

Marco P. Geri

Baratteria: vicende e fortune di un termine dal “senso non buono”

SOMMARIO: 1. Affioramenti - 2. Sulle acque del mare - 3. Emersioni: baratteria marittima, *baratarie de patron* - 4. Sull'onda: *baratteria* e assicurazione - 5. *Mare nostrum*: La *baratteria* in Italia al tempo dei codici - 6. *Mare clausum*: la proposta *tranchant* di Carrara - 7. Immersioni: la scomparsa in Italia e il codice della navigazione - 8. Altri affioramenti: dai *masters and mariners* alla *common barratry* e oltre.

ABSTRACT: The research investigate the story and the success of the headword *baratteria*, in all known meanings (*baratarie, barratry, common barratry, ecc.*) with which has been used in world of law, all having bad sense.

KEY WORDS: baratteria, barratry, bad sense in world of law.

1. Affioramenti¹

Al momento della stesura della *Commedia*, quando l'Alighieri levò² le sue invettive contro i lucchesi nel canto XXI dell'*Inferno*³, il termine *baratteria*⁴, per come lo intendeva e per come vi aveva avuto a che fare il sommo poeta, era in procinto di giungere timidamente nella pagina dei commentatori civilisti⁵. Intanto, nella Firenze di Dante s'era già fatto strada negli statuti e nelle deliberazioni delle magistrature, indicando comportamenti illeciti o almeno una cultura della gestione della cosa pubblica⁶ ampiamente disinvolta. Già a fine Duecento⁷ è documentabile un uso del

¹ Questo scritto è dedicato alla memoria di Pier Luigi Geri (1934-2016), che non poche volte si è trovato di fronte al “senso non buono” delle cose. Le pagine che seguono rendono conto di una prima serie di ricerche destinate a sfociare in una pubblicazione di più ampio respiro riguardante particolarità terminologiche maturate, decadute e conservatesi nell'esperienza giuridica medievale, moderna e contemporanea. Anche per questo motivo, in alcune parti dello scritto (es. contratto di assicurazione) si è scelto di ridurre al minimo il corredo bibliografico.

² “Nella bile sua”, dirà il lucchese F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella Regia università di Pisa. Parte speciale ossia esposizione dei delitti in specie, seconda edizione con aggiunte di note per uso della pratica forense*, IV, Lucca 1869, § 2317, p. 473.

³ D. Alighieri, *Divina commedia, Inferno*, canto XXI, vv. 37-42: “... O Malebranche, ecco un de li anzian di Santa Zita! [dove] ogn'uom v'è barattier, fuor che Bonturo...”. Suggestive, ma per le questioni giuridiche da valutare con cautela, sono le considerazioni di W. Sayers, *Dante's venetian shipyard scene (Inf. 21), barratry and maritime law*, in “Quaderni d'italianistica. Revue officielle de la société canadienne pour les études italiennes”, XXI (2001), pp. 57-79.

⁴ O *barattaria, baractaria, barataria* e altre varianti, realizzate dal *baratator, baraterius, baracterius, barraterius, baractero*.

⁵ Tace Alberico da Rosciate (*Dictionarium iuris tam civilis, quam canonici*, Venezia 1573) e il termine sembra comparire per la prima volta nella pagina di Bartolo quale “*novum nomen delicti, et novam speciem*” di illecito criminale: Bartolo da Sassoferrato, in l. *non omnia*, ff. *de publicis iudiciis* (D. 48.1), in *Bartoli a Saxoferrato omnium iuris interpretum antesignani commentaria*, VI (*Commentaria in secundam digesti novi partem*), Venezia 1602, n. 15, p. 138v.

⁶ In particolare a riguardo della corruzione del giudice: M. Lucchesi, *Giustizia e corruzione nel pensiero dei glossatori*, in “Rivista di storia del diritto italiano”, LXIV (1991), pp. 157-216. Per riferimenti di pertinenza alla pagina di glossatori e commentatori: G. Masi, *Il sindacato delle magistrature comunali nel XIV secolo*, in

termine nel senso appena indicato che, poi, trova eco sino agli statuti del 1415⁸. Identici riscontri, Siena⁹ e Bologna¹⁰ a parte, non si hanno invece per molte altre realtà cittadine italiane, dove negli statuti il termine è assente¹¹ o la sua comparsa è più tarda¹².

Fonti letterarie a parte¹³, che pure testimoniano la circolazione del termine anche più di quelle giuridiche, questa accezione del vocabolo tende a individuare non un illecito dai connotati più o meno ben delineati, ma un insieme di comportamenti (“omnes baractariae” dice lo statuto di Bologna ad esempio¹⁴), spesso affiancato da altri *nomina* di illeciti¹⁵ o da espressioni sinonimiche (*guadagneria* e *rivendaria* nelle carte

“Rivista italiana per le scienze giuridiche”, V (1930), p. 143. Recenti riflessioni sul problema in A. Landi, “*Iudex qui litem suam facit*”. *Sulla responsabilità del giudice nel diritto comune*, ora in Id., *Storia giuridica per futuri giuristi. Temi e questioni*, Torino 2015, pp. 29-41.

⁷ F. Bonaini, *Gli ordinamenti di giustizia del Comune e popolo di Firenze compilati nel 1293*, in “Archivio Storico Italiano”, n. s., I (1855), pp. 59-60; G. Salvemini, *Magnati e popolani*, Firenze 1899 (Ordinamenti di giustizia del 1295, § XXIV), p. 412; B. Barbadoro (cur.), *Consigli della Repubblica fiorentina*, I, Bologna 1921, pp. 55, 57; G. Pinto-F. Salvestrini-A. Zorzi (curr.), *Statuti della repubblica fiorentina editi a cura di Romolo Caggese*, Firenze 1999, I, *Statuto del Capitano del popolo degli anni 1322-25*, lib. I, rubr. I, p. 13; lib. I, rub. XLVIII, p. 38 e lib. I, rub. LIII, pp. 43 e 46; Ivi, II, *Statuto del Podestà*, lib. I, rub. I, p. 16; lib. III, rub. LXXXIII, p. 227; lib. III, rub. CXXXII, p. 258 e 261; lib. V, rubr. C, p. 387.

⁸ *Statuta populi et communis Florentiae publica auctoritate collecta, castigata, et praeposita anno salutis MCCCCXV*, Firenze 1777, I, lib. III, rubr. LXXVI, p. 292.

⁹ L. Zdekauer (cur.), *Il costituito del Comune di Siena dell'anno 1262*, Milano 1897, dist. I, rub. CCCCXIII, p. 152; F. L. Polidori, *Statuti senesi scritti in volgare ne' secoli XIII e XIV*, I, Bologna 1863, p. 210.

¹⁰ *Statuti di Bologna dall'anno 1245 all'anno 1267* a cura di L. Frati, Bologna 1877 (statuto del 1259, rub. CXXV, p. 386; statuto del 1262, CLXXXIII, p. 455).

¹¹ Nessuna traccia nello Statuto di Arezzo del 1327 (cur. G. M. Camerani, Firenze 1946, p. 38), in quelli pistoiesi del 1284 e 1296 [*Statuti Pistoiesi del secolo XIII*. Studi e testi a cura di R. Nelli e G. Pinto, II (*Breve et ordinamenta* del popolo del 1284) e III (Statuto del Podestà del 1296), Pistoia 2002], in quello di San Miniato del 1337 [*Statuti del Comune di San Miniato al Tedesco* (1337) a cura di F. Salvestrini, Pisa 1994], nello statuto di Chianciano [M. Ascheri (cur.), *Chianciano 1287. Uno statuto per la storia del comunità e del suo territorio*, Roma 1987] e nell'ultimo statuto della Repubblica di Siena [*L'ultimo statuto della Repubblica di Siena (1545)* a cura di M. Ascheri et alii, Siena 1993].

¹² *Statuto del comune e del popolo di Perugia del 1342 in volgare* (cur. M. Salem Elsheikh), II, Perugia 2000 (lib. III, cap. XXVII, pp. 62-63: “fraude et baractariae e cose illicite e desoneste”); *Breve dell'ordine del mare della città di Pisa approvato pienamente nell'anno 1322 e ultimamente corretto nell'anno 1343*, in *Statuti inediti della città di Pisa dal XII al XIV secolo*, a cura di F. Bonaini, III, Firenze 1857, cap. XI, p. 479; *Lo statuto del Comune di Bologna dell'anno 1335* a cura di A. L. Trombetti Budriesi, Roma 2008, I, p. 79 e p. 91; *Lo statuto della città di Rieti dal secolo XIV al secolo XVI* a cura di M. Caprioli, Roma 2008, p. 296 (dove il termine è associato agli illeciti realizzabili da un notaio). *L'Enciclopedia giuridica italiana* (II, parte I, Milano, 1897, p. 183) indica anche un luogo degli statuti di Milano del 1396.

¹³ Alcune anche nel *Testo della lingua italiana delle origini*: <http://tlio.ovi.cnr.it/TLIO/>.

¹⁴ *Statuti di Bologna dall'anno 1245 all'anno 1267*, cit., p. 386.

¹⁵ Nel *Breve dell'ordine del mare di Pisa* (vedi nt. 12) sta insieme a “dolo, fraude, malitia, negligentia, cavillazione”. Negli statuti pratesi dell'Arte dei Calzolai del 1347 è accoppiato a “furto” (*Il Breve dell'Arte de' calzolai di Prato fatto nell'anno 1347*, a cura di C. Guasti, Prato, 1861, p. 20); negli statuti di Perugia del 1342 si affianca a “fraude ... e cose illicite e desoneste” (*Statuto del Comune e del Popolo di Perugia del 1342 in volgare*, cit., II, p. 63). Negli statuti fiorentini del capitano del popolo del 1355 è associato strettamente a “falsità” (D. Marzi, *La Cancelleria della Repubblica Fiorentina*, Rocca San Casciano 1910, p. 567). Nel *Costituito senese volgarizzato del 1309-10* (*Costituito del comune di Siena volgarizzato nel MCCCIX-MCCCX*, a cura di A. Lisini, Siena 1903, II, p. 464) compare con “falsità,

senesi¹⁶, *maccatelleria*¹⁷, *moccobello*¹⁸ in quelle pisane e in altre legate a quest'ultima tradizione statutaria¹⁹), tutti facenti capo alla cessione, scambio, rinuncia per corrispettivo dei doveri di un ufficiale pubblico, fosse esso seduto su un seggio politico, giurisdizionale o politico-giurisdizionale (data la costituzione materiale medievale). La legislazione statutaria, insomma, e non è una novità, prese atto dell'essersi aggregata illiceità intorno a una serie di atteggiamenti ("contrari all'interesse della cosa pubblica, anche se compiuti per scopi politici", dirà, con espressione più moderna e con l'intento di precisare i confini, ma in effetti rimarcando solo l'ampiezza dell'ambito di riferimento, il *Nuovo Digesto Italiano*²⁰) e che a questa illiceità era stato dato nell'uso cittadino un nome: *baratteria*.

Silenti la glossa ordinaria²¹ (più o meno coeva all'affermarsi del termine) e Bartolo²², tra gli studiosi di diritto vi fu comunque concordia nel ritenere che più in generale

barattaria [...] proprie committitur cum *officialis* pecunia²³ corruptus aliquid facit, vel non facit²⁴.

Compiendo *baratteria*, come si può leggere in una più tarda *Decisio* di Antonio Monaco²⁵, il giudice e, più in generale l'ufficiale pubblico, poneva in essere una *permutatio dolosa*, un'attività volta a scambiare fraudolentemente l'esercizio della giustizia e dei compiti pubblici con il proprio bursale tornaconto, che si animava in disparate e disomogenee modalità, tendendo a ricomprendere, secondo Gino Masi²⁶,

fraude ... ovvero rivendaria in alcuna questione civile o criminale".

¹⁶ L. Zdekauer (a cura di), *Il costituito del Comune di Siena dell'anno 1262*, cit., p. 152; *Costituto del comune di Siena volgarizzato nel MCCCIX-MCCCX*, cit., p. 464.

¹⁷ *Vocabolario degli accademici della Crusca*, IV, Verona 1806, p. 85.

¹⁸ Si tenga conto di M. P. Geri, *Dal textus all'ordina sanzionatorio. La classificazione dei crimini tra tecnica giuridica e logica di edificazione istituzionale*, Pisa 2011, p. 53.

¹⁹ Un esempio negli statuti di Iglesias: S. Ravani, *Il breve di Villa di Chiesa*, Cagliari 2011, p. 328.

²⁰ *Nuovo Digesto Italiano*, II, Torino, 1937, p. 244.

²¹ Nell'edizione veneziana del 1575 del *corpus iuris*, stando all'*index materiarum ff. veteris* (nelle altre parti non vi sono riscontri), *tam textus, quam, glossarum* curato da Egidio Petrini il lemma è censito una sola volta, ma si trova nelle aggiunte marginali più tarde: *Digestum vetus seu pandectarum iuris civilis tomus primus cum pandectis florentinis quae olim pisanae dicebantur, diligentissime collatus...*, Venezia 1575, p. 290, col. I.

²² La *Gemma legalis seu compendium aureum* annessa all'*Opera omnia* di Bartolo edita *apud Iunctas* nel 1602 restituisce salvo sviste del sottoscritto due sole volte il lemma *barattaria*: una prima per richiamare le aggiunte di Pietro Mangrella, la seconda entro un discorso generale sugli ufficiali che commettono furti e baratteria. È onesto, però, dire che l'uso del lemma segnalato alla nt. 5 e presente in questa e nell'edizione lì citata non è censito nella *Gemma legalis*.

²³ Baldo degli Ubaldi (*Consiliorum, sive responsorum*, V, Venezia 1575, cons. XXI, p. 7v) apre maggiormente il campo: "Barattaria est quod iudex pecunia vel aliter corrumpitur".

²⁴ Paolo di Castro, *Consiliorum sive responsorum* [...] *cum eruditus adnotationibus* [...] Baldassarre Quinctii aquilensis, III, Venezia 1571, cons. IX, nn. 6-7, fo. 12. Sul fare/non fare giocava già, senza usare il lemma *baratteria*, una glossa di Accursio: *Accursi glossa in digestum novum*, rist. an., Torino 1968, gl. *acceperit*, ff. *de lege iulia repetundarum* (D. 48. 11.1), p. 235v.

²⁵ A. Monaco, *Decisionum Lucensium, Florentinarum, et Bononiensium, criminalium, civilium, mixtarum, libri tres*, Venezia 1619, dec. I (*decisiones florentinae*), p. 3, n. 12.

²⁶ G. Masi, *Il sindacato delle magistrature comunali*, cit., p. 143. Nell'ottica del sindacato ha riflettuto sulle

tutte le “extorsiones”, i contratti illeciti²⁷ “et alia delicta” posti in essere dall’ufficiale pubblico, ivi compreso anche il “distrahere pecuniam pro iustitia”²⁸, secondo altre pagine di giuristi, il “permutare iustitiam” (condannando un innocente o assolvendo un colpevole) con ciò che si riceve²⁹, “vendere beneficium”³⁰, “barattare pro pecunia”³¹.

Nei testi giuridici richiami e accenni³² non mancarono (su tutti Paride del Pozzo, Amedeo Giustini, Paolo di Castro e il suo annotatore Baldassarre Quinzi³³, Giulio Claro, Egidio Bossi³⁴, Mario Giurba³⁵, Deciani³⁶, Ortensio Cavalcanti³⁷, Dondei³⁸,

fonti appena citate e su quelle che si richiameranno più avanti anche R. Ferrante, *La Difesa della legalità: i sindacatori della Repubblica di Genova*, Torino 1995, pp. 167-214 (in particolare) e *passim*.

²⁷ Sul legame con il tema delle usure e del mutuo: Amedeo Giustini, *Tractatus de syndacatus cum expositione inquisitionis generalis et querelarum porrectarum contra officiales, et eorum defensiones*, in *Tractatus de formatione libelli in Syndacatu quamplurium auctorum [...] qui antea sparsi vagabantur nove vero a Gabriele Sarayna in unum congesti*, Venezia 1586, n. 166, p. 60.

²⁸ Lo confermava a fine quattrocento Paride dal Pozzo, *Singularis tractatus in materia syndacatus*, in *Tractatus de formatione libelli in Syndacatu*, cit., v. *barataria*, n. 7, p. 134.

²⁹ Attestato anche da Amedeo Giustini, *Tractatus de syndacatus*, cit., n. 165, p. 60.

³⁰ E in questo senso messa in parallelo con la simonia: P. Farinacci, *Praxis et theoricæ criminalis, pars tertia*, Lione 1635, qu. CXI, nn. 6-8, p. 536. Sulla fortuna di questa associazione si veda più avanti a p. 47.

³¹ B. Stracca, *Tractatus duo de assecurationibus et proxenetis atque proxenetis*, Ginevra 1751, gl. XXXI, n. I, p. 64.

³² Es. D. Toschi, *Practicarum conclusionum iuris, in omni foro frequentiorum*, I, Roma 1605, v. *Barattaria*, concl. XXVI, p. 511; M. Savelli, *Pratica universale*, Firenze 1685, v. Giudici, nn. 45-46, p. 193). In ambito canonistico, usa il termine senza soffermarsi sopra Giovanni D’Andrea, in c. *ad nostram*, X. *De emptione et venditione* (X. 3.17.5), *In tertium decretalium librum Novella commentaria*, Venezia 1581, p. 80r.

³³ Si veda più sopra nt. 24.

³⁴ E. Bossi, *Tractatus varii, qui omnem fere criminalem materiam excellenti doctrina completuntur*, Lione 1575, tit. *De officialibus corruptis pecunia, iniusteque iudicantibus*, pp. 287-293.

³⁵ M. Giurba (*Consilia seu Decisiones criminales*, Venezia 1626, cons. LXXII, nn. 6-7, p. 377), ad esempio, si sofferma sulla sanzione da irrogare (n. 7) e precisa (n. 13, p. 378) che trattasi di illecito che si realizza “ex sola promissione”, perché rientrando tra i *crimina capitalia* si punisce l’“affectus, nullo secuto effectum”. Così, già Paride dal Pozzo, *Singularis tractatus in materia syndacatus*, cit., n. 4, p. 133v. Sulla stessa linea si era mostrato, senza che Giurba lo richiamasse, Ulrich Zasius, *Commentaria, seu lectura eiusdem in titulus primæ Pandectarum partis complectens*, in Id., *Opera omnia*, Lione 1530, sup. tit. *de calumniatoribus* (D. 3.6), p. 102, n. 3.

³⁶ T. Deciani, *Tractatus criminalis duobusque tomis distinctus*, Torino 1593, II, lib. VIII, cap. XXXIII, n. 9-10, p. 186. Pur richiamando semplicemente Giustini e Paride del Pozzo, Deciani ha il merito di non restringere l’ambito di operatività di questo illecito alla attività del *iudex*, indicando che si tratta di un crimine che si commette “ab officialibus et administratoribus publicis”. Attento a tener distinti *crimen repetundarum* e *baratteria* è J. Castillo de Bobadilla, *Politica para corregidores y señores de vassallos...*, Barcellona 1616, nn. 227-230, pp. 610-611, al quale fa eco almeno F. De Amaya (sec. XVII), *Opera juridica seu commentarij in tres posteriores libros codicis*, Lione 1734, in l. *eorum patrimonia*, C. *de iure fisci* (C. 10.1.10), nn. 22-24, p. 43.

³⁷ Fa un diffuso uso del termine, senza inquadralo con una trattazione specifica e dandolo, in sostanza, per acquisito (se non per scontato): O. Cavalcanti, *Tractatus de brachio regio*, cit., *passim* e partic. pars V, n. 66, p. 519.

³⁸ G. Dondei, *Consultationes*, Milano 1667, cons. XVIII, pp. 713-715, nn. 10, 17-19 (muovendo dalla presa d’atto che “barattaria dicit crimen consumatum per sententiam ad iudice latam”, s’interroga sulla possibilità di una baratteria non consumata).

Aniello de Sarno³⁹), ma se non vi fosse quella sorta di consolidazione presente nella *Praxis* di Farinacci⁴⁰, della *baratteria*, fatta eccezione per le questioni probatorie alle quali dedicò attenzione Giuseppe Mascardi⁴¹, si potrebbe dire che nel testo giuridico restò ben nota ma sfumata e le coordinate di massima dovrebbero esser ricostruite come nessuno fece mai se non alcune poco note dissertazioni dottorali d'ambito continentale del XVII secolo⁴².

Quanto alla sanzione, in particolare, nella pagina di Amedeo Giustini essa giostra intorno all'opposizione tra uno *ius novissimo* e uno *ius antiquo*. Secondo il primo nelle materie civili essa consisteva nella condanna al doppio del *barattato* e nella perdita della *dignitas*, mentre in quelle criminali essa era individuata nell'*exilium* con annessa confisca dei beni⁴³. Per il secondo, invece, la sanzione era "extraordinaria et arbitraria" in ragione, al solito, della qualità dell'illecito e del valore della controversia. Oltre a ciò, si tese anche a sottolineare che la *baratteria* dantesca era *crimen enorme*⁴⁴, capitale⁴⁵ e sanzionabile "sicut falsitas"⁴⁶ alla stregua del *crimen falsi* o, addirittura, nei commentari di Baldo e poi, ad esempio, in Farinacci⁴⁷, simile al *crimen laesae*⁴⁸.

Ma il termine *baratteria* nel Basso Medioevo non fu associato solo al comportamento dell'ufficiale pubblico. Se la questione dell'indagine dei comportamenti illeciti di quest'ultimo resta naturalmente aperta, per il percorso che ci siamo prefissati mette conto di rilevare che nonostante il risentimento postumo di Francesco Carrara, negli statuti della terra degli *anziani di Santa Zita*, il termine *baratteria* è presente con un significato differente⁴⁹. I risalenti studi di Ludovico Zdekauer⁵⁰ e, soprattutto, una recente rassegna di statuti attinenti alle attività ludiche pubbliche nel

³⁹ La pagina di Di Sarno sembra attestare una sorta di scivolamento di *baratteria* tra, potremmo dire, le modalità esecutive, a scapito del *crimen corruptelae* (A. De Sarno, *Novissima praxis criminalis et civilis*, ed. IV, Napoli 1687, cap. I, fo. 52): "curruptelae regulariter per baractariam committitur...".

⁴⁰ P. Farinacci, *Praxis et theoricae criminalis*, cit., qu. CXI, pp. 535-540.

⁴¹ G. Mascardi, *Conclusiones omnium probationum quae in utroque foro quotidie versantur*, Torino 1624, I, concl. CLXIV, CLXV e CLXVI, pp. 123-125.

⁴² Un riepilogo di questi problemi in J. G. Hirschfeld, *Dissertationem inauguralem academica de barattaria*, Jena 1662, capp. III-IV.

⁴³ Incrementabile fino alla pena di morte, se dalla *baratteria* si era originata la morte di un uomo: P. Farinacci, *Praxis et theoricae criminalis*, qu. CXI, p. 537, n. 16.

⁴⁴ A. Monaco, *Decisionum*, cit., I (*decisiones florentinae*), nn. 50-53, p. 13.

⁴⁵ Amedeo Giustini, *Tractatus de sindacatus*, cit., n. 165, p. 60. Eco di Giustini e Baldo sulla natura capitale della *baratteria* in J. Castillo de Bobadilla, *Politica para corregidores*, cit., p. 569, n. 106. Sui *crimina capitalia*: M. P. Geri, *Dal textus all'ordine sanzionatorio*, cit., pp. 136-146.

⁴⁶ Paolo di Castro, *Consiliorum sive responsorum*, cit., n. 26, fo. 12v.

⁴⁷ P. Farinacci, *Praxis et theoricae criminalis*, cit., qu. CXI, nn. 4-5, p. 536.

⁴⁸ Baldo degli Ubaldi, in *Auth. Novo iure post legem Constit. C. de poena iudicis, qui male iudicavit...* [C. 7.49.1], in *Baldi Ubaldi Perusini in VII, VIII, IX, X et XI Codicis libros commentaria*, Venezia 1577, p. 62.

⁴⁹ *Statuto del Comune di Lucca dell'anno 1308*, Lucca 1867, pp. 200-201, lib. III, rub. LXXXXII; S. Bongi (cur.), *Bandi Lucchesi del secolo decimoquarto tratti dai registri del Regio Archivio di Stato di Lucca*, Bologna 1863, n. 50, pp. 28-29; n. 220, p. 142.

⁵⁰ L. Zdekauer, *Il giuoco in Italia nei secoli XIII e XIV e specialmente a Firenze*, ora in Id., *Il giuoco d'azzardo nel Medioevo italiano* con saggio introduttivo di G. Ortalli, Siena 1993, pp. 17-92 e Id., *Sull'organizzazione pubblica del giuoco in Italia nel Medioevo*, ivi, pp. 93-133.

medioevo⁵¹ e una ricerca di Gherardo Ortalli⁵² testimoniano con chiarezza che col termine *baratteria* si indicò nei primi secoli dell'età di mezzo anche l'esercizio dei giochi di piazza, più o meno autorizzati, vietati, controllati o appaltati dalle autorità comunali. La *barattaria*, così, indicava non direttamente un illecito, ma un luogo fisico dove si giocava e dove si potevano eventualmente commettere illeciti⁵³. A conferma dell'uso in "senso non buono", il *barattiere* (con *manimundulus* e *marochos* come termini omologhi) era l'esercente dei giochi suddetti e un soggetto appartenente a un definito gruppo sociale (di cui facevano parte tutti i "professanti mestieri turpi o spregiati"⁵⁴), del quale l'autorità comunale si serviva oltre che per la formazione di squadre militari principalmente dedite al saccheggio, anche per altri compiti non certo d'*élite* (boia, spia, ecc...⁵⁵). Per tutte queste ragioni, si usava dire anche che la *baratteria*⁵⁶ era luogo così detto perché "saepissime" vi si esercitavano le frodi⁵⁷, dimodoché i soggetti che la frequentavano erano individuati con i non incoraggianti epiteti di "*calones, ganeones, vilissimi quique homines*"⁵⁸.

Al di là del possibile dibattito su quale delle due accezioni si diffuse per prima⁵⁹, l'Italia del sommo poeta non poteva, però, dire di aver avuto con certezza il priorato temporale sull'uso *non buono* di questo termine, perché esso appare, attestando una delle origini etimologiche suggerite a lungo anche dalla letteratura giuridica (lo spagnolo *barat*⁶⁰), nella *setena partida* di Alfonso X⁶¹. In questo caso i *baratadores* sono

⁵¹ *Statuta de ludo. Le leggi sul gioco nell'Italia di comune (secc. XIII-XVI)* a cura di A. Rizzi et alii, Trento, Roma 2012, *ad indicem*.

⁵² G. Ortalli, *Barattieri. Il gioco d'azzardo tra economia e etica (secc. XIII-XV)*, Bologna 2012, 9-245.

⁵³ A riguardo del gioco come opportunità di realizzazione di illeciti si dovrebbe dire molto. Mi limito a segnalare M. Lucchesi, *Ludus est crimen?: diritto, gioco, cultura umanistica nell'opera di Stefano Costa, canonista pavese del Quattrocento*, Milano 2005 e la tarda ma significativa riflessione documentata in M. P. Geri, *Il magistero di un criminalista di foro. Giovanni Carmignani "avvocato professore di leggi"*, Pisa 2015, pp. 89-110.

⁵⁴ A. Pertile, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero Romano alla Codificazione*, II ed., III, Torino 1894, p. 229.

⁵⁵ Ivi, p. 230.

⁵⁶ G. Rezasco, *Dizionario del linguaggio italiano storico e amministrativo*, Firenze 1881, v. *Baratteria*, *barattaria*, pp. 92-93.

