CESARE MARIA MOSCHETTI
Prof. ord. di Storia del Diritto della navigazione nell'Istituto navale di Napoli

IL FINANZIAMENTO DELLA PESCA MARITTIMA NELLA PRASSI NEGOZIALE E NELLA DOTTRINA DELL'ETÀ DEL DIRITTO COMUNE*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il mutuo per la pesca marittima nello Speculum artis notariae del notaio Leone Malalingua di Sperlonga. - 3. Il contratto del 17 luglio 1641 conservato nel protocollo del notaio Pompeo Sandoli di Trani. - 4. Il contractus societatis super arte seu industria maritima nella prospettazione del cardinale Giovanni Battista De Luca. - 5. Il 'contratto trino' nel pensiero del De Luca. - 6. I contratti di anticipazione ai pescatori e l'abolizione della assisa del pesce a Napoli nel 1788. - 7. Conclusione.

1. È stato di recente rilevato dalla dottrina navigazionista che la pratica negoziale nella pesca marittima non si segnala all'interno della specialità di quel ramo del diritto per il sorgere di vere e proprie nuove forme di contratto rispetto a quelle tradizionali del diritto civile, ma per la presenza di alcune clausole o di contratti collegati che, evidenziando, a volte, l'esistenza di un interesse collaterale delle parti, finiscono con l'attribuire a tali contratti una specifica caratterizzazione[1]. Per comprendere tale aspetto, bisogna considerare che l'intervento di norme pubblicistiche, nazionali e comunitarie, in questa materia, particolarmente in quella relativa alle sue possibilità di credito e finanziamen-

* Questo scritto è destinato agli *Studi in onore di Ennio Cortese* e, con alcune modifiche, è stato pubblicato anche in *Storia economica*, a. II (1999), n. 2, 323-348.

1. Cfr. G. CAMARDA, *I contratti nella pesca marittima*, in *Il Diritto marittimo*, 1 (1996), 64-97.

to, si è fatto oggi sempre più complesso, sia con riferimento alla disciplina dei premi (contributi, finanziamenti speciali ed agevolati, ecc.), che a quella dei benefici fiscali (esenzioni, prelievi differenziati sul reddito)[2]. Tale favore legislativo risulta suggerito dallo speciale apprezzamento per l'attività svolta dagli operatori di questo settore sociale, in cui il rischio, inteso in ogni senso, rimane pur sempre notevole. Ciò, però, non esclude che per scopi del tutto estranei all'effettivo esercizio della pesca anche soggetti, i quali non risultano professionalmente in essa impegnati, abbiano tentato e cerchino di beneficiarne (si pensi, ad esempio, al mascheramento di una lussuosa imbarcazione da diporto come imbarcazione da pesca).

Di qui la possibilità di individuare alcune categorie negoziali nelle quali, in termini di teoria generale, lo scopo perseguito dalle parti contraenti non è quello tipico del negozio o dei negozi conclusi, bensì uno ulteriore o addirittura diverso, diretto precisamente a conseguire quegli incentivi legislativi: contratti collegati, negozi misti, contratti simulati, negozi fiduciari, negozi illeciti, negozi in frode alla legge[3].

Orbene, tale fenomeno negoziale, sia pure dettato da esigenze diverse da quelle attuali, è pure storicamente riscontrabile nello stesso settore della pesca marittima con riferimento proprio ai negozi di credito e finanziamento. Anche in questa occasione fu determinante l'elemento del rischio il quale, come in altri rapporti commerciali o finanziari[4], diede luogo alla formazione e allo

2. Cfr. M. SPAGNOLO, *Analisi economica dei rendimenti della flotta peschereccia ed ipotesi di intervento creditizio e finanziario*, in *Il Diritto marittimo*, 23 (1984), 33 ss.; O. MORO, *Il finanziamento delle imprese di pesca*, in *Il finanziamento della pesca*, a cura di R. RUOZI, Milano, 1990, 187 ss.; G. RAGGETTI, *Il sostegno al settore della pesca nella Comunità europea*, *Ibidem*, 257 ss.; C. COSTA, *Il credito all'attività di pesca*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1993, 21-32 e bibliografia ivi citata.

3. Cfr. G. CAMARDA, *op.cit.*, 70 e bibliografia ivi citata.

4. Si pensi, ad esempio, all'assicurazione (cfr. G. CASSANDRO, *Note storiche sul contratto di assicurazione*, ora in *Saggi di storia del diritto commerciale*, Napoli, 1974, 272 ss.; A. LA TORRE, *L'assicurazione nella storia delle idee*, Firenze, 1995,

sviluppo di contratti considerati per il tempo atipici o irregolari nei quali l'intento economico delle parti veniva, di volta in volta, raggiunto utilizzando o piegando a proprio vantaggio gli schemi contrattuali tipici della tradizione romanistica che l'ordinamento metteva a loro disposizione.

È quanto cercheremo ora di cogliere con qualche significativo esempio nella prassi negoziale e nella dottrina dell'età del diritto comune.

2. Un sicuro esempio di contratto di mutuo per il finanziamento dell'attività di pesca[5] ci viene tramandato dallo *Speculum artis notariae* di Leone Malalingua detto Speluncano[6], composto intorno al 1360-1370 e rimasto non troppo noto, malgrado la sua indubbia divulgazione nei secoli XVI e XVII, come ci informa Antonio Era, che nel 1942 ha posto in luce tutta l'importanza sto-

108 ss.; G.S. PENE VIDARI, *Cenni su interpretazione, tradizione romanistica e contratto di assicurazione*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. Filippo Gallo*, Napoli, 1997, 267 ss.; ID., *Sulla classificazione del contratto d'assicurazione nell'età del diritto comune*, in *Riv. di Storia del Diritto Ital.*, 71, 1998, 113 ss.), al deposito di denaro presso un banchiere (cfr. U. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari. Lezioni di Storia del diritto*, Torino, 1984, 104 ss.), al cambio (cfr. G. CASSANDRO, *Vicende storiche della lettera di cambio*, in *Saggi*, cit., 103 ss.); alla rendita vitalizia (cfr. I. SOFFIETTI, *La rendita vitalizia nel pensiero dei civilisti e dei canonisti fino alla metà del XII secolo*, in *Riv. di Storia del Diritto Ital.*, 42-43 (1969-1970), 79 ss.; C. MONTANARI, *I censi: uno strumento di credito tra diritto, economia e morale*, in *I censi presso la Compagnia di San Paolo nei secoli XVIII e XIX*, Torino, 1997, in *Quaderni dell'Archivio Storico della Compagnia di San Paolo*, 15-38).

5. Finalità diverse ha secondo noi l'*Instrumentum mutui contracti a duobus mercatoribus piscatoribus* contenuto nella raccolta dei *Contractus* di Rolandino dé Passaggieri (...1234-1300): cfr. *Rolandini Passagerii Contractus*, a cura di R. FERRARA, Roma, 1983, Consiglio Nazionale del Notariato, 142-143, in quanto il danaro viene da costoro ricevuto *ex causa negotiationis et mercationis exercendae in arte piscatorie in civitate et comitatu Bononiae*, cioè per la vendita del pesce.

6. Cfr. *Artis Notarie tempestatis huius Speculum solis illustratum radiis, summo studio et consumatis vigiliis editum atque compositum per ingeniosissimum virum Leonem Speluncanum in utroque iure peritissimum...*, Venetiis, 1550 (Napoli, Bibl. Naz. 18.A.48).

rica di questo formulario notarile: il primo a contemplare anche le contrattazioni marittime, le cui formule e *notulae doctrinales* riflettono i bisogni e il diritto vigente nei paesi litoranei del basso Tirreno, più precisamente, della costiera tra Gaeta e Sperlonga[7].

Tra i contratti marittimi in esso contenuti l'illustre maestro sassarese richiamava l'attenzione degli studiosi proprio sull'*Instrumentum pecuniae mutuatae ad artem piscariae* con il quale Nicola di Bartolomeo presta a Giacomo di Marino cinque oncie perchè le investa nell'attività della pesca nel tratto di mare di Sperlonga: *convertendas per eundem Iacobum in arte piscariae, in plaga, seu litore Speluncano seu in barcha, retiis, sagula et in alio apparatu necessario et utili ad piscandum*[8]. Durata del prestito: un anno; lucro riservato al capitale: l'equivalente del singolo compenso corrisposto ai marinai o pescatori coinvolti nell'attività pescatoria del suddetto Giacomo: *tantum quantum fuerit lucratus unus ex nautis seu piscatoribus qui vadunt vel qui imbunt ad piscandum cum praefato Iacobo debitore et retibus ipsius Iacobi.* Non essendo noto nè il numero dei pescatori impiegati nè il compenso a ciascuno pagato non è possibile ricavare il guadagno del capitalista e noi non seguiremo le argute deduzioni formulate da Era sulla scorta dei dati desunti da altri documenti contenuti nello stesso formulario per quantificarlo, in quanto ci preme, invece, evidenziare gli aspetti fondamentali di questo contratto e precisamente:

1°) Giacomo di Marino, chiamato espressamente *debitor*, promette solennemente di *restituere, reddere et assignare* alla scadenza dell'accordo il capitale ricevuto e il lucro pattuito al creditore Nicola di Bartolomeo o al suo procuratore;

7. Cfr. A. ERA, *Contratti marittimi in un formulario trecentesco*, in *Studi di storia e diritto in memoria di Guido Bonolis*, I, Milano, 1942, 88 - 107; P. MANZI, *La tipografia napoletana nel '500*, Firenze, 1971, 257-259; L. SINISI, *Formulari e cultura giuridica notarile nell'età moderna. L'esperienza genovese*, Milano, 1997, 33 ss.

8. Cfr. *Speculum*, ed. cit., 143 ss.

2°) *Nicolaus Bartholomei,* chiamato *creditor,* assume però espressamente sopra di sè il rischio del capitale concesso a prestito (*periculum huius pecuniae mutuatae*) e nel contesto dell'atto viene chiarito che il rischio assunto concerne qualunque evento negativo si potesse verificare *periculum seu risicum maris et gentis vel alterum ipsorum periculorum accideret scilicet quod perderentur toto retia cum barcha et apparatu suo, naufragio vel incursu piratarum, latronum, incendii vel furti*[9]. In proposito, il contratto prevede due ipotesi: la perdita totale ed allora il debitore non era tenuto alla restituzione del capitale ricevuto, ovvero la perdita parziale e in questo caso il creditore doveva sopportare la quinta parte di quanto erano state stimate le reti con l'imbarcazione e i suoi annessi: *creditor teneatur pro quinta parte quanti extimaverunt praedicta retia cum barcha et suo apparatu*[10]. In altre parole, il creditore partecipava alla perdita e alle avarie dei mezzi impiegati nella attività ittica e acquistati con il capitale da lui conferito, come se fosse entrato in rapporto societario con il pescatore, venendo per questa ragione pattuita a suo favore la corresponsione di una quota parte del guadagno.

