiglio napoletano diede ragione ad un catalano, tale Raimondo, il quale protestava perché, all'epoca dell'occupazione francese di Carlo VIII, non gli era stata accordata una dilazione in una causa di pagamento degli interessi, sebbene fosse nota l'ostilità dei transalpini verso i catalani e dunque comprensibile il suo timore a recarsi in tribunale. I giudici riconobbero che Raimondo non aveva l'obbligo di costituire un procuratore, giacché la causa per interessi era per l'appunto *ardua*. Pochi anni dopo, ANTONIO CAPECE, *Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani [...]. Quibus in hac nostra secunda aeditione Vota, quae deerant, et quatuor Decisiones, nusquam alias impressas addidimus [...]*, Venetiis 1564, dec. CXXIII, n. 1, ff. 102v-103r illustrava una *decisio* palermitana originata da una controversia feudale tra Antonio di Santa Pace e suo nipote il marchese di Licodia: per stabilire se il marchese, inviato dal re a Napoli, fosse obbligato a nominare un procuratore, Capece rilevò, tra l'altro, il carattere *arduo* della lite, che avrebbe potuto dispensare il titolato dall'onere di farsi rappresentare.

stinzione tra azione criminale, vietata al procuratore, e l'azione *mixta* di *separatio tori*, rispetto alla quale, dinanzi al giudice ecclesiastico, potrebbe agire *per procuratorem* – purché *necessitas id postulaverit* – il marito che accusa la moglie di adulterio al fine di abbandonare il tetto coniugale. D'altronde, riflette il giurista alessandrino sulla scia di Baldo, la *separatio tori est multum dolorosa, dura sicut mors* e costosa perché comporta la perdita della dote⁷²: meglio incaricare qualcuno – sembra sottintendere de Rossi – che risparmi al coniuge tradito almeno il trauma del processo.

7. *Il procuratore in criminalibus.*

L'intervento del procuratore *in criminalibus* rappresenta una *materia* per Bartolo *profunda*, per Alberico da Rosciate *subtilis*, per Paolo di Castro *utilis, periculosa* e *confusa*: così la seicentesca *Practica* di Rosbach introduce l'intricato argomento⁷³. Il dilemma – a detta del bolognese Ippolito Marsili – si poneva *quotidie quasi in omni iudicio* criminale e alimentava pareri scritti e a voce⁷⁴, come pure una *repetitio* di Mariano Soccino così prolissa – ironizza Egidio Bossi – *ut stomachum moveat*⁷⁵.

⁷² DE ROSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 3, nn. 233-4, 104-5. Il tema era stato esaminato da Tancredi, come ricorda PASCIUTA, *Per una storia*, cit. in nt. 8, 172.

⁷³ ROSBACH, *Practica criminalis*, cit. in nt. 59, tit. I, cap. III *De procuratoris et defensoris in causis criminalibus potestate*, pr., 34. Uno degli autori richiamati è Paolo DI CASTRO, *In Primam Digesti Veteris partem Commentaria*, Venetiis, Apud Iuntas 1575, in l. *servum quoque*, ff. *de procuratoribus*, § *publice*, nn. 3-6, ff. 90r-v.

⁷⁴ IPPOLITO MARSILI, *Practica criminalis [...] Averolda nuncupata [...]*, Venetiis, Ex Typographia Bartholomaei Rubini 1574, § *Sequitur*, pr., f. 182r. La frequenza delle richieste di parere è testimoniata anche da FARINACCI, *Praxis*, cit. in nt. 60, *pars III, quaest. XCIX, pars I*, pr., 226.

⁷⁵ EGIDIO BOSSI, *Tractatus varii, qui omnem fere Criminalem materiam excellenti doctrina complectuntur, et in quibus plurima ad Fiscum, et ad Principis auctoritatem, ac potestatem, necnon ad vectigalium conductiones, remissionesque pensionum pertinentia diligentissime explicantur [...]*, Venetiis, Apud Ioan. Baptistam Hugolinum, et Hugolinum, fratres 1584, tit. *An in criminalibus iudicijs, quis possit pro absente intervenire*, n. 1, ff. 267r-v. Alla *Repet.* 'Veniens' di Soccino accenna già MARSILI, *Practica*, cit. in nt. 74, § *Sequitur*, pr., f. 182r.

La questione, scindibile nei due quesiti *an in criminalibus procurator admittatur* e *an in criminalibus quis pro absente intervenire possit*⁷⁶, si presentava complessa perché gli stessi passi del diritto comune che vietavano al procuratore l'accesso alle cause criminali (il § *Ad crimen* di Papiniano [D. 48.1.13.1]; il rescritto *Reos* di Alessandro Severo [C. 9.2.3]; la decretale innocenziana *Veniens* [X. 5.1.15]) aprivano le porte all'*excusator*.

Dal lato 'attivo', cioè nella prospettiva dell'accusatore, la criminalistica ammetteva – seppur con qualche distinguo – che questi potesse farsi sostituire da un procuratore nelle cause penali. La *ratio* di tale concessione veniva individuata nel superamento della legge del taglione: la desuetudine della vendetta avrebbe infatti consentito alla parte ingiustamente accusata e poi vincente in giudizio di rivalersi sull'eventuale calunniatore⁷⁷.

Molto più tormentata, come onestamente avverte il de Rossi, appariva invece la speculare facoltà *ex parte inquisiti* di nominare un procuratore. Laddove Bartolo, facendo leva sul § *Ad crimen*, aveva ritenuto che l'interventore nel *crimen iudicii publici* agisce non come procuratore bensì *tanquam excusator et instructor*, e dunque a favore dell'assente, la criminalistica moderna cominciò a chiedersi se non dovessero, piuttosto, prevalere l'esigenza di garantire all'inquisito la facoltà di difendersi personalmente e quella, convergente, del giudice di procedere al-

⁷⁶ La prima formula denomina un'intera *quaestio* di CLARO, *Liber Quintus*, cit. in nt. 58, § *Fin., quaest. XXXII*, 297-303. La seconda si trova in BOSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 75, tit. *An in criminalibus iudicijs* etc., ff. 267r-v.

⁷⁷ L'ammissibilità del procuratore *ex parte accusatoris* è data per acquisita, e collegata all'abolizione del taglione, da CARAVITA, *Super Ritibus*, cit. in nt. 50, rit. CVIII, n. 4, 64r; CLARO, *Liber Quintus*, cit. in nt. 58, § *Fin., quaest. XXXII*, nn. 1-3, 298; FARINACCI, *Praxis*, cit. in nt. 60, *pars III, quaest. XCIX, pars I*, n. 6, 227; MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, tit. III, n. 166, 92; ivi, n. 147, 86; WESENBECK, *Commentarii*, cit. in nt. 12, *ad D. 3.3.*, § 5, 86. Possibilista DE ROSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 3, n. 49, 37. Alquanto equivoca, ma tendenzialmente contraria, la posizione di ROSBACH, *Practica criminalis*, cit. in nt. 59, tit. I, cap. III, n. 7, 35; e ivi, n. 287, 136 (cfr. però ivi, n. 29, 39-40). Più problematico MENOCHIO, *De arbitrariis*, cit. in nt. 19, I, *quaest. LXXIX*, nn. 1-19, 107-8, che dapprima ripropone l'argomento del taglione, poi propende nel senso di eccettuare la facoltà, per l'accusa, di valersi del procuratore nei giudizi pubblici e quasi pubblici, nelle azioni da crimini privati (furto, ingiuria etc., in ragione del rischio d'una pena corporale), nelle azioni di *status* (nelle quali un'eventuale punizione del procuratore in luogo dell'accusatore andrebbe *contra rationem naturalem*).

l'*inspectio* diretta del reo tesa a scrutarne *trepidatio, color* e *vultus*⁷⁸.

La parabola tracciata, in proposito, dai maestri cinquecenteschi (da Marsili a Claro, per esemplificare) conduce al progressivo ripudio della rappresentanza giudiziale *in poenalibus*.

Marsili sposa ancora la tesi di Bartolomeo da Saliceto secondo cui il procuratore del detenuto potrebbe, quanto meno *ut nudus minister*, fornire qualche risposta o produrre testi; o la proposta di Baldo di concedere al reo il beneficio della procura laddove non sussistano indizi legittimamente provati. Il giurista bolognese recepisce poi dal quattrocentesco *consilium* 215 di Ludovico Pontano «Romano» il parallelismo tra procuratore e scomunicato: la mancata opposizione alla comparizione dell'uno e dell'altro determina la sanatoria del giudizio⁷⁹.