⁵⁷ E per questo anche luogo dove si ricoveravano "merces fraudis suspectae": C. Du Fresne Du Cange, *Glossarium mediae et infimae latinitatis* (ed. Parigi 1840), v. *Barataria*, 2, p. 583.

⁵⁸ C. Du Cange, *Glossarium*, cit., v. *Baraterii*, cit., p. 583.

⁵⁹ Gherardo Ortalli suppone possa trattarsi di quella relativa ai giochi (*Barattieri*, cit., pp. 203-208), Federigo Bambi indica la prima come più risalente nel tempo: F. Bambi, *Un nuova lingua per il diritto. Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvigioni fiorentine del 1355-1357*, Milano 2009, I, p. 313.

⁶⁰ Alle soglie del XIX secolo, Ascanio Baldasseroni (*Dizionario Ragionato di giurisprudenza marittima e di commercio fondato sulle disposizioni del codice napoleone e conciliato alla pratica del codice di commercio e di procedura*, II, Livorno 1810, v. *Baratteria*, § 3, p. 241) ammetteva che "l'etimologia della parola [...] non si conosce né tra i legali, né tra i negozianti". Eppure l'origine dallo spagnolo *barat* è proposta almeno dai tempi di Giustini (*Tractatus de sindacatus*, cit., n. 165, p. 60) sino a quelli di Emerigon (*Traité des assurances et des contrats a la grosse, conféré et mis en rapport avec le nouveau code de commerce et la jurisprudence*, nouvelle édition, Rennes 1827, I, chap. XII, sect. III, p. 365). L. Piantanida (*Della giurisprudenza marittima-commerciale antica e moderna*, Milano 1806, libro I, tit. V, § 141, p. 166) e Merlin (*Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, IV ed., Parigi 1812, I, v. *Baraterie de patron*, p. 685) raccontano della fantasiosa origine del termine dalla fiera di *Charabarat* nel Delfinato. Altre ipotesi documentate in *Nuovo Digesto italiano*, II, Torino 1937, v. *baratteria*, p. 244.

indicati come *enganadores*. E a ragione questo rimando è inserito dal Du Cange per attestare che *baratteria*⁶² è *fraus*, *tricherie*, *proditio* e soprattutto, cosa confermata nel '500 anche dal glossatore delle *Partidas Lopez* e da altri, *dolus*⁶³; dove, naturalmente, “*dolus est crimen*”⁶⁴. Secondo questa linea il *baratator* del Du Cange non poteva che essere un *impostor*, un *deceptor*⁶⁵; affermazioni del tutto in corde del resto col Vocabolario della Crusca, per il quale barattiere è *baro*, *giuntatore*, *busbo*⁶⁶ e la *baratteria* equivale a “*giunteria e mariuoleria*”⁶⁷.

2. Sulle acque del mare

Sebbene ancora entro l'ambito di attività ingannatorie e frodatorie, i profili di uso del termine *baratteria* in senso non buono non si esauriscono in quelli appena citati. Si conosce, infatti un'altra accezione del termine, diffusasi a partire dall'età medievale e usata ancora oggi. Perché, mentre i giochi erano destinati a lasciare le pubbliche piazze⁶⁸ e, fonti letterarie⁶⁹ e dizionari a parte, i testi giuridici tramanderanno l'accezione dantesca a lungo⁷⁰ ma attestandone pian piano la caduta in “*dissuetudine*”⁷¹,

⁶¹ *Las siete partidas glosadas por el licenciado Gregorio Lopez*, Salamanca 1555, III, partida VII, tit. XVI (*De los Engaños malos, e buenos, e de los baratadores*), ley IX (*Del engaño que fazen los baratadores, mestando que han algo, e non lo han*), p. 63.

⁶² C. Du Cange, *Glossarium*, cit., p. 583, v. *Barattaria*, col. II.

⁶³ G. Lopez, gl. *dolus malus* in L. I ad Part. 7.16.1, in *Las siete partidas glosadas por el licenciado Gregorio Lopez*, cit., fo. 63 (“*dolus malus est machinatio facta circa fraudis...*”). Si tenga conto anche di O. Cavalcanti, *Tractatus de brachio regio*, Marburg (Hessen) 1605, p. I, n. 12, p. 33.

⁶⁴ Gl. *Engaño*, ad Part. 7.16. 1, in *Las siete partidas glosadas*, cit., fo. 64. Tenendo conto de *Las siete partidas, partida setena*, tit. XVI, ley I (p. 63): “*Dolus en latin tanto quiere dezir romance come engaño, e engaño es enartamiento que fazen algunos omenes los unos a los otros por palabras mentirosas, o encubiertas, e coloradas que dizen con intencion de los enganar, e delos decebir. E a este engaño dize en latin dolus malos*”, ovvero “*mal engaño*”.

⁶⁵ C. Du Cange, *Glossarium*, cit., p. 583, col. III.

⁶⁶ *Vocabolario degli Accademici della Crusca*, IV ed., Firenze 1729, I, p. 488, col. II: *truffator, gabbator*. Tenendo conto che la *Busbaccheria* è un “*inganno*”.

⁶⁷ *Vocabolario degli accademici della Crusca compendiato da un animoso accademico secondo l'ultima impressione di Firenze del MDCXCI edizione terza ricorretta*, Venezia 1724, I, p. 146, col. I.

⁶⁸ G. Ortalli, *Barattieri*, cit., pp. 185-245.

⁶⁹ A parte le varie citazioni da Dante e Boccaccio, non sempre si rammenta il governatorato di Sancho Panza su *barataria* di cui si parla nella seconda parte de *El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha* di Cervantes e il fatto che il nome della giurisdizione dello scudiero cervantiano da molti è ricondotta al significato espresso nelle *Siete Partidas*.

⁷⁰ Il termine ebbe fortuna in età moderna nell'ambito della letteratura giuridica delle dissertazioni dottorali inaugurali di ambito continentale [es. F. Heckenberg (cur. J. V. Bechmann), *Dissertatio inauguralis de barrattaria*, Jena, 1662; J. G. Hirschfeld (cur. H. Bodin), *Dissertationem inauguralem academia de barattaria, german. von Besteschung der Richter*, Wittemberg, 1688 e 1743], mentre in Italia già ai tempi di Antonio Monaco (fl. 1619-1635), *Decisionum*, cit., I (*decisiones florentinae*), p. 3, n. 12 per l'accezione dantesca si parlava di *crimen corruptelae* o il termine era associato quale sinonimo volgare al *crimen repetundarum*. Nell'indice *rerum atque verborum memorabilium* delle *Sententiarum receptarum liber quintus* di Giulio Claro nell'edizione *Venetius* 1601 (*apud Altobellum Salicatum*) alla voce *Barattaria* si rimanda a *iudex* e qui il lettore trova il rinvio al passo nel quale si indica la pena per il *iudex committens barattariam* (§ *finalis*, qu. LXXIII, n. 2, p. 1989). Molto più avanti nel tempo il solito tipo di attestazione è presente in

Pulteriore epifania del termine conserverà l'efficiacia di individuare un comportamento illecito fino alla contemporaneità, nonostante, come avvenne in Italia, la sua eliminazione dall'ordinamento come termine legislativamente rilevante.

Si tratta di un significato che afferisce alla navigazione mercantile (“vox maxime inter negotiatores marinos usurpata”⁷², disse a suo tempo il Du Cange) e che tende a individuare una serie di comportamenti illeciti facenti capo principalmente al capitano di una nave o al suo equipaggio⁷³ ed è, come negli altri due casi, estraneo alla romanità giuridica (così come risulta almeno da una verifica nei passi romanistici proposti dalla collezione del Pardessus⁷⁴ e come attestano in primo luogo Stracca⁷⁵, Deciani⁷⁶, De Luca nel *Theatrum*⁷⁷ e nel *Dottor volgare*⁷⁸ e una delle dissertazioni dottorali citate nelle

Jacopo Buonfanti (*Manuale teorico-pratico di diritto penale*, Pisa 1849, pp. 890 e 690-694), il quale inserisce la voce *Baratteria* nell'*Indice generale analitico* per rinviare al lemma *corruzione* e poi nel testo non usa il termine indicizzato. Negli stessi termini sta anche Giuseppe Giuliani, il quale alla stregua di Buonfanti rinvia nell'*Indice alfabetico e ragionato* al lemma *corruzione* e poi nel testo si limita alla specifica secondo la quale “nei tempi poi a noi più vicini i giureconsulti per distinguere la corruzione dall'estorsione diedero alla prima il nome di baratteria [...] e latinizzarono il detto vocabolo” (*Istituzioni di diritto criminale col commento della legislazione gregoriana*, II ed., II, Macerata 1841, p. 114 e 505). Identico ma più scolorito ricordo in V. Marchetti, *Compendio di diritto penale*, Firenze 1895, p. 193.

⁷¹ F. Carrara, *Programma*, cit., § 2317, nt. 1, p. 474. Maggior resistenza si nota in terra di Toscana. Basta confrontare Renazzi e Paoletti. Mentre il secondo (*Institutiones theorico-practicae criminales*, I, III ed., Firenze 1820, I, pp. 92-95) parla di *crimen repetundarum, seu baratteriae*, Renazzi, da cui Paoletti trae la definizione dell'illecito e molto altro (*Elementa juris criminalis*, I, Siena 1794, IV ed., p. 248), solo in un nota al testo da conto dell'abitudine del foro di parlare di *baratteria* [F. M. Renazzi, *Elementa juris criminalis*, cit., p. 237, nt. 1]. Il riferimento all'uso volgare transita da Paoletti a Cremani (L. Cremani, *De iure criminalis, libri tres*, Firenze 1848, II, cap. IV, art. II – *De crimine repetundarum vulgo baratteriae...*, p. 295, nt. 1) e mette in imbarazzo il Carmignani degli *Elementa (Juris criminalis elementa, editio quinta*, Pisa 1834, II, § 823, p. 49), che attinge da Cremani, definisce il termine maggiormente appropriato rispetto a quello della tradizione romanistica, ma in nota precisa che *baratteria* si usa ormai in maniera più appropriata con altro significato. Eppure, ancora nel 1828 il *Memoriale alfabetico della legislazione toscana* (III ed., Firenze 1829) alla v. *baratteria* rimandava agli articoli della *Leopoldina* criminale che trattavano di illeciti dei giudicanti.

⁷² C. Du Cange, *Glossarium*, cit., v. Barataria, p. 583.

⁷³ La dottrina dei secoli più tardi (in Italia e in Francia anche per via di norme positive come l'art. 317 del codice della marina mercantile) discuterà anche della possibilità di configurare una *baratteria* dei passeggeri di una nave: cfr. per tutti E. Vidari, *Il diritto marittimo italiano esposto sistematicamente*, parte II, Milano 1892, n. 1342, p. 926; D. Danjon, *Traité de droit maritime*, Parigi 1926, n. 1571, p. 463; E. Piani, *Polizza italiana assicurazioni marittime sopra merci e Lloyd's policy*, Trieste 1930, p. 42.

⁷⁴ *Collection de lois maritimes antérieures au XVIII siècle*, I, Parigi 1828, pp. 1-274 (nonostante i ricorrenti “vulgo dicatur”). Si vedano anche le considerazioni de *Il Digesto italiano*, V, Torino 1894, v. Baratteria, p. 257.

⁷⁵ B. Stracca, *Tractatus duo de assecurationibus et proxenetis*, cit., gl. XXXI, n. 1, p. 63.

⁷⁶ T. Deciani, *Tractatus criminalis*, cit., II, lib. VIII, n. 9, p. 186.

⁷⁷ G. B. De Luca, *Theatrum veritatis et iustitiae*, VIII (*De credito et debito...*), Napoli 1758, Disc. CVI, n. 28, p. 168: “istud enim vocabulum baractariae neque in jure communi, neque apud linguae latinae professores usitatum reperitur...”.

⁷⁸ G. B. De Luca, *Il dottor volgare, ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, municipale e feudale nelle cose più ricevute in pratica*, Colonia 1740, VI, parte II, lib. XV, pp. 81-82. Preciso che ciò non significa che i fatti materiali che poi verranno qualificati come *baratteria* non siano stati contemplati nelle fonti romanistiche, né che i giuristi successivi non si siano rapportati a queste fonti per dar sostegno alla figura. Tutto, però, si svolse nella logica delle tecniche interpretative dei giuristi medievali e moderni

pagine precedenti⁷⁹). Non ignorando le suggestioni offerte da Boulay Paty⁸⁰, secondo i sondaggi di Federigo Bambi il termine era diffuso *sulle acque del mare* già a partire dal Quattrocento⁸¹. La sua circolazione, però, può essere retrodata di almeno un secolo⁸², perché il termine è presente nelle massime giurisprudenziali della *Tabula de Amalpha*. Nessun dubbio che essa si riferisce al ristretto ambito della curia amalfitana e che il testo è composto di materiali sedimentatisi in epoche varie, ma il richiamo alla *baratteria* si trova nel nucleo in lingua latina che comunemente è fatto risalire all'XI e XII secolo e comunque quello in lingua volgare non è posteriore al Trecento. Si tratta di un richiamo⁸³, potremmo dire, incidentale, che non dice molto ed è tutto sommato isolato. Si pensi, non tanto al fatto che nella raccolta dell'Alianelli⁸⁴ questa è l'unica comparsa del termine, ma soprattutto alla circostanza che nel *Constitutum usus* pisano in tema di illeciti in ambito di navigazione ricorrono le espressioni (significative, lo vedremo tra poco) “prevaricaverit” e “fraude”, ma non *baratteria*⁸⁵ e nei primi decenni del Trecento il *Breve dell'Ordine del mare*⁸⁶ usa il lemma *baratteria* solo nel senso dantesco. In ogni modo, il termine si diffuse nella prassi mercantile fino a comparire nel Consolato del mare di Barcellona⁸⁷, in alcuni interventi normativi d'area spagnola⁸⁸ e,

condotte sulla base dell'appiglio argomentativo offerto dai testi giustiniane. L'obiettivo di questa ricerca è diverso ed è quello di investigare sulla fortuna del termine *baratteria* nel tempo, dimodochè, ancorare il nostro discorso a dei presupposti romanistici renderebbe secondario proprio l'affioramento del termine studiato.

⁷⁹ F. Heckenberg, *Dissertatio inauguralis de barrattaria*, cit., cap. I, n. 2.

⁸⁰ Che sembra voler proporre una sorta di legame tra la prima e la terza epifania del termine *baratteria* ricordando una affermazione di Solone, presente nello Pseudo-Demostene, volta a paragonare le colpe commesse dai conduttori di una nave a quelle dei magistrati e delle persone pubbliche (P.-S. Boulay-Paty, *Corso di diritto commerciale marittimo giusta i principi e secondo l'ordine del codice di commercio*, Livorno 1841, sez. I, § 2, p. 11).

⁸¹ F. Bambi, *Una lingua*, cit., p. 314.

⁸² Fuori d'Italia: C. Du Cange, *Glossarium*, p. 583, v. *Barataria*: “... et est infamatus de Baratée”.

⁸³ A. Guarini et alii (curr.), *Tabula de Amalpha*, Cava dei Tirreni 1965, p. 20: “item pro tarenis quinque, si nauta non habet unde solvat debet carcerari et committendo *barattariam* expressam saltim debet carcerari ad arbitrium officialium”.

⁸⁴ N. Alianelli, *Delle antiche consuetudini e leggi marittime delle provincie napolitane*, Napoli 1871, pp. 103-104.

⁸⁵ P. Vignolo (a cura di), *I costituti della legge e dell'uso di Pisa (sec. XII). Edizione critica integrale del testo trådito dal “Codice Yale” (ms. Beinecke Library 415)*, Roma 2003 p. 238. (rub. XXVIII). Una legge veneziana del 1569 parla di “colpa” e “cattiva fortuna” (J. M. Pardessus, *Collection de lois maritimes anterieures au XVIII siècle*, V, Parigi 1839, p. 69).

⁸⁶ Cfr. più sopra nt. 12.

⁸⁷ Occorre, però, dire che l'uso che di questo termine si fa nei vari capitoli del *Consolato* (l'ho consultato in due edizioni e le pagine riferite nella presente nota fanno riferimento rispettivamente a *Il consolato del mare*, Venezia 1584 e a *Il consolato del mare colla spiegazione di Giuseppe Maria Casaregis*, Venezia 1802) sembra più in linea con quello presente nelle *Siete Partidas* quale generale contenitore delle attività ingannatorie. Non è un caso che si parla di barattiere, o ingannatore per il maestro d'ascia (cap. LII, p. 12 e p. 19) o di capitano che avesse tenuto un certo comportamento “per gioco o per altre baratterie” (cap. CCIII, p. 78 e p. 108) o fosse un “triste mercante e cattivo baro” (cap. CXV, p. 35 e p. 39).

⁸⁸ Mi riferisco alle *Ordenanzas* di Bilbao del 1560 pubblicata dal Pardessus (*Collection*, cit., VI, 1840, p. 225).

poi, nel *Guidon de la mer* (consolidatosi nella seconda metà del XVI sec.)⁸⁹. Fuori dalle colonne d'Ercole, a parte la *ribalderia* lusitana nota sin dai tempi di Santarém e individuata come sinonimo di *baratteria*, mentre l'uso del termine (nella versione locale *barratry*) per determinati illeciti riferibili al capitano e all'equipaggio prese pianta stabile oltremarina, la stessa fortuna anche nei testi latini non si può registrare nei vari documenti pubblicati dal Pardessus e, in particolare, nelle *Rôles d'Oléron*, nelle compilazioni di Wisby e nello *Jus hanseaticum maritimum*, che nell'area mediterranea circolava ed era ampiamente richiamato con la traduzione e il commento di Reihold Kuricke⁹⁰.

3. Emersioni: baratteria marittima, *baratarie de patron*

Prima della stagione dei grandi studiosi di diritto marittimo della *baratteria* non si sa molto. Da questo momento in poi, senza che questi studiosi si rifacessero, se non per l'analisi di questioni specifiche che non riguardavano direttamente ed esclusivamente la *baratteria*, alle fonti a loro precedenti e facendo capolino solo poche volte nei testi dei criminalisti⁹¹, la fortuna del termine *baratteria* marittima giunge, con la medesima impostazione e con le medesime problematiche, all'età dei codici e oltre.

In linea col modo di essere del penale d'Antico Regime, le prime testimonianze di inquadramento dell'illecito fanno ampio ricorso ad *exempla* privi della capacità di fissare i confini tra lecito e illecito. A fianco di queste esemplificazioni crescono, però, anche le riflessioni intorno ai tratti caratteristici della *baratteria*.

Alcuni casi esemplari affioravano già dalla pagina di Stracca⁹². Si trattava del *magister navis* che “consulto et de industria” avesse siglato un accordo con i *turchi* onde procurare la cattura e la confisca della nave e della merce e quello del *magister navis* che avesse, anche di concerto con gli scrivani di bordo, consegnato la nave a un nemico dell'impero, o che (essendo anche *dominus*) in relazione a una nave carica di merci e assicurata “pro valore navis, et ultra” ne avesse procurato la perdita, provocando magari *foramina* nella carena, per lucrare sull'avvenuta assicurazione. Allo stesso modo era inquadrabile come *baratteria* il comportamento del *magister navis* che usando *calliditas*

⁸⁹ J. M. Pardessus, *Collection*, cit., II, 1831, chap. XIII, pp. 406-410.

⁹⁰ R. Kuricke, *Jus Hanseaticum maritimum olim germanicum tantum idiomate editum nunc vero etiam in latinum traslatum et ad singulos titulos eorumque articulos commentariis et dissertationibus juridicis, politicis, historicisque illustratum*, Amburgo 1667. In ordine alle ultime considerazioni fatte e in linea con quanto già detto alla nt. 78, si sottolinea anche in questo caso che il fatto che il termine non compaia non significa che non siano contemplati i comportamenti che rientravano sotto la *baratteria*, né che vi fosse assenza di riferimenti a questi testi quando i giuristi trattavano dell'argomento. Semplicemente il termine non è usato. A riprova, indico il tit. III, art. XVI (*Jus Hanseaticum*, cit., p. 28), che contempla, come vedremo meglio, un tipico caso ricompreso entro la *baratteria* (vendita di merci caricate e della nave e successiva fuga, con conseguente frode agli *exercitores*). In questo caso il termine *baratteria* non è usato neanche nel commentario del Kuricke, che anzi parla di *furtum maritimum* (ivi, p. 122). Una testimonianza per la terra d'Olanda sull'assenza dell'uso del termine può essere reperita in A. Leonius, *Centuria consiliorum*, Arnheim 1655, cons. XXIII, pp. 255-260 (a riguardo della *mutatio itineris*).

⁹¹ Prima del tardo Settecento, l'unico a parlarne per quanto mi consta è Domenico Orsaio (*Institutiones criminales*, Venezia 1724, lib. III, tit. X, nn. 102-112, p. 179), che compendia molti testi in una sorta di scheda di studio e inserisce la *baratteria* marittima tra i *delicti mixti fori* e ne tratta assieme ad altri reati (es. giochi proibiti) messi in atto presso (n. 102, p. 179) la “barattaria, seu biscazza”.

⁹² B. Stracca, *Tractatus duo de assecurationibus et proxenetis*, cit., gl. XXXI, pp. 63-65.

o colludendo con qualsiasi modalità con i gabellieri comunque denominati o con soggetti dediti al contrabbando avesse caricato merci non dichiarate o avesse omesso il pagamento dei *vectigalia* e poi fosse salpato causando un qualunque danno patrimoniale alle nave o al carico⁹³. Già Stracca, però, echeggiando l'impostazione del problema della *baratteria* dantesca, puntualizzava che “generaliter” entro la *baratteria* rientravano tutti i casi nei quali il *magister navis, seu scriba* agendo con *calliditas* facevano o non facevano ciò che era loro imposto o precluso in modo da provocare la perdita della nave o il deterioramento o la perdita delle merci con la finalità di lucrare a svantaggio dei caricatori e degli assicuratori di nave e merci.

Dal novero di casi esemplari col tempo usciranno i riferimenti al *turco*, ma entreranno altri casi a partire dalle *disputationes* di Girolamo Rocca⁹⁴. Dalla dottrina di diritto comune fu individuato così come *baratteria* il comportamento del *gubernator* che “*animo praemeditato defraudandi*” fosse fuggito con la nave e le merci, del *magister* che avesse colluso *cum hostibus* e, dopo aver ricevuto un compenso monetario, avesse causato la perdita delle merci, quello del capitano che avesse destinato le merci o il loro prezzo in uso diverso da quello che gli era stato commissionato⁹⁵, che avesse volontariamente mutato la rotta al fine di appropriarsi delle merci⁹⁶ o che a bella posta avesse procurato il naufragio, l'investimento o l'incendio del naviglio ad oggetto di far credere deteriorate le merci per farle proprie, oppure per avere parte nel recupero delle medesime.

Dai testi giuridici successivi affiorarono altri casi, poi compendiate nei dizionari di fine '700 e inizio '800, riguardanti ad esempio il cambio marittimo⁹⁷, il profilo del capitano che avesse scambiato le merci da caricare con altre di minore o nessun valore con l'obiettivo di farne il *getto* o la *perdita* e farsi indennizzare dagli assicuratori e altri ancora⁹⁸, magari relativi a una realtà mercantile mutata⁹⁹.

Come si potrà immaginare fino alle soglie dell'età dei codici dai legislatori, per una materia tra le più condizionate dalla matrice consuetudinaria, venne ben poco. Per

⁹³ Da molti questo caso (nascente “*ex dolo, et machinatione [e finalizzato] ad depredationem aliarum mercium praeordinata*”) verrà tenuto ben distinto (“*barataria non est*”) da quello nel quale la *solutio* era stata fatta al solo fine di evitare il pagamento dei *vectigalia*: es. G. B. De Luca, *Theatrum veritatis ac iustitiae*, cit., disc. XCIII, n. 25, p. 152; G. L. M. Casaregis, *Discursus legales de commercio*, cit., disc. X, n. 13, p. 58; disc. I, nn. 120-121, p. 12.

⁹⁴ G. Rocca († 1691), *Disputationum iuris selectarum cum decisionibus super eis prolatis*, II, Napoli 1688, disp. XCVII, nn. 15-22, pp. 29-30.

⁹⁵ Riscontri molto più tardi in A. Nervini (cur.), *Decisioni del magistrato civile e consolare di Livorno in materia di commercio terrestre e marittimo* (1834-1838), I, Livorno 1841, dec. XVI, pp. 83-84.

⁹⁶ Nei secoli il cambiamento di rotta è sempre stato ritenuto sospetto: A. Brunetti, *Diritto marittimo privato italiano*, III, parte II, Torino 1938, § 939, p. 525.

⁹⁷ Per un caso attinente al cambio marittimo: L. Mansi, *Consultationum sive rerum judicatarum*, V, Venezia 1708, Cons. CCCXXI, n. 17, p. 194, *versic.* Ne si dica.

⁹⁸ Alcuni casi relativi a periodi differenti in P. A. Cerretelli, *L'ultimo decennio dal 1829 della giurisprudenza criminale toscana con note e illustrazioni*, Firenze 1840, v. *baratteria marittima*, pp. 300-314; A. Monaco, *Decisionum*, cit., n. 46, p. 13; S. Pucci, *Per Aniello Miccio accusato di baratteria e di furto*, in Id., *Allegazioni e discorsi in materia penale con l'aggiunta di uno schizzo monografico sulla camorra delle carceri*, Firenze 1881, pp. 305-316.

⁹⁹ G. Marrè, *Corso di diritto commerciale*, Firenze 1840, p. 259, § 385 (fedele adempimento delle forme ingiunte dall'art. 224 del codice di commercio circa il registro di bordo).

capirsi, l'unico materiale che si rinviene nella collezione del Pardessus è l'indicazione incidentale di cosa sia *varateria* contenuta nelle *Ordenanzas* di Bilbao del 1560 (poi diffuse in tutta la Spagna) e in quelle successive di San Sebastián¹⁰⁰. Una indicazione, peraltro, che collima quasi del tutto con i casi esemplificati sino ad ora e secondo la quale per

varateria se entienda quando el maestre de la nao se alça con la tal nao y mercaderias, ó la pierde maliciosamente, ó si vende la mercaderias ocultamente, y se alça con ello, y todo otre fraude y engaño, que el dicho maestre hiziere en daño de los cargadores y aseguradores.

Le speculazioni dei giuristi, invece, non avevano perso di vista il necessario riferimento alla attività del capitano, o padrone di nave¹⁰¹ volta a convertire a proprio vantaggio le cose consegnateli¹⁰² ed erano giunte già ai tempi di Giacomo Balducci a fissare quale fosse la *baratteria* “formalis”¹⁰³, cosa poi confermata tempo dopo dall'annotatore del *Dizionario* di Azuni, Giuliano Ricci, il quale precisava che i casi individuati dal Rocca erano casi di “vera e formale” *baratteria*¹⁰⁴, corrispondenti alla “dottrina universale degli scrittori di cose marittime”. Sul punto, però, Baldasseroni aveva già avuto occasione di precisare che “sarebbe lo stesso che contare le stelle il numerare i casi nei quali il Capitano, o l'equipaggio, possono considerarsi colpevoli di questo delitto”¹⁰⁵.

Casistica a parte, già dalla pagina di Stracca affiora il richiamo al *dolus*, alla *calliditas*, alla astuzia, alla furberia e alla *fraude*. Si tratta di elementi che verranno colti nel secolo successivo da Giovan Battista De Luca e Girolamo Rocca, il primo nel *Theatrum*¹⁰⁶ attribuiva a *baratteria* il senso corrente, usitato, di “fraude”, “ribalderia, et calliditate”, *dolo* e echeggiava i termini generali già proposti dallo Stracca, il secondo chiariva che comunque lo si osservasse il vocabolo denotava

¹⁰⁰ J.-M. Pardessus, *Collection*, cit., VI, 1840, p. 225 e 282.