L'anomalia di questa situazione giuridica, tutta incentrata nella clausola relativa al rischio del capitale mutuato il quale, anzichè gravare sul debitore, è convenzionalmente addossato totalmente o in parte al creditore con la previsione di un lucro, venne avvertita dallo Speluncano, che nella prima *notula doctrinalis* posta in calce a questo *instrumentum* si pose il problema della liceità di un mutuo di tale specie nei confronti dei pescatori[11]: *Quaero circa instrumentum potest mutuari licite piscatoribus ad aliquam partem lucri?*

La risposta affermativa dello Speluncano risulta formulata esclusivamente dal punto di vista dell'ordinamento giuridico,

9. *Ibidem,* 143.
10. *Ibidem,* 144.
11. *Ibidem.*

che avrebbe potuto reagire negativamente nei confronti di questo assetto atipico di interessi privati, realizzato dalle parti del tutto in contrasto non solo con il divieto morale e canonico delle usure[12], ma anche con lo schema legale del mutuo (*ad aliquam partem lucri*), di cui formalmente quello in questione aveva invece la struttura. L'Autore spiega, infatti, che nel contratto di mutuo per la pesca si può anche pattuire la corresponsione di interessi molto elevati, come la *usura centesima*, da lui erroneamente ragguagliata sulle orme di Azzone al 100% annuo, essendo tale patto del tutto giustificato dalla particolarità del diritto consuetudinario marittimo, alla cui disciplina, in quanto non espressamente contrastante con lo *ius scriptum* dell'ordinamento civile, dovevano sottostare in generale tutte le contrattazioni marittime[13]:

Respondeo potest quando pecunia quae mutuatur expenditur in apparatu retium per piscatorem et cum usura centesima quae est ut in capite anni sit sors duplicata, ut ff. de nau. feno. l. periculi §. nec dubitabis si piscatori (= D.22.2.5), de ista usura centesima dixi tibi in superiori tractatu[14]*. Et licet dixerim tibi in superiori instrumento in tertia quaestione quod consuetudo maris est servanda quando non repugnat legibus in castro Speluncae, cuius sum oriundus ego compilator huius operis, est quaedam consuetudo quod quando aliquis illius castri eget aliqua quantitate pecuniae vadit ad aliquem creditorem et dicit ei: "mutua mihi quinque uncias ad artem retium", nec habet retia ille qui recepit mutuum, et respondet illi creditor tamquam si esset patronus retium: "certe", quamquam ille creditor dicat et suscipit periculum in retiam Titii credo quod sit manifesta usura quia lex periculi §. nec dubi-*

12. Su tale divieto, cfr. da ultimo: U. SANTARELLI, *Il divieto delle usure da canone morale a regola giuridica*, in *Riv. di Storia del Dir. Ital.*, 66 (1993), 51 ss.; ID., *La categoria*, cit., 80 ss. In particolare sul negozio di cambio, cfr. G. CASSANDRO, *La dottrina dei cambi nel Cinquecento*, in *Saggi di storia del diritto commerciale*, Napoli, 1974, 191 ss.

13. Cfr. *Speculum*, ed. cit., 144 - 145. Il riferimento ad Azzone (*Summa super Codicem*, IV: *De nautico foenere*) è contenuto nell'*Instrumentum* citato alla nota successiva.

14. Cfr. *Instrumentum pecuniae mutuatae ad artem maris*, in *Speculum*, 143.

tabis, si piscatori allegata in superiori quaestione dicit quod illam pecuniam debet erogare piscator in apparatu retium.

A questa *regula iuris* secondo la quale *consuetudo maris est servanda quando non repugnat legibus*, l'Autore aveva già fatto riferimento in una precedente *notula doctrinalis* in cui illustrava un altro contratto marittimo, precisamente l'*Instrumentum pecuniae mutuatae ad artem maris*[15] .

Anche in quella occasione lo Speluncano per giustificare la liceità della consistente quota di profitto a favore del creditore aveva fatto riferimento alla *consuetudo maris* che addossava al creditore il *periculum* del capitale mutuato; questo stesso criterio del *periculum pecuniae mutuatae* a carico del creditore era previsto dalla *consuetudo maris* a giustificazione della possibilità anche della *usura centesima* nei contratti di finanziamento della pesca. In proposito, l'Autore del formulario sentiva la necessità di evidenziare come tale prassi contrattuale non solo non fosse in contrasto con la normativa scritta dello *ius commune*, che si poteva leggere in D.22.2.5, riguardante il *foenus nauticum*, ma anzi era addirittura del tutto conforme allo *ius proprium* del *castrum* di Sperlonga. Qui, invero, in base ad una consuetudine (*est quaedam consuetudo*) non proibita dalla legislazione di quell'ordinamento particolare, si era soliti camuffare da prestito per l'acquisto di reti per la pesca ogni altra sorte di mutuo, anche a favore di persone che non erano affatto pescatori, e ciò con il fine specifico di ottenere o di elevare il più possibile il tasso degli interessi. Tale utile risultato veniva appunto conseguito mediante lo spostamento del rischio della perdita del capitale, apparentemente investito per l'acquisto di reti (*periculum in retia*) dal patrimonio del debitore a quello del creditore, entrambi dal punto di vista economico interessati nell'affare *(ille creditor dicat et suscipit periculum in*

15. *Ibidem*, 141 - 143. Questo *instrumentum* conferma il carattere feneratizio e non societario del contratto di commenda. Su questa distinzione, cfr. da ultimo: G. MIGNONE, *Commenda e società: riflessioni d'oggi su un antico tema*, in *Riv. di Storia del Diritto Ital.*, 69 (1996), 155 - 204.

retiam Titii). Era questo un aspetto del tutto estraneo nella configurazione legale del mutuo ordinario, allora essenzialmente gratuito e comunque con rischio a carico del debitore, del quale lo Speluncano ci offre pure alcuni interessanti esempi[16], tanto che in quei contratti ove l'attività di pesca era soltanto apparente e non reale gli interessi pattuiti potevano dar luogo ad un negozio in frode alla legge per la presenza - egli dice - di una *manifesta usura.*

Come si vede, il fondamento giuridico della liceità di un interesse nel *mutuum ad artem piscariae,* come di ogni altro mutuo ad interesse praticato *in castro Speluncano,* andava ricercato nella *consuetudo maris* e ciò appare del tutto comprensibile se si considera che l'Autore dello *Speculum* era nativo - *oriundus* - di una località costiera del Tirreno, non lontana da Gaeta, una di quelle città che fondavano la loro economia essenzialmente sui traffici marittimi e sull'attività ittica, cosicchè in queste il prestito ad interesse, ad onta delle severe sanzioni della Chiesa, non era affatto proibito non potendosi accettare il principio che il denaro è sterile e che il credito, di conseguenza, deve essere gratuito[17]. Lo stesso prestito marittimo (*foenus nauticum*) era, del resto, riconosciuto anche in altri statuti di città marittime come lecito, variamente chiamato da luogo a luogo, come *contractus ad finem* a Venezia o come *praestantia maris ad risicum sive fortunam* nel *Constitutum Usus* del 1160 di Pisa, dove l'elemento caratterizzante del contratto, cioè il rischio, è già chiaramente designato[18].

Solo a partire dalla seconda metà del secolo XIV, proprio negli anni dello Speluncano, le cose mutano d'aspetto e quello

16. Cfr. *Instrumentum mutui facti gratis et amore cum obligatione alicuius possessionis,* in *Speculum,* 129. Cfr. pure *Codex Diplomaticus Cajetanus, Pars* IV, Montecassino, 1960, 142 (doc. 622 del 1398, settembre 1).

17. Per Gaeta, cfr. F. SCHUPFER, *Gaeta e il suo diritto,* in *Riv. It. Sc. Giur.,* 57 (1916), 41.

18. Cfr. F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del risorgimento,* II, 1921, 176 ss.; P.S. LEICHT, *Storia del diritto italiano. Il diritto privato. III: Le obbligazioni,* Milano, 1948, 150 - 151.

che fino ad allora la legge e la consuetudine avevano autorizzato venne proibito in base al principio: *quicquid est perceptum ultra sortem est usura*[19].

Fu così che lo stesso contratto di mutuo oneroso per il finanziamento dell'attività di pesca dovette trovare, come ora vedremo, altra e più complessa legittimazione, del tutto in linea, del resto, con il pieno sviluppo di più ardite imprese commerciali.

3. Il contratto, di cui ora cercheremo di chiarire la natura giuridica, si trova inserito in forma di minuta nel protocollo degli atti redatti a Trani dal notaio Pompeo Sandoli negli anni 1636-1641 e risulta essere stato stipulato in quella città precisamente il 17 luglio 1641 tra Franciscus de Lergnia, di mestiere pescatore, da una parte, e Franciscus Maria dell'Aquila, dall'altra[20].

Sotto l'aspetto formale possiamo dire che nel relativo documento, secondo una prassi notarile che risulta ormai in quest'e-

19. Cfr. *Statuta, privilegia et consuetudines Civitatis Caietae,* [Neapoli ?], 1552,1554, 165 (= Lib. IV, cap. 148). Sul concetto di usura che nel Medio Evo indica, secondo l'originario valore semantico latino, l'interesse in genere, cfr. M.A. BENEDETTO, *Usura. Diritto intermedio,* in *Novissimo Digesto Italiano,* XX, Torino, 1975, 371 ss.; M. BOARI, *Usura. Diritto intermedio,* in *Enc. del Diritto,* 45, Milano, 1992, 1135 ss. È precisamente nello statuto dell'arte del cambio del 1367 che per la prima volta si vieta di prestare ad interesse o di esercitare qualunque specie di usura sotto pena di 100 lire; ed è dovuto soprattutto all'autorità di Bartolo e di Baldo se anche i tribunali secolari in Italia nel secolo XIV si piegarono ad accettare la teoria canonica delle usure, cfr. C. NANI, *Storia del diritto privato italiano,* Torino, 1902, 505-506.