Egidio Bossi, d'una generazione più giovane di Marsili, denota un primo irrigidimento. A suo avviso, rientra nella discrezionalità del giudice respingere il procuratore (convocando invece la *persona principalis legalior*) persino nei casi in cui la legge gli consentirebbe d'intervenire⁸⁰.

L'ultima considerazione si ritrova in un passo di Giulio Claro che merita d'esser sottolineato per la beffarda ironia, dietro la quale si cela una svolta epocale.

Il giurista alessandrino premette che la legislazione statutaria ha ovunque equiparato il contumace al reo confesso e convinto, esponendolo quindi al pericolo della condanna definitiva: e i tribunali italiani sono soliti ricorrere a sanzioni anche estreme. La *communis opinio* vorrebbe che in tal caso – ossia quando si rischia la condanna definitiva – il reo possa servirsi del procuratore. Ma se così fosse, obietta Claro, si accorderebbe ai procuratori un *absurdissimum* e generalizzato permesso di paralizzare i processi *cum suis cavillationibus*: ne uscirebbe distrutta *tota prac-*

⁷⁸ DE ROSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 3, n. 50, 38 (complessità della questione *ex parte inquisiti*); ivi, nn. 61-5, 41-2 (dissenso da Bartolo).

⁷⁹ MARSILI, *Practica*, cit. in nt. 74, § *Sequitur*, nn. 3, 7, 9-10, ff. 182v-183v.

⁸⁰ BOSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 75, tit. *An in criminalibus iudicijs* etc., n. 2, f. 267v.

tica criminalis. Non resta allora, ad avviso del senatore di Milano, che riservare al giudice il potere di chiedere la comparizione personale del reo, salvo il diritto del procuratore di essere ascoltato non, però, per difendere la *causa absentis* bensì solo per esporre le *causae absentiae*⁸¹.

L'opera di Claro è notoriamente considerata la consacrazione dell'*inquisitio* negli assetti giudiziari d'età moderna⁸². Nel Cinquecento, perciò, entra definitivamente in crisi la tesi, formulata dall'Ostiense, secondo cui, quando si procede *per viam inquisitionis*, sarebbe sempre possibile istituire un procuratore: ormai all'*accusatio* è subentrata l'*inquisitio* e le preclusioni valide per l'una si applicano anche all'altra. Né regge l'argomento di Alberico da Rosciate, secondo cui ci si potrebbe far sostituire davanti all'inquisizione canonica perché quest'ultima non eroga pene cruente: in realtà, si obietta nel secolo XVI, i giudici ecclesiastici rimettono l'eretico alla curia secolare, che provvede eventualmente a somministrare la *poena sanguinis*⁸³.

Pur attraverso l'estenuante bilanciamento di *ampliationes* e *limitationes*, la letteratura giurisprudenziale cinquecentesca, specie quella contigua ai tribunali supremi, avalla la pretesa 'inquisitoria' dei magistrati che il reo si presenti personalmente nei processi criminali⁸⁴. Gli argomenti spesi a supporto di questa coerci-

⁸¹ CLARO, *Liber Quintus*, cit. in nt. 58, § *Fin., quaest.* XXXII, n. 11, 300. L'A. non dubita che il procuratore non possa in alcun modo sostituire il reo nell'interrogatori o nei tormenti (ivi, n. 16, 301). Nella stessa ottica, egli polemizza (*ibidem*) con la prassi – censurata dal Senato di Milano – di accogliere procuratori sprovvisti di mandato. Qualche decennio prima, DE ROSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 3, n. 153, 69 aveva evocato la regola vigente nel Ducato di Milano per cui il contumace era considerato *pro confesso et convicto*, ma eccezionalmente sarebbe potuto comparire *quilibet*, anche un *extraneus*, per dimostrarne l'innocenza.

⁸² Ettore DEZZA, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*. I: *Edizione ad uso degli studenti*, Giuffrè, Milano 1989, 32-42.

⁸³ DE ROSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 3, n. 158, 71 (e ivi, n. 80, 46); ROSBACH, *Practica Criminalis*, cit. in nt. 59, tit. I, cap. III, n. 105, 63.

⁸⁴ CAPECE, *Decisiones*, cit. in nt. 71, dec. CXLIII, n. 8, f. 132v definisce (probabilmente nel secondo decennio del Cinquecento) *clarum* che il giudice, nei processi criminali nei quali potrebbe legittimamente comparire il procuratore e cioè quelli *infra relegationem*, possa pretendere la comparizione personale del reo *ad obviandum malitiae*. Ancor più netto (come si è visto *supra*, nt. 81) CLARO, *Liber Quintus*, cit. in

zione suonano ripetitivi⁸⁵: la necessità di colpire direttamente gli *authores* del reato, se del caso con tortura, e di eseguire le sentenze al fine di non fomentare l'impunità; il timore che la procura diventi una sorta di rifugio nella chiesa di Sant'Antonio e renda elusorio il processo; l'esigenza che il giudice decifri *ex vultu, aspectu, qualitate personae, constantia, trepidatione* e da altri elementi esteriori la coscienza del delinquente⁸⁶. Considerazione, quest'ultima, attribuita a Bartolo⁸⁷ e che sembra anticipare alcune riflessioni 'chiovendiane' a sostegno dell'oralità del processo civile, oltre che la *vulgata* tardo-illuministica⁸⁸.

In realtà, l'insofferenza dei 'moderni' verso la procura giudiziale *in criminalibus* affonda in matrici ideologiche più profonde. Sbarazzarsi di ogni forma di mediazione o di rappresentanza, stabilire un rapporto diretto tra il giudice e la persona fisica dell'imputato significa esaltare la funzione del processo come strumento approntato ad *eruedam veritatem*⁸⁹.

nt. 58, § *Fin., quaest.* XXXII, n. 11, 300. Quanto alle ampliamenti e limitazioni, è esemplare il percorso argomentativo seguito da DE ROSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 3, n. 57, 40; ivi, n. 200, 93 nel vagliare la tesi di Bartolo relativa alla presenza del procuratore nei processi che sfociavano in condanne *ultra relegationem*.

⁸⁵ Li si trova anticipati da Bartolomeo CIPOLLA, *Consilia criminalia [...]. Nuper diligentissime ex manuscripto exemplari ipsius Authoris recognita et emendata [...]*, Lugduni, opera probi viri Benedicti Sonny ac impensis honesti viri Jabobi de Giunta florentini 1540 [= ed. 1543], *cons.* XLV, n. 2, f. 117r.

⁸⁶ MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, tit. III, nn. 143-4, 85-6 (persecuzione degli effettivi autori del reato); FARINACCI, *Praxis*, cit. in nt. 60, *pars* III, *quaest.* XCIX, *pars* I, n. 247, 257 (tortura); ivi, nn. 1-2, 226 (esigenze esecutive); DE ROSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 3, n. 51, 39; ROSBACH, *Practica criminalis*, cit. in nt. 59, tit. I, cap. III, nn. 33-4, 41 (confugio in chiesa); DE ROSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 3, n. 65, 42; ivi, *Interpretatio*, n. 16, 166; Lorenzo PRIORI, *Prattica criminale*, in *L'amministrazione della giustizia penale nella Repubblica di Venezia (secoli XVI-XVIII). I. Lorenzo Priori e la sua Prattica Criminale*, a cura di Giovanni Chioldi e Claudio Povo, *Della citazione*, 31; MANZ, *loc. cit.* in questa nt., n. 146, 86 (controllo dell'emotività dell'imputato; scettico su questo argomento ROSBACH, *loc. cit.* in questa nt., n. 41, 43).

⁸⁷ CAPECE, *Decisiones*, cit. in nt. 71, dec. CXLIII, n. 5, f. 131v; Giovan Battista BAIARDI, *Additiones* a CLARO, *Liber Quintus*, cit. in nt. 58, *quaest.* XXXII, *add.* f. n. 10, 304; FARINACCI, *Praxis*, cit. in nt. 60, *pars* III, *quaest.* XCIX, *pars* I, n. 246, 256.

⁸⁸ Giuseppe CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile. Le azioni, il processo di cognizione. Opera premiata dall'Accademia dei Lincei per le scienze giuridiche* [1923]. Rist. anast. con prefazione del prof. Virgilio Andrioli, Jovene, Napoli 1980, 682.