¹⁰¹ Tardo ma chiaro riferimento in A. Reale, *Del diritto commerciale e marittimo. Dissertazioni, con l'aggiunta di alcune variazioni per lo Stato Pontificio*, Macerata 1838 (cura di E. Cesarini), p. 198: “ai capitani de' bastimenti [...] è dato, specialmente nel mediterraneo il titolo anche di patroni”. Si tanga conto anche di J. M. Witt, “Master next to God?”. *The merchant captain from the 17th to the 19th century*, in L. François, A. K. Isaacs (curr.), *The sea in European History*, Pisa, 2001, pp. 237-247.

¹⁰² Anche se si debbono registrare casi di patti scellerati promossi dai proprietari delle navi: L. Collini, *Prima della quarta istanza ossia difesa delle tre sentenze proferite dal Supremo Tribunale di giustizia, dal magistrato de' consoli del mare di Pisa e dalla Rota fiorentina ...*, in Id., *Orazioni civili e criminali*, I, Firenze 1824, pp. 23-124 (per un caso di presunto patto con i corsari da parte del proprietario dei vascelli, in frode dei caricatori e degli assicuratori).

¹⁰³ “Baratteria formalis [...] nec comprehendit culpa nautarum”, attesta Giacomo Balducci, *Decisiones et res iudicatae...tum in criminalibus tum in civilibus causis divisae*, Parma 1703, tit. *De assecurationibus ...*, I, dec. XV, nn. 47-48, p. 48. Riscontri anche nella giurisprudenza della Rota romana: *Sacrae Rotae romanae decisiones nuperimmae nunc primum collectae*, V, p. I, Roma, 1754, dec. CCV (1696), n. 32, p. 325.

¹⁰⁴ D. Azuni, *Dizionario universale ragionato della giurisprudenza mercantile. Quarta edizione nella quale è fusa la nuova giurisprudenza dall'avvocato Giuliano Ricci*, Livorno 1837, v. *baratteria*, II, § 5, p. 223.

¹⁰⁵ A. Baldasseroni, *Dizionario*, cit., p. 254, § XXV.

¹⁰⁶ G. B. De Luca, *Theatrum veritatis et iustitiae*, VIII, Napoli 1758, Disc. CVI, n. 24 e 28, p. 168.

fraudolentam machinationem, callidamque praedestinationem ad casum, cum dolo ad eundem casum omnino ordinato, ac directo¹⁰⁷.

La radice profonda unificante dell'illecito risiedeva qui: nella presenza di una zione preordinata (“dolosa¹⁰⁸, et praedordinata machinatione”), di modi di agire fraudolenti volti a provocare la perdita della merce o della nave con conseguente lucro del capitano e degli altri membri dell’equipaggio se coinvolti. Elemento fondamentale era il fine di lucro: *baratteria* “committi non solet sine spe magni lucri”, puntualizzava Giacomo Balducci¹⁰⁹ e a lui avrebbero fatto eco almeno Ansaldo¹¹⁰, Casaregis¹¹¹ e la successiva giurisprudenza toscana¹¹².

La necessaria presenza della preordinazione finalizzata al lucro personale obbligava i giuristi, e tra essi De Luca¹¹³, a tener distinta la *baratteria* dall’idea di *culpa* del *navarchus*, senza la possibilità di sostenere che provata quest’ultima nell’attività di navigazione si potesse dir provata la *baratteria*¹¹⁴. Una tale posizione era confermata da tutti coloro che trattavano di *baratteria* (Casaregis¹¹⁵, Bertachini, Prioli¹¹⁶, Jacques Savary¹¹⁷ e altri, fino a più tardi dizionari d’ambito non giuridico¹¹⁸), al punto che con un inquadramento siffatto si potrebbe ritenere di esser di fronte a un percorso definito e privo di incertezze, del quale non facevano parte gli errori non volontari (*baratteria* “longe distat a culpa” per dirla con Balducci¹¹⁹) e che era destinato a confluire col

¹⁰⁷ G. Rocca, *Disputationum iuris selectarum*, cit., n. 14, p. 29.

¹⁰⁸ “Excluso dolo, et concurrente bona fide omnino remanet exclusa baratteria”: G. Bertachini, *Vota decisiva canonica et civilia*, Bologna 1698, CLX, n. 6, p. 352.

¹⁰⁹ G. Balducci, *Decisiones et res iudicatae*, cit., dec. VIII, n. 30, p. 22. Allineati anche la Sacra Rota (*Sacrae Rotae romanae decisiones nuperrimae*, cit., n. 45, p. 326) e Ansaldo Ansaldo, *Discursus legales de commercio et mercatura*, Ginevra 1751, cit., Disc. LXX, pp. 252-255.

¹¹⁰ Ivi, n. 19, p. 252.

¹¹¹ G. L. M. Casaregis, *Discursus legales de commercio*, Firenze 1719, disc. I, n. 77, p. 10. Nel precedente n. 71 (p. 9) una messa a punto sugli elementi imprescindibili della *baratteria*.

¹¹² G. P. Ombrosi, *Selectarum Rotae Florentinae decisionum Thesaurus ...*, Firenze 1769, VII, dec. XXXVI, n. 30, p. 467: “non potendosi presumere che alcuno voglia ingannare senza lucro specialmente nei contratti di assicurazione”.

¹¹³ G. B. De Luca, *Theatrum veritatis et iustitiae*, cit., Disc. XCIII, n. 4, p. 152; Id., *Summa crediti e debiti*, ivi, n. 108, p. 271.

¹¹⁴ Sicché, un comportamento certamente sindacabile come il mutamento di rotta, dipendente da *culpa* del *magister navis* non necessariamente era *baratteria*, perché dovevano essere accertati i canoni generali di cui abbiamo parlato. In chiave indiziaria portava fieno alla cascina della *baratteria*, per capirsi, un cambiamento di rotta fatto “nulla ventorum, vel tempestatis vi impellente”: G. B. De Luca, *Theatrum veritatis et iustitiae*, cit., n. 5, p. 152.

¹¹⁵ G. L. M. Casaregis, *Discursus legales de commercio*, Disc. I, nn. 77-82, p. 10 e Disc. X, nn. 5-7, p. 58.

¹¹⁶ G. Prioli, *Decisiones Sacrae Rotae romanae*, Roma 1681, n. CDLXX, n. 7, p. 781.

¹¹⁷ J. Savary des Bruslons, *Dictionnaire universel de commerce*, Amsterdam 1741, v. *Baraterie*, p. 265. Per quest’ultimo *baraterie* è “malversation, tromperie”, in essa rientrano “les larcin, les deguissemens, et alterations de marchandises” causati dal capitano o dall’equipaggio e “generalement toutes les supercheries et malversations” che si attuano per “tromper” il mercante caricatore o altri.

¹¹⁸ Dove si dice che per la *baratteria* erano necessari “concussione, inganno, fraude”: *Dizionario del cittadino o sia ristretto storico teorico e pratico del commercio [...] tradotto dal francese*, I, Bassano 1781, v. *Baratteria*.

¹¹⁹ G. Balducci, *Decisiones et res iudicatae*, cit., dec. XI, n. 47, p. 48. “Multum differre culpam a formalis barattaria”, avrebbe poi aggiunto Casaregis, *Discursus legales de commercio*, cit., disc. I, n. 78, p. 10.

tempo nei profili codicistici di inganno e frode. Non è così. Rafforzando la fortuna del termine, in terra di Francia per *baraterie de patron* (semplice versione con la stessa etimologia) si prese a considerare qualcosa di più ampio: non solo le macchinazioni o frodi, ma anche tutti i restanti comportamenti riconducibili al voluto del capitano in punto di mancata avvedutezza, negligenza, imperizia. Con questo nome, infatti, uno dei più noti commentatori dell'*Ordonnance* colbertina del 1681, René-Josué Valin¹²⁰, non aveva dubbi nell'intendere non solo i profili di volontarietà o magari di colpa *lata*, ma ogni *faute*, errore del *maitre* e dei marinai, ivi compresi i danni procurati alle merci durante il carico, o in conseguenza di un stivaggio non accorto. Non solo una responsabilità derivante da un atteggiamento scientemente preordinato, bensì una serie di posizioni potenzialmente coincidenti con ogni tipo di responsabilità. Questo modo *francese* di intendere *baratteria*, già documentato nel *Guidon de la mer*¹²¹, era destinato in ambito assicurativo ad aver fortuna fino alla contemporaneità non solo in Francia¹²² e a complicare il ragionamento dei giuristi. Perché parlare di responsabilità per *baratteria* non aveva lo stesso significato di qui e di là dalle Alpi e, lo vedremo, di qui e di là dalla Manica.

A riguardo di ciò nel *Dottor volgare*¹²³ De Luca sottolinea che pur dovendosi privilegiare la “legge del contratto”¹²⁴, di fronte alla quale dovevano cessare tutte le “dispute dei giuristi”, in generale le occasioni di responsabilità del capitano della nave avevano origine o da “dolo, e dalla malizia, o machinazione positiva, la quale appresso li professori dell’arte marinaresca si dice barattaria”, o da imperizia, “negligenza, ignoranza, o da altro difetto senza dolo, e malizia, positivamente ordinata al caso”. Si venne così nel tempo a distinguere la “giurisprudenza di Francia”¹²⁵ da quella italiana; con la prima capace di riferire la *baratteria* a tutte le specie di “macchinazione, frode, e dolo preordinato, affine di appropriarsi delle merci”, ma anche ai profili di semplice “imprudenza, difetto di attenzione, ed inesperienza del capitano di nave” e dei marinai. *Baratteria* in Francia era la deviazione dal retto, era *mancanza*, volontaria o meno, al

¹²⁰ R.-J. Valin, *Commentaire sur l'ordonnance de la marine du mois d'aout 1681 avec des notes coordonnant l'O., le commentaire et le code de commerce* par V. Bécane, II ed., Parigi 1836, pp. 496-497. Erano *baratteria* anche gli errori di “bons guindages et cordages”, o quelli consistenti in manovre maldestre o consistenti in un “navire n'est pas bien” ammarato. O ancora i danni dipendenti in fase di viaggio dal “n'avoir pas bien fermé les écouteilles” o dall'aver “mal placées dans le navire” le merci (es. collocazione di merci secche sotto barili di olio).

¹²¹ J.-M. Pardessus, *Collection*, cit., I, 1828, p. 389 e p. 406.

¹²² Es. P.-A. Merlin de Douai, *Repertoire universelle*, cit., I, p. 686; G. Ripert, *Droit maritime*, II, Parigi 1914, p. 964: la *baraterie* “n'est plus seulement la baraterie criminelle, mais aussi toute fautes du capitaine, meme non intentionelle”. Caso di negligenza, secondo Merlin, era quello per cui per contravvenzione alle ordinanze il capitano obbligava qualche ufficiale della marina di guerra a tirargli colpi di cannone di fronte al rifiuto di andare a bordo a mostrargli le istruzioni al punto da danneggiare il carico.

¹²³ G. B. De Luca, *Il dottor volgare*, cit., p. 128, n. 23.

¹²⁴ Proprio in tema di *baratteria* è istruttiva una consultazione di L. Mansi (*Consultationum sive rerum judicatarum*, cit., cons. CCCXXI, pp. 191-194, n. 13, p. 193), della quale merita di esser evidenziato il rilievo secondo il quale “quando non s'è fatta individua menzione d'ogni caso, o pericolo, ma servitisi li contraenti di generalità di parole solamente ... è anco verosimile che abbiano li contraenti voluto intendere d'ogni, e qualisasi specie di pericolo, o danno che possa patire l'assicuratore, poiché la mente de' contrahenti piuttosto che il rigore delle parole deve sempre attendersi”.

¹²⁵ D. Azuni, *Dizionario universale ragionato della giurisprudenza mercantile*, cit., § 2, p. 223.

punto che Piantanida¹²⁶, Baldasseroni¹²⁷ e poi Gaetano Marrè¹²⁸, per tentare una conciliazione nella logica delle opportunità di tutela, ne facevano una questione di ambiti differenti (civile e penale). Allo stesso bisogno di ordine faceva fronte decenni dopo, quando ormai di *baratteria* all'italiana si trattava molto poco, Prospero Ascoli, parlando di *baratteria* in senso generico e in senso specifico (quest'ultima intesa all'italiana)¹²⁹. Tutte riflessioni, in ogni modo, che nella sostanza ribadivano che una *baratteria* colposa in ambito penale non si dava per l'imprescindibilità della preordinazione e dello *scopo di lucro*.

C'è bisogno, però, di un'ulteriore precisazione. Per Carlo Targa¹³⁰ la *baratteria* è una “*disposizione fatta fraudolentemente*”, ma soprattutto realizzata in relazione a “*una cosa fidata diversamente dall'ordine fidato di chi la fidò*”. Per dirla alla maniera dei tribunali toscani, “nel delitto di *baratteria* marittima si considera il tradimento delle fiducia nei trasporti per mare delle merci”¹³¹. Risalta qui più che l'inganno, l'aver agito contro la *fides* tipica del rapporto tra caricatore o armatore e capitano, che sta in corde con l'aspetto che risulta sottolineato da Emerigon¹³² e Baldasseroni¹³³, secondo i quali intanto la *baratteria* è una “prevaricazione in officio”, un abusare del proprio potere per fini illeciti o vantaggi personali. Considerazioni del genere dipesero, verosimilmente, dal fatto che col passare del tempo il capitano di nave tornò ad essere il vecchio *magister navis*, preposto del *dominus* o del noleggiatore e sempre meno soggetto avente parte nell'impresa mercantile in maniera diretta. Di fatto annettevano nel campo di riferimento un'altra sfaccettatura della *baratteria*: il *vulnus* al legame fiduciario.

Fatto salvo il modo *francese*, il contenitore *baratteria* raccolse sulle acque del mare una serie di illeciti che, non sempre contemporaneamente, erano fatti di due cose: la frode o l'inganno organizzati e l'abuso della propria posizione giuridica rispetto ai soggetti portatori di interessi verso il carico o verso la nave. Considerati questi due canoni essenziali, si giunse a fine '700 ad una sintesi definitoria presente in tutti i testi dell'epoca con lievi sfumature¹³⁴. Allora, *baratteria*, secondo Baldasseroni, era

¹²⁶ L. Piantanida, *Della giurisprudenza marittima-commerciale*, cit., lib. I, tit. V, § 145, p. 166. Nonostante il fatto che in assenza di *dolo* non si dovesse usare “il nome di *baratteria*”, notava Piantanida che già nei primissimi anni del XIX secolo esisteva una “selva” di autori che sostenevano il contrario, pur non negando che in assenza di “dolose mancanze” si potesse percorrere solo la strada della azione risarcitoria o quella nei confronti dell'assicuratore. Una situazione, concludeva, del tutto simile secondo il diritto comune a “quelle frodi o scroccherie” per le quali scattava una “azione mista civile e criminale”, avviata dalla parte che aveva subito il danno, ma con la finalità di ottenere il ristoro anche a mezzo del grimaldello della persecuzione da parte dell'istituzione pubblica.

¹²⁷ A. Baldasseroni, *Delle assicurazioni marittime. Trattato. Seconda edizione nuovamente riordinata e notabilmente accresciuta e corretta dall'autore*, II, Firenze 1802, parte V, tit. I, §§ 4-6, p. 2.

¹²⁸ G. Marrè, *Corso di diritto commerciale*, II ed., Firenze 1840 p. 259, § 385.

¹²⁹ P. Ascoli, *Del commercio marittimo e della navigazione. Commento*, Torino 1909, p. 152.

¹³⁰ C. Targa, *Ponderazioni sopra la contrattazione marittima ricavata dalla legge civile, e canonica, dal consolato del mare e dalli usi marittimi*, Genova 1692, cap. LXXIV, pp. 304-308.

¹³¹ P. A. Cerretelli, *L'ultimo decennio*, cit., p. 308.

¹³² B. Emerigon, *Traité des Assurances*, cit., I, chap. XII, sect. III, p. 365: “fourbe, mensonge ...en prevaricant dans son état”.

¹³³ “Abusando del pubblico ministero affidato” o “prevaricazione in cui cade il Capitano nell'esercizio del suo ministero”: A. Baldasseroni, *Dizionario*, cit., v. *Baratteria*, §§ I-II, p. 240.

¹³⁴ D. A. Azuni, *Dizionario Universale ragionato*, cit., § I, p. 223 (insistendo sul “dolo preordinato” delle

quel delitto che si commette[va] dal capitano della nave o padrone del bastimento prevaricando nel proprio ufficio a danno dei proprietari della nave, o del bastimento, o carico¹³⁵, con macchinazione o frode, e in tutti quei modi che producono l'effetto della perdita, o del danno, tanto all'oggetto di appropriarsi la nave o il carico, che a quello di colludere con altri a danno de' veri proprietari¹³⁶.

Prima e dopo di questa tutto sommato faticosa sintesi, la dottrina affrontò anche il problema dell'accostamento della *baratteria* al furto, per via della presenza dell'impossessamento e di un atto fraudolento, non omettendo considerazioni indotte dai casi pratici a riguardo del rapporto con la pirateria (che era, si sottolineava di norma, violenza e non frode¹³⁷) e con lo stellionato, non fosse stato altro in quest'ultimo caso che per la natura di *novum crimen* di cui la *baratteria* godeva¹³⁸. Sull'onda di problemi dei quali si occupò a suo tempo anche Antonio Monaco nella già citata *decisio*¹³⁹, fu messo in evidenza da molti (mi limito a richiamare le sistemazioni di Baldasseroni e Azuni¹⁴⁰) che il furto si materializzava “nascostamente contro la volontà del padrone” delle cose, mentre la *baratteria* cadeva “sopra merce affidata” al *magister navis*¹⁴¹. Eppure, non potendo negare che entrambi i comportamenti illeciti consistevano in definitiva in “appropriazione con frode” di cose altrui, furto e *baratteria* furono collocati in rapporto di genere a specie, pensando la seconda come una *species furti*¹⁴². Dimodoché, a inizio Ottocento, uno dei pochi criminalisti che alle soglie dell'età contemporanea si occuparono del problema, Guido Angelo Poggi, giudice toscano, riferì della *baratteria en passant* perché ne parlava la legislazione patria, inserendola subito dopo il furto in un capitolo dei suoi *Elementa* denominato significativamente *offucia* (inganno attraverso l'imbellettamento della realtà), parte degli illeciti che aggredivano le fortune dei privati¹⁴³. Dentro questa logica, secondo Poggi,

vecchie formule); L. Piantanida, *Della giurisprudenza marittima-commerciale*, cit., lib. I, tit. 5, § 144, p. 166 (la “fraudolenta macchinazione” si affianca a un “maligno studiato progetto” di guadagnare sia “dolosamente disponendo delle cose”, sia “lasciando con prevaricazione dal suo dovere” accadere eventi che in caso di differente comportamento non sarebbero avvenuti); G. Romanelli, *Repertorio commerciale ragionato*, Firenze 1841, v. *baratteria*, pp. 99-100.

¹³⁵ Manca a questa definizione di Baldasseroni solo l'indicazione di uno dei potenziali danneggiati. Mi riferisco agli assicuratori della nave o delle merci, che invece compaiono puntualmente nel trattato sulle assicurazioni (§ 3, p. 2).

¹³⁶A. Baldasseroni, *Dizionario*, cit., v. *Baratteria*, § I, p. 240.

¹³⁷ Per l'inizio del XX secolo: A. Ükmar, *Gli estremi della pirateria e della baratteria*, in “Diritto e pratica commerciale”, II (1923), pp. 281-292.

¹³⁸ Sul punto, per un caso specifico: P. A. Cerretelli, *L'ultimo decennio*, cit., v. *Baratteria marittima*, pp. 303-304, nn. 3-4.

¹³⁹ Per un caso particolare di intreccio tra furto e *baratteria*: A. Monaco, *Decisionum*, cit., I (*decisiones florentinae*), dec., I, p. 13, nn. 47-50.

¹⁴⁰ A. Baldasseroni, *Dizionario*, cit., v. *Baratteria*, § XX, p. 250; D. A. Azuni, *Dizionario*, cit., § 11, p. 211, § XI; L. Piantanida, *Della giurisprudenza*, cit., nn. 162-163, p. 171.

¹⁴¹ L'affidamento quale elemento discriminante è presente anche, secoli dopo, nella pagina di A. Brunetti, *Diritto marittimo*, cit., § 609, p. 359 (presenza del “tradimento della fiducia accordata al capitano” e della “violazione degli obblighi a lui incombenti verso l'armatore”).

¹⁴² A. Baldasseroni, *Delle assicurazioni marittime*, cit., p. 20.

¹⁴³ G. A. Poggi, *Elementa jurisprudentiae criminalis*, Firenze 1838, liv. IV, cap. II, n. XXVIII, p. 20.

le *fraudes* marittime che avevano origine dai contratti, prevedessero il trasferimento del dominio o meno, costituivano comunque un *publicum crimen*, con tutte le conseguenze sanzionatorie e di azionabilità; prima tra tutte¹⁴⁴ la privazione della scelta residente in capo ai danneggiati di perseguire la via criminale o quella civile (con l'annessa facoltà di abbandonare liberamente la prima al soddisfacimento delle pretese patrimoniali).

Restando legati al contesto penalistico della *baratteria* ci si deve chiedere come essa venisse punita, anche in considerazione della assenza di una pena ordinaria per un illecito che era *nuovo*, tanto quanto lo era la *baratteria* dell'ufficiale pubblico secondo Bartolo. L'affermazione di Azuni¹⁴⁵ e Baldasseroni¹⁴⁶ secondo la quale la pena individuata per la *baratteria* non era "universalmente" identica e occorreva "stare alli statuti di ciascun luogo" non è certo sorprendente. Né desta scalpore l'inciso del giurista sardo colto a sottolineare che ove non vi fosse "legge speciale [...] dovrebbesi giudicare a norma del prescritto dal dritto comune". Fermi tali cardini, l'appiglio era di norma individuato in una serie di passi del codice giustiniano: la l. *indices C. de navicularis* [C. 11.2(1).6pr], che comminava la *deportatio* in caso di *frode*¹⁴⁷, la l. *Quia nonnunquam C. Quae res venire non possunt et qui vendere vel emere vetantur* (C. 4.40.3), da cui si ricavava la condanna alla pena capitale per le frodi nei pubblici commerci di frumento e la l. *Qui fiscales, C. De navicularis* [C.11.2 (1), 5], che intorno alla violazione delle disposizioni riguardanti la rotta contemplava la pena capitale.

Sulla gravità di queste pene, all'occasione di annotare la l. *qui fiscales*¹⁴⁸, aveva già riflettuto anche Brunneman. Successivamente non aveva destato sensazione l'affermazione di Baldasseroni secondo la quale la *baratteria* doveva essere punita¹⁴⁹ col massimo rigore per via dell'"abuso di fiducia" e della mancanza di buona fede con cui si realizzava; entrambi pilastri portanti del commercio e elementi conformi a "equità" e "ragione"¹⁵⁰. Era, come si può leggere in molti provvedimenti dei tribunali toscani, un illecito

enorme e gravissimo come quello, che tende a distruggere la buona fede frai negozianti che è l'anima del commercio, e l'oggetto il più utile, e il più interessante per la felicità e la

¹⁴⁴ P. A. Cerretelli (*L'ultimo decennio*, cit., pp. 305-306, nn. 5 e 10) precisa che la giurisdizione sul delitto spetta a qualunque tribunale e in specie a quello del luogo dove il delitto è cominciato, come quello, ad esempio, di carico delle merci.

¹⁴⁵ D. A. Azuni, *Dizionario*, cit., v. *Baratteria*, § 9, p. 225.

¹⁴⁶ A. Baldasseroni, *Dizionario*, cit., v. *Baratteria*, § XXIII, pp. 251-252.

¹⁴⁷ La gl. *Deportationis*, in l. *indices C. de navicularibus* [C.11.2 (1). 6] tratta anche della confisca dei beni e così la precedente gl. *capitali* [gl. *capitali*, in l. *qui fiscales C. de navicularibus* [C. 11.2 (1). 5] della deportazione.

¹⁴⁸ J. Brunnemann, *Commentarius in codicem justinianum*, IV, Napoli 1779, in l. *qui fiscales C. de navicularis* [C. 11. 2 (1). 5], p. 1623, n. 2 e in l. *indices, C. de navicularibus* [C.11. 2 (1). 6pr], p. 1624, n. 4.

¹⁴⁹ Per converso, in caso di assoluzione, siccome ci si trovava di fronte a una sentenza sull'onore e sullo stato della persona, il provvedimento giudiziale faceva stato contro tutti quelli che potevano avere interesse; salvo l'appello dei soccombenti, ovviamente. Per tutti, ma la lista delle citazioni sul punto è lunghissima perché il principio si rifà al Digesto (D. 1.5.25), D. Azuni, *Dizionario*, cit., § 21, p. 229.

¹⁵⁰ A. Baldasseroni, *Dizionario*, cit., v. *Baratteria*, § II, p. 240. Lo stesso Baldasseroni nel trattato sulle assicurazioni (*Delle assicurazioni marittime*, cit., nn. 28-29, p. 11) riportava la notizia di una condanna a "cinque anni di servizio ai lavori pubblici".

grandezza di tutte le nazioni¹⁵¹.

La legislazione delle singole comunità, invece, non troppo spesso lasciò il recesso di diritto comune per individuare una sanzione specifica per i comportamenti che la dottrina aveva inserito nel contenitore *baratteria*. Si preoccupò, invece, come abbiamo visto sottolineare a Poggi, di stabilirne la perseguibilità *ex officio*, anche attribuendogli la qualifica di *crimen publicum* a cui poi seguiva l'irrogazione di una pena straordinaria. Lo possiamo documentare per Malta¹⁵², per l'Austria asburgica di metà Settecento¹⁵³, per Genova¹⁵⁴, per la Toscana lorenese di cui diremo più avanti, per il Regno d'Italia napoleonico¹⁵⁵ e per il Regno delle due Sicilie¹⁵⁶. Oltre a ciò, nei casi in cui si può individuare una sanzione, essa non si riferisce alla *baratteria* complessivamente ma a uno o più comportamenti ad essa riconducibili¹⁵⁷. È il caso delle norme dello *Jus anseaticum*, che comminava la pena di morte per il capitano che, giunto all'estero, fuggisse colla nave e le merci¹⁵⁸. Lo stesso valeva per i casi nei quali il capitano avesse provocato la combustione della nave, o l'avesse consegnata al nemico o fatta naufragare¹⁵⁹. In casi di minor gravità, invece, ricordava Targa, ma era cosa normale¹⁶⁰, si poteva giungere a una pena minore ad arbitrio o, addirittura, quando la *baratteria* si atteggiava a semplice danno provocato al caricatore sottraendo o destinando a proprio vantaggio solo alcune delle cose caricate, a sanzionarla con la pena del furto *simplex*¹⁶¹. In questo senso, la strada poteva esser lasciata aperta dalla considerazione che la l.

¹⁵¹ P. A. Cerretelli, *L'ultimo decennio*, cit., n. 4, p. 304 e n. 7, p. 308.

¹⁵² Negli ordinamenti del 1697 per il capitano che avesse "a mal proposito abbandonano le merci" (J.-M. Pardessus, *Collection*, cit., VI, 1840, p. 34), ove tale attività fosse stata realizzata con "colpa, dolo, o malizia", si sanciva l'obbligo di comunicazione alla *Corte della castellania*.

¹⁵³ A. De Saint-Joseph, *Concordance entre le codes de commerce étrangers et le code de commerce français*, Parigi 1844, p. 150 (§ 17 dell'editto sulla navigazione mercantile del Luglio 1744).