20. Cfr. Trani, Archivio di Stato, Protocollo del notaio Pompeo Sandoli, Trani, anni 1636-1641, n.1247: parte III, anno 1641, cc.88r - 89v. Un altro contratto di mutuo, della durata di due anni, destinato al finanziamento dell'attività di pesca con pattuizione a favore del creditore, alla scadenza, oltre la restituzione del capitale anche di un lucro incerto commisurato ad "una parte di quello guadagnerà un compagno", è possibile riscontrare nel protocollo del notaio Matteo Piacenza di Trani, datato 8 giugno 1628 e indicato nell'intestazione come: *Promissio et obligatio pro Ioanne Baptista Nesto de Trano* (Trani, Archivio di Stato, Protocollo del notaio Matteo Piacenza, Trani, anno 1628, n.1266, cc. 189r-190r).

poca costante e diffusa anche per altri tipi di convenzioni[21], l'uso del latino si alterna a quello del volgare.

Senza riportare qui il testo integrale del documento, ci sia consentito esporre i punti essenziali di questo contratto che nella rubrica viene indicato dal notaio semplicemente come: *Conventio inter subscriptas partes.*

Innanzi tutto non può essere trascurata la premessa nella quale sono esposti i motivi in base ai quali le parti hanno inteso addivenire al contratto:

"Tenendo esso de Lergnia una barca con diverse riti e stigli da pescare, essendo tale la sua arte, comprati et apprezzati per ducati 80 et acciò detta pescaggione possa da esso farsi con maggior comodità, ha deliberato poner detta barca, riti, stigl[i et] la persona sua et incomunare alla parte con esso Francesco Maria, il quale l'havesse da pagare et esbursare per sua parte ducati 50 de moneta d'argento."

Segue, quindi, l'attestazione dell'avvenuta consegna, in presenza del notaio, della somma di ducati cinquanta da parte di F.M. dell'Aquila a favore di F. de Lergnia il quale nell'accettarla *"se ne dichiara ben contento et detta summa incomunando et ponendo alla parte con detta barca, stigli et sua persona per causa di detta pescaggione".*

Venendo al vero e proprio contenuto dell'atto, possiamo così individuare le singole clausole contrattuali:

1°) la durata dell'accordo viene fissata *"in un anno continuo da hoggi numerando"* con la precisazione che *"qual tempo elapso s'intenda nulla detta unione";*

2°) durante tutto questo tempo il de Lergnia si impegnava a praticare l'attività di pesca *"salvo però giusto impedimento di tempo che non si potesse pescare";*

21. Cfr. F.P. DE STEFANO, *Romani, Longobardi e Normanno-Franchi della Puglia nei secoli XV-XVIII. Ricerche sui rapporti patrimoniali fra coniugi fino alla Prammatica "De antefato" del 1617,* I, Napoli, 1979, 24 ss.

3°) il guadagno derivante dalla pesca doveva essere ripartito ogni fine settimana tra le parti in proporzione al conferimento di ciascuna, rispettivamente di 80 e 50 ducati;
4°) analoga ripartizione doveva essere seguita per le spese necessarie alle riparazioni della barca e delle attrezzature e, in generale, per ogni *"perdita quod absit vi fusse"*;
5°) alla scadenza dell'accordo, fissata espressamente al 7 luglio 1642, il pescatore de Lergnia si impegnava a restituire integralmente la somma ricevuta di 50 ducati, *"similmente de moneta d'argento"*, offrendo a garanzia di tale specifico adempimento *"la sua barca, riti e stigli et eque principaliter tutti e qualsivoglia suoi beni, mobili, stabili, presenti, futuri, acquisiti et acquirendi"*.

L'atto si concludeva con la menzione della clausola generale di garanzia per l'adempimento delle obbligazioni del de Lergnia, che prevedeva l'applicazione di quel famoso rito della Magna Curia Vicaria, che sappiamo essere il 166, secondo il quale contro i debitori insolventi di debiti liquidi e certi, stipulati con pubblico strumento, rafforzato da giuramento e da clausola penale, si poteva procedere senz'altro *"ad capturam"*[22].

Questo, in sintesi, il contenuto del contratto concluso il 17 luglio 1641. Si tratta, ora, di individuare la causa di questo contratto, e a questo punto le cose cominciano a complicarsi.

Innanzi tutto, non sembra si possa dubitare che l'operazione economica voluta dalle parti sia di finanziamento dell'attività di pesca che doveva essere svolta esclusivamente dal de Lergnia, come risulta del resto nella premessa dell'atto:
"acciò detta pescaggione possa da esso (de Lergnia) farsi con maggior comodità",
con la quale ultima espressione si deve intendere la possibilità da parte del pescatore di avere subito il denaro necessario per attrezzare adeguatamente la sua imbarcazione.

22. Sull'efficacia del titolo esecutivo, cfr. G. CASSANDRO, *Vicende storiche della lettera di cambio*, in *Saggi di storia del diritto commerciale*, Napoli, 1974, 83 - 84.

Se così è, per pervenire alla qualificazione giuridica del contratto, si deve necessariamente individuare un astratto schema regolamentare, che racchiude in sè la rappresentazione dell'operazione economico-sociale ricorrente nella pratica commerciale e posta in essere dalle parti e tale schema, a nostro avviso, non può che essere, sulla base dei fatti illustrati, o il contratto di mutuo o quello di società.

Non c'è dubbio che alcuni aspetti, a cominciare dalla stessa stesura del contratto, così come risulta dal documento redatto dal notaio, fanno propendere per la sussistenza del primo schema.

Invero, al di là del principio secondo il quale il reciproco e libero consenso delle parti deve sussistere in ogni negozio giuridico, il contratto in questione viene rappresentato come voluto essenzialmente dal pescatore de Lergnia per soddisfare una sua necessità di finanziamento, cosicchè per quanto riguarda il momento della sua formazione, le parti non risultano in posizione paritetica e, ciò che più conta, la consegna del denaro costituisce il fatto e il momento fondamentale dal quale nasce l'obbligazione principale a carico di una parte sola (*accipiens*) della restituzione del *tantundem* del capitale ricevuto alla scadenza dell'accordo.

In particolare, questa obbligazione di restituzione viene formulata puramente e semplicemente senza alcuna eccezione o specifica previsione del caso in cui la imbarcazione fosse andata perduta per fortuna di mare o per cattura da parte dei pirati (*periculum maris et gentis*), come invece abbiamo visto precisato nello *Instrumentum pecuniae mutuatae ad artem piscariae* dello Speluncano.

Nel contratto di Trani si dice, infatti:
"li quali ducati 50 di capitale che resteranno sempre in suo robore per capitanea, incomunati a detta parte di pescaggione, promette esso de Lergnia, come si obbliga pagare et restituire similmente de moneta d'argento al detto Francesco Maria presente, al 7 luglio dell'anno seguente 1642, che sarà finito il tempo di detta unione".

La perdita della imbarcazione da pesca a causa della *fortuna maris* non era a quel tempo un fatto del tutto eccezionale, tanto che il notaio era stato molto scrupoloso nel precisare che *"la pescaggione"* doveva essere svolta dal de Lergnia *"salvo impedimento di tempo"*.

Del resto, l'espressione usata dal notaio per precisare il contenuto del potere di piena disposizione del capitale ricevuto (*in suo robore per capitanea*) è, a nostro avviso, una indiretta conferma che il rischio della sua perdita fosse a carico del pescatore.

Se, infatti, il vocabolo *capitania* o *capitanea* si riscontra anche in documenti marittimi sin dal secolo X relativamente alla sorte principale distinta dai lucri[23], il suo uso appare molto diffuso nell'Italia meridionale per indicare le scorte di bestiame che il padrone di un podere accorda al fittavolo e delle quali questi risponde in ogni caso[24].

Tutto ciò coincide, se esatto, con lo schema astratto del contratto reale di mutuo, nel quale, com'è noto, il mutuatario acquista la proprietà della somma a lui mutuata assumendo così interamente il rischio della sua perdita, secondo l'insegnamento di Sigismondo Scaccia[25].

Dobbiamo, ora, esaminare quegli aspetti del nostro contratto che in certo qual modo possono richiamare l'esistenza di un rapporto associativo.

23. Cfr. C. DU CANGE, *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, II. rist. Bologna, 1971, 134; J.F. NIERMEYER, *Mediae Latinitatis Lexicon minus*, fasc. 2, Leiden, 1955, 135, *sub* v. *capitaneus*.

24. Cfr. L. ACCATTATIS, *Vocabolario del dialetto calabrese*, I, Cosenza, 1895, 121; C. BATTISTI - G. ALESSIO, *Dizionario etimologico italiano*, I, Firenze, 1950, 735; G. ROHLFS, *Vocabolario dei dialetti salentini (Terra d'Otranto)*, I, München, 1956, 109; N. GIGANTE, *Dizionario critico etimologico del dialetto tarantino*, Manduria, 1986, 112.

25. Cfr. SIGISMUNDUS SCACCIA (1564?-1634), *Tractatus de commerciis et cambio...*, Venetiis, 1650, 430 (= Par. 3, Gloss.3, 33): *Periculum pecuniae mutuatae spectat ad mutuatarium, cui datur pecunia, cum in eum transeat dominium rei mutuatae,.... Sed periculum datae in societatem non spectat ad socium cui datur, sed spectat ad socium qui pecuniam confert, vel spectat communiter ad utrumque.*

In proposito è certamente importante il criterio della divisione degli utili e delle perdite, stabilito in proporzione al valore del conferimento di ciascuna delle parti che nel documento viene così indicato[26]:

"con che esso Francesco Maria (dell'Aquila) habbia a percepire l'utile et guadagno di detta pescaggione per una parte tantum et l'altre vadano per guadagno a beneficio di detto de Lergnia, habito respetto alli ducati 30 di più delli ducati 50 pagateli (sic) da esso Francesco Maria, che eccede il prezzo di detta barca, reti e stigli et alle sue fatigue personali dovrà fare. Qual lucro e guadagno di detta pescaggione del modo ut supra s'habbia da dividere ogni settimana in fine, et cossì anco stare alla perdita, quod absit, vi fusse, et quella del modo ut supra da pagarsi per rata".

Rispolverando le nostre conoscenze di matematica, possiamo fare il seguente calcolo:

100 : 80 = 50 : x ; 100 x = 80 ¥ 50 ; 100 x = 4000 ; x =$\frac{4000}{}$; x = 40.100

Risulta, dunque, che il lucro per il finanziatore era pari al 40% del ricavato della pesca, dal momento che il 60% spettava al pescatore in ragione del maggior valore, noi diremmo, della sua quota, rappresentata dalla imbarcazione con tutte le sue attrezzature e dal compenso per l'attività prestata.