⁸⁹ Inserendosi nella dibattuta questione se il procuratore possa intervenire in giudizio *pro carcerato*, DE ROSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 3, nn. 109-119, 53-6; n. 125, 60

La rilevanza ‘politica’ di questo obiettivo è confermata dalla circostanza che, mentre nei giudizi criminali *pubblici* la presenza del procuratore era recisamente esclusa, nei processi criminali *privati* essa era, di norma, tollerata purché la condanna non superasse la relegazione⁹⁰. Dibattuta era la possibilità di farsi rappresentare nelle *actiones famosae* e nell’*actio iniuriarum*⁹¹, oppure nei processi risolti da una pena arbitraria⁹². La fungibilità patri-

conclude che i giudici *prudentes* consentono al detenuto di presentarsi in giudizio *personaliter* per rispondere alle *positiones* con il *verbum veritatis* e non con la parola *credo*: ciò consente di perfezionare le indagini e di *eruerе veritatem*. Già Bartolo, rileva CAPECE, *Decisiones*, cit. in nt. 71, dec. CXLIII, n. 5, f. 131v, aveva evidenziato come la *veritas* emerga *ex aspectu*.

⁹⁰ Per MENOCHIO, *De arbitrariis*, cit. in nt. 19, *quaest.* LXXX, n. 5, 112, quando il crimine è pubblico, il procuratore del reo non può intervenire, anche se la pena fosse pecuniaria (l’A. dedica ampio risalto al rapporto tra tipologia della pena e ammissibilità del procuratore). Per FARINACCI, *Praxis*, cit. in nt. 60, *pars* III, *quaest.* XCIX, *pars* I, nn. 20-1, 228-9 l’intervento del procuratore non è consentito nei crimini privati allorché la pena superi la relegazione o si controverta di pena corporale lieve, come la fustigazione. Così anche BOSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 75, tit. *An in criminalibus iudicijs*, etc., n. 1, ff. 267r-v; WESENBECK, *Commentarii*, cit. in nt. 12, *ad D.* 3.3., § 5, 86; BACHOFF, *Annotationes*, cit. in nt. 13, *ad D.* 3.3, *annot.* cc, 128; MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, tit. III, nn. 149-51, 86-7. Diversa sembra l’impostazione di d’ARENA, *Commentarij*, cit. in nt. 66, *Repet.* a D. 3.3.33.pr., nn. 1-2, ff. 255r-v. Il limite della relegazione, che un frammento ulpiano (D. 49.9.1) fissava invero per le cause d’appello, è chiaramente enunciato per tutti i processi criminali da Bartolomeo CIPOLLA, *Tractatus cautelarum, tam in schola quam in foro apprimе utilis. Cum Praefatione Job. Fichardi Jurisconsultis de recto vero que cautelarum usu. Huic Editioni primum subiuncta est Henrici Brenkmanni, Jurisconsulti De Eurenaticis, Diatriba: sive, In Herennii Modestini Librum [...] Commentarius. Editio Caepollae tertia, et Brenkmanini secunda*, Lausannae et Genevae, Sumptibus Marci-Michaelis Bousquet et Sociorum 1742, *caut.* XCV, n. 1, 65. D’accordo, salva la facoltà di giustificare l’assenza del reo, ROSBACH, *De mandato procuratorio*, n. 9, 114; e il canonista bavarese PICHLER, *Epitome*, cit. in nt. 10, l. I, tit. XXXVIII, n. 4, 243 (ai sensi di D. 48.1.13.1).

⁹¹ WESENBECK, *Commentarii*, cit. in nt. 12, *ad D.* 3.3., § 5, 86; BACHOFF, *Annotationes*, cit. in nt. 13, *ad D.* 3.3, *annot.* ee e gg, 129; PICHLER, *Epitome*, cit. in nt. 10, l. I, tit. XXXVIII, n. 4, 243. L’*actio iniuriarum*, come sancisce una costituzione diocleziana [C. 9.35.7], è privata, e tuttavia il procuratore non vi si ammette se non *pro illustribus* [C. 9.35.11]: d’ARENA, *Commentarij*, cit. in nt. 66, *Repet.* a D. 3.3.33.pr., nn. 3-4, f. 255v; MENOCHIO, *De arbitrariis*, cit. in nt. 19, I, *quaest.* LXXX, n. 131, 122; MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, tit. III, n. 164, 91-2; SCHNEIDeweIN, *Commentarii*, cit. in nt. 4, *ad Inst.* 4.4.10, n. 10, 32. Riflette sull’estensione a vescovi e prelati della regola concernente gli *illustres* DE ROSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 3, n. 219, 101.

⁹² DE ROSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 3, n. 276, 121 esclude che, quando il giudice può spingere l’*arbitrium* sino alla condanna capitale, il procuratore possa intervenire. Per CLARO, *Liber Quintus*, cit. in nt. 58, § *Fin.*, *quaest.* XXXII, n. 8, 299 quando la pena è *arbitraria* il procuratore può essere ammesso solo se, per prassi, non si suole commi-

moniale della parte soccombente rendeva plausibile la procura nei processi criminali che sfociavano in una pena pecuniaria, come del resto riconosceva esplicitamente un frammento ulpiano [D. 49.9.1]⁹³.

Proprio da una contestata pena pecuniaria trae origine una pronuncia napoletana di metà Seicento repertoriata dal Sanfelice, che esprime l'inequivoco sfavore delle magistrature supreme verso l'ammissione del procuratore *in poenalibus*.

Citato in giudizio con l'accusa d'essersi intrattenuto fuori città con una *scenica mulier* contravvenendo ad un ordine vice-reale, Marcantonio Colonna, principe di Galliciano, inviò davanti ai giudici un procuratore con mandato generale *ad omnes causas etiam criminales*. Questi pretendeva di essere ascoltato: non solo perché l'atto di citazione recava una formula (*legitime compareat*) tipica delle cause civili (nelle quali, perciò, il procuratore era di norma ammesso), ma anche per il carattere pecuniario della sanzione prospettata. La Vicaria, delegata a decidere, rilevò invece la natura penale del processo: sicché estromise il procuratore e condannò il Colonna in contumacia. La pronuncia *non placuit* al Sanfelice: non solo per i motivi addotti dal procuratore del principe, ma anche sul presupposto che, se il frammento ulpiano *Publice* [D. 3.3.33.2] ammetteva l'intervento spontaneo del *defensor* volto

nare una sanzione afflittiva. Secondo MENOCHIO, *De arbitrariis*, cit. in nt. 19, *quaest.* LXXX, nn. 65-72, 117-8 il procuratore non può accogliersi quando lo statuto fissa una pena arbitraria: ma il giurista pavese distingue a seconda che l'*arbitrium* dipenda dal *petitum* dell'accusatore ovvero dall'opzione dell'accusato per una pena corporale; solo nella seconda ipotesi la nomina del procuratore sarebbe preclusa. Alcuni autori (FARNACCI, *Praxis*, cit. in nt. 60, *pars* III, *quaest.* XCIX, *pars* I, nn. 22 e 24, 229; MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, tit. III, n. 156, 88-9) escludono l'ammissibilità del procuratore nell'*actio iniuriarum* proprio sul presupposto del carattere arbitrario della pena.

⁹³ CLARO, *Liber Quintus*, cit. in nt. 58, § *Fin.*, *quaest.* XXXII, nn. 3-4, 298. Il procuratore era parimenti ammesso in caso di 'correzione' statutaria che comminasse, ad es., all'omicida una semplice multa: ivi, n. 7, 299; così anche DE ROSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 3, n. 279, 122; ROSBACH, *Practica Criminalis*, cit. in nt. 59, tit. I, cap. III, n. 178, 96. Della questione (affrontata già da Alberto da Gandino: PASCIUTA, *Per una storia*, cit. in nt. 8, 185) si occupa anche MENOCHIO, *De arbitrariis*, cit. in nt. 19, *quaest.* LXXX, nn. 14-74, 113-8. La dottrina esaminò pure l'ipotesi della sanzione edittale *mixta*: cfr., tra gli altri, BOSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 75, tit. *An in criminalibus iudicijs* etc., n. 5, f. 267v.

a scongiurare una condanna, *a fortiori* le porte si sarebbero dovute aprire al rappresentante munito di mandato⁹⁴. La sentenza della Vicaria fece, però, giurisprudenza nel Regno, dove ai procuratori si continuò a vietare d'intervenire nei giudizi criminali nei quali si prospettasse una mera pena pecuniaria⁹⁵.

