

La funzione sociale nella "civiltà italiana" dell'ultimo secolo*

Salvatore Patti

SOMMARIO: 1. Le origini del dibattito sulla funzione sociale. – 2. Funzione sociale e autonomia negoziale. – 3. Il pensiero di Filippo Vassalli e di Salvatore Pugliatti. – 4. Il pensiero di Stefano Rodotà e di Pietro Rescigno. – 5. Funzione sociale e intervento dello Stato nei rapporti economici. – 6. La funzione sociale nel contesto europeo.

1. Una premessa è necessaria: cercherò di non invadere i temi delle relazioni dedicate alle singole materie, quindi mi concentrerò sugli autori, sull'evoluzione del pensiero di alcuni civilisti in questo lunghissimo periodo di tempo. Non ricorderò, benché sarebbe necessario per svolgere un discorso completo, dati i tenui confini tra le materie, i contributi dei costituzionalisti, spesso estremamente importanti, sia con riferimento al concetto di funzione (ricordo, ad esempio, la voce enciclopedica di Franco Modugno¹) sia a quello di funzione sociale, né quelli degli storici.

Circa dieci giorni fa ho avuto occasione di conversare sul tema che mi era stato assegnato con Pietro Rescigno, il quale ha osservato: «il periodo preso in considerazione è molto lungo ma in fondo si è parlato di funzione sociale solo dopo l'avvento della Costituzione e perlopiù con riferimento alla proprietà privata». Certamente è così, ma lo stesso Rescigno in alcuni saggi, in primo luogo quello del 1972 intitolato "Per uno studio sulla proprietà"², segnala che il dibattito sulla funzione sociale è molto più antico e frutto di diverse sollecitazioni culturali, come pure che una norma sulla funzione sociale venne introdotta nella Costituzione di Weimar del 1919. In effetti, il concetto di funzione sociale circola in Europa già all'inizio del secolo scorso e di questo dato hanno tenuto conto i civilisti italiani, ad esempio Giovanni Battista Ferri³, che hanno preso le mosse dal pensiero di un costituzionalista, Léon Doguit, ma anche dai contributi di filosofi del diritto e filosofi, i quali hanno sviluppato questo concetto a cavallo fra l'800 e il 900.

* Relazione svolta all'incontro di studi su «La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo», Biblioteca del Senato "G. Spadolini", Sala degli Atti parlamentari, 9 ottobre 2015.

¹ Modugno, *Funzione*, in «Enc. dir.», XVIII, Milano, 1969, 301 ss.

² In «Riv. dir. civ.», 1972, I, 1 ss., spec. 39.

³ Ferri, *La formula «funzione sociale», dalle idee del positivismo giuridico alle scelte del legislatore del 1942*, in «Riv. dir. priv.», 2003, 673 ss.

Non è stata sufficientemente valorizzata, a mio avviso, e conviene quindi sottolinearne l'importanza, l'opera di un grande civilista tedesco, Otto von Gierke, citato peraltro da Stefano Rodotà, da Pietro Rescigno e da altri studiosi, che dimostra ancora oggi un'attualità veramente sorprendente. Gierke scrive nel 1889, quindi un decennio prima dell'entrata in vigore del BGB, e critica vigorosamente il progetto del nuovo codice, soprattutto sotto il profilo del «compito sociale». Infatti il suo saggio, che nasce da un *Vortrag*, tenuto a Vienna, si intitola *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*⁴ e cerca di dimostrare che il benessere dell'individuo nella società dipende da un diritto pubblico rispettoso delle prerogative della persona e da un diritto civile idoneo a superare l'«egoismo» dell'individuo e ad impedire l'esercizio abusivo delle prerogative private. Non posso ovviamente soffermarmi neanche sui tratti principali del contributo, che non si riferisce soltanto alla proprietà ma in generale al diritto privato e si basa su una visione dei rapporti privatistici non più individualista ma, appunto, sociale. Ricordo tuttavia una frase molto nota e divertente secondo cui nel diritto privato, che tende anzitutto a garantire la sfera di libertà dell'individuo, per tutelare l'idea di comunità, bisognerebbe versare «*ein Tropfen sozialistischen Öles*»⁵.