Con lo stesso criterio andavano ripartite le perdite, cioè tutte quelle spese conseguenti all'attività di pesca che rientravano nel concetto di riparazioni della imbarcazione e delle sue attrezzature, come espressamente previsto da una specifica clausola[27]:

"Promettendo ancora, esso Francesco Maria, pagare e contribuire alla spesa ci vorrà durante detto tempo di conciero (sic) di barca, riti, stigli et altro, per l'effetto predetto, per una parte tantum, mentre cossì ne viene a tirar il guadagno, modo quo supra e non altrimenti".

Indubbiamente questo criterio di ripartizione dei profitti e delle perdite derivanti dall'esercizio dell'impresa ittica costitui-

26. Trani, A.S., *doc. cit.* del notaio Pompeo Sandoli.
27. *Ibidem.*

sce, a nostro avviso, un preciso elemento a favore dell'esistenza di un rapporto associativo tra le parti in quanto, se fosse stato stipulato un contratto di mutuo oneroso, il profitto a favore del finanziatore sarebbe stato predeterminato in una percentuale fissa del capitale consegnato all'*accipiens*.

Inoltre, non può essere trascurata la presenza di alcuni aspetti lessicali. Nella premessa del contratto si parla invero di "*incomunare alla parte*" e tale concetto viene nel testo ribadito là dove il notaio precisa che il pescatore al momento di ricevere i 50 ducati dichiara di "*incomunare detta summa et ponendo alla parte con detta sua barca, riti, stigli et sua persona per causa di detta pescaggione, duratura per un anno continuo... qual tempo elapso, s'intenda nulla detta unione*".

Orbene, "*incomunare et ponere alla parte*" è una espressione con la quale si vuole alludere non solo alla formazione di un capitale comune, ma anche alla formazione di un rapporto associativo, che nella fattispecie risulta formato da apporti di natura diversa: da una parte, il denaro e, dall'altra, il mezzo e l'attività necessaria, con il quale le parti si prefiggono il raggiungimento di un comune scopo di lucro.

Non a caso, infatti, nel testo riportato viene adoperato il termine "*unione*", che seppure nella sua genericità vuole appunto alludere ad un rapporto associativo.

Del resto, una significativa conferma di questa concezione ci è dato di riscontrare nel testo della *cassatio instrumenti*, redatta dallo stesso notaio in lingua latina il 26 dicembre 1642, ove il contratto in questione è espressamente qualificato come *societas*.

Con tale atto il Dell'Aquila, dopo aver dichiarato di essere stato in tutto soddisfatto di ogni sua pretesa derivante dall'accordo concluso con il de Lergnia, *tam de dictis ducatis quinquaginta quam de lucro pescaggionis fatte et convente*, rilasciava[28]:

28. *Ibidem*.

finalem quiettationem (sic) *et stante dismissione facta dicte societatis cassavit namque dictum instrumentum, ita quod ex nunc et de cetero noluit sortiri effectum.*

Ma, al di là delle espressioni usate dal notaio, dobbiamo osservare che proprio tale *cassatio instrumenti,* avente senz'altro valore di quietanza liberatoria, rilasciata però non con efficacia reciproca ma solo da una parte nei confronti dell'altra, non può essere assimilata ad un atto bilaterale di scioglimento di un contratto di società, essendo tipica di un contratto di mutuo, cosicchè anche da un punto di vista formale ci riesce davvero difficile ritenere nella fattispecie la sussistenza di un vero e proprio contratto di *societas*. Se a tutto ciò si aggiunge la considerazione che non è prevista una gestione comune dell'attività sociale tutta affidata invece all'iniziativa dell'*accipiens*-pescatore, risulta che i termini suddetti (unione-*societas*) appaiono ai nostri occhi, in definitiva, impropri se non addirittura fuorvianti.

Rimane quindi da affrontare il perchè ad un contratto essenzialmente di mutuo veniva attribuito il *nomen iuris* di *societas*. È quanto cercheremo di capire nelle pagine che seguono con l'esame della prassi negoziale e della dottrina sviluppatesi nella stessa epoca sul contratto di finanziamento della pesca marittima.

4. Nel *Theatrum veritatis et iustitiae* del card. Giovanni Battista De Luca, uno dei più grandi giureconsulti del Seicento[29], particolarmente attento alla vita reale della società del suo tempo e che, sappiamo, prima di assumere le alte cariche della curia pontificia, esercitò a Roma la professione forense dal 1648 al 1675, si trovano raccolte anche numerose controversie di carattere economico e finanziario, segnatamente quelle di natura commercialistica[30]. È precisamente una di queste questioni, inserita nella *Pars prima*

29. La definizione è di F. CALASSO, *Medio Evo del diritto*, Milano, 1954, 562.

30. Su questo Autore, cfr. da ultimo: A. LAURO, *Il cardinale Giovan Battista de Luca. Diritto e riforme nello Stato della Chiesa (1676-1683)*, Napoli, 1991.

del Libro V: *De usuris et interesse,* ad aver attratto la nostra attenzione per la stretta attinenza all'argomento di cui ci stiamo occupando.

Nell'edizione a stampa, essa occupa tutto il *Discursus* III e appare all'inizio così riassunta[31]:
De nautico foenere, seu cambio maritimo, quando et quomodo subsistat, necne ad materiam et intellectum text. in c. Naviganti, de usuris. Et quando dicatur continere societatem et sic contractum diversum ab illo de quo in d.c. Naviganti.

La fattispecie è la seguente. Un tale di nome Pietro ebbe a dare una certa somma di denaro a Paolo, che con due tartane esercitava il mestiere di pescatore, stipulando con lui quel contratto che tra gli operatori marittimi veniva impropriamente designato "cambio marittimo" con la pattuizione di avere ogni anno la percentuale fissa del 30% calcolata, come ci sarà dato di chiarire più avanti, non sul ricavato della pesca, bensì sul capitale, al pari di quanto accade in ogni mutuo oneroso e, in particolare, nel prestito marittimo[32].

Per alcuni anni il pescatore pagò puntualmente l'interesse pattuito, ma rimase inadempiente per altri anni sino alla sua morte. Ciò premesso, il creditore si rivolse per il pagamento degli interessi di questi ultimi anni al fideiussore del pescatore, contro il quale ottenne dal *Tribunale delle ripe (Camerarius Ripae)*[33], un

31. Cfr. JOHANNES BAPTISTA DE LUCA, *Theatrum veritatis et iustitiae...*, V, *De usuris et Interesse*, Venetiis, 1734, 7-8 (= *Discursus* III).

32. DE LUCA, *Discursus*, cit., 1: *Dedit Petrus quamdam summam pecuniarum Paulo piscatoriam artem exercenti super eius navi piscatoria, vulgo Tartana nuncupata, sub illo contractu, qui in locis maritimis et inter maritimam vitam ac negotiationem agentes cambium maritimum nuncupatur, sub conventione accessionum seu fructuum ad rationem 30. pro centenario.*

33. Sulla competenza di questa magistratura, cfr. J.B. DE LUCA, *Theatrum veritatis*, cit., III, 83. Sul commercio fluviale del Tevere, cfr. M.L. LOMBARDO, *Camera Urbis. Dohana Ripe et Ripecte. Liber Introitus 1428*, Roma, 1978; C. PAOLA SCAVIZZI, *Navigazione e regolazione fluviale nello Stato della Chiesa fra XVI e XVIII secolo. Il caso del Tevere,* Roma, 1991.

provvedimento esecutivo ritualmente impugnato davanti alla Camera Apostolica, ove venne difeso appunto dal De Luca.

Il problema fondamentale che dovette affrontare subito il De Luca fu quello di individuare l'esatta natura giuridica del contratto concluso dalle parti. In proposito, il giurista si rese subito conto di trovarsi di fronte ad una precisa alternativa (*inevitabile dilemma*): o si trattava di un contratto di prestito marittimo (*foenus nauticum*), oppure di un contratto di *societas*[34]. Nel primo caso si era in presenza di un contratto che, essendo feneratizio, doveva considerarsi illecito, colpito dalle disposizioni del diritto canonico contro l'usura, in particolare dalla Decretale *Naviganti* di Gregorio IX del 1236: illecità sulla quale era concorde l'opinione di canonisti e legisti, come agevolmente si poteva riscontrare nelle opere di due loro autorevoli esponenti: Prospero Fagnani[35] e Onorato Leotardo[36]. Inoltre, aggiungiamo noi, la citata disposizione normativa come tutte quelle che proibivano il mutuo ad interesse dovevano essere ritenute del tutto inderogabili dai Tribunali civili dello Stato della Chiesa, di fronte ai quali il De Luca aveva assunto nella controversia il patrocinio di una delle parti.

Dovendo, quindi, escludere per le ragioni esposte la sussistenza di un prestito marittimo e per allontanare, d'altra parte, ogni sospetto di usura dal contratto a suo tempo posto in essere dalle parti, era giocoforza ripiegare sul contratto di *societas*, quella precisamente in cui uno mette il capitale, l'altro l'imbarcazione e il lavoro.

A questo punto ci si attenderebbe da parte del De Luca una esposizione dei caratteri peculiari di questo contratto, soprattutto per quanto riguarda il rischio del denaro e la divisione degli

34. Cfr. DE LUCA, *Discursus*, cit., 2.

35. Cfr. PROSPERUS FAGNANUS (1598-1678), *Commentaria in quintum librum Decretalium*, Venetiis, 1742, 160-167: *De usuris, c. Naviganti, caput XIX.*

36. Cfr. HONORATUS LEOTARDUS (...1650...), *Liber singularis de usuris et contractibus usurariis coercendis...*, Editio tertia, Lugduni, 1662, 12 ss. (= *Quaestio III*).

utili, ma dalla successiva lettura del suo pensiero ci rendiamo immediatamente conto di essere in presenza di un contratto di *societas* del tutto speciale[37]:

Tum ratione salvandi contractum a labe usuraria eumque sustinendi, tum etiam ratione communis usus, iste dicendus est contractus societatis, in quo super arte, seu industria maritima, unus ponat pecuniam, alter vero navem et operam, qualis proprie erat casus controversiae, quoniam exercentes huiusmodi artem piscatoriam, ut plurimum non habentes modum habendi retes, aliaque instrumenta necessaria, aliosque sumptus praeparatorios faciendi necessarios ad futurum piscationis lucrum, quibusdam anni partibus, seu temporibus maius, quam in aliis reportandum, neque invenientes creditam pecuniam ob periculum, cui eorum naves et personae quotidie subjacent, alium non habent modum quam istum, accipiendi scilicet pecuniam ad societatem futuri lucri sub periculo sortis, ad instar societatum officii, quamvis corrupto vocabulo iste contractus vulgo dicatur cambii maritimi, quia vere isti termini non intrant, intrantes solum in pecunia traiecticia, in qua proprie cadit nauticum foenus.