8. *La giustificazione dell'assenza.*

Come rivela la *decisio* di Sanfelice appena esaminata, la scarsa propensione dei tribunali d'età moderna ad ammettere il procuratore *in criminalibus* collideva con i passi del *Corpus Iuris* (in particolare il rescritto *Reos* e il frammento *Publice*) che sancivano il diritto (rispettivamente, del procuratore e di chiunque) di presentarsi in giudizio per giustificare l'assenza dell'inquisito. Non che la letteratura dell'epoca negasse al contumace 'incolpevole' una qualche facoltà di difendersi⁹⁶: il timore, semmai, riguardava il rischio di dilatarla oltre misura, come aveva proposto Bartolo⁹⁷. Non a caso i dottori del Cinquecento, in esplicito dis-

⁹⁴ SANFELICE, *Decisiones*, cit. in nt. 63, dec. CCXXXVII, nn. 1-8, 174-5.

⁹⁵ SORGE, *Jurisprudentia*, cit. in nt. 20, I, cap. IX *De Procuratoribus*, n. 8, 95.

⁹⁶ Dal rescritto *Reos* (C. 9.2.3) e dal frammento *Publice* (D. 3.3.33.2), cui si aggiungevano talune norme di diritto 'patrio' (ad es., per il Regno di Napoli, il cap. *Post commissum a delinquente*) traevano un pieno diritto dell'assente ad avvalersi di un *defensor* o di un *excusator* DE ROSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 3, n. 164, 74, che invocava un vero e proprio interesse *reipublicae* alla difesa (ivi, *Interpretatio*, n. 19, 167); ROSBACH, *Practica Criminalis*, cit. in nt. 59, tit. I, cap. III, n. 192, 103, a cui parere, poiché la *defensio* appartiene al diritto naturale, non sarebbe stato valido uno statuto che non restituiva nei termini l'excusatore impedito dall'intervenire tempestivamente nel processo (identico il ragionamento svolto da DE ROSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 3, n. 299, 131 a proposito del *bannitus*); GOLINO, *De Procuratoribus*, cit. in nt. 3, *Pars II*, cap. I, nn. 29-31, 55; FARINACCI, *Praxis*, cit. in nt.60, *pars III, quaest. XCIX, pars I*, n. 230, 253-4, che cita riscontri dottrinali da Bartolo a Paolo di Castro sino allo *Speculum communium opinionum* di Jeronimo de Zeballos (1602-04).

⁹⁷ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In Primam ff. veteris Partem*, Venetiis, Apud Iuntas 1570, in *l. servum quoque, ff. de procuratoribus, § publice*, nn. 2-3, f. 106v aveva riferito D. 3.3.33.2 a qualsiasi ipotesi di comparizione per conto dell'assente, anche *sine mandato, ad ostendendum innocentiam*. Inserisce la posizione di Bartolo nel contesto della dottrina tre-quattrocentesca Diego QUAGLIONI, *Il diritto comune e la questione ebraica. Un consilium di Bartolomeo Cipolla*, in *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, a cura di Loredana Garlati e Tiziana Vettor, Giuffrè, Milano 2009, 77-9.

senso dalla *lectura* bartoliana, riferirono il § *Publice* e il rescritto *Reos* non più al semplice *excusator* o *instructor* dell'assente bensì al *procurator*⁹⁸.

Il discrimine tra le due tipologie d'interventori risiedeva nel mandato. Il procuratore ne era provvisto, mentre l'escusatore o istruttore non ne aveva bisogno giacché svolgeva una generica missione di *defensor*⁹⁹.

Le fisionomie dell'*excusator* e dell'*instructor* erano state plasmate dal tardo Commento su impulso della normazione statutaria. La letteratura moderna ne rispettò la sopravvivenza, descrivendole non senza sovrapposizioni e ambiguità. In linea di massima, l'*excusator* era colui che si affacciava nel processo per giustificare l'*absentia* forzosa¹⁰⁰. L'*instructor* si presentava, invece, ai giudici come *quilibet de populo* per 'istruire' l'innocenza del

⁹⁸ Marco Antonio BIANCHI, *Practica Criminalis [...]*, Venetiis, Ex Officina Stellae 1556, § *Verum quia*, n. 53, f. 21r sostiene che il § *Publice* vada interpretato come chiarimento del precedente D. 3.3.33.pr.: in altri termini, l'utilità pubblica della difesa dell'assente spiegherebbe perché anche il servo (da qui il vocabolo *quemvis*: inteso come libero o servo e non come 'chiunque') possa essere costituito procuratore. Quanto al rescritto *Reos*, se Bartolo aveva suggerito di applicarlo alla giustificazione dell'assente nelle cause capitali, BIANCHI, *Practica*, cit. in questa nt., n. 53, f. 21r sostiene che una simile esegesi viola la *litera* della norma: il testo severiano usa infatti il verbo *defendere*, tipico dell'attività del procuratore, e non *excusare*, che le fonti giustinianee adoperarono quando vogliono riferirsi alla giustificazione della contumacia. Analoghe le correzioni a Bartolo proposte da ROSBACH, *Practica criminalis*, cit. in nt. 59, tit. I, cap. III, n. 39, 42. Più vicino all'interpretazione bartoliana (propensa a ravvisare nell'interventore per l'assente un *instructor seu informator* piuttosto che un procuratore) si era professato DE ROSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 3, n. 261, 115.

⁹⁹ ROSBACH, *Practica Criminalis*, cit. in nt. 59, tit. I, cap. III, n. 275, 129.

¹⁰⁰ MENOCHIO, *De arbitrariis*, cit. in nt. 19, *quaest.* LXXX, nn. 83-91, 119; MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, tit. III, nn. 167-8, 92-4. CLARO, *Liber Quintus*, cit. in nt. 58, § *Fin., quaest.* XXXIV *Quae excusationes pro reis absentibus proponi possint*, nn. 1-2, 309 individua molteplici tipologie di assenza: *necessaria* e *probabilis* (cioè dipendente da *causa publica*), la quale impone di sospendere il processo; *necessaria tantum* (come nel caso del bandito), in presenza della quale il processo va avanti; *probabilis* (per *studium, mercatura, pellegrinaggio* etc.), che obbliga a fissare un termine *ad certiorandum et comparendum*. Analoga la classificazione tracciata da GOLINO, *De Procuratoribus*, cit. in nt. 3, *Pars I*, cap. III *Qui teneantur constituere Procuratorem*, n. 18, 15. Tra le motivazioni allegabili dall'*excusator* per l'assenza, Bartolo (ricorda DE ROSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 3, n. 301, 131) annoverava le inimicizie locali o l'insicurezza delle strade o una qualche *fortuita calamitas* come quella che aveva impedito a Gregorio XII di presenziare al concilio di Pisa. Cfr. anche MYSINGER, *Observationes*, cit. in nt. 19, *cent.* IV, *obs.* LVIII, n. 1, ff. 114r-v.

contumace che rischiasse una condanna definitiva¹⁰¹. Secondo la perspicace sintesi di Filippo Decio, ripresa dalla criminalistica successiva, la comparizione dell'*excusator* rispondeva ad una *publica utilitas*, mentre quella dell'*instructor* era assimilabile all'impegno del giudice e di qualsiasi altro *defensor* a tutelare l'innocenza¹⁰².

L'idea che la protezione dell'assente costituisca una sorta di dovere civico serpeggia nella giurisprudenza a stampa. Nei primi decenni del Seicento, il Consiglio Collaterale di Napoli riconobbe che l'amico o il parente potessero presentarsi in giudizio a giustificare la contumacia del *dominus* in quanto latori non di un *ius partis* bensì di un *ius publicum* consistente nel valore – consacrato dal § *Publice* – della difesa degli assenti¹⁰³.

Non era, tuttavia, un improbabile anelito garantistico a suggerire ai moderni criminalisti di tenere in vita l'*excusator* e l'*instructor*, quanto la consueta ossessione inquisitoria per la ricerca della verità¹⁰⁴. Un obiettivo al quale i *defensores* privi di mandato tornavano assai utili. Eccone qualche riprova.

Bossi confessa che, se gli si offrisse l'occasione, non esiterebbe ad ascoltare chi possa fornirgli informazioni processuali a

¹⁰¹ DE ROSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 3, n. 315, 135; CLARO, *Liber Quintus*, cit. in nt. 58, § *Fin.*, *quaest.* XXXIII *Excusator an admitti debeat in criminalibus causis*, n. 2, 307; MENOCHIO, *De arbitrariis*, cit. in nt. 19, *quaest.* LXXX, n. 96, 120.