Tornando alla Costituzione di Weimar, su cui si sofferma Francesco Galgano nel commentario dell'articolo 41 Cost.⁶, è proprio il riferimento alla funzione sociale contenuto in quel testo⁷ che determina una svolta: la comparsa delle prime norme di diritto privato in una carta costituzionale. La formula è stata inserita praticamente senza modifiche nell'articolo 14 del *Grundgesetz* ed è molto sintetica: *Eigentum verpflichtet*. Quindi «la proprietà obbliga», si tratta di un diritto soggettivo che fa nascere obblighi. Questa traduzione così semplice, così fedele, si riscontra nelle pagine di Rescigno⁸ ma non in altri contributi: c'è chi aggiunge molto, forse troppo, pur affermando di tradurre; mentre è ancora abbastanza fedele al testo Ugo Natoli, che scrive «la proprietà genera obbligazioni»⁹. D'altra parte, nella traduzione

⁴ Berlin, 1889; ristampa Frankfurt am Main, 1948, a cui si riferiscono le citazioni.

⁵ Gierke, *op. cit.*, 10.

⁶ *Rapporti economici*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, sub. Art. 41, Bologna-Roma, 1982, 1 ss.

⁷ Art. 153 III, secondo cui l'uso del diritto deve servire anche al bene comune.

⁸ Rescigno, *Per uno studio sulla proprietà*, cit., 31, 45, 48.

⁹ Natoli, *La proprietà, Appunti delle lezioni*², I, Milano, 1976, 202.

ufficiale della legge fondamentale della Repubblica federale di Germania, a cura del governo tedesco, si legge addirittura che «la proprietà implica responsabilità»¹⁰ con un evidente e ingiustificabile distacco dalla formulazione originale.

2. Come è noto, si discusse dell'inserimento della «funzione sociale» nel progetto del codice civile del 1942 ma prevalsero le voci di segno negativo. È stato osservato che nelle «Dottrine generali» di Francesco Santoro-Passarelli non ricorre mai l'espressione funzione sociale; mentre, in un altro scritto l'autore, con l'abituale tecnica puramente formale, risolve il problema affermando che di funzione sociale non si può parlare con riferimento al diritto soggettivo ma semplicemente all'istituto¹¹. Tuttavia, se guardiamo alla sostanza dei problemi, verificiamo la presenza e l'utilizzazione della espressione «funzione sociale» in vari settori del diritto privato. Non soltanto per l'occasione offerta dal seminario, occorre ricordare anzitutto le pagine di Emilio Betti sulla causa del negozio giuridico quale funzione economico sociale¹². Può ovviamente presumersi che Betti abbia tenuto conto del contributo di Gierke ma, in ogni caso, mi pare che l'idea di quest'ultimo, cioè un compito sociale del diritto privato che doveva portare ad un benessere della collettività attraverso la tutela dei deboli, non sia stata sufficientemente recepita. Mi sembra illuminante un esempio in materia di negozio giuridico. Nel volume dedicato a Filippo Vassalli, Giovanni Ferri ha aggiunto un saggio del 1999, in tema di «Patologie contrattuali e circolazione della proprietà», che non si limita al commento dell'opera del Vassalli e affronta, oltre all'argomento della funzione sociale della proprietà, quello a lui molto caro dell'autonomia negoziale, sostenendo che di autonomia privata si può parlare in due sensi e cioè, raccogliendo l'insegnamento di autori tedeschi tra cui Larenz, Esser, Flume e Medicus, sia come libertà di concludere il contratto sia come libertà di determinarne il contenuto. Trattando il tema dei contratti di massa, che ancora oggi ci impegna di frequente, osserva che in quel caso viene

¹⁰ Cfr. *Legge fondamentale della Repubblica Federale di Germania*, tr. it. a cura di G.L. Mannucci con la collaborazione di A. Morello, Bonn, 1994, 51.

¹¹ Santoro-Passarelli, *Risultati di un convegno giuridico interuniversitario sul tema della proprietà*, in «Riv. dir. civ.», 1939, 270.