¹⁵⁴ *Criminalium iurium serenissimae reipublicae ianvensis libri duo*, Genova 1653, II, cap. XXI, p. 205 (dove per togliere il dubbio si sanciva una pena straordinaria in caso di *baratteria*). Si tenga conto anche della *Proroga per decennium della legge, che dichiara il potersi procedere per delitto di furto, e baratteria non solo ad istanza di coloro, a' quali compete l'azione, ma eziandio da tribunale competente*, Genova 1787 (che non ho potuto consultare).

¹⁵⁵ *Regolamento per la marina, e la navigazione della Repubblica italiana del 23 Aprile 1803*, art. 25-26 (in ordine alla repressione criminale d'ufficio di illeciti in tutto simili a quelli rientranti nella *baratteria* senza, però, usare il termine specifico né nella versione francese, né in quella italiana).

¹⁵⁶ *Decreto contenente disposizioni relative alla legge della navigazione mercantile de' 5 di Luglio 1816*, in *Collezione delle leggi e de' decreti reali del Regno delle due sicilie*, n. 57 (1816), Napoli 1821, art. 70, p. 98 (senza parlare di *baratteria* ma solo di "naufragi fraudolenti", "illecita speculazione" e simili).

¹⁵⁷ Lo notò anche Francesco Carrara: cfr. nt. 293.

¹⁵⁸ R. Kuricke, *Jus nauticum hanseaticum*, cit., tit. III, cap. XVI, p. 28; J.-M. Pardessus, II, 1831, p. 536 (1614).

¹⁵⁹ Ne tratta, parlando anche delle pratiche marittime dei porti del nord Europa, ma senza usare il termine *baratteria* (né una sua versione tedesca, quale, ad esempio, *Unredlichkeit*), H. Wedderkop, *Introductio in ius nauticum*, Flensburg 1755, liv. V, tit. II, § XXV, p. 200.

¹⁶⁰ M. Meccarelli, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano 1998, pp. 195-224.

¹⁶¹ H. Wedderkop, *Introductio in ius nauticum*, cit., § XXIV, p. 200. Certamente più elevate e in linea col rigore raccomandato, erano invece le sanzioni comminate dai sovrani inglesi Anna Stuart e Giorgio I: "suffer death as fellow" (J. A. Park, *A system of the laws of marine insurances*, Londra 1809, I, pp. 130-131).

iudices si riferiva al danneggiamento di frumento pubblico, pertanto per il commercio privato una sanzione meno elevata rimessa all'arbitrio dei giudicanti¹⁶² non era fuori luogo. Tanto fu che dove si erano date indicazioni intorno alla pena, esse non furono mai capaci di bloccare la valutazione *ad arbitrium* delle corti giudicanti cosa che naturalmente rende difficile l'inquadramento delle sanzioni non potendo essa prescindere in nessuna maniera dal caso concretamente realizzatosi.

4. Sull'onda: *baratteria* e assicurazione

Si è già detto della refrattarietà dei criminalisti a trattare della *baratteria* marittima. Diversamente intorno ad essa ci si interrogò sin dalla pagina dei primi giuristi dediti allo studio delle cose riguardanti la navigazione mercantile. Ciò avvenne, però, con l'intento di investigarne le implicazioni entro la logica del rapporto di assicurazione tra proprietario della nave, caricatore e assicuratori. La questione, che veleggia dibattuta per tutta l'età moderna e contemporanea come parte del più ampio problema della responsabilità dell'armatore e del proprietario di un naviglio, può essere posta in questi termini: se e perché l'assicuratore poteva essere chiamato a far fronte agli esborsi previsti nel patto assicurativo siglato col caricatore delle merci o col proprietario della nave o con l'armatore in caso di perdita o danneggiamento delle merci o della nave derivati da *baratteria* del capitano o di membri dell'equipaggio e come egli potesse provare in via di eccezione che un certo sinistro era stato determinato da *baratteria*, ove ciò lo esimesse da tali esborsi¹⁶³.

¹⁶² C. Targa, *Ponderazioni*, cit., § 3 LXXIV, nt. 3.

¹⁶³ Quando l'assicuratore non vi doveva far fronte come rischio, la *baratteria* diveniva dal suo lato un strumento di difesa, una delle eccezioni sollevabili al fine di respingere le richieste di escussione delle promesse assicurative. Da questo angolo visuale appaiono gli assicuratori, per usare le parole di un *decisio* toscana di inizio Ottocento, "ingegnosi sempre a rilevare, e porre in campo tutte le possibili eccezioni per esimersi dal pagamento della sicurtà" (*Raccolta delle decisioni della Rota fiorentina dal 1800 al 1808 disposte per ordine cronologico*, Firenze 1839, I, dec. XXX, 1801, pp. 454-455). Entro il "fastidioso dettaglio dei fatti e delle congetture", per la *baratteria*, anche se in un procedimento civile, si riteneva necessaria "la prova rigorosa e più chiara della luce [...] e necessariamente concludente e sempre maggiore e più forte di quella che abbisogna per la verifica dei fatti di diversa natura" e non il "semplice sospetto" pur "grave e fondato" come nei giudizi civili. Dal "vistoso apparato" (ivi, p. 456) che sovente gli assicuratori presentavano in giudizio, si può tentare di avviare un catalogo che non fu mai fatto se non per rimandi e intrecci a questo o quel testo, a questa o a quella decisione giudiziale, mettendo in evidenza i comportamenti tenuti dal capitano durante il viaggio (es. l'accertata fuga, l'irregolare tenuta del giornale di bordo e l'incertezza nella navigazione, il non aver sostenuto virilmente l'aggressione dei nemici, il cambio di equipaggio durante il viaggio, ecc...), quelli durante il carico e lo scarico delle merci (la valutazione eccessiva delle merci, il carico di merci non conformi alla polizza, ecc...) e quelli successivi al viaggio (la "pubblica voce e fama del volontario naufragio", lo "stato di opulenza nei periodi successivi al naufragio", magari affiancato a quello di bisogno immediatamente precedente al sinistro, ecc...). Indicazioni e materiali in A. Baldasseroni, *Dizionario*, cit., §§ XVII-XXVI, pp. 249-250; Id., *Delle assicurazioni marittime*, cit., nn. 38-39, p. 16); S. Pucci, *Allegazioni e discorsi in materia penale*, cit., p. 309; L. Collini, *Prima della quarta istanza ossia difesa delle tre sentenze proferite dal Supremo Tribunale di giustizia*, cit., pp. 69-70; B. Stracca, *Tractatus duo de assecurationibus et proxenetis*, cit., gl. XXXI, n. 5, p. 65; L. Cantini (a cura), *Decisioni del foro toscano inedite dall'anno 1815 all'anno 1819 o sia collezione delle decisioni del Supremo consiglio di giustizia e delle regie ruote civili di toscana*, I, 1821, n. XII, pp. 118-119; L. Mansi, *Consultationum sive rerum judicatarum*, V, Venezia 1708, Cons. CCCCXXI, n. 15, p. 193; L. Piantanida, *Della giurisprudenza*, cit., lib. I, tit. V, § 148, p. 167; G. P. Ombrosi, *Selectarum Rotae florentinae thesaurus...*, cit., VII, 1779, Dec. XXXVI, pp. 466-467; G. Marrè,

Dagli scrittori dell'epoca del diritto comune e dal padre dell'*Ordonnance* del 1681¹⁶⁴ agli studiosi del diritto marittimo di inizio Novecento¹⁶⁵ si fu sempre concordi nell'assumere come quadro di riferimento generale il fatto che l'assicurazione copri solo gli accidenti di mare¹⁶⁶. Altra cosa erano le inadempienze del *magister* e i suoi comportamenti volontariamente illeciti. Inoltre, occorreva soppesare con attenzione il caso di assicurazione della nave e quello differente delle merci, per l'evidente differenza di rapporto dell'armatore e del caricatore col capitano e valutare sempre che assicurato e capitano non fossero la stessa persona¹⁶⁷ o padre e figlio¹⁶⁸, non tanto per il caso di precisa coincidenza tra le due posizioni, quanto per quello nel quale il capitano aveva interesse economico nella nave o nel carico¹⁶⁹.

Per quel che concerne la nostra indagine¹⁷⁰, la questione non è quella di capire se il proprietario della nave poteva essere chiamato da chicchessia a far fronte ad errori e illeciti del *magister navis*¹⁷¹, bensì quello di comprendere se in un qualunque rapporto assicurativo tra proprietario, armatore della nave o caricatore delle merci e assicuratore poteva e/o doveva intendersi compresa la *baratteria* (con l'esigenza di saper per tempo che cosa in un certo ridotto portuale s'intendeva per essa) come rischio assicurato e se tale situazione era giustificata al punto da darsi per implicita.

Corso di diritto commerciale, cit., p. 259, § 385; G. L. M. Casaregis, *Discursus legales de commercio*, disc. I, nn. 79-81, p. 10; D. Azuni, *Dizionario universale ragionato della giurisprudenza mercantile*, cit., §§ 7-8, p. 225; G. Romanelli, *Repertorio*, cit., v. *Baratteria*, pp. 99-100; A. Monaco, *Decisionum*, cit., I (*decisiones florentinae*), I, nn. 22-23 e 29-30, pp. 10-11; *Malevitana pecuniaria Lunae 30 aprile 1663*, in G. Zuffi, *Tractatus de criminalis processus legitimatione in libros tres distinctos... accessit recentissimarum Sacrae Rotae romanae decisionum centuria*, Genova 1722, dec. LXXXVIII, nn. 3-8, pp. 141-142.

¹⁶⁴ J. Savary, *Le parfait négociant ou instruction générale pour ce qui regarde le commerce des marchandises de France et des pays étrangers*, II, Parigi 1779, Parere LX, p. 491.

¹⁶⁵ G. Ripert, *Droit maritime*, II, Parigi 1914, pp. 963-964.

¹⁶⁶ Es. J. Marquart, *Tractatus politico-juridicus de iure mercatorum et commerciorum singulari*, Francoforte 1662, lib. II, cap. XIII, n. 47, p. 337 (ciò che nessun umano consiglio può prevedere: naufragio, aggressione dei nemici, pirateria, rappresaglie, “ventorum violentia, aquarum inundationes, detentiones regum et principum, nec non casus alii, usitati et inusitati, citra fraudem tamen et culpam contrahentium aut domini mercium vel navis”).

¹⁶⁷ In questo caso era considerata cogente la regola ricavabile dal diritto romano: l. *illud nulla* ff. *De pactis* (D. 2.14.27.3). In sintonia con questo principio le disposizioni di Malta del 1697 (J.-M. Pardessus, *Collection*, cit., VI, 1840, p. 341): “Li personali della nave (cioè gli armatori), come quelli che fanno il capitano e padrone, restano obbligati in solidum per la *baratteria* commessa dal medesimo capitano o padrone, così nelle mercanzie che si caricano a nolo ed in Malta e fuori, come nel denaro che quello piglia come si dice a bocca e nolo. Non intendiamo però obbligati per quello che riguarda il denaro preso a bocca e nolo, se nella stipolazione del contratto non interverrà il consenso de' medesimo personali, almeno per la maggior parte, avuto riguardo non già al numero di essi ma all'interesse che tengono nella nave”.

¹⁶⁸ Riepiloga la questione, evidenziando un dibattito a distanza tra Valin e Pothier, A. Baldasseroni, *Dizionario*, cit., § XV, p. 248, § XV.

¹⁶⁹ Su questi profili, in maniera attenta, G. L. M. Casaregis, *Discursus legales de commercio*, cit., Disc. I, nn. 75-77, pp. 9-10 e Disc. X, nn. 11-14, pp. 58-59; G. Rocca, *Disputationum*, cit., nn. 25-28, p. 30.

¹⁷⁰ Accenna alla questione in un panorama più generale: G. S. Pene Vidari, *Il contratto di assicurazione nell'età moderna*, in *Studi in onore di Eugenio Artom*, Milano 1975, p. 261.

¹⁷¹ Es. F. Rocco, *De navibus et nauulo notabilia*, cit., tit. XL, pp. 39-40; B.-M. Emerigon, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance de la marine...*, Parigi, Marsiglia 1803, p. 110.

Una *decisio* della Rota di Genova¹⁷² in tema di mercatura, usata e citata in lungo e in largo dai giuristi dell'età moderna, consentiva di fissare un principio comunemente ammesso: “*assecuratores non teneantur de dolo et barattaria patroni*”¹⁷³. Dunque come regola generale, l'assicuratore non era gravato dei danni causati da sinistri provocati da fatti del capitano e dei marinai individuabili con la *baratteria more italico*¹⁷⁴ avesse o meno stipulato il patto assicurativo col titolare della nave o con quello delle merci.

A tale coordinata di riferimento facevano eco non pochi¹⁷⁵, dimodoché, si riteneva che non soltanto l'assicuratore non era tenuto a far fronte alla *baratteria*, ma anche al di là della assenza di previsione in una polizza, non poteva invocarsi la ricomprensione della stessa in qualunque tipo di clausola contrattuale. Perché la *baratteria* doveva ritenersi sempre esclusa. Stracca, per tutti, compendia una prassi ormai radicata fatta anche di provvedimenti locali e confermata già senza esitazioni dalla polizza di Ancona¹⁷⁶:

Dichiarando, che la barattaria de padroni, et scrivani¹⁷⁷ in fuora l'assicuratori a tutti altri risichi, così sinistri infortunij vogliano esser tenuti, et obligati.

Prassi e provvedimenti d'età moderna non ammettevano la *baratteria* tra i rischi assicurati e assicurabili¹⁷⁸; “*pro generali consueto stylo*”, assicurava De Luca¹⁷⁹. Si trattava di una pratica maturata nei mari italiani e attestata anche da Ansaldo Ansaldi¹⁸⁰, che, a mezzo di una *catena* di decisioni rotali¹⁸¹, tenendo presente che le norme in tema di assicurazione risentivano delle specifiche prassi locali e per questo non meritavano di esser trattate “*per apices juris*”¹⁸², sosteneva che la *baratteria* si dava sempre per esclusa in ogni contratto di assicurazione. Nessuna espressione del patto assicurativo, insomma, poteva far ritenere di esser comprensiva della *baratteria*. Ma

¹⁷² M. A. Bellonio, *Decisiones Rotae Genuae de mercatura et pertinentibus ad eam*, Venezia 1682, dec. CLXVI, n. 4, p. 221; dec. 3, n. 15, p. 18.

¹⁷³ Ivi, dec. III, n. 15, p. 17.

¹⁷⁴ R.-J. Valin, *Commentaire sur l'ordonnance de la marine du mois d'août 1681 avec des notes coordonnant l'O., le commentaire et le code de commerce par V. Bécane*, II ed., Parigi 1836, pp. 496-497.

¹⁷⁵ J. Marquart, *Tractatus politico-juridicus*, cit., lib. II, cap. XIII, nn. 47-50, pp. 337-338; J. Loccenius, *De jure maritimo et navali. Libri tres*, lib. II, cap. V, n. 5, pp. 169-170 (responsabilità estesa “*citra fraudem et culpa contrahentium aut domini mercium vel navis*”); Sforza degli Oddi, *Consiliorum sive responsorum*, I, Venezia 1593, Cons. XXXI, n. 6, p. 94 (“*assecuratus tenetur ... de dolo et culpa lata*”).

¹⁷⁶ B. Stracca, *Tractatus duo de assecurationibus*, cit., gl. XXXI, p. 63. La polizza è edita nella collezione del Pardessus (V, 1839, pp. 210-212).

¹⁷⁷ “*De fraude magistri navis sive scribae*” recita la versione latina della polizza.

¹⁷⁸ J.-M. Pardessus, *Collection*, cit., I, 1828, p. 225, nt. 1.

¹⁷⁹ Anche se, aggiungeva, erano frequenti le controversie forensi sul punto: G. B. De Luca, *Summa crediti*, cit., n. 108, p. 271.

¹⁸⁰ A. Ansaldi, *Discursus legales de commercio et mercatura*, cit., disc. LXX, p. 252, n. 17.

¹⁸¹ Ansaldi fa riferimento alle *Decisiones Sacrae Rotae romanae coram Faelice Ubago et Rio Calaguritano*, Roma 1682, dec. LXXXIX, n. 4, p. 213 (1678), ma il De Ubago e Rio a sua volta si appoggia alla raccolta delle *Recentiores: Sacrae Rotae romanae decisionum recentiorum*, XVI, Venezia 1716, dec. CCCCXX, n. 11, p. 496; *Sacrae Rotae romanae decisionum recentiorum*, XVII, Venezia 1718, CCCC, n. 3.

¹⁸² A. Ansaldi, *Discursus legales de commercio et mercatura*, cit., n. 18, p. 252

Ansaldi si riferiva alla *baratteria all'italiana* e non a quel segmento della *baraterie de patron* riferibile ai *fautes*.

Quanto alla esclusione dai rischi assicurabili, c'erano state, però, opinioni difformi. Non pochi ricordavano che Pedro de Santarém, riferendo della prassi portoghese¹⁸³ e chiedendosi se la *fraus navarchi* poteva rientrare negli eventi assicurati ove non fosse stata esplicitata¹⁸⁴, aveva concluso per la ricomprensione della *ribalderia* (come si usava dire dalle sue parti) tra i *casi fortuiti*, perché realizzata da soggetto legato da un rapporto fiduciario col *dominus navis*, alla stregua del domestico e di ogni altra persona nei confronti della quale non sussistevano motivi fondati di prendere precauzioni rispetto al compimento di attività illecite (es. la moglie e il figlio). Dunque, ciò comportava che gli assicuratori dovevano rispondere della frode del *magister navis* a meno che non avessero espressamente escluso in polizza tale ipotesi perché caricati della responsabilità per il caso fortuito. Già Stracca si era interrogato sulla posizione di Santarém¹⁸⁵. Dopo di lui Juan de Hevia Bolaños¹⁸⁶, regolando la questione in ordine al fatto che il meccanismo assicurativo non scattava in caso di “culpa del asegurado” o per “culpa del maestre de la nave” come nel caso in cui “se perdio”, aveva precisato, tenendo conto del normale oggetto del patto assicurativo, che non potevano comunque ritenersi assicurati sinistri o danni dovuti in qualunque modo al fatto o alla volontà del capitano. La posizione di Santarém, conforme all'uso lusitano, comunque, non ebbe nel tempo sorti avverse. Si deve registrare, infatti, la sua costante rintracciabilità quando si trattava del problema¹⁸⁷, perché anche chi come Targa¹⁸⁸, ribadiva l'assenza di obbligo degli assicuratori “non trattandosi di accidente fatale”, faceva, poi, salve le “leggi particolari in alcun paese, o patti”¹⁸⁹. Coerente con l'opinione dominante e praticata (o, meglio, dominante perché praticata) si mostra anche Francesco Rocco nei suoi *notabilia*¹⁹⁰. Secondo il giurista del Regno “de stylo assecurationum quae fiunt in civitate neapolitana, et in aliis locis” si tendeva ad escludere espressamente la responsabilità per *baratteria*, dimodoché gli assicuratori erano obbligati per la *culpa navarchi* ma non per “baratteria, ribalderia, et fraudes

¹⁸³ P. de Santarém, *Tractatus de assecurationibus et sponcionibus mercatorum*, Venezia 1552, par. 3, nn. 81-82, p. 47.

¹⁸⁴ P. de Santarém, *Tractatus de assecurationibus*, cit., par. 3, n. 68, p. 45. Il ragionamento di Santarém, però, è condotto con cautela nel distinguere gli effetti delle sue considerazioni nei rapporti tra *dominus navis* e *magister* (ed equipaggio) e nei confronti di terzi (mercanti-caricatori) che non avevano alcun rapporto fiduciario con l'equipaggio, scelto dal *dominus*. Afferma conclusivamente il giurista lusitano che solo nel caso di identità di persona tra *dominus* delle merci e delle nave si poteva prefigurare l'operatività della *fraus navarchi* come caso fortuito: C. Moschetti, *Caso fortuito, trasporto marittimo e assicurazione nella giurisprudenza napoletana del Seicento*, Napoli 1994, p. 94.

¹⁸⁵ B. Stracca, *Tractatus duo de assecurationibus*, cit., gl. XXXI, p. 65, n. 4.

¹⁸⁶ J. De Hevia Bolaños, *Laberinto de commercio terrestre y naval*, Madrid 1619, cap. XIV *De commercio naval*, 42, nn. 24-28, pp. 657-659.

¹⁸⁷ Es. S. Scaccia, *Tractatus de commerciis et cambio*, IV ed., Colonia 1738, § *primus*, qu. I, n. 155, p. 138.

¹⁸⁸ In conformità con gli statuti di Genova del 1588 (lib. IV, cap. XVII, § *assecutores*: “*Assecutores non teneantur de barateria patroni navigii, nisi aliter factum fuisset*”), in J.-M. Pardessus, *Collection*, cit., IV, 1837, p. 134).

¹⁸⁹ C. Targa, *Ponderationi*, cit., cap. LXXIV, pp. 304-308.

¹⁹⁰ F. Rocco, *De navibus et nauulo, item de assecurationibus notabilia accedunt ejusdem selecta responsa*, Amsterdam 1708, *De assecurationibus notabilia* XLII, n. 134, pp. 193.

patroni, et nautarum”¹⁹¹. In conseguenza di ciò, in un caso discusso di fronte al Supremo Regio Consiglio concernente una *scrittura di sicurtà* che parlava di copertura per “omnibus casus fortuitis et periculis quovis modus intervenientibus in mercibus assecuratis” e nella quale non era stata fatta alcuna menzione della *baratteria*, “attenta opinionem doctorum” e in considerazione del fatto che nella pratica assicurativa questo patto veniva sempre apposto in funzione di esclusione della responsabilità, si era deciso che non averlo fatto aveva avuto l’effetto di voler ricomprendere la *baratteria* nel patto generale di assunzione di responsabilità. Dire, dunque, sempre esclusa non significò col tempo che non vi fosse il bisogno di escluderla espressamente, né tantomeno vietare che l’assicuratore si caricasse espressamente del rischio *baratteria*.

Qualcosa, inoltre, tra Francia e Spagna nel ‘500 era cambiato se si considera che nella già richiamate *Ordenanzas* di Bilbao del 1560¹⁹² si nota la volontà di ripristinare l’“uso y costumbre antigua desta universidad”, col vietare la possibilità di inserire nella polizza assicurativa tra i rischi assunti la *varateria*. Cosa presente, poi, anche nelle *Ordenanzas* di *Saint Sébastien* del 1682¹⁹³. La *baratteria* in alcuni ridotti portuali non era più semplicemente intesa come sempre esclusa da patti assicurativi, ma era diventata oggetto di pattuizione espressa con la quale l’assicuratore, altrimenti esonerato se ne assumeva il rischio. Questa tendenza è confermata anche in ambito francese, perché l’*Ordonnance* del 1681 sulla marina, oltre che non prendere in considerazione in maniera differente l’assicurazione della nave e delle merci, compendia una prassi tesa ad escludere responsabilità non pattuite, ma nei fatti anche a autorizzare prassi pattizie non impedendole. Si consolidava, insomma, come avrebbe confermato poco dopo il suo ispiratore Savary¹⁹⁴, il principio e l’eccezione:

Ne seront aussi tenus les assureurs de porter les pertes et dommages arrivé aux vaisseaux et marchandises par la faute des maitre et mariniers, si par la police il ne sont chargés de la baraterie du patron¹⁹⁵.

La norma parla solo di *fautes*, di errori perché si sa che anche questi facevano parte dell’idea di *baratteria* corrente in Francia. Per le frodi evidentemente si dava per scontato l’esonero dalla responsabilità. Semmai c’è da rilevare che, come notarono tutti i giuristi successivi, la prassi francese più antica era del tutto differente e prevedeva che l’assicuratore fosse caricato “de plein droit” della *baratteria*, fatta salva la preventiva escussione del responsabile materiale dell’atto illecito¹⁹⁶. Era la logica del *Guidon de la mer*¹⁹⁷, ma non quella della piazze di Anversa, Cadice e Rotterdam¹⁹⁸, dove

¹⁹¹ Ivi, XLIV, nn. 140-141, p. 145 e n. 145, p. 197 e anche ivi, LXXXIX, nn. 340-342, pp. 256-257.

¹⁹² J. M. Pardessus, *Collection*, cit., VI, 1840, p. 225 (cap. XLVI).

¹⁹³ Ivi, p. 277.

¹⁹⁴ J. Savary, *Le parfait négociant*, cit., p. 492. Nel parere Savary nega, sottolineando l’esigenza di un patto espresso, che una polizza recante quale clausola espressioni come “toutes pertes et dommages venus et a venir” e “sans aucune exception et reserve” possa coprire anche la *baraterie*.

¹⁹⁵ Il testo anche in B. M. Emerigon, *Nouveau commentaire sur l’Ordonnance de la Marine du mois d’Aout 1681...*, Parigi 1803, II, p. 110.

¹⁹⁶ B.-M. Emerigon, *Traité des Assurances*, cit., p. 366; P.-A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, v. *baraterie*, p. 345; A. Baldasseroni, *Dizionario*, cit., § X, p. 245.

¹⁹⁷ *Guidon de la mer*, cap. V, art. VI e cap. IX, art. I, in J.-M. Pardessus, *Collection*, I, 1828, p. 406. Norma documentata anche da É. Cleirac, *Us, et coutumes de la mer divisés en trois parties, De la navigation, du*

in forza di un provvedimento locale, in corde con quelli spagnoli già citati, si vietavano patti assicurativi destinati a coprire *larcins* e *mauvais* di qualunque sorta, dichiarando nulli quelli eventualmente sottoscritti. Col tempo, però, prevalse una prassi mercantile, derogatoria del diritto comune e dei vari provvedimenti che abbiamo visto, che prevedeva l'ordinario inserimento in polizza dell'assunzione del rischio *baratteria*; il rischio insomma che il capitano e chi operava con lui realizzasse un crimine a danno del caricatore o dell'assicuratore o, nei ridotti portuali francesi, fosse un incompetente o entrambi. Lo confermano nel tempo, come attesta Piantanida, una "selva" di studiosi¹⁹⁹, compreso Pothier²⁰⁰, e a questa considerazioni solitamente vengono affiancate note sulle pratiche e i modelli di polizze dei molteplici ridotti portuali²⁰¹ e la precisazione che, ove non fosse stato stabilito alcunché, l'assicurato aveva solo la residua azione di regresso nei confronti del *maitre* o, se caricatore, dell'armatore per *culpa in eligendo* di un capitano non degno di fede.

Il punto di cui stiamo discutendo, inoltre, può essere annoverato tra le prove che la codificazione napoleonica del diritto del commercio non si distaccò dalla prassi mercantile e dai dettami dell'*Ordonnance* del 1681. L'art. 353 del *Code de commerce*, infatti, nonostante sollecitazioni di senso contrario²⁰², disponeva che

commerce naval, et contracts maritimes, de la jurisdiction de la marine, Bordeaux 1661, p. 318 (*Ordonnance de l'admirauté de l'an 1584* art. 59, IV), p. 450 (*Ordonnance de l'admirauté 1540*, artt. 46-47).

¹⁹⁸ Per tutti: D. Azuni, *Dizionario*, cit., § 4, p. 223; D. Danjon, *Traité*, cit., n. 1572, pp. 464-465. Tutti ricordavano inoltre che l'art. 5 dell'Ordinanza di Rotterdam vietava l'assicurazione contro la baratteria dei *maitres* scelti, ma non quella dei *marins* che fossero stati ammessi sulla nave in paesi stranieri a seguito della morte del capitano scelto.

¹⁹⁹ Cfr. nt. 124.

²⁰⁰ R. J. Pothier, *Ouvres contenant le traites du droit français nouvelle édition mise en meilleur ordre et conforme à celle publié par M. Dupin Aîné*, III, Bruxelles 1831 (*Traité du contrat d'assurance*), nn. 64-66, pp. 250-251.