Innanzi tutto il De Luca mette in evidenza che a questo tipo di contratto erano soliti, ma sarebbe più esatto dire, erano costretti a ricorrere i pescatori, i quali al di fuori di esso non avevano e non trovavano altra possibilità di finanziamento delle spese necessarie per attrezzare adeguatamente le loro imbarcazioni, esposte com'erano quotidianamente con le loro persone ai pericoli del mare.

Al De Luca non sfuggiva la specialità di questo *contractus societatis super arte seu industria maritima* che profondamente divergeva dallo schema tipico del contratto di società, poichè in tutto poteva essere equiparato ad un vero e proprio contratto di mutuo oneroso. Esso invero:

1°) aveva la funzione essenziale di finanziamento dell'attività di pesca;

37. Cfr. DE LUCA, *Discursus*, cit., 3.

2°) il denaro conferito doveva essere integralmente restituito al finanziatore, poichè i pescatori erano costretti ad assumersi il rischio della sua perdita (*periculum sortis*);
3°) l'ammontare del lucro (*futurus lucrus*) spettante al finanziatore era stabilito, come ora apprenderemo, in anticipo e in misura fissa sul capitale, nella specie il 30% annuo.

Pertanto, per allontanare ogni dubbio sulla liceità di questo particolare contratto di società, il De Luca comincia con lo spiegare come doveva essere inteso il patto riguardante la corresponsione di una somma certa e predeterminata di utile[38]:
Non obstante taxa seu conventione certae et determinatae summae fructuum seu accessionum, id enim non adversatur dicto contractui societatis, neque usuram continet, quoties tamen summa sit congrua et verisimilis, quoniam iuxta ea, quae recepta habemus in materia societatis officiorum, ad tollendas lites et controversias inter socios singulis quibusque annis vel temporibus super redditione rationum ac verificatione certae quantitatis lucrorum, permittitur ista conventionalis taxa ab initio, quoties ut dixi, est iusta et verisimilis, per quamdam speciem transactionis super futuro lucro incerto, quod potest esse magis et minus, iuxta decisionem 70 Coccini[39] *passim receptam, cum aliis, de quibus in Firmana et Tusculana discursibus praecedentibus, in proposito contractus trini, societatis scilicet et duplicis assecurationis sortis et fructuum, seu lucri, quoniam tota difficultas est in contractu medio, assecurationis sortis.*

Tale patto, chiariva il giurista, non contraddice l'essenza del contratto di società nel quale, è sottinteso, gli utili, se vengono conseguiti, sono ripartiti di regola in proporzione al conferimento di ciascuna delle parti, purchè la somma prevista sia *congrua et verisimilis*, nel senso cioè da non dar luogo al sospetto di nascondere un patto usuraio. Invero, l'accordo su tale somma poteva

38. *Ibidem.*
39. Cfr. Johannes Baptista COCCINI (m.1641), *Decisiones...*, Venetiis, 1624, 41-42 (= *dec.* 70).

essere assimilato ad una transazione perchè aveva la funzione di prevenire l'insorgere di possibili liti sia sulla esistenza degli utili sia sul criterio della loro divisione, assicurando così al finanziatore un profitto sicuro annuo, necessariamente calcolato sul capitale da lui conferito e non sul ricavato incerto dello *iactus retium*: pertanto, esso non poteva più essere messo in discussione anche nell'ipotesi in cui con l'attività ittica fosse stato conseguito un profitto di gran lunga maggiore o minore di quello preventivato dal pescatore.

Analoga caratteristica, del resto, precisava il De Luca, si poteva riscontrare nella *societas officiorum Romanae Curiae.* Era questa una singolare forma di società che si praticava nello Stato pontificio, prestando danaro a chi aveva interesse ad esercitare uno degli uffici venali della curia romana (*notarius, camerarius, thesaurarius, etc.*), ma non aveva i mezzi finanziari per acquistarlo, e dividendo con il titolare i redditi dell'ufficio. Senza addentrarci ad esaminare più da vicino questo contratto societario[40], regolato - come sappiamo - nel suo contenuto e nei suoi effetti dalle costituzioni apostoliche di Leone X (1514) e di Paolo IV (1555), al De Luca era sufficiente rilevare come in virtù di queste disposizioni normative il contratto stesso fosse al riparo da ogni sospetto di usura, soprattutto per quanto riguardava proprio il patto relativo alla fissazione anticipata della somma di lucro spettante al finanziatore, purchè questa fosse *iusta et verisimilis.*

Pertanto, come l'esercizio degli uffici venali vacabili poteva dar luogo ad un contratto di *societas* tra due o più persone con il patto della corresponsione di una somma fissa annua calcolata in

40. Per alcune indicazioni su questo contratto, cfr. A. PERTILE, *Storia del diritto italiano, IV,* Torino, 1893, 689; C. NANI, *Storia del diritto privato italiano,* Torino, 1902, 509 e da ultimo: A. MAZZACANE, *Giambattista De Luca e la "compagnia d'uffizio"*, in *Miscellanea Domenico Maffei dicata,* IV, Goldbach, 1995, 665-680 e bibliografia ivi citata. Sulla *societas officiorum*, cfr. S. SCACCIA, *Tractatus de commerciis et cambio,* Venetiis, 1650, 49 ss. (= § 1, *quaestio* I); G.B. DE LUCA, *Theatrum veritatis et iustitia,* V, IV, Venetiis, 1734, 208-228 *(De societatibus officiorum).*

anticipo, normalmente il 12% del capitale, a favore del socio *dator pecuniae*, analogo patto poteva essere concluso nel contratto di *societas* concluso per il finanziamento dell'attività di pesca *super navibus piscatoriis*.

Così, una volta dimostrata la compatibilità e liceità del calcolo anticipato del lucro in un contratto di società, il De Luca passava finalmente ad esaminare come dal punto di vista giuridico potesse essere garantito il socio finanziatore sia nella restituzione del capitale conferito, sia nel conseguimento del lucro pattuito.

Il suo pensiero risulta rivolto ad una figura contrattuale del tutto particolare, che egli aveva avuto occasione di esaminare diffusamente in un'altra controversia e che allora veniva designata come *contratto trino*, a mezzo del quale poteva essere stato concluso il contratto di credito e finanziamento in discussione. Esso era così chiamato perchè costituito da tre contratti accomunati da un unico scopo: uno di società (tra chi *ponit pecuniam* e chi *ponit navem et industriam)* e due di assicurazione a favore del finanziatore, il primo relativo alla restituzione integra del capitale e il secondo concernente il pagamento di un lucro certo e prestabilito.

5. Il contratto trino è ben noto nella storiografia giuridica sin dal secolo scorso, ma è merito di Italo Birocchi aver di recente richiamato l'attenzione degli studiosi sulla elaborazione dottrinale di questo contratto, inventato verso la fine del secolo XV come una delle soluzioni proposte, non a caso dal pensiero della Chiesa, contro la diffusione sempre più accentuata nella prassi mercantile di contratti feneratizi[41].

41. Cfr. I. BIROCCHI, *Tra elaborazioni nuove e dottrine tradizionali. Il contratto trino e la natura contractus,* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 19, Milano, 1990, 243-322. Sulla configurazione del contratto di "cambio marittimo" come contratto trino ancora alla fine del Seicento, cfr. CARLO TARGA (1614?-1700), *Ponderazioni sopra la contrattazione marittima...*, Genova, 1750, 74-78 (= cap. XXXII: *Del cambio marittimo).*

Non sicuramente, infatti, sulla base del credito gratuito, conforme questo al ben noto precetto evangelico (*Mutuum date nihil inde sperantes:* Luca, VI, 35), avrebbero potuto svolgersi la lettera di cambio, l'assicurazione, la società e, in genere, i contratti nuovi o riformati dello *ius mercatorum.*

Anche riguardo al prestito marittimo i giuristi cercarono di limitare gli effetti della ricordata Decretale *Naviganti* di Gregorio IX, sia con l'affermare che essa non avrebbe dovuto esercitare il suo effetto quando ci fosse stato veramente un grave rischio, sia con il sostenere, come abbiamo visto nel De Luca, che il contratto si doveva considerare come una specie di società tra il finanziatore che vi metteva il denaro od altri beni e il navigante che metteva a disposizione la sua nave e la sua opera, cosicchè data tal natura non poteva essere accusato d'usura, sia, infine, col vedere in esso l'unione di tre convenzioni. Di esse la prima aveva, appunto, natura di società per la partecipazione del prestatore all'impiego del denaro, la seconda di assicurazione del capitale e la terza di vendita anticipata del lucro incerto previsto dall'attività sociale in cambio di un lucro certo minore oppure, secondo altra soluzione, natura di assicurazione di una certa quantità di lucro.

Quest'ultima prospettazione giuridica fu quella che finì per prevalere a partire dal XVI secolo, allorchè lo sviluppo delle attività commerciali vide negli schemi del contratto di società e di assicurazione i mezzi più diffusi tra quanti venivano adoperati al fine di rendere fruttuoso e proteggere dai rischi il denaro. Non è un caso, infatti, che l'eleborazione del contratto trino nella sua forma compiuta risalga al teologo tedesco Johann Eck (1486-1543) che, com'è stato posto in evidenza, ricevette dal potente uomo di affari di Augsburg, Jacob Fugger, sostegno e impulso per la sua speculazione dottrinale volta a giustificare quella prassi mercantile allora molto diffusa nella sua città, come altrove in Europa[42].

42. Cfr. I. BIROCCHI, *op. cit.*, 278 ss.

Ciò premesso, vediamo di approfondire, per quanto a noi interessa, il contenuto di questo contratto nel pensiero del De Luca, che in proposito assunse una posizione molto prudente, sollecitato, com'era, *in primis,* dalle esigenze della salvaguardia dell'anima.

Il De Luca, ci risulta, ebbe ad occuparsi specificamente di questo contratto nel *Discursus* I del Libro V: *De usuris et interesse,* in occasione di una controversia nella quale fu difensore degli eredi di coloro che avevano ricevuto il danaro *(haeredes recipientium)*[43].