¹² Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*², in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, Torino, 1955, 172 ss.; Id., *Causa del negozio giuridico*, in «Noviss. Dig. it.», III, Torino, 1959, 32 ss. Sul pensiero di Betti v. di recente M. Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Vicenza, 2015, 80 ss.

meno la libertà di configurare il contenuto ma non quella di concluderlo o meno¹³. Questa tradizionale affermazione, a mio avviso, in molti casi non corrisponde alla realtà, perché non sempre siamo veramente liberi di concludere o meno un contratto. Infatti, se desideriamo disporre di un telefono dobbiamo concludere il relativo contratto e parimenti dobbiamo concludere un contratto se vogliamo salire su un treno o un aereo. Quindi, anche la formula che fa salva la libertà di concludere o meno il contratto non appare del tutto condivisibile. Ma ancora meno soddisfa la giustificazione formale offerta dal Ferri per spiegare che nei contratti di massa non si verifica nulla di eccezionale, quando sostiene che «del resto, alla base dello stesso meccanismo di formazione del contratto, più semplice e più tradizionale, quale è quello che si fonda sulla tecnica della proposta e dell'accettazione (cfr. l'art. 1326 c.c.), emerge un fenomeno di mancanza di libertà di determinare il contenuto del contratto e rimane, come nella contrattazione di massa, la sola *Abschlussfreiheit*»¹⁴. Essa trascura, infatti, che nella «più semplice» vicenda del contratto esiste anche la possibilità di iniziare una trattativa, di non accettare una proposta o di proporre una clausola diversa. In definitiva, il formalismo delle regole e il rispetto di un'astratta libertà contrattuale hanno condotto molto spesso a un sacrificio della giustizia del contratto. Utile l'ammonimento di Gierke: una libertà contrattuale senza barriere si autodistrugge, divenendo un'arma terribile nella mani del più forte e uno strumento «poco affilato» nelle mani del più debole¹⁵.

3. Non mi soffermo sull'opera del Betti, il cui pensiero è noto ed è stato ampiamente commentato, mentre occorre ricordare il contributo di due autori che hanno segnato la storia del diritto civile del secolo scorso. Mi riferisco a Filippo Vassalli e a Salvatore Pugliatti. Rileggendo le loro pagine, con il pensiero al tema del Convegno, cioè alla funzione sociale, ho notato anzitutto che entrambi gli studiosi mettono in luce una contrapposizione, ideologica direi, tra il codice civile, che Vassalli ha contribuito a redigere, e le leggi speciali. Il contributo di Pugliatti è dedicato alle leggi speciali che modificano il tradizionale schema proprie-

¹³ Ferri, *Filippo Vassalli o il diritto civile come opera d'arte*, Padova, 143 ss., spec. 213 ss.

¹⁴ Ferri, *op. ult. cit.*, 214.

¹⁵ Gierke, *op. cit.*, 23.

tario e indicano altri modelli¹⁶. Il contributo di Vassalli sottolinea l'importanza delle leggi speciali affermando che le norme del codice, malgrado il prestigio della presentazione, sono spesso delle norme complementari, occorrendo ricostruire gli istituti nella loro complessità, e che «il diritto civile più stabile, quello del Codice, è di continuo sopraffatto dalle leggi speciali»¹⁷. Queste osservazioni ci riportano a quel fenomeno, denunciato alcuni decenni dopo da Natalino Irti, della decodificazione e conferma che il fenomeno stesso in verità ha sempre accompagnato i codici. Il codice inizia ad invecchiare subito dopo la promulgazione e sono le leggi speciali a raccogliere con maggiore rapidità ed efficacia le mutevoli istanze della società. Non stupisce quindi che le esigenze collegate alla funzione sociale siano state tenute presenti nelle leggi speciali, adatte per recepire i mutevoli bisogni e le aspirazioni dei consociati e per disciplinare le nuove problematiche, mediante norme che integrano il codice civile.

Il contributo del Pugliatti è certamente ben noto e non occorre soffermarsi a lungo. Desidero soltanto sottolineare, perché è abbastanza curioso, la fortuna della nota formula «la proprietà e le proprietà»¹⁸, poi adottata – o meglio adattata – in maniera non sempre felice, in molti settori del diritto privato. Si è detto, ad esempio, la famiglia e le famiglie, e si può apprezzare questa formulazione perché in realtà da una famiglia, quella del codice, siamo passati a modelli diversi. Altre formule sembrano superflue o addirittura abbastanza banali, come «la detenzione e le detenzioni»: basta leggere l'art. 1168 cod. civ. per rendersi conto che la legge disciplina diversi tipi di detenzione. Ma soprattutto non si è fatto caso a una peculiarità della formula pugliattiana, legata al fatto che il termine proprietà rimane immutato al plurale, mentre la formula perde una parte della sua magia se nella seconda parte di essa si passa al plurale: famiglie, detenzioni e così via. Inoltre, mi sembra interessante un altro aspetto poco noto: Pugliatti dà atto che la formula era stata già adoperata da Vassalli, come Pietro Rescigno ha segnalato, precisando in una nota che Vassalli aveva ripreso spunti di Josserand e di Schlegel-