¹⁰² Filippo DECIO, *In tit. ff. De regulis iuris, Cum additionibus D. Hieronymi Cuchalon Hispani, unaque recens analyticis adnotationibus D. Gabrielis Sarayna Iuriscons. Veronensis [...]*, Coloniae Agrippinae, Apud Ioannem Gymnicum, sub Monocerote 1598, § *Nemo alienae rei*, n. 3, 344. L'A. esclude perciò che chi si presenta nel giudizio criminale *allegando causas absentiae* sia tenuto a versare una cauzione. Concorda su quest'ultimo aspetto DE ROSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 3, nn. 296-7, 130. L'argomento di Decio è ripreso da ROSBACH, *Practica Criminalis*, cit. in nt. 59, tit. I, cap. III, n. 112, 65.

¹⁰³ Carlo TAPIA, *Decisiones Sacri Neapolitani Concilii [...]*, Neapoli, Ex Typographia Aegidij Longhi, Sumptibus Petri Antonii Reghae 1629, dec. XVII, nn. 1-3, 186. Il Collaterale concesse l'appello avverso un decreto della Vicaria che aveva negato la dilazione per la contumacia.

¹⁰⁴ ROSBACH, *Practica Criminalis*, cit. in nt. 59, tit. I, cap. III, n. 266, 124: come, rispetto all'imputato presente, confesso e condannato, il giudice è tenuto *ex officio* a ricercare la verità, così a maggior ragione tale sarà il suo dovere *in absente*. CLARO, *Liber Quintus*, cit. in nt. 58, § *Fin.*, *quaest.* XI *Quomodo procedatur via inquisitionis*, n. 1, 200 segnala che *de jure* l'inquisizione non dovrebbe procedere se non *contra praesentem*, ma per *consuetudo* agisce contro l'assente o il contumace.

dispetto di qualsiasi ordine, statuto o elucubrazione dottrinale. Il giurista milanese registra peraltro la difformità tra lo statuto di Firenze (citato per il tramite di Decio), che obbliga in ogni caso l'inquisito a costituirsi personalmente, e la *practica* lombarda non altrettanto rigorosa¹⁰⁵.

Ancor più 'machiavellico', Marsili consiglia a chi voglia *adiuvare amicum suum inquisitum* di utilizzare uno dei due canali alternativi suggeriti da una *cautela* di Bartolomeo Cipolla: chiedere segretamente al giudice inquirente di sentire *pro reo absente* gli eventuali testimoni a conoscenza della verità; oppure invocare la comparizione (in luogo del procuratore, inibito *in criminalibus*) d'un *quilibet de populo* che esponga le ragioni per cui l'inquisito andrebbe assolto (ad esempio, per aver legittimamente ucciso un bandito)¹⁰⁶. Secondo il giurista bolognese, tale *instructor ad ostendendum innocentiam*, aggirando i veti posti dagli statuti all'intervento del procuratore in giudizio, aiuterebbe il giudice a cercare d'ufficio le prove dell'innocenza. Tracce di questa figura Marsilio le ritrova sia nella legislazione statutaria lombarda, che pur equiparando i contumaci a *confessi et convicti* consentiva tuttavia a *quilibet* di giustificarne l'assenza e provarne l'innocenza; sia in un *consilium* di Mariano Soccino, il quale, eludendo i vincoli dello statuto di Siena, era riuscito a vincere per quattro volte un processo *per instructorem vel excusatorem*, sul presupposto che è interesse della *respublica* assolvere un colpevole piuttosto che condannare un innocente¹⁰⁷.

¹⁰⁵ BOSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 75, tit. *An in criminalibus iudicijs* etc., nn. 6-8, f. 268r.

¹⁰⁶ MARSILI, *Practica*, cit. in nt. 74, § *Sequitur*, n. 18, ff. 185r-v. CIPOLLA, *Tractatus cautelarum*, cit. in nt. 90, *caut.* XCV, n. 2, 65 aveva avvertito che chi può contare su un giudice inquisitore *amicus* o *non contrarius* può suggerirgli in segreto i nomi di testimoni in grado di deporre *pro absente secundum veritatem*; il giudice li interrogherà *ex officio suo* in virtù dell'obbligo (*ex D. 48.19.19*) di *inquirere de innocentia rei* e, se del caso, assolverà l'imputato.

¹⁰⁷ MARSILI, *Practica*, cit. in nt. 74, § *Sequitur*, nn. 43-7, ff. 191r-192v. Anche per DE ROSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 3, n. 152, 69, a dispetto dello statuto del Ducato di Milano, in giudizio può intervenire *quilibet*, anche *extraneus*, per mostrare l'innocenza del contumace.

In virtù d'una logica analoga, Farinacci rammenta ai giudici il dovere, a pena di responsabilità *in syndicatu*, di esaminare i testimoni indicati dall'*excusator*. Lo statuto dell'Urbe, aggiunge il giurista pontificio, obbliga i magistrati ad *investigare et indagare* anche *pro innocentia*¹⁰⁸.

Simili argomenti, per la verità, non avevano fatto breccia in Giulio Claro. Il giurista alessandrino aveva ammesso che il giudice deve *omnibus modis veritatem indagare* e cercare *ex officio* l'innocenza del reo. Aveva però espresso il timore che l'ingresso in pianta stabile dell'escusatore nei gangli del processo distruggesse *tota practica criminalis*, giacché avrebbe dissuaso gli imputati dal difendersi *personaliter* e dal presentarsi sottoponendosi all'interrogatorio o addirittura alla tortura. Stupito dal sèguito riscosso da una proposta così *absurda et ridenda*, Claro si era compiaciuto del fatto che, se qualcuno l'avesse avanzata nei tribunali del Ducato di Milano, avrebbe suscitato un'esplosione di risate¹⁰⁹.

In replica alle preoccupazioni di Claro, Farinacci riconosce che sarebbe *fatuus* il giudice che consentisse al *defensor* o *instructor innocentiae* di compilare il fascicolo, esaminare i testimoni o assumere iniziative analoghe. Il giurista romano non comprende tuttavia perché si dovrebbe impedire a tali soggetti di far mettere agli atti o di portare alle orecchie del giudice informazioni o testimonianze relative all'incolpevolezza dell'imputato: se i magistrati respingessero coloro che chiedono di *investigare veritatem* e che indicano un percorso per raggiungerla, a cosa servirebbero gli inviti rivolti dalle leggi e dai *libri legales* a ricercare con ogni sforzo l'innocenza dell'inquisito? Tanti preconcetti – confessa Farinacci – davvero *in caput meum non intrant*. Egli ritiene, viceversa, *fundatissima* la possibilità che il difensore e l'istruttore siano recepiti *ad aures*, anche in sede stragiudiziale, come d'altronde mostravano i numerosi successi da lui rivendi-

¹⁰⁸ FARINACCI, *Praxis*, cit. in nt. 60, *pars* III, *quaest.* XCIX, *pars* I, nn. 231-3, 254-5, con riferimento al l. II, cap. XVIII dello Statuto.

¹⁰⁹ CLARO, *Liber Quintus*, cit. in nt. 58, § *Fin.*, *quaest.* XXXIII, n. 2, 307.

cati nella lotta contro la delinquenza e nella contestuale salvaguardia degli incolpevoli¹¹⁰.

9. *La rappresentanza 'di sangue'.*

Excusator ed *instructor* non erano gli unici agenti *pro alio* ancora tollerati nelle aule penali dalla dottrina moderna. Alcuni legami di sangue o di *dominium* legittimavano tuttora la pretesa d'intervenire in giudizio senza vincolo di mandato.