I fatti di causa furono i seguenti:

Antonius Benettus Bergomensis in Urbe negotiator de annis respective 1613, 1616, 1625 et 1640 plures dedit pecuniarum summas Aurelio et Io. Baptistae fratribus de Paitinis pariter Bergomensibus... in civitate Firmana negotiatoribus ut illas eorum risico traficantes sibi responderent de lucro ad rationem quinque pro quilibet centenario et anno. Mortuis autem tam dante, quam recipientibus inter eorum haeredes ortae fuerunt controversiae super capitalium restitutione ac respective fructibus seu lucris.

Dopo aver precisato, perfettamente d'accordo con il difensore della controparte, che non si poteva dubitare *de principio in Romana Curia absoluto* e cioè che, essendo il mutuo gratuito, ogni interesse doveva essere considerato come usura[44], il De Luca prende in considerazione il *nomen iuris* del contratto, risultato dal concorso di tre contratti distinti, ognuno con una propria causa e un proprio oggetto[45]:

43. Cfr. J.B. DE LUCA, *Theatrum veritatis et iustitiae,* cit., V, *De usuris et interesse,* 1-4 (= *Discursus* I).

44. Cfr. J.B. DE LUCA, *Discursus,* cit., 2: *In congressu igitur habito cum altero Advocato electo ex parte creditorum, non dubitabatur de principio in Romana Curia absoluto, quod ex pecunia tamquam de sui natura sterili, nullum lucrum, nullaque accessio percipi potest citra usuram, non dato legitimo titulo lucrorum, seu accessionum iustificativo, quo cessante, cum mutuum debeat esse gratuitum, omnisque accessio usuraria dicatur.*

45. *Ibidem.*

Credebat tamen alter Advocatus adesse titulum dictarum accessionum iustificativum, quem trinum Canonistae et Morales nuncupare solent, resultantem ex concursu trium contractuum. Primo scilicet societatis, in qua unus ponat pecuniam, alter operam.Secundo assecurationis sortis principalis, quam pecuniae receptor faciat. Et tertio assecurationis certi lucri, quam idem receptor, qui pecuniam negotiaturus est, pariter faciat ad tollendas contentiones super rationum redditione ac lucrorum quantitate.

Come si può agevolmente rilevare il De Luca particolarmente insiste sulla persona del debitore, indicato come *pecuniae receptor,* il quale in forza di un unico fatto giuridicamente rilevante (*pecuniae receptio*) è tenuto ad una pluralità di prestazioni tutte necessarie in questo tipo di accordo e cioè:

1°) svolgere l'attività sociale prevista dal contratto societario (*ponere operam*);

2°) concludere un primo contratto assicurativo per garantire al finanziatore la integra restituzione del capitale ricevuto *(assecuratio sortis*);

3°) concludere un secondo contratto assicurativo diretto a garantire sempre al finanziatore il conseguimento di un certo lucro annuo *(assecuratio lucri*).

Orbene, se quanto esposto ci consente, da una parte, di comprendere la funzione economico-sociale dei singoli contratti ricordati, che poggiavano sulla *pecuniae receptio,* dall'altra, non è ancora sufficiente a giustificare l'unità del negozio che le parti ponevano in essere.

In proposito, un preciso chiarimento ci viene ancora offerto dal De Luca, il quale proseguendo nella sua esposizione, chiarisce che l'operazione finanziaria poteva essere realizzata e garantita con un unico rapporto negoziale posto in essere sin dall'inizio e simultaneamente dalle stesse parti, anzichè in tempi successivi con soggetti tra loro estranei[46]:

46. *Ibidem.*

Quam contrahendi speciem licitam esse, quamvis cum eadem persona ab initio et contemporanee fiant.

Ciò posto, solo la prima ipotesi a nostro avviso può essere individuata con il *nomen iuris* di *contractus trinus* il quale, per adoperare il linguaggio della moderna civilistica, alla guisa di un contratto misto può essere configurato come la risultante della combinazione di una pluralità di schemi negoziali che si fondono in un'unica causa e si condizionano vicendevolmente, mentre nella seconda, invece, i tre contratti rimangono strutturalmente autonomi con proprie obbligazioni sia pure collegati l'uno all'altro[47].

Passando, ora, alla forma di questo contratto misto, concluso dalle stesse parti, sempre il nostro giurista ci informa che non era necessario rispettare alcuna formalità, nè menzionare espressamente i tre contratti nel documento che attestava la consegna del denaro, poichè nella pratica mercantile[48]:
In apocis vel respective epistolis nulla de his mentio habebatur, sed solum dicebatur dari pecuniam ad traficandum eorum risico cum lucro, quod negotiatores meritum dicunt ad rationem quinque pro centenario, mentre altri insigni autori, come Martin de Azpilcueta, detto il Navarro[49], Leonardo Lessio[50] e Giuseppe Gibalin[51] ritenevano che anche questi due ultimi aspetti (il *risicum* e il *meritum*) pote-

47. Su questi concetti, cfr. per tutti: F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1994, 773 ss. Il DUARDO (1565-1643), a proposito di questo contratto, così si esprimeva: *Nam quamvis sit unus formaliter, nihilominus est triplex virtualiter, nempe societatis assecurationis sortis et assecurationis lucri (De societatibus tractatus...*, Neapoli, 1644, 199-200: lib.2, cap.4, q.7, n.7-9).

48. Cfr. G.B. DE LUCA, *Discursus*, ult. cit., 4.

49. Cfr. MARTIN DE AZPILCUETA (1492-1586), *Enchiridion sive manuale confessariorum et poenitentium...*, Romae, 1588, 400-403 (= cap. 17,nn.254-256).

50. Cfr. LEONARDUS LESSIUS (1554-1623), *De iustitia et iure ceterisque virtutibus cardinalibus libri quatuor...*, Lugduni, 1653, 278-282 (= lib.2, cap. 25, dubit.3).

51. Cfr. JOSEPHUS GIBALINUS (1592-1671), *De usuris, commerciis, deque aequitate et usu fori Lugdunensis...*, Lugduni, 1656, 363 ss.

vano essere omessi nel documento, eventualmente redatto dalle parti, cosicchè l'indagine diretta ad accertare l'esistenza in concreto del contratto trino coinvolgeva in definitiva una *quaestio facti* e non una *quaestio iuris*[52].

A questo punto, al De Luca non poteva sfuggire che un accordo con il quale le parti pattuivano l'obbligo a carico del *pecuniae receptor* di restituire integralmente il capitale alla scadenza della sua durata e di pagare inoltre un lucro fisso ogni singolo anno, doveva ritenersi incompatibile con l'essenza stessa del contratto di società che le parti affermavano di voler concludere, potendo in realtà ben nascondere un vero e proprio contratto di mutuo[53]: *Ut in specialibus terminis conventionis per quam unus dicat contrahere cum altero societatem, in qua unus ponat pecuniam, alter operam sub pacto seu obligatione restituendi sortem ac solvendi singulis annis certam et uniformem quantitatem pecuniae sub nomine lucri, quia in effectu est mutuum sub hoc specioso vocabulo palliatum.*

La posizione del De Luca nei confronti di questo contratto, che poggiava in realtà sulla semplice consegna del denaro, diventa sempre più critica, tanto più che egli considera totalmente *fatuae* tutte quelle *quaestiones* prospettate dalla dottrina allora dominante *super iustificatione accessionum ratione lucri cessantis vel damni emergentis cum suis requisitis*[54], dal momento che anche in questo caso il risultato definitivo era uno solo, cioè la completa tutela del finanziatore da ogni rischio riguardante la restituzione del suo capitale e il conseguimento del lucro convenuto[55]: *Mutuator ex pecunia ita simpliciter data sine periculo sortis, de certo et uniformi lucro ab initio taxata certus reddi potest.*

52. Cfr. G.B. DE LUCA, *ibidem* .

53. *Ibidem*, 5.

54. Giustificazione questa risalente sembra a Paolo di Castro: cfr. F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del risorgimento*, II, Torino, 1921, 182.

55. Cfr. G.B. DE LUCA, *Ibidem*, 10.

Sennonchè, lo stesso De Luca non poteva non riconoscere, come evidenziava la difesa della controparte, che il contratto trino era a quei tempi molto diffuso nella pratica europea degli affari commerciali *(insistebat alter Advocatus in communi usu Galliae, Germaniae, Hispaniae et Italiae)*[56] ad onta delle severe sanzioni della Chiesa, culminate nel 1586 nella bolla di condanna *Detestabilis* emanata da Sisto V[57], tanto da essere considerato lo strumento negoziale tipico per mezzo del quale venivano concluse certe operazioni finanziarie con diverse categorie di *negotiatores*, come siamo ampiamente informati da Joseph Gibalin[58].

D'altra parte, condannare decisamente questo contratto solo perchè poteva prestarsi a nascondere un mutuo avrebbe significato paralizzare tutta la vita mercantile che dalla speculazione del denaro traeva la sua linfa migliore: si trattava, allora, di stabilire fino a che punto tale contratto fosse lecito non solo sotto l'aspetto formale, ma anche sostanziale.

Innanzi tutto era opportuno, anche se non sufficiente - suggeriva il De Luca - che i menzionati contratti fossero conclusi per atto pubblico ed esplicitamente *(praefati tres contractus publice et palam initi essent)*, poichè la loro *clandestinitas* era un valido argomento per sostenere la presenza della *depravata intentio foenerandi atque fraudandi usuras*, soprattutto *ubi agitur de pecunia manualiter data*[59]. Inoltre, era necessario precisare con estrema chiarezza il contenuto e i limiti del *periculum sortis* e del *certum lucrum*, elementi fondamentali dei due contratti assicurativi.

56. *Ibidem*, 17.

57. Su questa bolla pontificia che condannava il contratto agrario chiamato soccida di ferro, perchè i proprietari degli animali nel darli a soccida pattuivano espressamente la garanzia della loro restituzione in ogni caso con eventuale reintegrazione dei capi che morivano o andavano perduti, cfr. J.B. DE LUCA, *Theatrum veritatis*, cit., V, *De usuris et interesse*, 5 - 7: *Discursus* II; I. BIROCCHI, *op. cit.*, 315 e bibliografia ivi citata.