¹⁶ Pugliatti, *Istituzioni di diritto civile*, V. *La proprietà*, Milano, 1938, 120 ss.; Id., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964 (ristampa).

¹⁷ Vassalli, *Motivi e caratteri della codificazione civile* (1947), ora in *Studi giuridici*, vol. III, tomo 2, Milano, 1960, 623 ss.

¹⁸ Cfr. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., 145 ss.

berger¹⁹, autori invero citati dal Vassalli²⁰. Pugliatti, con toni poco delicati, afferma che Vassalli «traduce da Josserand», aggiungendo peraltro che «non riporta per intero» perché Josserand, dopo aver creato la formula, colloca il diritto di proprietà tra i più «morbidi», poiché la sua «plasticità» – termine che viene utilizzato anche dal Rescigno – è infinita e questa plasticità consente di non compromettere l'unità concettuale dell'istituto²¹. In definitiva, il pensiero di Josserand divergerebbe rispetto alla tesi che gli viene attribuita, perché da un lato sostiene che si riscontrano diversi tipi di proprietà, dall'altro ritiene che comunque l'istituto possa conservare una sostanziale unità, unità che invece viene negata dal Vassalli e dal Pugliatti. Di questi autori conviene quindi sottolineare soprattutto la rilevanza che essi correttamente attribuiscono alle leggi speciali e la ricostruzione sistematica del loro rapporto con il codice civile. Pugliatti, in particolare, afferma che è la legislazione speciale a trasformare il diritto di proprietà, garantendo e realizzando la funzione sociale, oltre a mettere in crisi il carattere unitario della «categoria» o «istituto»²².

4. Andando avanti nel tempo si rinvengono contributi altrettanto importanti di specialisti del diritto di proprietà. In primo luogo va menzionato Stefano Rodotà. Invero, di funzione sociale della proprietà si è occupato anche Ugo Natoli, ma quest'ultimo richiama gli studi di Rodotà, quindi mi sembra storicamente corretto partire dal suo contributo. A me pare che tra i variegati contenuti offerti in numerosi saggi occorre richiamare soprattutto alcune notazioni. La prima riguarda la natura della funzione sociale, definita un «principio elastico»²³. Si noti, peraltro, che la funzione sociale viene a volte inserita negli elenchi di clausole generali e su queste classificazioni dovremmo forse riflettere con maggiore rigore²⁴. La funzione sociale è stata definita anche

¹⁹ Rescigno, *Per uno studio sulla proprietà*, cit., 20 nt. 34.

²⁰ Vassalli, *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà* (1938), ora in *Studi giuridici*, cit., vol. II, 334.

²¹ Pugliatti, *La proprietà e le proprietà*, cit., 148 nt. 8.

²² Pugliatti, *La proprietà e le proprietà*, cit., 149 ss.

²³ Rodotà, *Note critiche in tema di proprietà*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1960, 1338. V. anche Id., *Rapporti economici*, in *Commentario della Costituzione* a cura di Branca, sub art. 42, Bologna-Roma, 1982, 114, nt. 11 ove sottolinea che la funzione sociale rimane «uno dei principi ricostruttivi del nostro ordinamento»; Id., *Il diritto di proprietà tra dogmatica e storia. Il terribile diritto*³, Bologna, 2013, 213 ss., 223 ss.