Un classico banco di prova era costituito dalla fattispecie complessa del ferimento seguito da morte preterintenzionale del ferito. Sulle orme di Jacopo d'Arena¹¹¹, un fortunato *consilium* di Bartolomeo Cipolla s'interroga se, in un caso del genere, si possa consentire al padre del feritore di presentarsi a *defendere* suo figlio *tanquam pater et defensor et non tanquam procurator* e far valere un unico *articulum*: e cioè che la morte della vittima fosse

¹¹⁰ FARINACCI, *Praxis*, cit. in nt. 60, *pars* III, *quaest.* XCIX, *pars* I, nn. 239-41, 255; ivi, n. 264, 258. La posizione di Farinacci coincide con quella dell'umanista padovano Modesto Polanton, autore d'un parere ospitato nella raccolta del CIPOLLA, *Consilia criminalia*, cit. in nt. 85, *cons.* XLVII, nn. 10-1, ff. 121v-2r. Polanton aveva individuato nelle norme giustinianee una triplice *spes defensionis*: l'excusatore dell'assenza, senz'altro da ammettere nelle cause capitali (ai sensi del § *Ad crimen*); l'excusatore dell'innocenza, da escludere se intendeva assumersi la *plena defensio* e l'intero giudizio (§ *Ad crimen*), da ammettere se si comportava da *nudus defensor* limitandosi a fornire al giudice elementi utili alla ricerca della verità, compito cui il magistrato era comunque tenuto per non incorrere nella responsabilità da sindacato. Ad avviso di DE ROSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 3, n. 154, 69-70, il giudice, come deve ammettere i testimoni a fronte d'una spontanea confessione del reo, così, a maggior ragione, deve accoglierli se prodotti dal procuratore.

¹¹¹ D'ARENA, *Commentarij*, cit. in nt. 66, *Lectura super Digesto Novo*, rb. *De damno infecto*, vb. *Praetor ait* [= D. 39.2.7.pr.], n. 1, f. 144r aveva sostenuto che il *defensor* potesse, sì, intervenire a favore di colui che aveva inferito una ferita *mortifera*, ma a condizione che, in caso di sopraggiunta morte del ferito, il processo fosse poi invalidato. Il tema ritorna nella letteratura cinquecentesca. MARSILI, *Practica*, cit. in nt. 74, § *Sequitur*, n. 20, ff. 186v-7r è scettico anzitutto circa la possibilità di ammettere il procuratore nell'azione di ferimento: a suo avviso, l'evento-morte dovrebbe assorbire il reato (il *vulnus*) meno grave. Più avanti, il giurista bolognese (ivi, n. 41, f. 191r) propone (alla stregua del d'Arena) una comparazione *sub conditione* del procuratore, che resterebbe valida solo se si accerti che il *vulnus* non fu letale. Invece CLARO, *Liber Quintus*, cit. in nt. 58, § *Fin.*, *quaest.* XXXII, n. 10, 299-300, respinta l'ipotesi di una difesa *sub conditione*, predilige la prassi seguita nel Ducato di Milano di avviare il processo per *vulnus* in attesa del decorso.

stata causata da un'errata terapia (*mala gubernatio*) e non dal *vulnus*. Il giurista veronese invita ad interpretare le consuete *leges* del Digesto (*Publice* e *Ad crimen*) nel senso che esse ammettano in giudizio il padre, il *dominus* o l'abate allorché agiscano, rispettivamente, per il figlio, il servo o il monaco: costoro infatti, a ben vedere, si attivano ad entrare nel processo per un proprio diretto interesse (rispetto al genitore, in particolare, *nullus amor vincit amorem paternum*)¹¹².

A questo nucleo del *consilium* Cipolla aggiunge altre considerazioni. Il decesso del ferito costituisce un *factum alienum* rispetto all'inquisito e pertanto non vi è bisogno di studiare in sede processuale le reazioni emotive di quest'ultimo e di obbligarlo a comparire di persona. Inoltre, se *in civilibus* si usa ascoltare chiunque voglia *defendere* anche senza mandato al fine di permettere al giudice di *perquirere veritatem*, il principio vale a maggior ragione *in criminalibus*¹¹³. Va osservato peraltro, a riprova del mutamento di clima, che i criminalisti dei secoli successivi avrebbero senz'altro negato al procuratore la possibilità di presentarsi nel giudizio intentato per *vulnus mortale*, specie se l'assassino avesse agito intenzionalmente¹¹⁴.

La vicenda descritta dal Cipolla tematizzava la questione della liceità dell'intervento del congiunto. Una *chance* che autorevoli *doctores* attivi tra Cinque e Seicento continuarono ad accordare, sul presupposto – già adombrato nel *consilium* del giurista veronese – che i parenti, in realtà, compaiono in giudizio *ratione proprii commodi* e non quali procuratori in senso stretto¹¹⁵.

¹¹² CIPOLLA, *Consilia criminalia*, cit. in nt. 85, *cons.* XLV, nn. 1-4, ff. 117r-v. Un analogo parere di Cipolla (ivi, *cons.* LXXIV, ff. CLXVr-CLXVIr), che scioglieva positivamente il *dubium* se del beneficio della *defensio* paterna nelle cause capitali potesse giovare anche il padre ebreo, è oggetto dell'attenta disamina di QUAGLIONI, *Il diritto comune*, cit. in nt. 97, 71-84, specie per i profili connessi allo *status* religioso dei soggetti coinvolti.

¹¹³ CIPOLLA, *Consilia criminalia*, cit. in nt. 85, *cons.* XLV, nn. 4-10, ff. 117v-118r.

¹¹⁴ DE ROSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 3, n. 87, 47-8; CLARO, *Liber Quintus*, cit. in nt. 58, § *Fin.*, *quaest.* XXXII, n. 10, 300 (per la prassi milanese); ROSBACH, *Practica Criminalis*, cit. in nt. 59, tit. I, cap. III, n. 52, 47.

¹¹⁵ MENOCHIO, *De arbitrariis*, cit. in nt. 19, *quaest.* LXXX, n. 101, 120 (l'A. esclude l'intervento dei congiunti quando la lite deve essere ancora contestata; quando

Il *dominus* – aggiunge Farinacci nella medesima, cinica ottica – quando difende il servo protegge, di fatto, la *res sua*, come se difendesse un suo asino o una mucca; parimenti, un padre si spende per il figlio al fine egoistico di evitare un'esecuzione sul proprio patrimonio¹¹⁶.

Insomma, il diretto tornaconto costituiva una sorta di condizione per agire *in criminalibus* a favore dei congiunti. Così la Rota di Lucca accolse l'istanza presentata dai figli di un tal Michelangelo, omicida e contumace, i quali, anche alla luce del *consilium* XLV di Cipolla, chiedevano di comparire in giudizio perché temevano di essere a loro volta banditi e dunque impunemente uccisi, come stabiliva lo statuto cittadino: i giudici toscani riconobbero che gli istanti rivendicavano un interesse *proprio*, non patrimoniale ma, per così dire, fisico. In linea di principio – chiosava Magonio, d'accordo con Menochio – chi aspiri ad intervenire in un giudizio capitale *pro suo interesse* non può esserne respinto¹¹⁷.

Al di fuori di questa ipotesi, però, la giurisprudenza e la legislazione regia nel secolo XVI si orientarono nel senso di arginare le incursioni dei familiari in giudizio. Nel processo a Vincenzo de Benedictis, perseguito per lesa maestà a sèguito della ri-

il reo va torturato; e quando va proferita la sentenza: tre eccezioni confermate da Girolamo MAGONIO, *Decisiones caesarum Tam Rotae Florentinae, Quam Rotae Lucensis [...]*, Venetiis, Apud Sessas 1612, *Dec. Lucenses*, dec. XCIV, nn. 11-2, 247, che cita Menochio); FARINACCI, *Praxis*, cit. in nt. 60, *pars* III, *quaest.* XCIX, *pars* I, nn. 159-61, 245 (riguardo all'ammissione di padre, *dominus*, vescovo etc. giammai come procuratori ma come *instructores et defensores*). Analoghi spunti già in BOSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 75, tit. *An in criminalibus iudicijs* etc., n. 17, ff. 269r-v. Favorevoli alla difesa *per patrem* erano le magistrature della Repubblica di Venezia, come rivela la *Pratica* del Priori: Giovanni CHIODI, *Le relazioni pericolose. Lorenzo Priori, il senatore invisibile e gli eccelsi Consigli veneziani, in L'amministrazione della giustizia penale*, cit. in nt. 86, LV-LVI. Tali aperture permangono in MANZ, *De advocatis*, cit. in nt. 3, tit. III, n. 169, 94. Per la perdurante incidenza del «culto premuroso della *familia*» sulle dinamiche giudiziarie d'età moderna cfr. Marco BELLABARBA, *La giustizia nell'Italia moderna. XVI-XVIII secolo*, Laterza, Roma-Bari 2008, 101-4.

¹¹⁶ FARINACCI, *Praxis*, cit. in nt. 60, *pars* III, *quaest.* XCIX, *pars* I, nn. 154-7, 244.