²⁰¹ B.-M. Emerigon, *Traité des assurances*, cit., pp. 366-368; D. A. Azuni, *Dizionario*, cit., § 5, pp. 223-224; L. Piantanida, *Della giurisprudenza*, cit., I, tit. V, §§ 149-157, pp. 165-170; G. Romanelli, *Repertorio commerciale ragionato*, cit., v. *baratteria*, p. 100. Si ricordano solitamente le polizze usate a Rouen, Londra, Nantes, Bordeaux, Bilbao, Amsterdam, Venezia, Livorno, Firenze, quella "de ida in india" e "de venida in india" (J.-M. Pardessus, *Collection*, cit., VI, 1840, p. 94 e p. 103), dove la *baratteria* è classicamente esclusa, Anversa, Marsiglia (dove si usava inserire un patto "à la main"), Genova (dove, a parte la cogenza dello statuto già citato, nell'Ottocento le cose erano cambiate: F. Garelo, *Trattato generale di commercio ad uso della gioventù che intraprende la carriera mercantile, seconda edizione ampliata e molto corretta*, Genova 1844, p. 483: "... compreso colpa e mancanza di capitano e equipaggio e la baratteria"), Svezia, Napoli, Lucca [dove non compare l'indicazione della baratteria come rischio contemplato e dove negli Statuti della Corte dei Mercanti di Lucca (J.-M. Pardessus, *Collection*, cit., IV, 1837, p. 601) è prevista chiaramente in forma di strumento di difesa a favore degli assicuratori], Nizza e il Piemonte, per i cui ridotti portuali si ricordano di norma due editti settecenteschi tendenti a prevedere l'esigenza di un patto speciale riguardante la *baratteria*. Solitamente a questi esempi si affianca la "polizza" di Amburgo che nella versione latina non parlava, a conferma di quanto già detto, di *baratteria*, ma, con lo stesso significato, di "nequitia".

²⁰² Tendenzialmente orientate a discutere se la *baraterie* poteva essere considerata un *risque maritime* derivato da forza maggiore e a chiedere l'inserimento di una norma, in pratica, inversa: Cfr. P. Sanfourche-Laporte, M. P. B. Boucher, *Le nouveau Valin ou code commercial maritime*, Parigi, 1809, pp. 482-489 e B.-M. Emerigon, *Traité des assurances*, cit., chap. XII, sect. 3, § 3, pp. 370-371; R.-J. Valin, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance de la marine*, cit., pp. 137-138; R. J., Pothier, *Traité du contrat d'assurance*, cit., n. 64, p. 250.

l'assureur n'est point tenu des prévarications et fautes du capitaine et de l'équipage, connues sous le nom de baraterie de patron, s'il n'y a convention contraire²⁰³.

Il radicarsi nella prassi mercantile del patto inerente alla *baratteria* determinò che la diffusione del modello del *code de commerce* (*prevarications et fautes*, non si dimentichi) non fu dolorosa²⁰⁴. Per i nostri mari, Gaetano Marrè segnalava che la clausola di assunzione di responsabilità per *baratteria* era così diffusa che la *baratteria* stessa doveva dirsi parte dei “rischi che assume l'assicuratore” e soprattutto metteva in luce che oramai, era invalsa una pratica secondo la quale anche in Italia per *baratteria* s'intendeva la *baraterie de patron*, cioè tutte le ipotesi di dolo, frode e di negligenza, imperizia e imprudenza del Capitano e dell'equipaggio. Sicché, in caso di assicurazione sulle merci, se l'assicuratore aveva dichiarato di esser tenuto per la *baratteria* si era assunto in pratica l'onere di tutti i rischi maturati “per delitto o colpa” di chi presiedeva, dirigeva e conduceva il naviglio. Al tempo stesso, però, Marrè non poteva evitare di segnalare che una responsabilità così ampia era “clausola derogatoria del diritto comune”²⁰⁵ e, in quanto tale, doveva essere interpretata in maniera restrittiva. Interpretazione restrittiva che intanto poteva significare attenersi all'antico modo di fare italiano. Per questo Baldasseroni aveva chiarito che

se un assicuratore contrattasse di rispondere della baratteria contro l'uso, o se l'uso fosse contrario alla legge, converrebbe decidere, che egli ha inteso di rispondere delle prevaricazioni, e dei falli, del capitano, e dell'equipaggio, e non di tutt'altra cosa, né più, né meno.

Nella varietà delle opinioni dipendenti anche dal diritto patrio, spicca il richiamo al diritto comune di Azuni. In questi casi, infatti, secondo il giurista sardo, serviva “maggior riguardo al disposto dal diritto comune per adattarlo ai casi che potevano insorgere”²⁰⁶. E il diritto comune come canone di riferimento aveva la regola che ogni fatto del capitano gravava su chi lo aveva individuato²⁰⁷ con conseguente sua

²⁰³ J. C. Locré, *Esprit du code de commerce*, IV, Parigi 1811, pp. 136-142.

²⁰⁴ Per un esame comparato tra il codice di commercio francese e alcuni testi successivi: A. De Saint-Joseph, *Concordance entre le codes de commerce*, cit., p. 82 (Portogallo), p. 86 (Olanda), p. 192 (Regno delle due Sicilie). Altre indicazioni in A. Brunetti, *Diritto privato marittimo*, p. 857, n. 582 (Romania, Spagna, Argentina, Egitto e Brasile). Identico nei contenuti al *code* è anche il *Regolamento provvisorio di commercio ... da osservarsi in tutto lo stato Pontificio fino alla pubblicazione ed attivazione del nuovo codice di commercio*, Roma 1821, art. 347. Altra panoramica della disciplina contenuta nei codici del XIX secolo e in alcune polizze dell'epoca in W. Lewis, *Il diritto marittimo della Germania commentario al libro V del codice di commercio generale germanico, traduzione commentata dall'autore e corredata di copiosi raffronti colla legislazione patria* di U. Greco, III, Genova 1894, pp. 182-185; L. Hennebicq, *Principes de droit maritime comparé*, II parte, I, Bruxelles, Berlino 1910, pp. 280-281 e G. Benecke (trad. it. A. Rossetti Descander), *Sistema delle assicurazioni e del cambio marittimo*, III, Trieste 1939, pp. 402-427. Per inciso, Danjon dettaglia che anche durante i lavori di revisione del codice di commercio francese, nel 1867, prendendo “le contropied du système de l'ancien droit et du code de commerce”, i rischi da *baraterie* furono ritenuti “couverts de plein droit” (*Traité de droit maritime*, cit., p. 470, § 1574).

²⁰⁵ G. Marrè, *Corso di diritto commerciale*, cit., p. 259, § 385.

²⁰⁶ D. Azuni, *Dizionario*, cit., § VIII, p. 225.

²⁰⁷ Regola forte al punto da far ritenere ad alcuni che il patto sulla *baratteria* dovesse essere considerato un contratto a parte con tutte le conseguenze. Ne tratta, riferendo l'opinione di Loccenius (*De iure maritimo*, cit., lib. II, capp. VI-X, pp. 153-162), A. Baldasseroni, *Dizionario*, cit., § XXVII-XXVIII, p. 255; Id., *Delle assicurazioni*, cit., n. 10, p. 4. Posizione criticata con fermezza da Vivante (*Il contratto di*

responsabilità “per il delitto commesso da chiunque si trovi su di essa preposto alla navigazione”²⁰⁸.

L'impostazione del codice di commercio francese transitò in Italia anche a mezzo del veicolo della codificazione commerciale piemontese del 1842 e rinsaldò una prassi giuridica già di per sé radicata²⁰⁹. Questo codice nell'ambito di rischi a carico dell'assicuratore contemplava l'art. 383²¹⁰, che escludeva in *toto* la responsabilità dell'assicuratore per la *baratteria di patrone* salvo patto contrario. Il trapianto del codice sardo nel primo codice di commercio del Regno d'Italia in questo settore fu totale, l'art. 467, infatti, disciplinò alla stessa maniera del codice piemontese il rapporto tra *baratteria* e assicurazione. Sulla stessa linea appena tracciata il codice del 1882 (art. 618) escluse per l'assicuratore la responsabilità delle “prevaricazioni e delle colpe [...] conosciute sotto il nome di *baratteria*, se non è convenuto il contrario”. Questo articolo, come ben si sa, restò in vigore fino alla promulgazione del codice della navigazione.

Quelle del Regno d'Italia, però, orientate a far rientrare nel rischio di *baratteria* “anche le colpe civili commesse dal capitano”²¹¹, erano norme tardive, fortunatamente capaci di lasciar aperta la porta alla prassi mercantile multiforme²¹² che comunque di qui e di là dalle Alpi vedeva la *baratteria* pacificamente intesa come un rischio “*parfaitement susceptibles d'assurance*”²¹³.

In dottrina, Ercole Vidari²¹⁴ notava come sotto l'aspetto privatistico “il significato” di *baratteria* “s'andò allargando” fino a comprendere anche le azioni “colpose”, mentre Stefano Castagnola²¹⁵ attestava l'esistenza di una prassi commerciale ordinariamente orientata alla sigla di convenzioni particolari, capace di ribaltare il principio espresso dalla norma già sotto la vigenza del codice del 1865. Tale prassi, diffusa in tutta Europa, aveva condotto in altre realtà statali²¹⁶ ad aprire *pleno iure* alla responsabilità

assicurazione, cit., p. 312, n. 244).

²⁰⁸ D. Azuni, *Dizionario*, cit., § 14, p. 227.

²⁰⁹ In ambito austriaco il progetto Rossetti del 1832 stabiliva che l'assicuratore rispondeva per tutti i danni e perdite derivanti da “accidenti elementari, da azioni od omissioni umane” compresa anche la *baratteria* e non era obbligato per il deperimento dovuto all'uso o al difetto delle merci (cfr. M. R. Di Simone, *Un progetto di codice marittimo austriaco nel primo Ottocento*, ora in *Percorsi del diritto tra Austria e Italia (secoli XVII-XX)*, Milano 2006, p. 212).

²¹⁰ *Codice di commercio per gli stati di Sua Maestà il Re di Sardegna*, Torino 1842, art. 383, p. 110.

²¹¹ Cfr. S. Coen, *Repertorio generale di giurisprudenza civile, commerciale, penale e amministrativa contenente le decisioni delle magistrature del Regno dall'unificazione legislativa (1866) a tutto il 1898*, II, Torino 1908, n. 643, p. 468 (Cassazione di Palermo, 30 agosto 1894).

²¹² Si tenga conto della sentenza riprodotta in *Il diritto commerciale. Rivista periodica e critica di giurisprudenza e legislazione*, VI (1888), pp. 85-86 (Cassazione di Firenze, 14 Luglio 1887).

²¹³ “Tellement usuelle chez nous” da divenire “de style dans les polices”, secondo Danjon, *Traité de droit maritime*, cit., § 1573, pp. 471).

²¹⁴ E. Vidari, *Il diritto marittimo italiano*, cit., nn. 1333-1342, pp. 920-928.

²¹⁵ S. Castagnola (cur.), *Nuovo codice di commercio italiano. Testi, fonti, motivi, commenti, giurisprudenza* (Fonti e motivi), Torino 1884, pp. 719.

²¹⁶ Castagnola si riferisce all'art. 184 del legge belga del 1879, la quale, andando in senso inverso alla normativa di Anversa (lo dice chiaramente Jacobs nel commento citato in questa nota) indicava che “l'assureur est tenu des prévarications et fautes [...] s'il n'y convention contraire” (con l'esclusione del caso di capitano scelto dall'assicurato, nel quale si tornava sui canoni francesi, ma limitatamente alle

per *baratteria* e alla sua considerazione legislativa come rischio ordinario²¹⁷, con norme che in pratica invertivano principio ed eccezione dell'art. 618 del codice italiano²¹⁸.

La scelta del codice italiano, invece, si diceva, era dipesa dalla volontà di calmierare i premi²¹⁹ e dalla considerazione che con l'inclusione automatica della *baratteria* tra i rischi ordinari, si finiva dal lato dell'assicuratore per garantire la probità e la diligenza di chi non si conosceva, con la necessità, poi, di prevedere norme a tutela della sostanziale apertura alle frodi²²⁰ nate dalla possibile "colpevole intelligenza del capitano coll'armatore" o col caricatore²²¹. Per converso, l'articolo 618 lasciava l'armatore scoperto dai rischi magari meno frequenti, ma di entità molto elevata e per questo una prassi che sfruttava sistematicamente l'eccezione prevista nello stesso articolo si era radicata sempre più²²².

Non andavano dimenticate, però, anche le istanze degli assicuratori, ormai compagnie stabili dedicate solo all'attività di assicurazione. In questo quadro si inseriscono le riflessioni²²³ di Cesare Vivante, formulate prima sulla rivista *Il diritto commerciale*²²⁴ e poi nel trattato sul contratto di assicurazione²²⁵, il quale giudicava inidoneo a regolare la realtà mercantile della sua epoca l'art. 618 e poneva di nuovo sul tavolo di lavoro la regola praticata prima del XVI secolo (quando invece ci si era piegati a un contesto in cui il *magister navis* era di norma anche proprietario della nave e sovente esercente, non da solo magari, di porto in porto, di rada in rada, il traffico mercantile)²²⁶ secondo la quale in caso di *baratteria* si usava distinguere il caso dell'assicurato armatore (un tempo *exercitor*) da quello in cui egli era solo proprietario delle merci, in ragione del fatto che nel primo caso era proprio l'armatore ad aver scelto il capitano (che non fosse stato anche comproprietario del carico o

prévarications: V. Jacobs, *Droit maritime belge. Commentaire de la loi du 21 août 1879*, Bruxelles-Paris 1891, pp. 338-344) e l'*Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch* tedesco del 1861, il quale (art. 824) tra i rischi a carico dell'assicuratore indicava anche quello, stando alla traduzione italiana, "della baratteria [il testo originale propone *Unredlichkeit*] o della colpa di una persona dell'equipaggio, quando ne derivi un danno per l'oggetto assicurato".

²¹⁷ Anni dopo lo conferma A. De Simone, *Il rischio assicurato nella polizza di assicurazione marittima*, in "Il diritto marittimo", XXXIV (1932), pp. 282-285.

²¹⁸ P. Casini, *Il rischio della baratteria secondo il modulo di polizza di assicurazione comunemente usato in Italia*, in *Foro Italiano*, XXVI (1901), pp. 1061-1078; *Commissione reale per la riforma dei codici. Sotto commissione per il codice della marina mercantile. Codice marittimo progetto*, Roma 1931; *Osservazioni e proposte sul progetto di codice marittimo*, II, Roma 1936; L. A. Senigallia, *Sul progetto di codice marittimo italiano*, Napoli 1936, p. 29.

²¹⁹ U. Pipia, *Trattato di diritto marittimo*, II, Milano 1905, § 1371, p. 248

²²⁰ E. Vidari, *Il diritto marittimo italiano*, cit., § 1374, p. 927.

²²¹ P. Ascoli, *Del commercio marittimo e della navigazione*, in *Il codice di commercio commentato*, Verona 1900, VII, § 234, sub art. 618 e U. Pipia, *Trattato di diritto marittimo*, I, Milano 1901, § 460, pp. 430-431 e ivi, II, §§ 1369-1375, pp. 246-249.

²²² A. Brunetti, *Del commercio marittimo e della navigazione*, Milano 1920, p. 856, nt. 4.

²²³ E. Vidari, *Il diritto marittimo italiano*, cit., p. 927.

²²⁴ C. Vivante, *La baratteria del capitano nel nuovo codice* (art. 618), in "Il diritto commerciale. Rivista periodica e critica di giurisprudenza e di legislazione", I (1883), pp. 14-17.

²²⁵ C. Vivante, *Il contratto di assicurazione*, II, *Le assicurazioni marittime*, Milano 1890, p. 300.

²²⁶ Già abbandonata, chiosava anni dopo leggendo Vivante Persico, almeno a partire dalla polizza fiorentina del 1523: C. Persico, *L'assicurazione marittima delle merci. Commento alla polizza italiana...*, Genova 1932, p. 123.

cointeressato all'impresa mercantile) e dunque di questa scelta ne doveva pagar le conseguenze negative, mentre identico carico non poteva essere addossato al *chargeur* che scelto l'armatore si era ritrovato a fare i conti con un capitano *barattiere*.

A tutela degli assicuratori, rilevava Vivante, l'*Ordonnance* del 1681 aveva escogitato il meccanismo del patto espresso, che, però, il giurista nativo di Venezia non giudicava al passo con i tempi, soprattutto per via della mutata realtà della navigazione dal punto di vista tecnologico e delle comunicazioni. Di tale evoluzione non avevano tenuto conto i compilatori del codice di commercio del 1882 e si era così rimasti agganciati al canone francese, riproponendo una norma "che non [era] d'accordo con la tendenza dei tempi"²²⁷.

La proposta di Vivante (che chi conosce il codice della navigazione sa che avrà fortuna) era dunque quella di separare a riguardo della *baratteria* i modi di imputazione della responsabilità nei casi di assicurazione sui *corpi* e sulle merci, dato che il rapporto tra armatore e capitano era ormai mutato. Tanto più considerando, concludeva, che nella pratica una cosa del genere già si faceva, perché le compagnie di assicurazione tendevano a caricarsi del rischio della *baratteria* sui *corpi* e sulle merci, ma apponendo talmente tante eccezioni alla polizza dedicata ai *corpi* da liberarsi in pratica completamente dalla responsabilità. Per converso, in sintonia con Vidari, Vivante rilevava che sollevare l'assicuratore da tutte le colpe sarebbe equivalso a dichiararlo irresponsabile per legge nonostante il patto assicurativo²²⁸. Specie considerando il fatto che era veramente raro il verificarsi di un *accidente* senza nessuna colpa²²⁹. Erano le stesse considerazioni che erano all'ordine del giorno della dottrina francese, la quale di fronte al dettato cogente dell'art. 353 del *code de commerce* s'interrogò sull'opportunità di distinguere tra le varie ipotesi di negligenza e imperizia²³⁰.

Occorreva, insomma, trovare un nuovo punto di equilibrio, dimodoché appare comprensibile la cautela in forza della quale Prospero Ascoli²³¹ rilevava che non

si può ritenere che il legislatore [escludendo la responsabilità per colpe e prevaricazioni] abbia voluto esonerare gli assicuratori da responsabilità ogni qualvolta [vi sia] una qualsiasi, benché minima, negligenza del capitano o di uno dei marinai.

Se così avesse fatto, "un errore nautico o una manovra sbagliati" sarebbero stati

²²⁷ C. Vivante, *Il contratto di assicurazione*, cit., pp. 301-302.

²²⁸ Ivi, pp. 303-305: "il giudice non deve essere più rigido della legge dichiarando [la non operatività del patto assicurativo] per ogni minima colpa anche lievissima.

²²⁹ Nel campo delle riflessioni sulla *baratteria*, Vivante annette, poi, altri due significativi e nuovi tipi di trasporto, quello di emigranti e quello dei soldati (pp. 308-309).

²³⁰ Si discute sull'opportunità di distinguere tra *fautes lourdes* e *fautes légères*; i secondo esclusi dall'ambito di riferimento della *baraterie* perché consistenti in quelli che non si potevano evitare entro una spedizione marittima. Era la proposta di A. De Courcy (*Questions de droit maritime*, II, Parigi 1879, pp. 1-73), che cercava di dare un senso differente al tenore dell'art. 353 (onde non tutti i *fautes* fossero considerati *baraterie*) rispetto a quello che comunemente gli era attribuito (che al citato autore appariva né *vrai*, né *grammatical*, né *commercial*). Si trattava di una proposta che suscitò critiche e adesioni [es. G. Ripert, *Droit maritime*, II, Parigi 1914, p. 964; J. Bonnetcase, *Traité de droit commerciale maritime*, Parigi 1923, n. 647, p. 643 e D. Danjon, *Traité de droit maritime*, II ed., IV, Parigi 1928 (I ed. 1919), pp. 467-469] e che ebbe eco anche in Italia: A. Brunetti, *Diritto marittimo privato italiano*, III, p. II, Torino 1938, § 877, pp. 487-489.

²³¹ P. Ascoli, *Del commercio marittimo e della navigazione*, cit., p. 744, n. 950.

sufficienti a “rendere irresponsabili gli assicuratori”, facendo, però, diventare il contratto di assicurazione “illusorio”. E ciò specialmente nell’assicurazione delle merci, nel quadro della quale si verteva sul comportamento di un soggetto che il caricatore assicurato non aveva scelto. Con questo tipo di considerazioni, alle quali si mostra successivamente allineato anche Antonio Brunetti²³², Ascoli aveva gioco per tornare alla tradizione:

non ogni colpa basta [ma] occorreranno fatti di una certa gravità, lata culpa quae dolo aequiparatur, fatti che racchiudono l’idea di un crimine, di un dolo o di una frode

come quelli sanzionati, lo vedremo tra poco, dagli artt. 303-312 del codice della marina mercantile del 1865, con annessa l’esigenza di una interpretazione restrittiva dall’articolo 618 perché contenente una eccezione alla regola generale.

Come già notato da Vivante, acqua ne era passata sotto le chiglie. Non solo era profondamente cambiata la navigazione, ormai sempre più a motore e sempre meno a vela, con tutta la capacità di dominare maggiormente gli accidenti della navigazione, ma si era diffusa anche la navigazione di linea e, con l’irrompere delle grandi compagnie assicuratrici, le polizze di assicurazione dalla fine dell’Ottocento erano sempre più *polizze tipo* o *per adesione* imposte dai vettori ai caricatori²³³ e utili in Italia, secondo Persico, per ovviare alla “deficienza o incompletezza della legge” e al “rapido invecchiamento delle norme”²³⁴. In molte di queste polizze tra fine ‘800 e inizio ‘900, si continuò a parlare di *baratteria*, in altre il termine andò sostituito da espressioni come “dolo o frode” o simili. Per fare alcuni esempi, la polizza sui corpi edizione 1899 prevedeva sicuramente l’imperizia e la negligenza del capitano o dell’equipaggio, ma non parlava di *baratteria*. Lo stesso faceva la polizza del 1911 che eccettuava il “dolo o frode”. Mentre alcuni anni prima il *Capitolato d’assicurazione marittima per corpo ed attrezzi di bastimenti a vela e a vapore in legno* (1875) ancora trattava di *baratteria* e la poneva a carico agli assicuratori ad esclusione del caso in cui vi fosse stata complicità dell’assicurato²³⁵. Ancora, nella polizza merci del 1933 era prevista la *baratteria* fra i rischi assicurati e in quella *corpi* del 1921, senza usare il termine, si diceva che gli accidenti o fortune di mare potevano anche dipendere da imperizia o negligenza del capitano e dell’equipaggio²³⁶.

In pari tempo, sentenze e dottrina aveva introdotto nel discorso giuridico la distinzione tra gli “attributi del comando”, le “funzioni tecniche” (delle quali l’assicuratore rispondeva perché il capitano operava come comandante della nave) e le “funzioni amministrative ed economiche”, riguardanti la “gestione amministrativa del carico” (delle quali l’armatore non poteva essere chiamato a rispondere), giudicate peraltro difficili da distinguere specie perché non distinte nella normativa vigente, anche se ormai parte della prassi assicurativa²³⁷. Era l’idea di una distinzione tra *colpa*

²³² A. Brunetti, *Diritto privato marittimo italiano*, III, p. II, Torino 1938, § 583, p. 858.

²³³ C. Persico, *L’assicurazione marittima delle merci*, cit., pp. 1-10. A. Brunetti, *Manuale del diritto della navigazione marittima e interna*, Padova 1947, p. 350 parla della “signoria delle polizze tipo”.

²³⁴ C. Persico, *L’assicurazione marittima delle merci*, cit., p. 8.

²³⁵ A. Brunetti, *Diritto privato marittimo italiano*, cit., n. 582, p. 856.

²³⁶ Ivi, p. 857.

²³⁷ C. Vivante, *Il contratto di assicurazione*, cit., p. 310; A. Brunetti, *Diritto marittimo privato italiano*, n. 582, p. 858.

*nautica e colpa commerciale*²³⁸.

D'altronde il XX secolo è il periodo della tendenza all'uniformità del diritto del mare, è il secolo delle convenzioni internazionali di *diritto uniforme*²³⁹ e della diffusione di nuovi strumenti e concetti in campo assicurativo²⁴⁰. Già la polizza tipo approvata dalla *International law association* orientava la questione della responsabilità intorno al trinomio: "actes, négligence ou défaut" ("act, neglect or default"), che poi sarebbe stato trasfuso nella convenzione di Bruxelles del 1924 recepita definitivamente nell'ordinamento italiano tra il 1928 e il 1929.

L'incentrare l'imputazione dei rischi intorno alle due differenti tipologie di mancanze appena citate e la diffusione del lessico del *diritto uniforme* comportarono un ridimensionamento della fortuna del lemma *baratteria* e di quanto essa rappresentava, onde si discusse dove i fatti imputabili a *baratteria* andavano collocati, cioè se la *baratteria* era una colpa nautica o una colpa commerciale. Della necessità/opportunità di qualificare/inserire la *baratteria* entro l'uno o l'altro contenitore, ricordando che fino agli anni quaranta del ventesimo secolo l'idea di responsabilità per colpa nautica e colpa commerciale prese piede in un ordinamento dove ancora era in vigore l'art. 618 del codice di commercio e che, dopo la promulgazione del codice della navigazione nell'ordinamento legislativo italiano ci si trovò di fronte a una realtà normativa nella quale la colpa nautica non era definita se non in opposizione alle colpe commerciali (art. 422)²⁴¹, da conto subito dopo la prima metà del XX secolo la voce *baratteria marittima* dell'*Enciclopedia del diritto*²⁴², mettendo in evidenza tre orientamenti: quello volto a qualificare la *baratteria* come colpa nautica, quello che si proponeva di distinguere tra i vari profili di *baratteria* quale fosse colpa nautica e quale colpa commerciale, e un terzo volto a tener conto dei vari tipi di trasporto e navigazione e dunque anch'esso necessitante distinzioni tra i vari profili.

Come diremo tra poco il codice della navigazione determinò la scomparsa nella legislazione italiana del termine *baratteria*. Nel progetto ministeriale del 1940, però, il termine era ancora usato²⁴³. Fu verosimilmente l'adeguamento alle parti penalistiche e la non adesione a quella che può essere individuata come "proposta transattiva" di Giovanni Leone²⁴⁴ a determinare la sparizione della *baratteria* anche dalle sezioni

²³⁸ Del dibattito novecentesco in Italia non sempre sono ricordati: L. Russo, *Colpa nautica, baratteria del comandante e responsabilità del vettore e del noleggiante*, in "Rivista del diritto della navigazione", XIV (1953), p. II, pp. 254-270 e A. Bruschetini, *Responsabilità dell'assicuratore per la baratteria del Capitano*, in "La Legge", XLIV, n. 16, 1904, pp. 25-42.

²³⁹ Per tutti: A. Lefebvre D'Ovidio, G. Pescatore (e ora) L. Tullio, *Manuale di diritto della navigazione*, XIV ed., Milano 2016, pp. 28-29.

²⁴⁰ Per le assicurazioni *all risks* si tenga conto di *Codice di commercio colle note tratte dalle disposizioni legislative e dalle massime della giurisprudenza francese dal 1791 al 1842 nuova compilazione per cura di un avvocato toscano*, Firenze 1842, p. 334, sub. art. 353 (l'assicurazione "a tutto rischio" non comprende necessariamente la *baratteria* del capitano).

²⁴¹ A. Lefebvre D'Ovidio et alii, *Manuale*, cit., p. 578, n. 347.

²⁴² D. F. Cagetti, *Baratteria*, in *Enciclopedia del diritto*, V (1959), pp. 66-69 (con la bibliografia indicata). Recenti messe a punto in V. Carana, *Il contratto di trasporto marittimo di cose*, in L. Tullio, M. Deiano, *Codice dei trasporti*, Milano 2011, pp. 671-673.