²⁴ Di clausola generale parla anche Breccia nel bel saggio su «*I quarant'anni del libro terzo del codice civile*», in questa «Rivista», 1983, 337 ss. In termini proble-

come principio generale che ispira la legislazione, e la qualificazione – spiega Rodotà – è importante da un punto di vista pratico, perché consente l'applicazione analogica di norme che altrimenti non sarebbero considerate estensibili a fattispecie nuove. Aggiunge Rodotà che la funzione sociale è regola di comportamento e come tale può essere applicata dal giudice per sanzionare comportamenti che non rispettano questa finalità normativa. Rescigno ha in un certo senso mitigato la suddetta affermazione, in particolare con riferimento all'esperienza tedesca. La funzione sociale è presente, come abbiamo visto, nella legge fondamentale tedesca ed anche l'antico BGB è stato riletto alla luce delle norme di rango costituzionale. Tuttavia, per disciplinare i rapporti tra privati, la funzione sociale è stata adoperata con prudenza o comunque ha avuto una minore fortuna, una ridotta incidenza rispetto ad altre formule, come quella della buona fede²⁵.

In definitiva, la funzione sociale consente anche di guidare i comportamenti dei consociati e di sanzionare quelli che non realizzano una visione solidaristica del diritto privato: non a caso il termine «sociale» ricorre in molte norme della Costituzione dopo o con l'affermazione del principio di solidarietà. Si realizza in tal modo una visione diversa del diritto privato che consegue ad una moderna concezione della società. Viene messa in soffitta la struttura individualistica del codice francese e già nelle pagine di Gierke, come in quelle di altri autori che ho ricordato, si afferma una concezione del diritto privato che corrisponde ad un ideale solidaristico dei rapporti sociali.

Un ulteriore elemento che caratterizza i contributi brevemente ricordati è il rapporto tra diritto privato e diritto pubblico. L'analisi di questo rapporto è presente già nel saggio di Gierke e in alcuni degli altri scritti menzionati: si tratta di verificare se il compito di tutelare il benessere della comunità e l'interesse dei gruppi sia affidato soltanto al diritto pubblico o se di esso debba farsi carico anche il diritto privato. La risposta è ovviamente nel secondo senso²⁶. Questa, tra l'altro, è l'opinione di un altro grande studioso che desidero ricordare, Michele Giorgianni, il quale nel suo articolo sui «confini» del diritto privato²⁷

matici, Kübler, «*Eigentum verpflichtet*» - eine Generalklausel?, in «AcP», 159 (1960-61), 236 ss.

²⁵ Rescigno, *Per uno studio sulla proprietà*, cit., 34 ss.

²⁶ Gierke, *op. cit.*, 9 ss.

²⁷ *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1961, 441 ss., spec. 455-456.

sostiene che le antiche linee di demarcazione non valgono più e che il diritto privato si deve occupare di settori una volta lasciati al diritto pubblico, così come deve tenere conto di una certa invadenza, per così dire, del diritto pubblico nell'antico recinto del diritto privato.

5. La suddetta considerazione suggerisce un altro rilievo, utile per spiegare la funzione sociale. Mi riferisco all'intervento dello Stato nei rapporti economici, fenomeno di cui non hanno potuto tenere conto il *Code civil* e gli altri codici meno recenti. L'intervento statale modifica l'economia e, di conseguenza, incide sulle regole del diritto privato e sul modo di agire dei privati. Il richiamo all'intervento statale nei rapporti privati ci riconduce ad un altro periodo dei nostri studi e ad un altro movimento di pensiero, quello dell'uso alternativo del diritto. Il più noto convegno ad esso dedicato, al quale parteciparono anche alcuni civilisti che non condividevano l'idea di fondo, si svolse a Catania nel 1972, e nei contributi raccolti negli *Atti*²⁸ risultano accenti molto diversi: si trovano interventi di giuristi dichiaratamente comunisti e saggi prudenti di studiosi progressisti come Nicola Lipari, che richiamano i valori e la ricerca dei valori ma che non auspicano uno stravolgimento del sistema e quindi un uso alternativo del diritto. Indubbiamente anche quella esperienza ha caratterizzato la civilistica del secolo scorso e si tratta di una fase interessante perché comunque il messaggio «distruttivo» è importante, non potendosi accogliere l'idea di una neutralità del diritto privato. Il diritto privato risponde a delle visioni politiche e diviene lo strumento tecnico di scelte politiche: il civilista deve tenere conto di questo aspetto del fenomeno. Lipari, ad esempio, parlava di scelte libere e di determinazione storica dei valori realizzabili²⁹; quindi il messaggio che conviene raccogliere è quello di una profonda coscienza, di una piena consapevolezza da parte del civilista del fatto che prima si compie la scelta politica e poi la realizzazione tecnica di quella scelta.