58. Cfr. J. GIBALINUS, *op. cit., 363 ss.*

59. Cfr. G.B. DE LUCA, *Ibidem*, 14.

Proseguendo sulla strada così tracciata, il De Luca chiariva che il *periculum*, addossato al *pecuniae receptor* con l'*assecuratio sortis* non doveva riguardare qualsiasi ipotesi di *casus fortuitus*, ma solo il caso in cui la perdita del capitale dipendeva da colpa nella sua gestione. Se, infatti, il *pecuniae receptor* non fa buon uso del capitale affidatogli investendolo in operazioni commerciali con persone delle quali prima non ha diligentemente indagato la situazione patrimoniale, il relativo rischio non può essere certamente addossato al socio finanziatore, ma egli solo è responsabile della sua perdita, al pari di quanto accade per il mandatario nel caso che l'insolvenza delle persone con le quali ha trattato gli fosse o dovesse essergli nota all'atto della conclusione del contratto[60]:

Tunc autem istorum trium contractuum simultaneus concursus admittendus videtur, quando secundus assecurationis sortis non est simplex et indefinitus, ita ut pecuniae receptor quodcumque periculum seu risicum in se suscipiat etiam casus fortuiti, sed solum ubi suscipit illud periculum seu risicum, quod congruum et connaturale videtur susceptо mandato, seu susceptae administrationi, quod scilicet pendeat a decoctione vel insufficientia eorum, quibus pecuniae vel merces traficandae creduntur, ut ita sit diligens ad investigandam conditionem personarum, cum quibus contrahit.

In questi stessi termini risulta ancora oggi sancita dall'art. 1715 del nostro codice civile la responsabilità del mandatario nei confronti del mandante.

Analogo chiarimento richiedeva pure *l'assecuratio certi lucri*, anche se nel contesto di questo *Discursus* I non viene affrontata specificamente, formando oggetto, invece, delle riflessioni esposte dal De Luca nel *Discursus* III, dal quale siamo partiti.

In quella sede, come si ricorderà, l'Autore aveva avuto modo di spiegare la funzione transattiva di tale accordo assicurativo, diretto com'era a togliere ogni incertezza sull'esistenza o sul-

60. *Ibidem*, 20.

l'ammontare dei guadagni derivanti dall'attività sociale e sul conteggio degli utili e delle perdite, prevenendo così l'insorgere di qualsiasi possibile lite o controversia tra le parti[61].

Sempre in quella sede il De Luca aveva precisato che *ista conventionalis taxa ab initio* era del tutto compatibile con il contratto di società, purchè la somma garantita annualmente al finanziatore fosse *congrua et verisimilis*[62]. In proposito, sappiamo da altre fonti, che questo lucro era generalmente calcolato intorno al 5% o 6% del capitale investito, a prescindere totalmente dall'effettivo guadagno realizzato, tanto che la stessa denominazione di *contractus quinque de centum* attribuita all'intero *negotium* derivava dal tasso medio del compenso che veniva praticato a favore del capitalista[63]. Ma il De Luca sapeva che, al di là del tasso che potremmo chiamare ufficiale, nella pratica commerciale dei suoi tempi si andava ben oltre questo importo, tanto che nel caso dei suoi assistiti, riguardante il contratto nella pratica chiamato "cambio marittimo", la *conventio accessionum seu fructuum* era stata pattuita *ad rationem 30 pro centenario*[64].

Allora per ritenere in certo qual modo verosimile un tale contratto e per allontanare da esso ogni *usurarum suspicio* per la concreta possibilità che aveva il capitalista di approfittare delle disagiate condizioni economiche del *pecuniae receptor*, come erano in realtà i poveri pescatori, il De Luca prospettava che costoro dovessero pagare solo una *congruam seu condignam mercedem utriusque assecurationis sortis et lucri,* nel senso cioè che tali contratti assicurativi dovessero essere conclusi con il finanziatore per la stessa somma con la quale anche un terzo estraneo avrebbe potuto astrattamente concluderli[65].

61. Cfr. *retro* p. 22-23.

62. Cfr: G.B. DE LUCA, *Discursus*, III, cit., 4.

63. Cfr. J. ECK, *Tractatus de contractu quinque de centum*, datato 9 marzo 1515. Su questo Autore e sul suo trattato, cfr. I. BIROCCHI, *op.cit.*, 278 ss.

64. Cfr. *supra* p. 19.

65. *Ibidem.*

In conclusione la posizione critica del De Luca nei confronti del contratto trino emerge in tutta la sua evidenza, in quanto alla sua sensibilità di uomo e di giurista non sfuggiva che se era possibile concepire e giustificare la distinzione dei tre contratti conclusi simultaneamente tra le stesse persone *in foro interno*, ove *animus et propositum omnia distinguunt, solaque intentio spectatur, unde dari potest sincera intentio aliena ab animo depravato foenerandi ac palliandi mutuum sub huiusmodi contractibus*, altrettanto era *impracticabile in foro externo*, nel quale *non iudicatur de internis, quae soli Deo patent, sed proceditur cum actis et probatis*[66], cosicchè ogni qualvolta risultava che il capitalista avesse percepito *illicitas et usurarias accessiones*, queste dovevano essere senz'altro messe in conto al capitale oppure dovevano essere restituite[67].

6. La conferma delle inique condizioni cui dovevano sottostare i pescatori per ottenere il finanziamento del loro mestiere ci viene ancora offerta a Napoli un secolo più tardi - alla fine del Settecento - precisamente negli anni inquieti tra l'ultimo periodo del riformismo borbonico e l'inizio del movimento rivoluzionario, in occasione del dibattito dottrinale che si svolse, coinvolgendo pure la classe dirigente meridionale, intorno agli atavici e irrisolti problemi della capitale, in particolare quello della sua situazione annonaria.

Il problema fondamentale che quegli uomini vennero ad affrontare era quello di realizzare finalmente ciò che gli spiriti più illuminati attendevano dal potere fin dall'epoca del Tanucci, l'abolizione cioè dei vincoli in materia annonaria, lo scioglimento delle antiche organizzazioni corporative e la formazione di un libero mercato dei prodotti alimentari, dai cereali, all'olio e al pesce[68].

66. *Ibidem, 12.*
67. *Ibidem.*
68. F. VENTURI, *Illuministi italiani*, V. *Riformatori napoletani*, Milano-Napoli, 1962, 822.

Fu così che, proprio per riflesso di tali dottrine liberiste, con bando del 25 ottobre 1788 il Tribunale di San Lorenzo[69], assumendo un principio di politica economica del tutto opposto a quello che si era fino allora seguito, aboliva sia *l'assisa* sia la *matricola* del pesce, accordando "la libertà del commercio di questo genere indistintamente a tutti, sian Citttadini, sian Forastieri, sia Pescatori, sia Accettatori, in ogni tempo ed in ogni sito della Città, senz'assisa, senza matricola e senza restrizioni affatto a quel prezzo che potrà convenirsi tra il compratore e il venditore, salvi restando i dazi, spettanti al *ius* reale e del grano a rotolo del pesce"[70].

Per comprendere appieno il tenore di questo provvedimento, dobbiamo tener presente che a Napoli sin da epoca antica l'attività di pesca era disgiunta dalla vendita del pesce. Quest'ultima avveniva in tre luoghi (*pietre*) destinati appositamente a tale scopo e secondo un prezzo fisso calmierato, denominato *assisa*, sul quale erano riscosse due imposte (*gabelle*): la *reale*, che era percepita come "dodicesima" parte sul prezzo di vendita, e l'altra di un "grano" sull'unità di misura del quantitativo di pesce che era venduto 'a rotolo'[71].

Tale abolizione, com'è intuibile, venne a toccare gli interessi di tutti coloro che vivevano sullo sfruttamento del lavoro dei pescatori i quali non potevano vendere direttamente al minuto il pesce pescato, obbligati, invece, com'erano, in forza di un contratto capestro, a cederlo ad alcuni negozianti, che in pratica ave-

69. Su questo tribunale, cfr. B. CAPASSO, *Catalogo ragionato dei libri, registri e scritture esistenti nella sezione antica o prima serie dell'Archivio Municipale di Napoli*, II, Napoli, 1899; G. CONIGLIO, *L'annona*, in *Storia di Napoli*, V, 1, 701.

70. Cfr. L. GIUSTINIANI, *Nuova Collezione delle Prammatiche del Regno di Napoli*, II, Napoli, 1803, 146- 148.

71. Cfr. G.M. GALANTI, *Nuova descrizione storica e geografica della Sicilia*, Napoli, II, 1787, 24; L. BIANCHINI, *Della storia delle finanze del Regno di Napoli*, Palermo, 1839, I, 363 ss.; G. CONIGLIO, *Annona e calmieri nella Napoli spagnola*, in *Arch.Storico Province Napoletane*, 1940, 105 - 194.

vano monopolizzato il suo commercio.

Pertanto, volendo ovviare ai gravi disordini che, a detta degli Eletti del popolo, il provvedimento aveva creato, fu richiesto al Re il ripristino degli antichi vincoli.

La questione venne rimessa nel 1789 per un parere al Tribunale dell'Ammiragliato e Consolato di Mare che, creato nel 1783 nel tentativo di rendere meno disperse e anacronistiche le magistrature che sovraintendevano alle attività economiche, rappresentava, a quell'epoca, la suprema giurisdizione in materia mercantile e commerciale[72].

Era, allora, "avvocato dei poveri" il giurista Francesco Mario Pagano ed in tale occasione egli intervenne assumendo la difesa della classe dei pescatori con un suo scritto dal titolo: *Ragionamento sulla libertà del commercio del pesce,* stampato a Napoli nel novembre 1789[73].

Le tristi condizioni di vita dei pescatori napoletani, da lui icasticamente chiamati "agricoltori del mare", sono descritte con efficace realismo, tracciando un quadro umanamente pietosissimo e tale da costituire la premessa per una riforma che colpisse alle radici il vergognoso e disumano sistema di sfruttamento del loro lavoro. Egli così scrive[74]:

72. Su questo tribunale, cfr. E. GENTILE, *Il Tribunale dell'Ammiragliato e Consolato (1783-1808) da document inediti del R. Archivio di Stato di Napoli con facsimile d'una supplica di Mario Pagano,* Napoli, 1909.

73. Sul pensiero economico del Pagano, cfr. G. SOLARI, *Mario Pagano e la politica annonaria,* in *Studi su Francesco Mario Pagano,* a cura di L. FIRPO, Torino, 1963, 193 - 217; F. VENTURI, *op. cit.,* 785 - 833; 842 - 853; G. ALIBERTI, *Economia e società da Carlo III ai Napoleonidi,* in *Storia di Napoli,* VIII, 141 - 145. Nel campo del diritto penale, cfr. E. PALOMBI, *Mario Pagano alle origini della scienza penalistica del secolo XIX,* Napoli, 1979.