²⁴³ *Ministero di Grazia e giustizia. Codice della navigazione. Progetto ministeriale*, I, Roma 1940, art. 424, p. 218 ("colpa e baratteria del comandante e dell'equipaggio").

²⁴⁴ Si veda più avanti a p. 42.

civilistiche del codice della navigazione. L'art. 524 del codice, infatti, modellato sulle polizze dell'epoca e per molti versi coincidente col tenore del progetto di *codice marittimo* del 1931²⁴⁵, sostituisce in pratica al termine *baratteria* il concetto di "colpa" in generale (del comandante o dei membri dell'equipaggio), colpa nautica (se l'assicurato è anche comandante), "dolo del comandante e degli altri componenti dell'equipaggio"²⁴⁶.

5. *Mare nostrum*: La *baratteria* in Italia al tempo dei codici

Se si torna ora a pensare alla *baratteria* come illecito penale e si pensa all'*età dei codici* nel limitato contesto italiano, si può notare che l'interessamento della *legge* per questo illecito, salvo una significativa eccezione, non significò ingresso della stessa nel *codice penale* (inteso come strumento), dato che essa restò confinata in leggi speciali o in testi codicistici specifici dedicati alla marina mercantile. Il *codice penale*, come mappa degli illeciti, insomma, non fece breccia in mare. Tanto che quando ci si trovò di fronte al vigore di codici d'ambito penale predisposti per il Regno (1889 e 1930) sorsero problemi non esigui di coordinamento tra testi normativi²⁴⁷.

I pochissimi riscontri che si trovano nei codici penali d'area italiana della prima metà dell'800 potrebbero indurre a ritenere che tale comportamento fu perseguito come parte del generale profilo delle frodi e delle truffe variamente individuate²⁴⁸. Ma la questione non è così semplice pensando anche ai molti interventi volti a rendere questo illecito perseguibile d'ufficio indipendentemente dalla volontà dei danneggiati²⁴⁹ e necessitando il tema di un'indagine sull'esercizio concreto della giustizia criminale nei vari ordinamenti.

Solo norme generali sulle frodi o sul danneggiamento e sulla distruzione di cose (tra cui anche le *mercanzie*) affidate con obbligo di farne un uso determinato hanno il codice penale austriaco del 1803 (aperto alle "troppo varie maniere di truffa" che non "possono enumerarsi nella legge")²⁵⁰, il codice penale veronese del 1797²⁵¹, il codice

²⁴⁵ Commissione reale per la riforma dei codici. Sotto commissione per il codice della marina mercantile. Codice marittimo. Progetto, Roma 1931, artt. 347 e 351, pp. 158-159; A. Fiorentino, *Le assicurazioni contro i rischi della navigazione (concetto, disciplina legislativa, tipi)*, in "Rivista del diritto della navigazione", XIV (1953), p. I, p. 234. Pone in rapporto l'articolo 618 del codice di commercio e il 524 del codice della navigazione A. Brunetti, *Manuale*, cit., p. 366.

²⁴⁶ Cfr. A. Brunetti, *Manuale*, cit., p. 367. Quella dell'art. 524, in ogni modo, era una norma che, se ce ne fosse stato bisogno nel 1942, chiariva l'idea che l'agire del comandante e dell'equipaggio erano rischi della navigazione (S. Ferrarini, *Le assicurazioni marittime*, Milano 1971, pp. 103-104).

²⁴⁷ G. Leone, *Problemi penalistici in tema di naufragio doloso*, in «Rivista del diritto della navigazione», IV (1939), p. I, pp. 263-268.

²⁴⁸ Quando i codici tacciono, secondo Puccioni, o l'illecito è "da leggi speciali contemplato" o "altrimenti dovrebbe ritenersi confuso con le altre truffe, o abusi di fiducia": G. Puccioni, *Il codice penale toscano illustrato sulla scorta delle fonti del diritto e della giurisprudenza*, V, Pistoia 1858, art. 400, p. 174.

²⁴⁹ Si veda più sopra a p. 18.

²⁵⁰ *Codice penale universale austriaco coll'appendice delle più recenti norme generali, parte I, Dei delitti*, seconda edizione ufficiale, Milano 1915 (rist. an. 2001), § 180, p. 58. Pure nel successivo Codice penale del Maggio 1852 non vi è traccia che della *truffa*, che però è già un comportamento illecito finalizzato ad indurre altrui in errore a fine di lucro (p. I, capo XXIII, §§ 197-205).

²⁵¹ Consultato nella ristampa anastatica a cura di S. Vincuerra et alii, Padova 1996.

dei delitti e delle pene per Regno d'Italia (1811)²⁵², l'idea di *codice generale pel commercio di terra e di mare* del Regno d'Italia²⁵³, il progetto di codice penale per la Lombardia napoleonica²⁵⁴, le leggi penali di Giuseppe Bonaparte di inizio Ottocento²⁵⁵, il codice del Regno delle due Sicilie del 1819²⁵⁶, il codice penale del regno di Sardegna del 1839²⁵⁷, quello di Parma Piacenza e Guastalla del 1820²⁵⁸, i regolamenti pontifici del 1832²⁵⁹ e, conclusivamente, il codice sabaudo “per l'Italia unita” del 1859²⁶⁰. Insomma, a parte il codice degli Stati uniti delle isole Ionie (1841)²⁶¹, ben conosciuto dai giuristi italiani, e un accenno nel codice penale del Principato di Lucca²⁶² (ma non in quello di

²⁵² Consultato nella ristampa anastatica a cura di S. Vinciguerra, Padova 2002 (si disciplinano *truffa e abuso di confidenza* e una sezione dedicata alla “trufferia nel vendere o comprare”).

²⁵³ P. Baldasseroni, *Dissertazione sulla necessità ed importanza della compilazione di un codice generale pel commercio di terra e di mare del Regno d'Italia e sulle basi fondamentali sopra le quali deb'esser compilato*, Milano 1807, p. 62). Baldasseroni si pone il problema della *baratteria* suggerendo un aggancio al diritto romano e interessandosi al profilo sanzionatorio. Stesso tenore nella *Progetto di codice di commercio di terra e di mare pel Regno d'Italia* di Azuni del 1807, art. 86 (con indicazione di alcune coordinate di massima per “il capitano che [...] fraudolentemente e con determinata volontà da causa all'alterazione o confiscazione delle merci o della nave, o che in altra guisa commetta il delitti di baratteria...”: L. Berlinguer, *Sui progetti di codice di commercio del Regno d'Italia, 1807-1808. Considerazioni su un inedito di D. A. Azuni*, Milano 1970, p. 110).

²⁵⁴ Consultato in *Il primo progetto di codice penale per la lombardia napoleonica (1801-1802)* a cura di A. Cavanna, G. Vanzelli, Padova 2000.

²⁵⁵ *Legge sui delitti e sulle pene dei 20 Maggio 1808*, in *Le leggi penali di Giuseppe Bonaparte per il Regno di Napoli (1808)*. Rist. an. cur. S. Vinciguerra et alii (solo furti commessi in occasione di incendio o naufragio).

²⁵⁶ *Codice per lo Regno delle due sicile, parte seconda, Leggi penali*. Rist. an. cur. S. Vinciguerra et alii, Padova 1996. Tratta solo in generale della frode (§§ 430-436, pp. 107-111), dell'incendio “e di qualunque altro guasto o danno” (§§ 437-450). Prima dell'epoca francese, le due più note *prammatiche* sulle cose di mare non trattavano di *baratteria* (*Reale editto, o sia regolamento per la navigazione de' bastimenti mercantili de' 18 agosto 1741*, in *Nuova collezione delle Prammatiche...*, VIII, Napoli 1804, pp. 11-19 e *Reale editto del 31 Gennaio 1759*, ivi, pp. 35-61). A queste seguirono anche le riflessioni di Michele Jorio (C. M. Moschetti, *Il codice marittimo del 1781 di Michele De Jorio per il Regno di Napoli. Introduzione e testo annotato*, II, Napoli 1979, pp. 1032-1034), che contengono perlopiù una messa a punto per una futura codificazione, in relazione alla quale spicca l'inquadrimento dell'illecito ripreso in traduzione dal *Guidon* e le note dedicate a chi acquista cose provenienti da *baratteria*.

²⁵⁷ *Codice penale per gli stati di S. M. il re di Sardegna (1839)*. Rist. an. cur. S. Vinciguerra, M. Da passano, Padova 1993, art. 655 (sul furto commesso da “barcaiuolo o da alcuno dei [suoi] servi o impiegati quali siansi, di cose ad essi affidate nella loro detta qualità”), art. 679 (“truffe [e] altre specie di frode”, danneggiamento o alla distruzione o uso proprio anche di mercanzie consegnate e affidate).

²⁵⁸ *Codice penale per gli stati di Parma Piacenza e Guastalla (1820)*. Rist. an. cur. A. Cadoppi, Padova 1991, artt. 418 e 448 (sulla truffa e sull'abuso di confidenza) e altre norme identiche al codice sardo sull'uso di cose affidate, comprese le mercanzie.

²⁵⁹ *I regolamenti penali di Papa Gregorio XVI per lo stato pontificio (1832)*. Rist. an. cur. S. Vinciguerra, Padova 2000 (solo incendio e devastazione anche di “bastimenti o barche di proprietà privata” e sommersione dolosa di un naviglio, bastimento o barca).

²⁶⁰ *Il codice penale per gli stati del Re di Sardegna e per l'Italia unita (1859)*. Rist. an. cur. S. Vinciguerra, Padova 2008 (stesse norme del 1839), pp. 190-192.

²⁶¹ *Codice penale degli stati uniti delle isole jonie (1841)*. Rist. an. cur. S. Vinciguerra, Padova 2008. Gli artt. 541-542 (Della bancarotta o sia fallimento, e delle altre frodi nel commercio) trattano di “frodi sul naviglio o sul carico” ed esemplificano nelle modalità commissive i vari casi di *baratteria* che conosciamo. Ma non sono reati specificamente attribuiti ai capitani o all'equipaggio.

²⁶² *Codice penale per il principato di Lucca (1807)*. Rist. an. cur. S. Vinciguerra, Padova 2000, art. 136 (sui

Piombino²⁶³), solo il codice penale toscano del 1853 aveva una norma che riguardava direttamente la *baratteria*. Non evitando di ricordare che questo comportò, fino alla promulgazione del codice Zanardelli, una differenza di disciplina tra i territori toscani e la restante parte del Regno, si deve precisare che la norma del codice toscano si rifaceva esplicitamente all'editto di navigazione del 1748 ("la baratteria marittima, di che nell'editto..."), il quale, fissata la procedibilità *ex officio* (obiettivo principale), aveva inquadrato la sanzione²⁶⁴ col "maggiore rigore delle leggi, da estendersi fino alla pena della morte" (determinazione conseguente e tutto sommato consistente nella vecchia condanna straordinaria). *Medio tempore*, stante il silenzio della *leopoldina* del 1786 e delle successive norme²⁶⁵, Puccioni riferisce che "la pratica giurisprudenza aveva determinata la pena [...] in quella delle leggi allora vigenti [per i] *furti qualificati*", ovvero principalmente il § LXXV della Leopoldina²⁶⁶. A questa pratica applicativa si era poi accodato l'art. 400 del codice del 1853²⁶⁷. Nessuna di queste norme, però, alla maniera di un codice maturo, aveva fissato cosa si dovesse intendere per *baratteria* marittima.

Per il futuro ordinamento del Regno d'Italia, però, assumono rilevanza decisiva le Regie Patenti sabaude del 1827, perché orienteranno la questione della *baratteria* fino al codice della navigazione. La norma sabauda, estesa a tutto il Regno dopo l'Unità in attesa della riforma della normativa sul mare²⁶⁸, almeno per quanto riguarda la *baratteria* era largamente tributaria di un intervento normativo francese del 1825, col quale si dettero, dopo il silenzio del codice penale di Napoleone, norme destinate a fissare legislativamente le coordinate della *baratteria*²⁶⁹. Un semplice confronto tra il titolo secondo della *Loi pour la sûreté de la navigation et du commerce maritime*²⁷⁰ (*De Crime de*

furti di capitani e membri dell'equipaggio) e art. 157 (dove si nota il rinvio a provvedimenti speciali in materia).

²⁶³ *Codice penale per il principato di Piombino (1808)*. Rist. an. cur. S.Vinciguerra, Padova 2001, p. 131 (solo furti di capitano e membri dell'equipaggio).

²⁶⁴ L. Cantini, *Legislazione toscana illustrata*, XXIX, Firenze, 1801, p. 234. Sul generale inasprimento delle sanzioni per le frodi in ambito marittimo: D. Edigati, *L'editto toscano del 1748 e la legislazione d'antico regime sul diritto marittimo*, in "Nuova rivista storica", CXXIV, II (2012), p. 716.

²⁶⁵ Le ho consultate in M. Da Passano, *Dalla "mitigazione delle pene" alla "protezione che esige l'ordine pubblico". Il diritto penale toscano dai Lorena ai Borbone (1786-1807)*, Milano 1988, § XIX, p. 350 e 393.

²⁶⁶ "Nei furti qualificati [...] che si commettono in occasione di qualche incendio, rovina, naufragio": il tenore del paragrafo permetteva la lettura attuata dalla "pratica giurisprudenza".

²⁶⁷ G. Puccioni, *Il codice penale toscano illustrato*, cit., pp. 173-174.

²⁶⁸ *Regie patenti colle quali S. M. stabilisce e manda osservarsi la legge penale per la marina mercantile in data del 13 Gennaio 1828*, in *Leggi e regolamenti per la marina mercantile*, Torino 1862, cap. IX, pp. 385-389, artt. 87-96. Si segnala anche che l'art. 95 cpv. III commina una pena specifica per i ricettatori di robe provenienti da *baratteria*.

²⁶⁹ Antecedentemente si sfruttarono per la questione della sanzione alcuni articoli della *Ordonnance* del 1681 che non parlavano espressamente di *baraterie*, ma erano contenuti nel titolo dedicato ai capitani. Mi riferisco all'art. XXXV (R.-J. Valin, *Commentaire sur l'ordonnance de la marine*, cit., pp. 278-280), che sanzionava *corporellement* il caso di falsa rotta e quello di colui che avesse commesso qualche *larcin qu'il en soit fait dans son bord ou donne fraudoleusement lieu a l'altération ou confiscation des marchandises ou de vaisseau* e all'art. XXXVI (ivi, pp. 281-282) che sanzionava col *dernier supplice* il capitano che *livré aux ennemis, ou malicieusement fait échouer ou périr son vaisseaux*, o lo conduce in un porto nemico o troppo vicino alle coste di un paese nemico, o si arrende senza combattere, o attacca un vascello temerariamente.

²⁷⁰ Consultabile in B.-M. Emérigon, *Traité des assurances et des contrats a la grosse*, cit., II, pp. 647.

Baraterie) non può non far ritenere che un'occhiata nei domini sabaudi a questa norma (che punisce i vari casi indicati con ventaglio di sanzioni che vanno dalla reclusione alla pena di morte) la si dette.

Il comportamento del capitano e dei membri dell'equipaggio che “volontairement, et dans une intention fraudoleuse” avesse fatto perire la nave con qualsiasi mezzo²⁷¹ diviene in Piemonte, quello degli stessi soggetti che “volontariamente o con intenzione dolosa” avessero fatto “investire, naufragare o perdere in qualunque modo” il naviglio. Quello del capitano che “détournera a son profit” la nave o il bastimento²⁷² è identico a quanto disposto dall'art. 88 delle Regie Patenti. Così come l'illecito del capitano e dei membri dell'equipaggio che “volontairement et dans l'intention de commettre ou de couvrir une fraude” a pregiudizio del proprietario, dell'armatore, dei caricatori, *facteurs*, assicuratori e altri interessati avessero fatto *getto* di tutto o parte del carico, viveri e effetti di bordo in mare senza necessità, o indirizzato il naviglio verso una falsa rotta²⁷³ è presente nell'art. 89 delle Regie Patenti con la sola aggiunta accanto agli “effetti” degli “attrezzi” di bordo. Diversamente modulato è solo l'ultimo inciso di questo articolo, perché mentre nella norma francese si parla di situazione in cui i medesimi soggetti, col medesimo stato soggettivo, abbiano provocato la confisca del naviglio o di parte o tutto il carico, nella normativa piemontese alla generale indicazione di qualunque operazione “non consentita” si affiancano le attività di contrabbando. Anche il richiamo ad alcune violazioni previste nel codice di commercio francese agli artt. 236, 237 e 248 contemplate nella *loi* per la loro “intenzione fraudolenta” (che in Piemonte diviene “intenzione dolosa e senza necessità”), è presente nella normativa piemontese, priva, però, del riferimento al codice di commercio²⁷⁴.

Da parte di molti giuristi²⁷⁵ si riferisce che durante i lavori di compilazione del codice per la marina mercantile (1863) maturò l'intento di definire in un quadro generale la *baratteria*. Allora si propose l'idea di inquadrarla come

²⁷¹ *Loi pour la sûreté*, cit., art. 11; *Regie Patenti*, art. 87, p. 385.

²⁷² *Loi pour la sûreté*, cit., tit. II, art. 12; *Regie Patenti*, art. 88, p. 385.

²⁷³ *Loi pour la sûreté*, cit., tit. II, n. 13; *Regie Patenti*, art. 89, pp. 385.

²⁷⁴ *Loi pour la sûreté*, cit., n. 14; *Regie Patenti*, art. 89-90, pp. 385-386. Si trattava dei casi del capitano che avesse preso somme “sul corpo del bastimento”, dato in pegno, venduto merci o altro del carico o della nave, o il bastimento stesso senza autorizzazione, del capitano che avesse scaricato in tutto o in parte le merci prima del dovuto rapporto alle autorità portuali, o avesse descritto nei conti e in suo vantaggio delle avarie o delle spese supposte, o venduto il naviglio affidatogli senza che il medesimo si fosse trovato in “stato di innavigabilità constatato” (cosa non specificata dalla *Loi* francese). La norma francese precisava anche che (n. 15) l'articolo 386, § 4 del codice penale era applicabile ai furti commessi a bordo di tutte le navi e bastimenti di mare da parte di tutti i capitani patroni, *subrecargues*, gente dell'equipaggio e passeggeri e che l'art. 387 era applicabile alle alterazioni di viveri e merci commesse dalle stesse persone a bordo e tali numeri sono palesemente echeggiati dagli articoli 91-95 delle Regie patenti. A questi profili, però, la normativa piemontese aggiungeva non ben collocabili profili di falso rapporto o falsa dichiarazione (art. 94) che depositatisi nel codice della marina mercantile saranno strumento di critica della *baratteria* così come risultava dal codice. In Piemonte il rigore sanzionatorio non sembra attenuato perché contempla illeciti puniti con vari periodi di “galera”, mai minore di tre anni e fino alla perpetuità nei casi più gravi (da intendersi lavori forzati per la legislazione successiva) e, in alcuni casi, anche con la possibilità di giungere all'irrogazione della pena di morte.

²⁷⁵ Per tutti F. Schiaffino, *Diritto penale marittimo*, cit., § 37, p. 475; P. Ascoli, *Del Commercio marittimo*, cit., p. 152

qualunque macchinazione dolosa commessa dal capitano o dalle persone dell'equipaggio a pregiudizio dei proprietari, armatori, caricatori, assicuratori, od altri interessati nel bastimento o nel carico.

Era una definizione che somigliava a quella della scienza giuridica, a cui si allineeranno nel tempo non pochi testi pratici²⁷⁶, ma che era talmente generale da essere pressoché indefinita. È forse per questo, come molti giuristi dell'epoca ricordano nonostante la relazione al codice taccia²⁷⁷, che fu accantonata. Per il resto il profilo della *baratteria* fu largamente recuperato dalla normativa piemontese, ma inserito in un quadro di classificazione codicistica in ordine ai beni aggrediti dall'illecito codificato: *baratteria* e altri reati contro la proprietà. Si poteva dubitare della retta collocazione, ma la categoria classificatoria c'era. Per il resto le Regie Patenti del 1827 vi si ritrovano completamente. L'art. 303 del codice è identico all'articolo 87 delle Regie Patenti²⁷⁸ e così l'art. 304 al successivo articolo 88 delle stesse. Pure gli articoli 305 e 306 corrispondono alle previsioni dell'art. 89 della normativa piemontese, mentre l'attività illecita del capitano "per contrabbando o altra operazione non consentita" dell'art. 89 si ritrova nell'art. 310 (ma con la comminazione di un semplice multa in luogo della confisca della nave o del carico). Tutte le previsioni dell'art. 90 delle Regie patenti, infine, sono previste infine dall'art. 309.

Nulla mutato nella versione del codice del 1877²⁷⁹ e nel codice per la marina mercantile dei territori *imperiali* della Cirenaica e della Tripolitania del 1913²⁸⁰, le norme sulla *baratteria* come parte degli illeciti contro la proprietà²⁸¹ rimasero in vigore fino alla promulgazione del codice della navigazione nel 1942. Nel periodo intermedio deve, però, esser segnalato che la commissione nominata nel 1904 dette conto del suo intento di riflettere sul "carattere del reato" *baratteria*, anche alla luce della "giurisprudenza recente"²⁸². I materiali di lavoro, però, non si conservano. Ripresi i lavori di progettazione si giunse, come è noto, al progetto di *codice marittimo* del 1931²⁸³.

²⁷⁶ Es. M. Alberto, *Il capitano marittimo. Manuale pratico amministrativo legale*, Milano 1959, p. 91 ("qualsiasi atto causante perdita, danno al carico, sequestro della nave, fatto intenzionalmente dal capitano o dall'equipaggio"); A. Sisto, *Istituzioni di diritto marittimo*, III ed., Milano 1927, p. 246 ("...qualsunque fatto del capitano e delle persone dell'equipaggio commesso a pregiudizio dei proprietari, armatori, assicuratori, e di altri interessati nella nave o nel carico").

²⁷⁷ G. Vacca, *Relazione sul codice per la Marina mercantile*, in *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, 9 Luglio 1865, parte ufficiale, p. 1.

²⁷⁸ L'affermazione del testo è parzialmente vera. Perché se c'è totale coincidenza nella descrizione del comportamento illecito, l'art. 87 indica come soggetti attivi "qualunque comandante, patrone, capitano o pilota", mentre il 303 del codice è già attestato su "qualunque persona dell'equipaggio" e prevede per il caso di "capitano, padrone" o altra persona incaricata del comando della nave una aggravante di pena al secondo comma.

²⁷⁹ F. Cozzo (cur.), *I codici marittimi*, Milano 1938, sez. I.

²⁸⁰ D. Gaeta, *Codice della navigazione*, cit., pp. 259-258.

²⁸¹ G. Parodi, *Alcune osservazioni sul progetto di riforma del Codice per la marina mercantile*, Genova 1877; D. Gaeta, *Codice della navigazione*, cit., pp. 259-260.

²⁸² *Commissione reale per la riforma del codice per la marina mercantile. Atti della commissione*, I, Roma 1905, p. 19.

²⁸³ *Commissione reale per la riforma dei codici. Sotto commisione per il codice della marina mercantile. Codice marittimo. Progetto*, Roma 1931.

Esso conferma il ruolo del termine quale indicatore di illiceità e il legame tra *baratteria* e aggressione alla proprietà. Contiene, inoltre, uno specifico articolo, il 657, denominato *atti di baratteria* che somiglia a una sintesi dei profili presenti nel codice della marina mercantile ed è destinato a punire il capitano di nave che

fa scientemente falsa rotta o che dolosamente getta in mare o distrugge o fa perdere in qualsiasi modo anche soltanto in parte le provviste alimentari di bordo, gli attrezzi della nave o i combustibili o altre materie destinate a fornire alla nave l'energia motrice, ovvero distrugge o rende inservibili gli attrezzi, i macchinari e gli impianti di bordo²⁸⁴.

Al di là dei molti rilievi fatti da chi esaminò il progetto²⁸⁵, prima di giungere al codice della navigazione è il caso di chiedersi che *baratteria* è quella che individuiamo in Italia nell'approdo codicistico rispetto a quella di diritto comune. Intanto, spicca nel codice della marina mercantile una sorta di formula di chiusura che conferma le difficoltà di definire con precisione la *baratteria* e che ha molti tratti in comune col tentativo di definizione di cui s'è parlato poc'anzi. L'art. 316 del codice, infatti, punisce anche

ogni altra frode commessa tanto dal capitano o padrone, quando dalle persone dell'equipaggio a pregiudizio degl'interessati nella nave o nel carico, e non contemplata nelle precedenti disposizioni, sarà punita col carcere, ovvero con multa.

In secondo luogo, a parte l'adattabilità dei vari casi alle figure codicistiche, deve essere sottolineato un cambiamento di prospettiva. Sembra sfumato, infatti, uno degli elementi fondamentali individuati dai giuristi di diritto comune e paiono esaltati per converso profili diversi che avranno non poca voce in capitolo a riguardo delle critiche mosse al profilo *baratteria* nella prima metà del XX secolo. La cosa risulta chiara se si tiene conto di un inciso presente nella voce dell'Enciclopedia Pessina:

l'intenzione dolosa esiste tanto se l'agente è animato dal fine di lucro quanto se sia mosso unicamente dall'idea del danno.

Nel codice della marina mercantile è dato individuare profili di *baratteria* nei quali il fine di lucro è evidente e necessario (es. il capitano che dispone della nave a proprio vantaggio dell'art. 304), altri, invece, come il procurato naufragio, nel quale è assente e rileva il dolo generico, l'"intenzione dolosa". Altri ancora che la dottrina già giudicava

²⁸⁴ Gli altri articoli della sezione non sono meno significativi: art. 658 (Abusivo uso della nave e del carico "a vantaggio proprio o di altri"); art. 659 (imbarco e sbarco abusivo di cose, ma non a proprio lucro); art. 660 (falsità o alterazioni in polizza di carico o altro documento, anche simulando un carico un tutto o in parte inesistente); art. 661 (false annotazioni nel giornale di bordo e false dichiarazioni, mendaci anche sul giornale di bordo); art. 662 (abusivo impegno o vendita di nave o ingiustificato scarico, acquisizione senza necessità di denaro sul *corpo*, sulle vettovaglie o sul corredo della nave o scarico merci prima della relazione e senza le formalità previste dalla legge); art. 663 (atti fraudolenti in pregiudizio di coloro che sono interessati nella nave o nel carico).

²⁸⁵ *Osservazioni e proposte sul progetto di codice marittimo*, II, Roma 1936, pp. 678-685. Tra queste spicca l'esigenza di marcare la differenza tra *baratteria* e pirateria (che stava finendo nel contenitore degli illeciti contro la proprietà) e i tentativi di legare i due testi codicistici (era tra le mani dei giuristi il Codice Rocco) attraverso l'uso del meccanismo della malversazione di cui all'art. 315 del codice penale (p. 681).

non costituenti *baratteria* “vera e propria”, ma dotati di “natura affine”²⁸⁶.

Nei profili di *baratteria* che abbiamo visto durante la nostra indagine, invece, per fare un esempio, non si dava naufragio a sé, ma solo con la finalità specifica di lucrare sul carico o sul recupero del naviglio. La specificità del profilo soggettivo, una volta eliminata, aveva fatto cambiare di prospettiva ad alcuni illeciti e creava maggior disorganicità nell’ambito della categoria. Fu così che certi comportamenti illeciti presenti entro il contenitore “*baratteria* e altri reati contro la proprietà”, scevri da quel fine specifico, apparvero correttamente come aggressivi di altri beni e interessi (fede pubblica, incolumità pubblica, ecc...) e quindi mal collocati. Nulla da dire sul fatto che ci si trovasse di fronte a un reato tendente ad assumere forme differenti. La vera questione da mettere in risalto, però, è la ragione di questa proteiformità che non è la stessa nel tempo e in specie nell’età dei codici e nell’età di diritto comune.