Anche nell'ambito del movimento di pensiero da ultimo ricordato, il terreno su cui si è sviluppato maggiormente il discorso sulla funzione sociale è stato quello della proprietà, ma la

²⁸ *L'uso alternativo del diritto*, 2 volumi, a cura di P. Barcellona, Bari-Roma, 1973.

²⁹ Lipari, *Scelte politiche e determinazione storica dei valori realizzabili*, in *L'uso alternativo del diritto*, cit., II, 37 ss.

funzione sociale trova espressione perfino nella normativa del codice in materia di responsabilità civile. Molte norme dettate in tema di «fatti illeciti», in primo luogo quelle c.d. di responsabilità oggettiva, realizzano una funzione sociale; si pensi ad es. a quella che fa gravare sull'imprenditore il costo dei danni provocati dai dipendenti. Ed in questo contesto la riflessione deve spingersi ad altri ordinamenti che hanno addirittura superato il criterio della responsabilità oggettiva per attuare una più ampia funzione sociale mediante l'accoglimento di regole di compensazione del danno basate su sistemi di sicurezza sociale, per cui in definitiva della perdita che si è verificata risponde la collettività e non il soggetto agente o colui che si trova in una certa posizione.

Un'ultima riflessione riguarda la già menzionata rilettura del codice civile alla luce delle norme della Costituzione, a cui si sono dedicati Pietro Rescigno, Pietro Perlingeri e altri studiosi del diritto civile. Nelle pagine di Rescigno la formula della funzione sociale è presente ma non sopravvalutata: la funzione sociale ha svolto un ruolo storicamente importante, essendo servita, attraverso i passaggi storici brevemente ricordati (Costituzione di Weimar, legge fondamentale tedesca, Costituzione italiana), a segnare il tramonto di una concezione individualista dei rapporti privatistici, il superamento di una visione egoista del diritto civile, e si inquadra pertanto in un contesto culturale più ampio, che ha visto tra l'altro affermarsi la teoria dell'abuso di diritto.

La funzione sociale, spesso richiamata anche nelle sentenze, deve essere posta al fianco di altri principi che impediscono forme abusive di esercizio del diritto e, in generale, servono a garantire un diritto soggettivo più giusto. In fondo si può parlare di abuso del diritto, di funzione sociale o utilizzare altre formule utili per sanzionare il comportamento del più forte nei confronti del più debole, ma in conclusione deve dirsi che il diritto e le sue forme d'esercizio non possono essere «egoiste» dovendo tenere conto delle esigenze della collettività.

6. È quella sopra indicata la strada sulla quale prosegue l'Europa? Possono esprimersi dei dubbi: ad esempio, la proprietà nella Carta europea non ha ricevuto una collocazione corrispondente a quella della Costituzione italiana con conseguenze sulle quali non posso soffermarmi, ma in ogni caso tali da stravolgere il quadro al quale siamo abituati.

Peraltro, in una stagione che, come ha affermato Nicola Lipari³⁰, ha incominciato ad utilizzare pienamente le clausole generali, i principi e il parametro della ragionevolezza, se non ci serviremo ancora di formule come quella della funzione sociale per tutelare il soggetto debole e gli interessi della collettività dovremo fare ricorso ad altri strumenti. Al riguardo, le indicazioni provenienti dai diversi ambienti giuridici appaiono contraddittorie: da un lato, i progetti di codice civile europeo fanno uso (e forse abuso) di principi generali e di formule «vaghe»: la ragionevolezza nel *Draft common frame of reference* è richiamata centinaia di volte e addirittura il termine ricorre più volte nello stesso articolo, dall'altro, se guardiamo al diritto vivente, al diritto prodotto dagli organismi europei, riscontriamo un più moderato uso di clausole generali e un crescente ricorso a norme imperative.