74. *Ragionamento sulla libertà del commercio del pesce in Napoli diretto al Regio Tribunale dell'Ammiragliato e Consolato di Mare da FRANCESCO MARIO PAGANO avvocato dé poveri in esso Tribunale e regio professor di diritto nell'Università napoletana,* Napoli, 1789 (Napoli, Bibl.Naz., Sala 6ª, Miscell.A.43). Il testo del *Ragionamento* si trova pure in F. VENTURI, *op. cit.,* 842-853.

"Non altrimenti che gli agricoltori, sono i pescatori presso di noi all'estrema condizione ridotti... Cotesti agricoltori del mare, mi si conceda sì fatto modo di dire, son come gli ascritti alla gleba. Di pochi negozianti di pesce vivono qué miseri nella vera schiavitù: non possedendo altro che le braccia, ricovrendo le nude membra appena di una lacera tela, non han donde alimentare nè sè, nè la loro languente famiglia. Sforniti di rete, di barchette e d'ogni marinaresco ordegno sospirando rimirano quel mare, che non mai ingrato si mostra ai travagli dell'uomo. Quindi vengono dalla dura necessità costretti a vendere l'immature di loro fatiche e le libertà delle loro braccia. Iniquo e vergognoso commercio! Nella più rea stagion del verno quest'infelici strumenti del nostro lusso per sostener la loro famiglia da negozianti di pesce anticipatamente ricevono la somma di ducati ducento e cinquanta in circa, e si obbligano di vendere loro ciascuna specie di pesce a tal prezzo a rotolo; prezzo vilissimo. Nè questo tal denaro in contanti loro si dà. Poichè quegli avari negozianti danno reti, barche ed altro che alla pesca richiedesi, a che si stabilisce da essi medesimi il prezzo... E mentre cotesti ingordi negozianti defraudono i pescatori della giusta mercede delle loro fatiche, premono il pubblico con esorbitanti prezzi e delle spoglie dé pescatori e dé compratori ugualmente si arricchiscono".

Certo non si può escludere, come già rilevato da Giosuè Solari nel suo ampio e importante studio dedicato al pensiero economico del Pagano, che nel descrivere le condizioni dei pescatori, l'ingordigia dei negozianti e l'iniquità dei contratti di anticipazione il Pagano sia incorso per ragioni del suo ufficio di avvocato dei poveri in esagerazioni e anche in possibili errori di fatto[75]. Sotto questo aspetto gli scritti successivamente apparsi, a seguito della violenta polemica suscitata dall'abolizione dell'assisa del pesce, costituiscono un utile complemento e spesso una necessaria rettifica del *Ragionamento*, che però non incidono assolutamente sulla sostanza dei gravi problemi posti in evidenza che,

75. Cfr. G. SOLARI, *op. cit., 209.*

del resto, gravavano da tempo su tutta la gente di mare, secondo quanto scriveva già nel 1767 Giovanni Battista Maria Jannucci nel suo trattato su *L'Economia del commercio del regno di Napoli:*
"La marinaria, che è ridotta in povertà, abbraccia qualunque denominazione e patto segreto che la callidità di alcuni negozianti li vuol imponere, perchè altrimenti non avrebbe maniera, nè occasione di navigare, nè di mangiare un tozzo di pane"[76].

Invero, un utile chiarimento sul contenuto di questi contratti ci viene offerto dall'avvocato Giacinto Bellitti che in un suo scritto pubblicato a Napoli nel 1791, ispirandosi al Pagano, si mostrò anch'egli favorevole all'abolizione dell'assisa del pesce e dei cosiddetti riti dell'annona[77].

Il Bellitti precisamente indica che quasi tutti i pescatori, al corto di denaro per l'acquisto delle barche e degli attrezzi da pesca, si vedevano costretti a chiedere a certi negozianti, chiamati *parsonali*, un mutuo di 300 o 400 ducati che sembrava vantaggioso, in quanto tale somma doveva essere restituita senza interessi, ma a mezzo del quale i pescatori si obbligavano a vendere loro l'intero prodotto della pesca per uno, due, tre anni. Tale apparente vendita, e qui sta il gioco usuraio e spietato dei *parsonali*, non avveniva al prezzo di pubblico mercato, ma a prezzo fisso, secondo la qualità del pesce, da pagarsi in contanti ogni fine settimana. I *parsonali*, d'altra parte, bontà loro, si obbligavano a "donare" ai pescatori anche una regalia annua di 100 o più ducati, che era sempre pagata anche in caso di malattia o di cattivo tempo, e a concedere agli stessi la facoltà di pescare per proprio conto per due o tre mesi all'anno[78].

76. Cfr. G.B.M. JANNUCCI, *Economia del commercio del Regno di Napoli*, a cura di F. ASSANTE, V, Napoli, 1981, 1108.

77. Su questo Autore, cfr. O. NUCCIO, *sub v.*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, VII, 748 - 749.

78. Cfr: G. BELLITTI, *Considerazioni sulla libertà dell'annona e sull'abolizione dell'assisa del pesce*, Napoli, 1791, 55 - 56.

Scaduto il tempo pattuito, il contratto veniva rinnovato alle stesse condizioni, altrimenti il pescatore doveva restituire il capitale ricevuto, il che non poteva avvenire se non stipulando un nuovo contratto di mutuo con altro *parsonale*, disposto ad anticipare il danaro necessario per estinguere il precedente mutuo e per affrontare le spese occorrenti per le attrezzature, aggravando così ulteriormente la sua posizione debitoria[79].

Di qui i rimedi proposti dal Pagano: il mantenimento della libertà di commercio del pesce con la conseguente abolizione di ogni monopolio di vendita, nonchè l'adozione di radicali provvedimenti capaci di recidere il patto leonino insito nei "contratti di anticipazione" intercorrenti con i negozianti.

A tal fine il Pagano riteneva ancora valide quelle "casse comuni", costituite in seno alle corporazioni per l'esercizio di attività benefiche ed assistenziali. Egli, infatti, prospettava l'opportunità, nel caso che i *parsonali*, coalizzati tra loro, decidessero di sospendere i prestiti accordati ai pescatori o di elevare eccessivamente il tasso di interesse, d'impiegare la rendita annua di 3.000 ducati del "monte" di Santa Maria della Catena in S. Lucia, che doveva essere uno dei più ricchi, per anticipare, con un "moderato interesse" agli stessi pescatori le somme loro necessarie per l'acquisto delle attrezzature. In tal modo, secondo il Pagano, si sarebbe provveduto contemporaneamente "così al guadagno del monte, al sollievo di questa numerosa classe dé cittadini ed al pubblico vantaggio"[80].

Ben vide, dunque, il Pagano che il regime di libertà, da poco introdotto con l'abolizione dell'*assisa* del pesce, mancava allo scopo, se non era accompagnato da provvedimenti intesi a porre la classe dei pescatori in grado di lottare efficacemente contro l'usura mascherata da contratti di vendita apparentemente del tutto leciti. Sotto questo aspetto, gli parve opportuno, secondo lo spiri-

79. BELLITTI, *op. cit.*, 56.
80. Cfr. PAGANO, *Ibidem.*

to del tempo, stimolare maggiormente quell'elemento caritativo ed assistenziale che riuniva le genti dei diversi mestieri, compresa quella delle arti del mare, dando luogo alla costituzione di un "pio monte", i cui scopi caritativi ed assistenziali abbiamo avuto occasione in altra sede di illustrare e alla quale ci permettiamo di rinviare[81].

7. La nostra indagine qui si arresta, ma non vi è dubbio che essa meriterebbe un ulteriore approfondimento trattandosi di materia nella quale gli usi hanno certamente avuto un ruolo fondamentale nella formazione di fenomeni negoziali nei quali appare la divergenza tra il tipo legale astrattamente esistente e il modello sociale realmente applicato.

Dall'indagine svolta risulta che a seconda dei diversi momenti storici i contratti di credito e finanziamento dell'attività di pesca con pattuizioni di interessi particolarmente elevati rispetto a quelli consentiti dal diritto comune, in considerazione del notevole rischio che gli operatori di questo settore correvano, sono stati variamente considerati e giustificati sotto forma di negozi leciti e permessi.

Così si spiega il ricorso alle categorie astratte, variamente tra loro intrecciate o collegate, del contratto di società e di assicurazione per cercare di inquadrare e tutelare, anche al riparo dalla accusa di usura, in una visione chiara ed organica, i negozi di credito che, in genere, erano alla base dello sviluppo di tutte le imprese commerciali e, in particolare, di quelle marittime.

La stessa prospettazione dell'operazione economica di credito e finanziamento dell'attività di pesca come contratto di compravendita non era altro che l'utilizzazione di una forma contrat-

81. Cfr. C.M. MOSCHETTI, *Aspetti organizzativi e sociali della gente di mare del golfo di Napoli nei secoli XVII e XVIII*, in *Atti XVII Colloquio Internazionale di Storia Marittima "Le Genti del mare Mediterraneo" (Napoli, 28-31 gennaio 1980)*, II, Napoli, 1981, 937 - 973.

tuale tipica della tradizione giuridica, sotto la quale in realtà si mirava a stabilire la liceità di un rapporto contrattuale posto in essere senza il rispetto del principio fondamentale della *aequalitas* delle parti. Da questo punto di vista, infatti, non si può dimenticare che la dottrina del diritto comune considerava contratto del tutto lecito la vendita del pesce che eventualmente si peschi, cioè l'*emptio iactus retis*, con pattuizione anticipata e fissa del suo prezzo nel quale precisamente avveniva la vendita *lucri maioris incerti pro minori certo*, ovvero l'*emptio lucri minoris certi pro maiori incerto*, secondo quanto ci è dato di leggere nella ricordata opera del Giballino[82].

Orbene, se storicamente l'abuso di questo speciale contratto, diretto a fornire agli operatori della pesca i capitali necessari per l'impianto e/o il miglioramento dei mezzi della loro attività in ogni tempo considerata particolarmente rischiosa, fa parte dell'aspra vicenda umana, è pur vero che i giuristi dell'età del diritto comune hanno sempre cercato di ricondurre i suoi aspetti peculiari proprii dello *ius nauticum* o *maritimum* nell'alveo dei principii generali dello *ius civile*.

82. Cfr. J. GIBALIN, *De usuris*, cit., VI, cap. III, art. 4.