Non stupisce, dunque, che tra le varie osservazioni al progetto di *codice marittimo* del 1931 vi siano anche quelle della Corte d’appello di Milano e di Torino che dopo aver sottolineato che ci si trovava di fronte a una figura che “aggruppa sotto unica disposizione fatti delittuosi difformi” e che proveniva dalla “esposizione alquanto confusa ed ingombrante delle varie forme criminose riassunte sotto il delitto di *baratteria*” del codice della marina mercantile²⁸⁷, sottolinearono, per l’appunto, la necessità di inserire nel testo la “determinazione specifica” individuata nello “scopo di lucro, per procacciare ed assicurare a sé o ad altri un ingiusto profitto”²⁸⁸. E lo si faceva in particolare in relazione alla falsa rotta e al getto e distruzione di attrezzi del naviglio, ritenendo anche che “uno specifico dolo [potesse valere] ad allontanare [dall’area della rilevanza penale] ipotesi più benigne, come [le situazioni in cui] il lancio in mare o la distruzione di attrezzi [fossero stati realizzati] a fine di salvataggio o per altri scopi non condannabili e che comunque prescind[evano] dall’intento di lucro o da quello di vendetta”²⁸⁹.

6. *Mare clausum*: la proposta *tranchant* di Carrara

Nello stesso momento in cui la *baratteria* trovava in Italia consacrazione in un testo normativo codicistico, a livello interpretativo subiva un colpo basso da Francesco Carrara, il quale con l’intento di darle un quadro da *ente giuridico* come per tutti gli altri crimini, giunse al punto di non considerarla un illecito autonomo e specifico, ma semplicemente una circostanza aggravante di altro illecito “principale”, di un altro “ente principale giuridico” che non mutava al manifestarsi dell’evento aggravante²⁹⁰.

²⁸⁶ Si pensi all’art. 307 (polizza di carico falsa o alterata dolosamente), al 311 (imbarco e sbarco di effetti senza consenso) al 312 (volontaria alterazione di viveri e attrezzi deteriorati) e all’art. 313 (alterazione delle mercanzie): R. Sandiford, *Elementi di diritto marittimo*, cit., p. 571.

²⁸⁷ *Osservazioni e proposte sul progetto di codice marittimo*, cit., p. 679.

²⁸⁸ *Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio*, 1911-1926, II, Milano 1928 (curr. U. Navarrini Umberto, A. Vedani), p. 350, n. 13. Ancora nel 1920 appare in giurisprudenza il fine di lucro come elemento necessario. Non commette *baratteria* il capitano che cambia rotta o porto di destinazione e scarica le merci per un motivo differente proprio interesse bursale, magari, come nel caso di questa sentenza, coincidente con gli interessi del noleggiatore o dell’armatore.

²⁸⁹ *Osservazioni e proposte sul progetto di codice marittimo*, cit., p. 685.

²⁹⁰ F. Carrara, *Programma, Parte speciale*, cit., IV, §§ 2317-2335, pp. 473-492.

Ciò dipese anche dal fatto che il penalista nato a Lucca s'interrogò sulla *baratteria* con sullo sfondo la maturazione concettuale di *figure* generali dell'operare illecito (es. *truffa*, *frode*²⁹¹) e prendendo atto degli scarsi risultati conseguiti da legislatori e giuristi²⁹². La proposta di Carrara era confortata dall'osservazione che il "momento consumativo" di quella che solitamente s'intendeva come *baratteria*²⁹³ variava in realtà in base a quello di altro reato "veramente principale" di volta in volta individuabile come *truffa*²⁹⁴, *frode*²⁹⁵, *frodata amministrazione*²⁹⁶ e *falso*²⁹⁷. Era così possibile pensare a una *truffa* aggravata da *baratteria* per il capitano di nave e merci di terzi che avesse distratto merci e nave a suo profitto²⁹⁸, o per colui che avesse realizzato una "truffa d'uso" (con apprensione *invito domino*) lucrando a danno del proprietario attraverso il godimento indebito e occulto di beni non suoi²⁹⁹. Allo stesso modo si realizzava una *frode* aggravata da *baratteria* quando

²⁹¹ M. Sbriccoli, *Truffa (storia)*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano 2009, I, pp. 355-372; R. Ferrante, *Il diritto penale dell'economia nell'età dei codici. Dall'Illuminismo giuridico ai "nuovi reati"*, in *Itinerari in comune. Ricerche di storia del diritto per Vito Piergiovanni*, Milano 2011, pp. 67-71 e *passim*.

²⁹² Per coloro che avevano avuto occasione di "scientificamente o legislativamente" definire la *baratteria* essa era stata come un "ferro ardente": gli "istitutisti...passano oltre" con brevi accenni, "i criminalisti giocano di rimando ai commercialisti (o propongono "formole per quanto verbose sempre incomplete e fallaci") questi a quelli", i "legislatori penali o ne tacciono, o son contenti d'indicarvi la pena, e per la nozione se ne lavano le mani" o rinviando agli "editti di marina", che però spesso contengono solo "sparsi cenni e previsioni spicciolate di casi e mai una definizione sintetizzata e suscettiva di esatta analisi" (F. Carrara, *Programma*, cit., pp. 475-476).

A queste difficoltà non avevano fatto fronte i variegati tentativi di leggere la *baratteria* con differenti chiavi di lettura come la "simulazione di avarie o infortuni di mare" (perché essi possono esser fatti anche senza *baratteria*: *ivi*, § 2319, pp. 476-477), la "menzogna e l'inganno" (dato che in caso di fuga con la nave e col carico potevano non esserci inganni, ma semplice intento di "coprire gli effetti della rapacità": *ivi*, § 2320, p. 477), il meccanismo dell'"abuso di cosa fidata", o l'idea che "soggetto passivo" dovesse avere necessariamente la "cosa altrui" (bastando riflettere sul caso del capitano che spacciava per buono un vascello sgangherato e se lo faceva assicurare per una grossa somma e poi ne provocava il naufragio "guadagnando il tocco di sicurezza", o commetteva "altra di quelle *baratterie* che si dicono contro gli assicuratori". Egli, in effetti, non realizzava tutto ciò sopra cose a lui affidate o altrui: *ivi*, § 2321, pp. 477-478).

²⁹³ *Ivi*, § 2324, p. 481.

²⁹⁴ Per Carrara *truffa* è "dolosa appropriazione di una cosa altrui che si è ricevuta dal proprietario per una convenzione non traslativa di dominio e ad un uso determinato" (F. Carrara, *Programma*, cit., § 2284, p. 433).

²⁹⁵ Alla "frode, o stellionato" è dedicato il quarto titolo (*ivi*, pp. 493-533) del capitolo ottavo che tratta dei "furti impropri" e questo fa capire quale sia il concetto, l'ampiezza e le problematiche che stanno dietro a questo illecito carrariano.

²⁹⁶ Trattasi per Carrara, entro il "genere delle truffe", dell'illecito di chi "divenuto gestore fiduciario di una operazione amministrativa nello interesse altrui, e così consegnatario delle cose di altrui pertinenza per quell'uso determinato, abusi della fiducia a lui conferita volgendo indebitamente a suo profitto o le cose stesse [...] o i lucri ottenuti dalla sua amministrazione" (*ivi*, § 2304, p. 462).

²⁹⁷ "Per antica consuetudine dei giuristi", nonostante tutte le figure illecite sopra indicate avessero in sé profili di "falsità", fu attribuito "quasi per antonomasia il nome di falso a quello della menzogna che si estrinseca col mezzo di scrittura" (*ivi*, § 2363, p. 533).

²⁹⁸ Si tratta in sostanza di quanto previsto dall'art. 304 del codice della marina mercantile.

²⁹⁹ Quanto al momento della consumazione, la *truffa con baratteria* (*ivi*, § 2325, pp. 481-482) si consumava secondo Carrara quando il soggetto passivo abusava della fiducia concessagli e si poneva nell'impossibilità di riconsegnare la merce.

con “preordinata macchinazione” il capitano si faceva affidare oggetti con l’intento di farli suoi, o compiva un inganno “sulle condizioni, e libertà della nave”, o riusciva “con artifizi mendaci” a farvi sopra un cambio marittimo che non sarebbe stato concesso conoscendo lo stato delle cose³⁰⁰. Il *falso* aggravato da *baratteria* si concretizzava, invece, quando si producevano “falsi consolati o falsi testimoniali di bordo” per simulare infortuni o esagerare gli effetti degli avvenimenti, o creare “bisogni fittizj per i cambi”, o “cambi fittizi mediante documenti non conformi a verità”³⁰¹ e la *frodata amministrazione* aggravata da *baratteria* prendeva sostanza quando il capitano comproprietario del carico con altri che gli avevano dato *fidanza* di speculare nell’acquisto e nella vendita dello stesso per interesse comune, distraeva la sua parte di carico senza darne conto o non dichiarava l’esatto valore di acquisto o di vendita o, in altro modo, dava “conto infedele della sua gestione”³⁰².

All’evidenza delle speculazioni di Carrara, dunque, *Baratteria* risultava essere una “qualità adattabile a cento fatti” riconducibili a specifiche figure di reato qualificate dalla presenza del capitano di un naviglio o dell’equipaggio dello stesso come soggetti attivi e dall’abuso di fiducia “di chi per propria speculazione commerciale contrattava in tale sua qualità di capitano e con realizzazione fatta al fine di arricchirsi ingiustamente mediante inganno”³⁰³. Una posizione quella di Carrara capace di assestare un duro colpo alla fortuna della *baratteria*, orientata anch’essa, come quella che ne determinerà la fine nell’ordinamento legislativo italiano, dall’esigenza della sua riduzione al sistema del diritto penale di terra. Una posizione, comunque, nei confronti della quale non mancarono le critiche da parte di studiosi del diritto commerciale³⁰⁴ e di quelli dediti alle scienze criminalistiche³⁰⁵, ma anche un sbiadita eco nelle

³⁰⁰ La *frode con baratteria* (ivi, § 2326, p. 482-483) di un capitano si consumava quando un certo soggetto “con mentito nome o mentita qualità di capitano” o con “uno di quegli artifizi o raggiri che costituiscono la frode” si faceva consegnare la nave, le merci o altro, al momento dell’inganno e non dunque quando avveniva la vendita delle merci o del naviglio.

³⁰¹ Il riferimento in questo caso va ad alcuni profili dell’art. 310 del codice della marina mercantile. Quanto al momento in cui il *falso con baratteria* (ivi, § 2327, pp. 483-484) poteva dirsi consumato, occorre effettuare una valutazione con riferimento alle norme generali sulla falsificazione dei documenti pubblici o privati. Pertanto, esso doveva essere individuato nel momento della fabbricazione del falso e non in quello della produzione “all’ufficio di marina”. Avvenuta la consegna si poteva configurare un falso “per uso doloso dei documenti”, ma il falso si era già realizzato. Se invece la *baratteria* fosse stato un reato autonomo, sarebbe stata imprescindibile la consegna alle autorità e la sola fabbricazione del documento falso avrebbe potuto al più assumere la sostanza di un tentativo, consumandosi il reato solo quando “la proprietà dei terzi fosse usurpata” o quando i documenti avessero indotto in inganno “le vittime designate” (p. 484).

³⁰² Ivi, § 2323, pp. 479-480. La consumazione per la *frodata amministrazione con baratteria* (ivi, § 2328, pp. 484-487) doveva dirsi realizzata solo “col negare od alterare la resa dei conti” (§ 2309, p. 485).

³⁰³ Ivi, § 2330, p. 488. Non potevano essere qualificati da *baratteria* il comportamento di chi distraeva cose ricevute in pegno o prestito perché in questo caso si era di fronte ad un truffa semplice, o quello di chi, se capitano ovviamente, sceso a terra, avesse realizzato un furto, perché in questo caso ci si trovava di fronte semplicemente ad un furto commesso dal capitano; dato che non tutti gli illeciti dello stesso erano *baratteria*.

³⁰⁴ P. Ascoli, *Del commercio marittimo e della navigazione*, Verona 1900, VII, n. 234, p. 152. Forse inconsapevolmente, per certi aspetti è concorde C. Vivante, *Il contratto di assicurazione*, cit., p. 312, n. 243.

³⁰⁵ F. Schiaffino, *Diritto penale marittimo*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano. Raccolta di monografie* a cura di E. Pessina, XI, Milano 1908, p. 477; G. B. De Mauro, *Incendio di navi e baratteria* (artt. 304-308 c. p. e

osservazioni delle Corti giudiziarie al progetto di *codice marittimo* del 1931³⁰⁶.

7. Immersioni: la scomparsa in Italia e il codice della navigazione

Di *baratteria* in Italia si parla ancora con riferimento ai suoi risvolti criminalistici nel progetto di *codice marittimo* del 1931 e nei primi documenti progettuali del codice della navigazione. Da alcuni non apparsi interventi, però, era già stata sollecitata la revisione delle norme penali del codice della marina mercantile nella stessa direzione di quelle del codice Zanardelli³⁰⁷ e, poi, del codice Rocco, con l'organizzazione degli illeciti fatta non sulla base della "materialità dei fatti", bensì in ordine al "diritto aggredito"³⁰⁸.

Se la strada era aperta, la fine della fortuna nell'ordinamento legislativo italiano della *baratteria* come lemma capace di aggregare illiceità è testimoniata intanto dal progressivo disinteresse che al lemma stesso è tributato nelle varie versioni di una notissima enciclopedia giuridica italiana. Mentre, infatti, nel *Digesto italiano* viene dedicato ampio spazio a questo illecito³⁰⁹, la voce del *Nuovo Digesto italiano* consiste chiaramente nella sforbiciatura della precedente³¹⁰ e il *Novissimo Digesto* nel 1967 presenta al lemma *baratteria* solo un rinvio alla trattazione dei *delitti contro la proprietà della nave e dell'aeromobile*³¹¹, ricordando semplicemente la *baratteria* come "storica, ma equivoca figura"³¹². Pochi anni prima, a conferma di ciò, l'*Enciclopedia forense* al lemma *baratteria* proponeva un rimando alla voce, già a un primo sguardo più tecnica e foriera di un avvenuto coordinamento col diritto penale del codice, *diritto penale della navigazione*³¹³.

³⁰³ *cod. mar. merc.*), in "Rivista penale", CV (1927), p. I, pp. 169-170; E. Florian, *Pensieri penalistici sul progetto di codice marittimo*, in "La scuola positiva", n.s., XIV (1934), p. 352.

³⁰⁶ *Osservazioni e proposte sul progetto di codice marittimo*, cit., p. 679.

³⁰⁷ G. Ingianni, *Per la riforma del diritto penale marittimo*, in "Rivista penale", LXVI (1907), pp. 489-514; V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, VI, II ed., Milano 1922, n. 2158 (Incendio, sommersione o naufragio di galleggianti: art. 304 c. p. Zanardelli), p. 384. Tratta in una nota del caso di questo illecito commesso "da persona dell'equipaggio" e conclude mettendo in evidenza che il "fine mediato" del reo non è preso in considerazione dal codice penale, potendo consistere in "uno scopo qualunque (anche quello di lucro aggiungiamo noi), sempre che non sia espressamente preveduto da speciali disposizioni di legge" (es. lo scopo di depredare la nave che indirizza verso la pirateria ex art. 330 c. m. m.); R. Sandiford, *Elementi di diritto marittimo*, Firenze 1936, pp. 570-571.

³⁰⁸ G. B. De Mauro, *Incendio di navi e baratteria*, cit., pp. 162-176 e 268-275 (inquadramento dell'incendio, previsto nel codice penale e in quello della marina mercantile, come reato contro l'incolumità pubblica).

³⁰⁹ *Il Digesto italiano*, V, 1899, pp. 257-266.

³¹⁰ *Nuovo Digesto italiano*, III, 1937, pp. 244-245.

³¹¹ Maggior decisione nelle varie edizioni del *Codice delle leggi sulla navigazione marittima, interna e aerea* curato da Dante Gaeta e Gabriele Pescatore, che già nell'edizione del 1952-53 non contempla il termine *baratteria* nell'indice analitico-alfabetico, semplicemente perché termine non più usato dal codice e dalle leggi speciali.

³¹² C. De Vincentiis, *Proprietà della nave, dell'aeromobile o del carico (delitti contro la)*, in *Novissimo Digesto italiano*, XIV, 1967, p. 210.

³¹³ E. Spasiano, *Diritto penale della navigazione*, in *Enciclopedia forense*, III, 1958, pp. 239-241.

Era intanto entrato in vigore il codice della navigazione³¹⁴, nel quale per scelta cosciente e meditata il lemma *baratteria* come termine capace di individuare singoli illeciti o gruppi di essi non c'è. Superando, infatti, le proposte del progetto di *codice marittimo* del 1931, dopo la ripresa dei lavori per la codificazione del diritto del mare nel 1939³¹⁵, l'iniziativa della soppressione venne direttamente dai compilatori del progetto, fu sposata a pieno dal Guardasigilli nella relazione al Re e, tutto sommato, anche da coloro che vagliarono il progetto, dato che, stando ai lavori preparatori, nulla ebbero da dire a riguardo³¹⁶. Come dirà al Re il Guardasigilli “recenti, autorevoli, e convincenti studi” lo avevano indotto a intraprendere una strada precisa a riguardo della *baratteria*³¹⁷. Questi studi e queste riflessioni, sebbene non isolati come abbiamo appena visto, facevano capo a Giovanni Leone.

Coinvolto dal collega barese Lefebvre D'Ovidio nella composizione della parte penalistica del nuovo codice della navigazione³¹⁸, Giovanni Leone propose con cosciente applicazione dei canoni del tecnicismo giuridico l'eliminazione dall'ordinamento di quella che ormai era diventata una sorta di categoria di illeciti; dando conto delle operazioni compiute in alcuni saggi pubblicati in un supplemento alla *Rivista del diritto della navigazione*. Muovendo dalla ormai impellente esigenza di una riorganizzazione degli illeciti in funzione “dell'oggetto dei singoli reati e cioè del bene o interesse che essi offendono”³¹⁹ e dalla valutazione dei loro “elementi costitutivi”, onde individuare quali erano i “beni o interessi protetti”, Leone sceglie di far ruotare il sistema intorno alle “fondamentali esigenze della vita”, cosa che gli consente di assumere come chiave di intervento il fatto che non esistevano “particolari beni o interessi di diritto marittimo da tutelare penalmente”. Dunque era possibile e non ardua una generale riconduzione alla mappa del codice penale. Proprio la *baratteria*, uno “dei più tipici reati marittimi”, provava la bontà degli assunti di Leone, dato che essa poteva esser osservata come “un reato o contro il patrimonio o contro la fede pubblica” (e non solo, come abbiamo visto), si sostanziava in “delitto che offende i beni più vari *potendo sussistere anche senza fine di lucro*” e la sua presenza nel codice della marina mercantile e nel progetto di *codice marittimo* del 1931, proprio per questi motivi, non era (né avrebbe potuto essere) organizzata in funzione dell'interesse tutelato.

In un successivo intervento, Leone ammetteva che la sua risoluzione avrebbe trovato “un ostacolo notevole nella tradizione” e un impedimento nel fatto che l'illecito *baratteria* era connaturato alle cose marittime e “energicamente collegato” con

³¹⁴ E. Spagnesi, *Il codice della navigazione. Una vicenda giuridica speciale*, Pisa 2014, pp. 9-13.

³¹⁵ D. Gaeta, *Codice della navigazione*, cit., p. 260.

³¹⁶ *Atti della sottocommissione delle assemblee legislative [...] chiamata a dare il proprio parere sul progetto di codice della navigazione*, I, Luglio 1940, pp. 182-197; M. Vella, *Osservazioni sulle disposizioni penali relative ai reati nel progetto di codice della navigazione* (trasmesse dalla Associazione italiana di diritto marittimo al Ministero di grazia e giustizia), in “Il diritto marittimo”, XLII (1941), pp. 219- 233.

³¹⁷ Relazione del Guardasigilli Grandi del 30 Marzo 1942 per l'approvazione del testo definitivo del Codice della Navigazione, n. 738.

³¹⁸ M. N. Miletti, *Leone Giovanni*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (secc. XII-XX)*, Bologna, 2013, I, p. 1164.

³¹⁹ G. Leone, *Sulla sistemazione del diritto penale della navigazione*, in “Supplemento della Rivista della navigazione”, I (1940), pp. 115-129.

alcuni “istituti tipicamente marittimi”³²⁰. Nonostante ciò insisteva nell’esigenza di “far sparire del tutto dal codice” la *baratteria*³²¹ anche al fine di giungere al miglioramento della disciplina e all’affinamento della “struttura e della funzione” di alcune norme.

Un inquadramento legislativo attento non poteva tollerare una figura “incerta e indefinibile”, che fin dalle sue più antiche formulazioni consisteva “in un concetto, generico, e perciò, impreciso”³²²:

il termine *baratteria* [si riferisce] sinteticamente a un complesso di reati del capitano non affasciati da affinità di elementi costitutivi o di oggettività, bensì dall’unico elemento della *frode* o, peggio ancora, dall’unico elemento della posizione del soggetto attivo (capitano).

Era in fondo quello che si poteva ritrovare nella disciplina del codice della marina mercantile, dove gli illeciti ascrivibili a

baratteria non solo non integrano una sola e determinata figura di reato, bensì non possono ricondursi neppure ad un’unica categoria di delitti, dato che non incidono in un medesimo complesso di oggettività giuridiche (beni o interessi protetti)³²³.

Sicché, assumendo una posizione quasi ideologica e senza possibilità di smentita, Leone chiariva che il “perfezionamento degli istituti, e correlativamente della tecnica legislativa, non [poteva] trovare un limite nella *tradizione nazionale di un nome*”. L’obiettivo che Leone si era posto, però, poteva essere raggiunto in maniera compiuta solo eliminando ogni equivoco derivato dall’avvenuta adesione³²⁴ alla tradizione francese, che vedeva andare a braccetto *fautes* e *prevarications*³²⁵. I due modi di intendere *baratteria marittima* andavano tenuti distinti con “assoluta indipendenza del concetto privatistico di *baratteria* da quello penalistico”³²⁶. Per poter far ciò, Leone si mostra addirittura disponibile alla conservazione del termine *baratteria* “per fini privatistici, essendo [esso] legato all’istituto delle assicurazioni” e trattandosi, in sostanza, di “un’altra *baratteria*” più ampia e più estesa rispetto a quella a rilevanza penale³²⁷, che poteva al limite legittimare, per tacitare le istanze delle pratica marittima, una “proposta subordinata e transattiva” volta a legare le sezioni privatistiche e quelle penalistiche del futuro codice, con la specifica nelle sezioni dedicate al diritto penale o in quelle contenenti le disposizioni di attuazione indicante per ogni situazione nella quale la legge menzionava la *baratteria* di quali specifici illeciti penali si intendeva parlare.

³²⁰ *Questioni in tema di riforma del diritto penale della navigazione*, in Supplemento della Rivista della navigazione, II, 1941, p. 457.

³²¹ Ivi, p. 460.

³²² Ivi, p. 457. Al punto che tutti quelli in dottrina che avevano abbozzato un inquadramento (es. Azuni) vengono usati da Leone per dimostrare e per “convincersi del carattere indeterminato del termine”.

³²³ *Questioni in tema di riforma del diritto penale della navigazione*, cit., p. 461.

³²⁴ Leone fa gli esempi di A. Brunetti, *Corso di diritto marittimo*, Padova 1923, II, p. 581.

³²⁵ D. Dajon, *Traité de droit maritime*, Parigi 1929, IV, pp. 404, n. 1571.

³²⁶ G. Leone, *Questioni in tema di riforma del diritto penale della navigazione*, cit., p. 462

³²⁷ Già dai tempi dell’Enciclopedia Pessina si era ventilata l’idea di una *baratteria* dolosa (prevista dal codice della marina mercantile) e di una *baratteria* solamente colposa (riguardante i rapporti privatistici regolati dal codice di commercio: F. Schiaffino, *Diritto penale marittimo*, cit., p. 488.

Riscossa in fase di preparazione l'adesione della Federazione nazionale fascista degli armatori³²⁸ e quella della relazione del Guardasigilli³²⁹, che tendevano a sottolineare l'avvenuta instaurazione di una "complementarietà delle disposizioni penali della navigazione nei confronti del codice penale", che aveva fatto fronte alla precedente "immaturità della tecnica" che muoveva da soli "criteri empirici" e a mettere in evidenza che ciò era passato anche per la "abolizione" della *baratteria* e la distribuzione delle varie figure facenti capo ad essa in altri luoghi delle sezioni penali, nel codice della navigazione restò la categoria dei *delitti contro la proprietà* (della nave, dell'aeromobile e del carico), la quale, ripulita dai profili legati ad altri interessi protetti, esordiva con la pirateria, ma conservava ancora qualche traccia della tradizione codicistica passata.

Delle vecchie figure di *baratteria*, infatti, restò il classico profilo della falsa rotta (art. 1140) e, sminuzzate in varie figure, "l'impossessamento della nave o dell'aeromobile" con "mezzi fraudolenti" (art. 1138³³⁰), l'impiego abusivo della nave o dell'aeromobile "a profitto proprio o di altri" (art. 1143), nonché, ma qui siamo ai profili di *baratteria* delle Regie Patenti del 1827, la appropriazione indebita di denaro preso in prestito dal comandante (art. 1144) e del carico (art. 1145), sempre associate alla finalità di arrecare a sé o a altri un "ingiusto profitto"; espressione che mette il codice della navigazione in corde con quello penale. Ma quelle appena citate non erano più profili, sfaccettature di *baratteria*, erano quello che diceva il codice che erano. Lo stesso Leone tornerà a sottolinearlo alcuni anni dopo sempre dalle pagine della *Rivista del diritto della navigazione*³³¹: naufragi, incendi e cose vari, privati del fine di lucro erano stati dirottati nei *reati contro la sicurezza della navigazione*³³², mentre le ipotesi di falsificazione, relative pur sempre ad atti pubblici, erano confluite nei delitti contro la fede pubblica³³³. Concorde Antonio Lefebvre D'Ovidio³³⁴, finiva qui il discorso legislativo sulla *baratteria*.

Ma se essa era entrata tardi nei testi di legge, e vi era uscita celermente, non altrettanto celermente lo fece dal linguaggio giuridico un po' più legato alla *puissance de*

³²⁸ *Federazione nazionale fascista degli Armatori*, Osservazioni e proposte sul codice della navigazione, Codice della navigazione, Progetto preliminare, III, Roma 1940.

³²⁹ *Relazione del Guardasigilli Grandi del 30 Marzo 1942 per l'approvazione del testo definitivo del Codice della Navigazione*, n. 738.

³³⁰ Quando, cioè, "l'impossessamento della nave o dell'aeromobile" erano realizzati (non più, peraltro, principalmente dal capitano, ma in generale dai "componenti dell'equipaggio") con "mezzi fraudolenti" (art. 1138, co. I, n. 2).

³³¹ G. Leone, *Spunti su alcune figure di reati della navigazione*, in "Rivista del diritto della navigazione", XXIV (1963), pp. 140-147.

³³² Dalle considerazioni della Federazione nazionale fascista degli armatori (p. 84) si apprende anche che alcuni profili di *baratteria* consistenti a uno sguardo "tecnico" in un danneggiamento erano state ricondotte ai canoni del danneggiamento presente nel codice Rocco (art. 636 c.p.) con la sola specifica del soggetto attivo del reato (equipaggio, ecc...) e del luogo in cui l'illecito poteva esser realizzato.

