



Guido Fubini

(avvocato in Torino, già direttore della *Rassegna Mensile di Israel*)

Ebraismo e Contratto *

SOMMARIO: Elementi comuni e differenze fra la codificazione ebraica e quella romana nei primi cinque secoli specie con riferimento alla normativa sui contratti, sulle obbligazioni, sul consenso.

1 - Manca nella *Torah* un principio generale analogo al *Pacta sunt servanda* del diritto romano così come manca una teoria generale del contratto. Per contro nel *Talmud*¹ vi è un passo volto a colmare la lacuna: "Quegli che ha punito gli uomini del tempo del diluvio e del tempo della divisione punirà anche colui che non mantiene la parola". La formula romana presuppone un Patto e cioè un rapporto intercorso fra due o più persone mentre la formula ebraica presuppone un impegno unilaterale senza peraltro escludere la sussistenza di un patto.

2 - È curioso constatare come nei primi cinque secoli dell'era volgare le codificazioni nell'impero romano e nella società ebraica, codificazioni che nell'uno e nell'altro caso erano raccolte di giurisprudenza, siano andate in parallelo.

Il *Codex Gregorianus* esce nel terzo secolo poco dopo la fine della compilazione della *Mishnah* che coincide con l'emissione dell' Editto di Caracalla (212 d.C.) col quale venne estesa la cittadinanza romana a tutti i cittadini dell'Impero; il *Codex Theodosianus* è del 428, di 50 anni anteriore alla divisione fra l'Impero d'Oriente e l'Impero d'Occidente (478) che a sua volta ha preceduto di una cinquantina d'anni il *Codex Iustinianus* (529): fra l'uno e l'altro si pone la *Ghemara* la cui compilazione venne chiusa nell'anno 499.

Tale constatazione induce a ricercare gli elementi comuni e le differenze fra le due codificazioni specie con riferimento alla normativa sui contratti, sulle obbligazioni, sul consenso.

A) Il contratto.

* Il contributo è stato pubblicato sulla "*Rassegna Mensile di Israel*", gennaio- aprile 2006

¹ *Mishnà, Baba' Metzia'*, 2.



È insegnamento tradizionale che il “**contratto**” (femminile in ebraico: *Berith*) sia l’elemento fondante dell’Ebraismo. Si parla di *Berith* nei rapporti fra l’Eterno e Noé (*Genesi 8, 18*), fra l’Eterno ed Abramo (*Genesi 15, 18*), fra l’Eterno e il popolo d’Israele (*Deuteronomio 29, 8*).

La parola ***Berith*** ha più significati: nel Vocabolario ebraico - italiano di M.E. Artom si danno le voci italiane *patto, contratto, alleanza, federazione, circoncisione*. Analogamente a fronte della parola italiana **contratto** si danno *Khuzé* (contratto, accordo), *Hesekem* (accordo, patto, contratto), *Hemena* (contratto, accordo, trattato, fiducia, credito), senza peraltro che vengano chiariti gli usi dei diversi termini.

La normativa talmudica in ordine ai contratti è contenuta nel trattato *Baba Metzia* (Porta Media) che è il 2° trattato del IV Ordine della *Mishna* e ha per titolo *Nezikin* (Danni), mentre il 1° trattato *Baba Kamma* (Prima Porta) ha per oggetto i danni alle persone e alle cose. Il IV Ordine ha per tema le “Obbligazioni”: **i contratti sono cioè presi in considerazione in quanto fonti di obbligazioni.**

Analoga definizione del contratto come fonte di obbligazioni si ritrova nell'articolo 1101 del Codice di Napoleone e nell'articolo 1189 del Codice Sardo del 1837, mentre è abbandonata nel codice civile italiano vigente per il quale “*Il contratto è l'accordo di due o più parti (non solo) per costituire, (ma anche per) regolare o estinguere fra loro un rapporto giuridico patrimoniale*” (articolo 1321) e nel quale la parola “accordo” sembra la più rilevante.

B) Le obbligazioni.

Si legge nel *Digesto* di Giustiniano: “*Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae, secundum nostrae civitatis jura*”².

Lo stesso Digesto richiama una sistemazione dell'antico diritto romano per il quale l'elemento del consenso, che per noi oggi è l'elemento obbligante del contratto, viene solo dopo altri elementi ritenuti essenziali: *re, verbis, litteris, consensu contrahi obligationem*; la *res* nel mutuo, nel pagamento erroneo dell'indebito, nel comodato, nel deposito, nel pegno; i *verba* nella *stipulatio* o promessa unilaterale; le *litterae* nelle scritturazioni dei banchieri e, sembra, nelle lettere di credito degli stranieri; il *consensus* nella compravendita, nella locazione, nella società, nel mandato.

² *Institutiones*, Lib. III, Tit. XIV, *De Obligationibus*.