¹¹⁷ MAGONIO, *Decisiones Lucenses*, cit. in nt. 115, dec. XCIV, nn. 2-6, 246; nn. 11-2, 247. Un tema analogo, con riferimento alla vicenda d'un *bannitus* pavese che chiedeva d'esser rappresentato in un giudizio criminale pubblico da un familiare, è accennato da DE ROSSI, *Tractatus*, cit. in nt. 3, n. 151, 68.

volta dello Squarcialupo (1517), si presentò *tanquam defensor* ai giudici la contessa sua moglie, senza mandato e vantando il mero diritto di reclamare l'innocenza dell'assente. L'avvocato fiscale ottenne, tuttavia, la comparizione coattiva del diretto interessato. A sostegno di questa soluzione, Antonio Capece, nel complesso ragionamento a corredo della *decisio*, dimostra come la necessità di purgare gli indizi e, in particolare, di irrogare la tortura giustifichi la decisione dei giudici di imporre la presenza del *principalis* sebbene il diritto comune sembri tollerare l'intermediazione del *defensor* a beneficio dell'assente¹¹⁸.

Alcune bolle pontificie del secondo Cinquecento dispongono che non siano ascoltati il padre per il figlio, l'abate per il monaco, il *praelatus* o il *dominus* per il subalterno, laddove si debba comminare una *poena sanguinis* o *judicis arbitraria*¹¹⁹. Dal suo canto, Claro irride la prassi, testimoniata per altri contesti da Marcantonio Bianchi, che consente al padre munito di mandato speciale di fornire precisazioni sulla dinamica del delitto tali da scagionare il figlio: nel Ducato di Milano simili soluzioni sarebbero *somnia*, perché al cospetto dei magistrati, di fronte alla minaccia della pena corporale, deve presentarsi il reo personalmente¹²⁰.

10. Il mandato giudiziale nell'età delle riforme.

In tema di mandato alle liti, la riflessione giusnaturalistica non arrecò un contributo 'dogmatico' più originale di quello de-

¹¹⁸ CAPECE, *Decisiones*, cit. in nt. 71, dec. CXLIII, nn. 1-3 e 7, ff. 131v-2r.

¹¹⁹ BAIARDI, *Additiones* a CLARO, *Liber Quintus*, cit. in nt. 58, *quaest.* XXXIII, *add.* n. n. 12, 308.

¹²⁰ CLARO, *Liber Quintus*, cit. in nt. 58, § *Fin.*, *quaest.* XXXIII, n. 5, 308. Nel 1577 il foro di Fivizzano aveva negato al congiunto la possibilità d'intervenire senza mandato nel processo: Borgnino CAVALCANI, *Decisiones Fori Fivizanensis aliorumque insignium Locorum Peregrinae, et Amabiles* [...]. *Nunc primum in lucem aedite*, Papiæ, Ex Officina Hieronymi Bartoli 1581, dec. XXIV, n. 1, 336 aveva spiegato che il marito può, sì, presentarsi in giudizio come *legitimus administrator* dei beni della moglie, ma qualora compaia come procuratore rimane tale ed è tenuto a *docere de mandato*. La giurisprudenza catalana del primo Seicento contestò questa soluzione e permise ai congiunti di agire senza mandato salvo ratifica *ex post*: CANCER, *Variae resolutiones*, cit. in nt. 30, *Pars* II, cap. XIV, *quaest.* XVI, nn. 137-42, 210.

lineato dalle sistematiche di Mynsinger, Gail, Wesenbeck, Manz. Pufendorf, affrontando in termini generici la questione dell'imputazione degli atti, torna più volte sugli *effectus morales* dell'agire per altri¹²¹. Leibniz (o chi per lui), nella *Ratio corporis iuris reconcinndi*, sceglie proprio il titolo *De Procuratoribus* del Digesto quale *specimen* della *perturbatio legum*, vale a dire la – a suo avviso – deplorabile collocazione tribonianea delle materie in un titolo unico ma *ordine confusissimo*. Lo *schema III*, collocato in appendice, prova a dipanare un filo logico tra le *leges* contenute nel titolo suddetto¹²².

Meno avaro d'indicazioni il titolo delle *Loix civiles* che Domat dedica a *procura, mandati e commissioni*. Il giurista di Clermont premette che non intende occuparsi «de' procuratori destinati per la formazione de' processi: perché le funzioni di quelli dipendono la più parte non dalla volontà di coloro che li costituiscono, ma dall'ordine giudiziario che non entra nel nostro piano». Egli precisa però che ai procuratori giudiziali si applicano le regole sul mandato negoziale quanto alle «incombenze» che debbono adeguarsi alla «volontà delle parti»¹²³.

Concentrandosi dunque sulla procura negoziale, Domat ricalca sul Digesto le definizioni di *procura* e *procuratore*. «La procura è un contratto col quale colui che non può egli stesso attendere a' suoi affari, dà ad altri l'autorità di farlo per lui, come se fosse egli stesso presente». «La convenzione da cui nascono gli obblighi tra il procuratore e colui che lo costituisce formasi

¹²¹ Samuel PUFENDORF, *Elementorum Jurisprudentiae Universalis Libri II. Denuo Ad Exemplar Hagae-Comitense impressi, Appendice de Sphaera morali aucti, Indicibusque locupletati*, Jenae, Sumptibus Johannis Meyer Bibliop., Typis Johannis Wertheri 1669, l. II, *axioma I*, § 8, 364-5.

¹²² (Gottfried Wilhelm LEIBNIZ ?), *Ratio corporis iuris reconcinndi*, in *Thesaurus iurisprudentiae iuvenilis. Opuscula, et institutiones celebrium quorundam iuriscultorum amplectens ad Solidam legum cognitionem adstruendam. Nunc primum in unum collecta. Tomus Primus. Iurisprudentiae discendi docendique, eiusdemque scienter pertractandi rationem continens*, Neapoli, Ex Typographia Mutiana 1754 (I ed. 1668), § 65, 127; ivi, *schema III*, 148-9. Sulla paternità dell'opera cfr. Italo BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Giappichelli, Torino 2002, 213, nt. 314.

¹²³ DOMAT, *Le leggi civili*, cit. in nt. 22, vol. II, l. I, tit. XV *Delle procure, de mandati, e delle commissioni*, 142.

quando si è accettata la procura», ovvero allorché il procuratore «abbraccia la commissione» o «la esegue», fondendo il suo consenso con quello del costituente. L'incarico può attribuirsi non solo a mezzo di procura formale ma anche di lettera o nunzio: l'accettazione o l'esecuzione generano la «convenzione» obbligatoria¹²⁴.

La figura del procuratore giudiziale viene invece relegata da Domat in una sezione marginale, ritagliata all'interno della trattazione sulle successioni. Ne emerge il ritratto d'un professionista che assume «a titolo d'ufficio» l'incarico di rappresentare le parti in giudizio, «esporre le loro ragioni, compilare e far giudicare il processo». E ciò per una duplice esigenza: il riguardo dovuto alla corte giudicante e il rispetto dell'«ordine che le parti ignorano». Un vantaggio, quest'ultimo, che si apprezza sin dal momento dell'elezione di domicilio. Primo dovere dei procuratori alle liti è dunque, per Domat, quello di «considerarsi come persone, che hanno sposato gl'interessi delle parti [...] ma scevri delle loro passioni, e capaci di domandar la giustizia colla moderazione e la decenza»¹²⁵.

Più articolato e problematico l'approccio al tema in Robert-Joseph Pothier. Mentre, infatti, nelle *Pandectae* la sezione riservata ai procuratori alle liti resta blindata entro stampi schiettamente romanistici¹²⁶, la disamina contenuta nel *Trattato del contratto di mandato* si presenta puntuale e parzialmente innovativa.

Qui Pothier qualifica il mandato come «un contratto per cui uno de' contraenti affida la cura d'uno o più affari, per amministrarli in suo luogo, in suo nome ed a suo rischio, all'altro contraente che ne assume gratuitamente l'incarico, e si obbliga a

¹²⁴ Ivi, tit. XV, sez. I, nn. 1-7, 142-3.

¹²⁵ DOMAT, *Le leggi civili*, cit. in nt. 22, vol. IV, l. III, tit. VII *Degli avvocati*, sez. III *Delle funzioni e de' doveri de' procuratori*, 472; ivi, nn. 1-2, 473.