³³³ Sempre le considerazioni del sindacato degli armatori mettono in luce che il vecchio art. 309 c. m. m. prevedeva l'ipotesi del portare nei conti avarie o spese supposte. Tale profilo, però, era molto semplicemente un caso di falsità nel giornale di bordo o nella relazione di mare e quindi non è un delitto contro la proprietà (p. 84). La colpa, però, non era della *baratteria*, si può notare, era del legislatore piemontese che aveva infilato questo illecito penale dove non doveva stare.

³³⁴ *Sulla revisione del codice*, in *Studi per il codice della navigazione*, Milano 1951, pp. 398-399.

l'habitude. Per di più il confronto con questo termine non dovette venir meno perché fuori dai mari italiani il termine e non solo per le questioni assicurative continuò e continua ad essere usato.

8. Altri affioramenti: dai *masters and mariners* alla *common barratry* e oltre

Agli scritti di Giovanni Leone non può esser dato il valore di epitaffio per il termine *baratteria*. Ciò lo si dice non tanto per la permanenza in Italia dell'uso del termine, frutto delle abitudini e della vischiosità della pagina giuridica³³⁵, né in relazione a una prassi mercantile e marittima che è sempre stata refrattaria agli interventi legislativi con regolo e penna (lo diceva anche Leone) o per via del persistere dell'uso del termine in Francia (ma anche nei paesi dove la legislazione commerciale aveva recepito i contenuti del *code de commerce*) determinato dalla lunga sopravvivenza del *code* del 1807³³⁶. Non mi riferisco neanche al fatto che una certa funzionalità dell'espressione determinò che ancora nel 1959, nonostante l'abolizione per legge, l'*Enciclopedia del diritto* proponeva la voce *baratteria marittima*³³⁷, insistendo nell'indagarne gli "effetti giuridici". Faccio riferimento, invece, all'esperienza giuridica anglosassone, entro la quale si deve registrare non solo la sopravvivenza del termine (nella versione *barratry*) come capace di individuare un certo gruppo di illeciti del capitano e dell'equipaggio, ma anche nel tempo passato e nella quotidianità l'uso dello stesso in accezioni differenti.

Tornando, così, agli affioramenti da cui siamo partiti e limitandoci ad alcuni sondaggi che facciano da ponte per una futura ricerca e dimostrino intanto quanto la fortuna del lemma, un po' scolorita nelle acque del mediterraneo, sia ancora abbastanza salda altrove, il *Jovitt's dictionary*³³⁸, il *Wharton's law-Lexicon*³³⁹, un più risalente *Dictionary and digest* scozzese³⁴⁰ e molti altri, mettono in luce che in "english law" ancora oggi al termine tendono ad essere associati più "distinct meanings".

Uno di questi riguarda la cose di mare, fa capo all'espressione *barratry of masters and mariners* e si lega a tutto quanto detto sino ad ora, perché molti testi anglosassoni tendono a individuare il termine come "originally introduced into commercial affairs

³³⁵ Non solo per sentenze riguardanti cause aperte in contemporanea con l'entrata in vigore del codice della navigazione [es. G. Righetti (cur.), *La giurisprudenza marittima e areonautica* (1940-1967), Milano 1968, n. 82, pp. 34-35]. Si pensi alla comprensibile vischiosità di indici e repertori come il *Repertorio generale annuale di giurisprudenza, bibliografia e legislazione de Il Foro Italiano* che, al di là del legame con le norme vigenti (ora quelle del codice della navigazione, prima quelle dei due codici di commercio e della marina mercantile), ancora oggi propone il lemma *baratteria* (a. 2014, p. 539). Quanto alla dottrina mi limito a segnalare G. Righetti (1925-2012), *Trattato di diritto marittimo*, Milano 1987-1994, che usa il termine abbondantemente, senza problemi e non solo richiamando l'art. 618 del codice di commercio abrogato.

³³⁶ G. Ripert, *Droit maritime mise a jour au 1er avril 1963* par R. Rodière, Parigi 1963, p. 313.

³³⁷ D. F. Cagetti, *Baratteria marittima*, cit., pp. 66- 69.

³³⁸ J. Burke (cur.), *Jovitt's dictionary of english law*, II ed., Londra 1977, p. 192.

³³⁹ J. M-Lely (cur.), *Wharton's law-Lexicon forming an epitome of the law of england*, X ed., Londra 1902, pp. 95-96.

³⁴⁰ W. Bell, *Dictionary and digest of the law of Scotland with short explanations of the most ordinary english law terms*, Edimburgo 1838, pp. 86-87.

by italians”³⁴¹. Sulle acque dei mari anglosassoni *barratry* corrisponde a *baratteria* nel senso italiano dell’età di diritto comune e si distingue in maniera nitida dalla tradizione francese³⁴² che si era diffusa anche in Italia³⁴³ e che accumulava *fautes* e *prevarications* e rendeva palese l’idea di una *baratteria* rilevante penalmente e di una insistente solo sul sistema dei rischi di mare. Una sentenza pubblicata a inizio XX secolo da *Il diritto marittimo*³⁴⁴ chiarisce ogni cosa:

in diritto inglese, per *barratry* s’intendono i soli atti intenzionalmente fraudolenti, commessi a bordo dal capitano o dall’equipaggio, in ispreto delle leggi, ogni malversazione grave, ogni negligenza criminosa che arreca in fatto un danno ai proprietari o noleggiatori della nave nei casi in cui costoro sono considerati come proprietari temporanei.

Si era trattato di una controversia nella quale si era discusso se le parti di una polizza assicurativa in lingua inglese avessero inteso *barratry* (appunto) all’inglese, o invece il “senso generale” determinato “dall’uso che la parola ha [...] nella lingua francese”. La corte ritenne che “l’analogia” del “suono” tra *barratry* e *baraterie* non doveva valere come elemento discriminante, anche perché per esprimere il senso francese di *baratteria* l’inglese “offriva [e avrebbe offerto alle parti] il modo di tradurlo almeno mediante una perifrasi”. Usando l’inglese, insomma, si insisteva, le parti contraenti avevano inteso *baratteria* all’inglese, escludendo, dunque, da quella clausola tutti i fatti dovuti “a semplice negligenza ed imperizia del capitano nell’esercizio delle sue mansioni”³⁴⁵.

Posto che, come ammetteva anche la dottrina italiana del Novecento senza esitazioni, le clausole riguardanti la *baratteria* andavano interpretate “secondo la lingua adoperata” nella polizza, ignorando la nazionalità dei contraenti³⁴⁶, la questione si chiarisce ancora di più se si effettuano dei sondaggi in alcuni testi giuridici d’età moderna e contemporanea (dai quali si apprende la notizia di alcuni casi storici orientanti la questione nella logica di *common law*). *Barratry* è “a *fraudulent* breach of duty, in respect to his owners (armatore proprietario o armatore disponente che sia³⁴⁷) with

³⁴¹ J. A. Park, *A system of law of marine insurances with three chapters on bottomry, on insurance on lives, on insurances against fire*, VI ed., I, Londra 1809, chap. V, pp. 111-131.

³⁴² Cfr. J. Lyon Caen, *Baraterie*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XLI, n.s. XXI (1892), pp. 375-376.

³⁴³ L’aveva bene chiaro C. Persico, *L’assicurazione marittima*, cit., p. 125.

³⁴⁴ “Il diritto marittimo”, IV (1902), p. 230 (Appello Bruxelles, 25 Ottobre 1901). Anche un’altra sentenza pubblicata dalla stessa rivista (XXII-XXIII, 1920-21, pp. 70-75) attestava senza difficoltà la maturata differenza in chiave assicurativa del modo di intendere la *baratteria* in Inghilterra (e nelle sue colonie, perché i fatti erano occorsi nell’allora porto di *Bombay*) e in Italia (questione sollevata perché il patto assicurativo era stato siglato tra soggetti italiani). Stesse indicazioni in un altro provvedimento concernente una controversia americana pubblicato sempre ne “Il diritto marittimo” (LX, 1958, p. 245).

³⁴⁵ *Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio, primo supplemento, 1911-1926*, II, Milano 1928, a cura di U. Navarrini e A. Vedani, II (1911-1926), p. 349, n. 29.

³⁴⁶ A. Brunetti, *Del commercio marittimo*, cit., p. 858 e Id., *Diritto marittimo privato italiano*, III, parte II, § 949, pp. 528-529: “alla parola *baratteria* bisogna attribuire il senso comunemente adottato nel luogo del contratto”.

³⁴⁷ J. Arnould, *Arnould on the law of marine insurance*, VI ed. by D. Maclachlan, II, Londra, 1887, p. 843.

the *criminal or malicious intent*³⁴⁸, o si verifica “when the master of the ship, or the mariners, *cheat* the owners, or insurers³⁴⁹ o, ancora, consiste (definizione ricavata da una *review of cases* dice l'autore) in “any act ... which is of a criminal or fraudulent nature, or which is grossly negligent, tending to their own benefit, to the prejudice of the owners of the ship, without their consent or privity”³⁵⁰. Questi erano e sono, secondo le varie edizioni di un notissimo testo sulle assicurazioni marittime, gli “essential ingredient in *barratry*”³⁵¹. Siamo di fronte, insomma, a “something of criminal nature” (“a cheat, a fraud, a cozening, or a trick”: “every species of fraud, knavery, or criminal conduct”), mai ad un comportamento anche grossolanamente negligente che non fosse indirizzato al fine di lucro di chi lo realizzava o di terzi³⁵².

Dal lato dei rapporti assicurativi, la *baratry of masters and mariners* è e resta³⁵³ “one of the perils in English policies”³⁵⁴, dato che è sempre stata “traditionally [...] an insured risk in marine policies”³⁵⁵. Per questo in qualunque glossario assicurativo italiano si trova il termine *baratteria*, subito affiancato da *barratry* a cui è dato il contenuto nei termini qui sopra individuati³⁵⁶.

In Inghilterra³⁵⁷, tra l'altro, dal lato del problema assicurativo, si deve almeno

³⁴⁸ F. G. Clarke, *The seaman's manual containing a variety of matters useful to the navigation*, Portland 1830, p. 255.

³⁴⁹ Così la traduzione e adattamento, in maniera dunque significativa, del dizionario di Savary curata da M. Postlethwayt, *The Universal Dictionary of Trade and Commerce*, Londra, 1757, I, p. 214 e 136. Vi si aggiunge anche che *barratry* si realizzava “by running away with the ship, sinking her, deserting her or embezzling the cargo ... *defraud* the owners or insurers by carrying a ship a course different from their orders”. Un elenco di profili con una succinta trattazione [che va dal mercato di schiavi in ridotti non *British*, (1804), a casi di ammutinamento, *smuggling*, *scuttling* (contrabbando e affondamento volontario), fino alle ipotesi di “changing sides in civil war”) si può consultare in J. Arnould, *Arnould on the law of marine insurance*, cit., pp. 774-789. Si tenga conto anche di C. Tenterden, *Treatise of the law relative to merchant, ships and seamen*, XII ed. (cur. W. Shee), Londra 1867, pp. 159-163; R. H. Brown, *Marine insurance. The principles*, V ed., Londra 1986, pp. 175-176; G. J. Bell, *Principles of the law of Scotland*, V ed. (by P. Shaw), Edinburgo 1860, pp. 187-188, p. 221; G. Righetti (cur.), *La giurisprudenza marittima e areonautica (1940-1967)*, Milano 1968, n. 499-500, pp. 99-100; J. Bouvier (cur.), *A Law Dictionary, Adapted to the Constitution and Laws of the United States*, Philadelphia, 1856 e dell'aggiornatissimo R. Merkin, J. Hjalmarsson, A. Bugra, J. Lavelle, *Marine Insurance Legislation*, New York 2005-2014, pp. 157-159.

³⁵⁰ J. Park, *A system of the laws of marine insurances*, cit., p. 111; G. Gilmore, C. L. Black jr., *The law of admiralty*, II ed., Mineola, New York 1975; R. H. Brown, *Marine insurance. The principles*, cit., p. 78; E. R. Hardy Ivamy, *Marine Insurance*, Londra 1969, p. 73 (che parla di “serious misconduct”).

³⁵¹ J. Arnould, *Arnould on the law of marine insurance*, cit., p. 774.

³⁵² J. Arnould, *Arnould on the law of marine insurance*, cit., p. 778. R. Morton Hughes, *Handbook of admiralty law*, Londra, 1901, p. 72; N. Baylies (cur.), *A digested index to the modern reports, of the courts of common law, in England (1689-1809) and the United States (1799-1812)*, II, Montpelier, 1814, pp. 227-228.

³⁵³ Documenta per la prima metà del XIX secolo la coincidenza tra le norme inglesi e quelle statunitensi A. De Saint-Joseph, *Concordance entre le codes de commerce*, cit., p. 213-214.

³⁵⁴ D. Machlachlan, *A treatise on the law of merchant shipping*, II ed., Londra 1875, pp. 255-257; J. Kent, *A practical treatise on commerciale and maritime law, with a chapter on incorporeal hereditaments*, Edimburgo 1837, pp. 290-296; J. Erskine of Carnock, *An institute of the law of Scotland*, II, Edimburgo 1871, 738; R. Colivaux (cur.), *Carver's carriage by sea*, I, Londra 1971, pp. 159-162.

³⁵⁵ B. Sayer, *Marine insurance fraud*, New York 2014, pp. 221-228.

³⁵⁶ Un esempio tra i molti in www.intermediariassicurativi.it/B/baratteria.html.

³⁵⁷ Per quanto riguarda i vari stati federati degli Stati uniti soltanto la rete è zeppa di testi e materiali a

ricordare che il *Marine Insurance Act* inglese del 1906, fa riferimento alla *baratteria* come parte dei *perils of the sea* e ne dà un chiaro inquadramento nell'undecima *rule* della prima *schedule*³⁵⁸.

Oltre al significato riguardante le cose di mare, i dizionari giuridici richiamati poco fa propongono, per quanto riguarda la Scozia, l'accezione dantesca: “the crime of a judge, who is induced, by bribery, to pronounce a judgment”³⁵⁹. Anche se, forse, tale richiamo è parte di quel “paravento culturale”, o “fossile terminologico” dei quali parla per la sorte odierna del diritto romano in Scozia Alberto Cadoppi³⁶⁰, nell'Ottocento scozzese tale modo di individuare un aspetto degli illeciti del giudice era ancora vivo, ma tendente ad indicare una pratica illecita rara, sebbene “in former times [...] very general”³⁶¹.

Stando, però, ai pochi testi scandagliati, in “old Scotch law language” (e solo lì a quanto pare³⁶²), echeggiando una abitudine dei giuristi medievali tendente a equiparare simonia e *baratteria*³⁶³ come vendita di uffici, con il termine di cui si sta trattando si intendeva anche “a kind of simony in acquiring right to benefices”³⁶⁴. Il principale studioso di cose criminali scozzesi prima del grande Hume *Baron* (che pure attestava questa accezione³⁶⁵), George Mackenzie³⁶⁶, dedica un titolo alla simonia e indicava la *barratry* ecclesiastica in questo senso come commessa da coloro che, “going abroad”, si recavano a Roma, “exporting money out of Scotland”³⁶⁷ per acquisire *benefices* senza autorizzazione “from the Chancellor, or their ordinar”. L'andare all'estero, inoltre,

riguardo della *barratry* marinaresca, sia per la contemporaneità, sia per il XIX e la prima parte del XX secolo.

³⁵⁸ “The term of barratry includes every wrongful act wilfully committed by the master or crew to the prejudice of the owner, or, as the case may be, the charterer”.

³⁵⁹ *Wharton's law-Lexicon*, cit., p. 96.

³⁶⁰ A. Cadoppi, A. McCall Smith, *Introduzione allo studio del diritto penale scozzese*, Padova 1995, pp. 7-8.

³⁶¹ W. Bell, *Dictionary and Digest*, cit., p. 86; J. Erskine of Carnock, *An institute of the law of Scotland*, cit., p. 1188.

³⁶² Il percorso inverso, l'uso cioè del termine *baratteria* quale sinonimo di simonia in diritto canonico, non è attestato. A parte il richiamo ma in un contesto completamente diverso di Giovanni di Andrea (cfr. più sopra nt. 32), le fonti giuridiche non attestano mai l'uso di questo termine tra i canonisti. Sovente in tema di corruzione si richiama il c. *vendentes* del *Decretum* (c. *vendentes*, C. I, qu. 3), neanche la glossa al quale usa il lemma *baratteria* pur trattando di soggetti “qui emunt vel vendunt spiritualia [e] qui contra iustitiam vendunt, quod de iure facere tenentur”. Se il *Decretum* e la glossa ad esso sono antecedenti rispetto alle date che abbiamo fatto nelle prime pagine di questa ricerca, non altrettanto lo è (lo si consideri un primo saggio) Juan de Torquemada (1388-1468), unico canonista richiamato da Farinacci, che commentando questo capitolo non dà nessun segnale della diffusione del termine: J. De Torquemada, *In primum volumen causarum doctissimi commentari*, II, Venezia 1578, in c. *vendentes*, pp. 92-93.

³⁶³ Si veda più sopra nt. 30, p. 3.

³⁶⁴ W. Bell, *Dictionary and Digest*, cit., p. 87.

³⁶⁵ D. Hume (“Baron”, 1757-1838), *Commentaries on the law of Scotland: respecting crimes*, I, Edimburgo 1829, p. 587. Per questa accezione Hume parla di “a singular deviation from its original sense” e apre la questione etimologica, che non può prescindere dalle riflessioni ottocentesche di J. Birch Sharpe, *An Inquiry into the origin of the office and title of the Justice of peace with an appendix on some of the defects of our ancient statuts book, etc.*, Londra 1841, pp. 192-208.

³⁶⁶ G. Mackenzie, *The laws and customs of Scotland in matter criminal*, Edimburgo, 1699, tit. V, n. 4, p. 19.

³⁶⁷ W. Bell, *Dictionary and Digest*, cit., p. 86.

diventa nella pagina di Mackenzie elemento qualificante di una particolarissima forma di *civil ba(r)ratry*, esposta di seguito a quella di cui si sta trattando. Essa consisteva nel comportamento di un “son of Noblemen” o di altro soggetto che si fossero recati oltre mare per studiare senza la licenza del re. Si tratta di un “bad sense”³⁶⁸ veramente singolare, che forse si lega a quello precedente attraverso l’idea dell’andare all’estero impegnando colà risorse e che è indicato da Mackenzie come caduto in desuetudine, ma che naturalmente necessita di indagini più approfondite alla luce anche di alcuni riferimenti che lo stesso giurista propone³⁶⁹.

Ma quanto alla fortuna del termine *barratry* c’è ancora di più e di più rilevante. Esiste un’ultima accezione del termine che, almeno in terra statunitense, si mostra particolarmente viva nella contemporaneità: un ulteriore “bad sense” di significativa attualità oltreoceano. Siamo di fronte in questo caso a un’accezione per la quale non può non essere posto il problema di una origine etimologica differente. *Barratry* indica, infatti, anche la

offence committed by a common barrator, that is to say, one who habitually moves, excites or maintains suits or quarrels, either at law or otherwise³⁷⁰.

“Usually”, dice il Warton’s, individuata come “*common barratry*”, per questa accezione del termine non è possibile non chiedersi se l’origine terminologica non sia legata a *bar*. Come la *baratteria* sulle acque del mare afferrisce ai *master and mariners*, questa quale “common offence of a *barrator*”, riguarda le controversie giudiziarie. Il *barrator* è un istigatore di controversie³⁷¹ “either in court or elsewhere in the country”³⁷².

Si potrebbe ritenere, pensando al nostro ordinamento, ad un *lawyer* che agisce in modo non deontologicamente corretto, ma qui siamo di fronte a qualcosa di più grave. E, se il comportamento di chi si procaccia spregiudicatamente controversie o le mantiene in vita senza ragione fu molto raro in Inghilterra, tanto che a metà del XX secolo si faceva riferimento a un ultimo *recorded case* risalente al 1889³⁷³ e, alcuni decenni dopo, valutato come pienamente obsoleto (“wholly obsolete”³⁷⁴), ne fu decretata l’eliminazione dall’ordinamento inglese e gallese col *Criminal law act* inglese

³⁶⁸ J. Birch Sharpe, *An Inquiry into the origin*, cit., p. 194.

³⁶⁹ G. Mackenzie, *The laws and customs of Scotland*, cit., tit. V, n. 5, pp. 19-20.

³⁷⁰ Sulla stessa linea *Wharton’s law-Lexicon*, cit., p. 95.

³⁷¹ S. Rapalje e R. L. Lawrence (cur.), *A Dictionary of american and english law with definition of the technical terms of the canon and civil law*, I, Union 1997, p. 116. Si tenga conto anche dei *Reports from commissioners, Fifth report of her majesty’s commissioners on criminal law*, Londra, 1840, p. 33 (con la qualificazione di offences against the executive power).

³⁷² *Harris’s criminal law*, XXI ed. (cur. A. Hooper), Londra 1969, p. 173. Birch Sharpe ebbe modo di precisare (J. Birch Sharpe, *An Inquiry into the origin*, cit., p. 193) che si dovevano intendere ricomprese in questo quadro definitorio tutte le corti fino a quelle inferiori (es. *Hundred*) e che “in the country” l’illecito si poteva realizzare in tre modi: “in disturbance of the peace”, “in taking and keeping of possession of lands in controversy” (non solo con la forza, “but also by subtlety and a deceit, and most commonly in suppression of truth and right”) e “by false inventions and sowing calumniations, rumours, and reports, whereby discord and disquiet may grow between neighbours”.

³⁷³ Es. *Kenny’s Outlines of criminal law*, XIX ed. (cur. W. Cecil Turne), Londra 1966, p. 443.

³⁷⁴ Cosa che tutti i testi giuridici riferiscono anche per l’Australia del XX secolo.

del 1967³⁷⁵, negli Stati Uniti, invece, in molti stati federati ha ricevuto attenzione anche negli ultimi decenni, attraverso la sua regolamentazione in non pochi *penal code* (es. California³⁷⁶, Oklahoma³⁷⁷, Pennsylvania³⁷⁸, Virginia³⁷⁹, Washington³⁸⁰, New Mexico³⁸¹, South Carolina³⁸², Idaho³⁸³, Wisconsin³⁸⁴ su tutti³⁸⁵), ma con una visione di gravità differente, perché in alcuni casi è considerato un *misdemeanor* (California, Pennsylvania, Virginia, Washington), mentre in altri ancora (es. Texas) un *serious crime (felony)*³⁸⁶. Tutto questo fino al punto, di individuare quale *barratry* anche la c.d. *ambulance chasing* (il seguire “ambulances to the emergency room to find clients” o “when a lawyer seeks clients at a disaster site”³⁸⁷), ma di non dimenticare che non si deve mai pensare ad un atto isolato, individuo, bensì alla ripetizione continuata di comportamenti (“repeated or persistent acts of litigation [...] for the purposes of profit or harassment”³⁸⁸). Per questo il *lawyer* o il *solicitor* o l'*attorney* vengono detti *common barrators*.

In una panoramica volta a evidenziare la fortuna del lemma *baratteria* non si può dire di più. Si son visti in queste pagine gli affioramenti e il ruolo avuto nel tempo dal termine *baratteria* in plurime accezioni, comunque intese in “senso non buono”³⁸⁹, in

³⁷⁵ La proposta in <http://www.bailii.org/ew/other/EWLC/1966/3.html>; R. M. Perkins, *Criminal law*, II ed., Mineola 1969, p. 522.

³⁷⁶ Riferimenti all'indirizzo <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes.xhtml> (sec. 158 e 159).

³⁷⁷ La norma è consultabile all'indirizzo <http://law.justia.com/codes/oklahoma/2014/title-21/section-21-550>.

³⁷⁸ La norma è consultabile all'indirizzo <http://law.justia.com/codes/pennsylvania/2010/title-18/chapter-51/5109>. Per la Pennsylvania non è difficile trovare testimonianze anche molto risalenti (1700): *Law of the commonwealth of Pennsylvania*, I, Philadelphia 1810, p. 6.

³⁷⁹ M. E. Phenner, *Legislation and Administration: Constitutional Law, Barratry and Maintenance*. “Anti-Litigation” Statutes in Virginia, in “Notre Dame Law Revue”, 36 (1961), pp. 185-201. Per l'attuale normativa: <https://vacode.org/18.2-452/e> J. L. Costello, *Virginia remedies*, IV ed., Danvers 2012, v. barratry.

³⁸⁰ Il testo in <https://app.leg.wa.gov/rcw/default.aspx?cite=9.12.010>.

³⁸¹ Cfr. <http://law.justia.com/codes/new-mexico/2011/chapter30/article27/section30-27-3>. Ringrazio il prof. Paolo Passaglia che mi ha fornito indicazioni per questi sondaggi comparatistici. Lo stesso mi ha anche segnalato un sito dove ho appreso di un recentissimo caso texano (2017): <http://www.texaslawyer.com>.

³⁸² Si veda: <http://law.justia.com/codes/south-carolina/2012/title-16/chapter-17/section-16-17-10>.

³⁸³ Si veda: <http://law.justia.com/codes/idaho/2016/title-18/chapter-10>.

³⁸⁴ La norma è consultabile all'indirizzo: <http://law.justia.com/codes/wisconsin/2012/chapter-757/section-757.295>

³⁸⁵ È sufficiente una ricerca su <http://law.justia.com/lawsearch?query=barratry>

³⁸⁶ Wm. Oldnall Russel, *A Treatise on crimes and misdemeanors in two volumes ... first American edition of Daniel Davis*, I, Boston 1824 pp. 280-282, colloca la common *barratry* tra le offese che riguardano il *Government*, la pace pubblica e i pubblici *rights*. Indicazioni utili anche in M. Bacon et alii, *A new abridgment of the law*, II, Philadelphia 1860, pp. 74-76; *West's Encyclopedia of American Law*, II ed., 2008, p. 234 e K. L. Bathia, *Textbook on legal language and legal writing*, Delhi 2010, p. 154.

³⁸⁷ B. A. Garner, *Garner's Dictionary of Legal Usage*, II ed., New York, 1995, v. barrator, champertor, p. 254.

³⁸⁸ Per tutti: W. Rhine, *Barratry. A Comparative Analysis of Recent Barratry Statutes*, in “DePaul Law Revue”, XIV (1964), pp. 146-151.

³⁸⁹ L'espressione del titolo è tratta da *Nuovo Digesto italiano*, II, 1937, v. *Baratteria*, p. 244.

“a bad sense”. La più fortunata sembra essere certamente quella riguardante le cose di mare (dove, per dirla con una dei non pochi annotatori delle polizze tipo dei primi decenni del ‘900, “somiglia un po’ a certe droghe di cucina che vengono messe in tutti i cibi. *Baratteria* è tutto e niente a seconda dei casi”³⁹⁰), ma uno studio proiettato sulla contemporaneità non potrebbe ignorare la *common barratry*, investigandone le origini di qua dall’oceano (comprese per la contemporaneità le *rules and regulation* della *Solicitors regulation authority* visti gli effetti del *Criminal law act*) e la fortuna, alla quale abbiamo solo accennato, oltre l’Atlantico (non dimenticando la regolamentazione della *American Bar association*). E se ormai i giochi pur sotto la disciplina dell’istituzione pubblica hanno assunto altra dimensione e il comportamento dell’ufficiale pubblico ha ricevuto nei codici e nella legislazione moderna una attenzione minuta che nemmeno per vezzo si indica con il termine *baratteria*, una ricerca che volesse investigare sulla diffusione del diritto romano comune oltremarina potrebbe prendere spunto proprio da quel particolare “kind of simony” che abbiamo visto essere la *barratry* ecclesiastica, affiancato come fu, almeno in Scozia, da una particolare forma di *civil barratry*.

³⁹⁰ E. Piani, *Polizza italiana di assicurazioni marittime sopra merci e Lloyd’s policy*, Trieste, 1930, p. 40.