Nella giurisprudenza civilistica menzionata nel Talmud si trattano e si discutono tre contratti: il prestito, la vendita, la locazione. Nella giurisprudenza medioevale menzionata dal Colorni³ si ritrovano i contratti di mutuo e di locazione. Manca una norma unificante.

Lo stesso IV Ordine della *Mishnah* tratta, oltre che dei contratti, anche di altre *fonti di obbligazioni* quali quella di risarcimento dei danni provocati alle persone e alle cose ed in particolare dei danni derivanti da reato.

A. Cohen⁴ osserva che "Nel caso di compravendita, il trapasso di proprietà non avviene all'atto della manifestazione del consenso: è il fatto (per usare un termine romano, la *res*) dell'avvenuta consegna della merce dal venditore al compratore la fonte della obbligazione di pagarne il prezzo. Lo stesso principio vale per la locazione, ritenuta una "vendita a tempo". Il problema del consenso non viene affrontato.

4 - Il consenso

Mi si consenta il richiamo ad un mio articolo pubblicato sulla *Rassegna Mensile di Israel*. Nel 1965⁵ ebbi a scrivere: "Il rapporto fra l'Ebreo e Dio è un rapporto particolare, diverso da quello degli altri popoli. A differenza da quello di altri popoli non è un rapporto di subordinazione ma è un rapporto di antagonismo, di discussione, un rapporto contrattuale che continuamente è ricreato e rimesso in contestazione. Dio - sia per il credente che per il non credente - è *l'altro contraente*, che chiede a noi l'osservanza del Patto ma che anche può essere richiamato alla osservanza del Patto. L'Ebreo lotta con Dio. Si pensi a Giacobbe che lotta con l'Angelo, e vince. *E da quel momento si chiamò Israele*. che significa *Colui che lotta con Dio (Genesi 32,28)*". Nella sua singolarità, l'adozione della Legge sulle pendici del Sinai può essere assimilata ad un referendum costituzionale: essa non è altro infatti che l'adozione di una Costituzione da parte di un popolo. È un *patto costituzionale*: non solo un patto fra Dio ed un popolo ma un patto di un popolo con se stesso.

Ritorniamo così alla *Berith* ove Mosé sembra deporre la veste del condottiere per assumere quella di notaio: «(Mosé) prese il Libro del Patto, lo lesse alla presenza del popolo il quale disse: "Tutto ciò che ha pronunciato l'Eterno, faremo ed ascolteremo"» (Esodo 24,7).

³ Cfr. COLORNI, *Legge ebraica e leggi locali*, Milano, Giuffrè, 1945. pag. 221 seg.

⁴ A. COHEN, premessa della voce "Vendita e consegna", in *Il Talmud*, Bari, Laterza, 1935.

⁵ Sotto il titolo "Rapporti fra Israele, gli ebrei e il mondo non ebraico".



Un *Midrash* insegna che al momento della sua accettazione il popolo non era libero perché sarebbe stato minacciato di terribili conseguenze qualora avesse rifiutato la Legge: l'intero Monte Sinai si sarebbe rovesciato sul popolo riunito. Non so su quali testi tale insegnamento si appoggi. È certo però che chi lo insegna si è assunto una grossa responsabilità perché in tanto la Legge è vincolante in quanto sia stata liberamente accettata: in mancanza di libertà non vi è *Berith*, non esiste alcun patto.

Va però riconosciuto che se si riteneva all'epoca di fare sorgere un'obbligazione **da un fatto** il pensiero giuridico non era ancora evoluto al punto di ravvedere nel consenso la fonte stessa dell'obbligazione. Solo in epoca talmudica per gli ebrei, in epoca bizantina per i romani, viene in evidenza la rilevanza del consenso che può coesistere con altri elementi ma comunque non può mancare.

Se il consenso non deve mancare esso tuttavia non è sempre sufficiente: talora la tradizione (nel senso di consegna) o la scrittura sono necessarie per il perfezionamento del contratto. Un esempio di rilievo è dato dal Colorni⁶ che, richiamandosi all'insegnamento di Maimonide⁷, e sulla base della normativa talmudica⁸, richiede l'atto scritto sia per la locazione che per la vendita di immobili.

Viene così in evidenza una nuova analogia fra il diritto ebraico e quello romano: analogia, ma non identità, se si segue l'insegnamento del Grosso⁹ per il quale mentre "la quadripartizione dei contratti espressa nel *re, verbis, litteris, consensu contrahi obligationem* - (...) designava per i Romani l'elemento obbligante; per i bizantini, che hanno posto il fulcro del contratto nella *conventio* costituiva solo più l'elemento necessario a perfezionare il contratto".

⁶ Cfr. COLORNI, op. cit. pag. 223.

⁷ MAIMONIDE, *Mishné Torah*.

⁸ *Baba Kamma f.79a; Baba Metzia f.99°*.

⁹ Cfr. GROSSO, voce *Contratto* [*diritto romano*] in "Enciclopedia del diritto" Giuffrè, IX, Milano 1961