¹²⁶ Nella sezione specifica sui procuratori alle liti, POTHIER, *Pandectae*, cit. in nt. 7, t. I, l. III, tit. III, sez. II, n. XI, 143-4, grazie all'incastro tra *iura* e *leges*, suddivide l'argomento in sette articoli: modalità di costituzione e tipologia delle liti; legittimazione attiva e passiva alla procura; requisiti del procuratore dell'attore; obblighi del convenuto; effetti del giudizio intrapreso dal procuratore; azioni tra procuratore e *dominus*.

rendergliene conto»¹²⁷. L'elemento d'identificazione risiede dunque nella *gratuità*, come prescriverà il § 662 del BGB, mentre nel *code Napoléon* (art. 1739) il mandato sarà gratuito solo se non vi è patto contrario. Pertanto, coerentemente con l'ottica giansenista che animava il celebre magistrato di Orléans, il contratto di mandato rientra tra quelli di «beneficenza», perché risponde a un interesse del solo mandante. E appartiene alla classe del *diritto delle genti*: «Esso si regola coi principii del diritto naturale: le leggi civili non lo hanno assoggettato ad alcuna forma o regola che gli sia particolare». È inoltre un contratto sinallagmatico *imperfetto* perché produce, almeno *ab origine*, la sola obbligazione (*mandati directa*) del mandatario; e consensuale, stipulabile anche tacitamente. «Il modo più ordinario col quale si fanno i contratti di mandato» è l'atto di procura, con cui il mandante dichiara di conferire ad un tale la facoltà di concludere un affare «per lui ed in suo nome». La procura è atto ricettizio, ma il mandato si perfeziona anche intraprendendo l'attività affidata¹²⁸.

Nell'apposito capitolo dedicato ad *alcune specie particolari di mandati e di mandatarij*, Pothier distingue tra procuratori *ad lites* e *ad negotia*. Egli definisce il mandato *ad litem* «un contratto per cui» chi intenta o si vede intentare una causa «affida la direzione della sua domanda, o della sua difesa [...] ad un patrocinatore che se ne incarica». Lo studioso non nasconde qualche perplessità etica. Il mandato alle liti, poiché il procuratore percepisce un salario, gli «sembra degenerare dalla natura del mandato, perché non è gratuito, né contiene un ufficio amichevole»: esso piuttosto – come già sostenne Coquille, uno degli *auttori* di Pothier – presenta affinità con la *locatio operis*. Eppure «prevalse l'idea» di incasellare l'incarico professionale entro gli stampi del

¹²⁷ POTHIER, *Trattato del contratto di mandato*, cit. in nt. 7, cap. I, sez. III, n. 1, 329.

¹²⁸ Ivi, nn. 2-5, 329-30; nn. 28-31, 339-40. La demarcazione tra mandato e procura riveste una qualche rilevanza pratica. Il procuratore, infatti, può iscriverne ipoteca sui beni del cliente insolvente non dalla data della procura, bensì dal momento dell'accettazione della stessa, perché solo allora si perfeziona il contratto di mandato (ivi, cap. V, art. I, § 5, nn. 133-5, 376). Sul giansenismo di Pothier cfr. BROCCHI, *Alla ricerca*, cit. in nt. 122, 152-3.

contratto di mandato. Pothier ne fa derivare che gli *onorarj* dei procuratori andrebbero imputati non a «mercede di servigj» venali ma «come una remunerazione che partecipa della natura di quelle che hanno diritto di esigere coloro i quali esercitano le arti liberali»¹²⁹.

Salvata così la coscienza, il *Trattato* costruisce il mandato alle liti sui rodati schemi elaborati dalla giurisprudenza moderna: il contratto è consensuale; può essere presunto. Al pari degli altri mandati, anche quello *ad lites* genera obblighi di diligenza e di rendiconto, nonché l'*actio contraria mandati* con cui il patrocinatore regola le pendenze economiche col cliente¹³⁰.

In conclusione, Domat e Pothier inquadrano il mandato alle liti entro categorie maturate sin dal tardo XVI secolo soprattutto nelle sistematiche olandesi e tedesche. Entrambi gli autori mantengono un serrato parallelismo tra mandato negoziale e giudiziale: una forzatura che sacrifica inevitabilmente la specificità funzionale del procuratore 'professionista', sempre più estraneo alle logiche dello stretto diritto privato.

11. *Considerazioni conclusive.*

L'alluvionale ma rapsodica riflessione dottrinale d'età moderna sulla *procuratio ad lites* si presta poco a considerazioni di sintesi. I percorsi intellettuali appaiono, per certi aspetti, incon-

¹²⁹ POTHIER, *Trattato del contratto di mandato*, cit. in nt. 7, cap. V, art. I, § 1 *Della natura del mandato ad litem*, nn. 123-5, 372-3.

¹³⁰ Ivi, § 3 *Come si contraggono i mandati ad lites, e della disapprovazione dei patrocinatori*, nn. 127-30, 373-5 (contratto consensuale e presunto); ivi, § 4 *Delle obbligazioni dei procuratori verso i loro clienti*, nn. 131-2, 375 (obblighi); ivi, § 5 *Delle obbligazioni dei clienti verso i loro procuratori; dell'ipoteca che si accorda ai detti procuratori, e della separazione delle spese a loro favore, che hanno diritto di ottenere nelle condanne*, nn. 133-5, 376 (*actio contraria mandati*). A propria tutela, il patrocinatore può trattenere gli atti processuali «che sono opera sua» (eccetto però la sentenza), ma non i documenti consegnatigli dal cliente, a pena di destituzione dall'ufficio comminata dall'*Ordonnance* di Carlo VII del 1453 (art. XLIV). Pothier si dilunga poi sul potere del procuratore di iscrivere ipoteca sui beni del cliente, sulla *separazione* delle spese processuali, sui termini di prescrizione dell'*actio mandati contraria*: ivi, nn. 136-8, 376-9.

ciliabili. Da un lato, la letteratura giurisprudenziale di taglio pragmatico, soprattutto nel versante criminalistico, si sente compressa tra un potere pubblico sempre più ostile al diaframma del rappresentante giudiziale e la sopravvivenza di figure stereotipate (l'escusatore, l'istruttore, il parente, l'amico) che pretenderebbero di continuare ad affacciarsi in giudizio per giustificare o addirittura difendere il contumace. Dall'altro, la giurisprudenza culta e le prime sistematiche partorite dall'*Usus modernus* descrivono un'identità del procuratore alle liti sempre più simile a quella del difensore tecnico: sicché l'analisi si concentra di gran lunga sui profili negoziali dell'istituto, trascurando quelli pubblicistico-processuali. Tale l'eredità dogmatica che perviene ai razionalisti sistematici francesi e che si rispecchia persino nelle argute pennellate di un cardinal De Luca¹³¹, mentre la letteratura settecentesca assimila procuratori e avvocati entro un ceto professionale sostanzialmente omogeneo del quale invoca un'urgente moralizzazione¹³².

Ancora nelle enciclopedie giuridiche del tardo Ottocento e del primo Novecento le voci *mandato alle liti* e *procura alle liti* scontano l'angusta specularità col mandato negoziale e la fitta trama di diritti, poteri, obblighi che ne consegue. Si dileguano il *pathos* e la fantasia con i quali i 'moderni' avevano provato a carpire la *ratio* profonda che spinge taluni a comparire *pro alio* nel teatro della giustizia.

¹³¹ Giovanni Battista DE LUCA, *Lo stile legale*. Premessa di Guido Alpa. Prefazione di Andrea D'Angelo. Introduzione di Aldo Mazzacane, il Mulino, Bologna 2010, cap. IX, nn. 10-13, 102-5 (ove si accomunano avvocati e procuratori nella schiera dei *causidici* attivi presso la Curia Romana) e cap. X, n. 2, 107 (ove si paragona il procuratore al *bracco* e l'avvocato al *levriero*).

¹³² Francesco RAPOLLA, *Commentaria de Jure Regni Neapolitani in quinque tomos distributa [...]. Tomus II Juris Publici Libros Tres posteriores continens. Editio quarta [...]*, Neapoli, Ex Typographia Ursiniana, Sumptibus Cajetanis Castellano 1778, pars I, l. IV, cap. VIII *De Advocatis, et Procuratoribus, eorumque examine, sive approbatione*, §§ IV-V, 63-4 si occupa, in un capitolo unitario, degli esami per avvocato e procuratore, deplorando che delle vecchie regole non sia rimasta neppure l'ombra.