La cittadella del diritto privato, e in particolare il diritto dei contratti, che ha rappresentato il terreno dell'autonomia privata e quindi ha assistito al trionfo delle norme dispositive, è invasa oggi da diritto cogente³¹. Ciò perché, come si è visto, in effetti la norma dispositiva non concede soltanto un'astratta e teorica libertà ai partecipanti al mercato ma consente spesso l'abuso del più forte sul più debole. Per evitare questo abuso il legislatore comunitario, spesso, non utilizza formule che necessitano di essere precisate, «riempite di contenuti» ma preferisce il ricorso alla norma imperativa, che limita l'autonomia ma garantisce giustizia sostanziale. Anche da questo punto di vista la funzione sociale ha perso il ruolo un tempo attribuitole, venendo privilegiate formule normative più «concrete» e soprattutto rivolte a fattispecie ben determinate. Occorre peraltro segnalare un suo «ritorno», attentamente analizzato in tempi recenti, al fine di mettere in luce una «seconda giovinezza» dell'antica formula nel contesto della problematica relativa ai beni comuni³².

³⁰ Lipari, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: il ruolo limitativo delle categorie concettuali*, in «Contratti», 2010, 706.

³¹ Cfr. Wagner, *Zwingendes Vertragsrecht*, in Eidenmüller et al., *Die Revision des Verbraucher-Acquis*, Tübingen, 2011, 3 ss.

³² V., soprattutto, Mattei, *Una primavera di movimento per la «funzione sociale della proprietà»*, in questa «Rivista», 2013, 531 ss.; Marella, *La funzione sociale oltre la proprietà*, ivi, 2013, 551 ss. Diversa la posizione, nello stesso fascicolo della «Rivista», di Navarra, *La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica*, 503 ss.

Modelli femminili nel diritto dell'Antico Testamento: spunti per una contro-narrazione*

Luigi Nonne

SOMMARIO: 1. Premessa sul metodo e sulle finalità dell'indagine. – 2. Archetipi femminili nel diritto veterotestamentario: eroine e regine. – 2.1. (*Segue*) Il patriottismo «spietato» di Giaele e di Giuditta. – 2.2. (*Segue*) Gezabele ed Ester: l'arbitrio e il potere mediante il matrimonio. – 3. La violazione delle regole di autoorganizzazione familiare e la riparazione dell'offesa subita nelle vicende di stupro. – 3.1. (*Segue*) Sara e le figlie di Lot: vittime della coercizione maschile? – 3.2. (*Segue*) Dina e Tamar tra vendetta personale e programma politico. – 4. Conclusioni per una teoria generale di Religious Literature & Comparative Law.

1. Scopo di questa ricerca è delineare il paradigma dei rapporti tra le donne, la sfera pubblica e la famiglia ricavabile dall'analisi¹ di alcune *storie* dell'Antico Testamento, valorizzando in tale specifico ambito le molteplici suggestioni che la tradizione giudaico-cristiana fornisce ai cultori del diritto in merito alla figura femminile² e alla sua collocazione nella società patriarcale descritta dai testi sacri³. Un simile obiettivo si coniuga con la revisione critica delle tematiche di *equality gender*⁴, sulle quali,

* Nel testo sono confluite, con i riferimenti bibliografici, la relazione «*Lo stupro nelle storie bibliche tra diritto e morale*», illustrata al Convegno «*Riflessi in uno specchio scuro. Mitì, archetipi e stereotipi nel processo per violenza sessuale*», tenutosi a Sassari nei giorni 19-20 marzo 2014, e la relazione «*Nozione e modelli di dignità femminile nell'Antico Testamento*», illustrata al Seminario internazionale di studi «*Da Tamar a Lucrezia: la dignità della donna tra storia e attualità*», tenutosi a Nuoro il 23 maggio 2014.

¹ Analisi che, proprio a motivo del linguaggio (spesso) narrativo della tradizione giuridica ebraica, «rende spesso spuntate le categorie epistemologiche di tradizione ellenistico-romanistica della canonistica cristiana», come puntualizza R. Mazzola, *Metodologia ed esperimento mentale nello studio del diritto comparato delle religioni*, in *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni*, 2007, 315-327, alle 315-316 (quest'ultima per la citazione letterale).

² S. Last Stone, *Femminismo e concezione rabbinica della giustizia*, in *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni*, 2004, 49-79, spec. 51-53, nel sintetizzare le critiche alla tradizione «patriarcale» e monoteista dell'ebraismo, evidenzia come, con particolare riferimento all'idea monoteistica della Bibbia che ne costituisce la giustificazione, esse scontino una scarsa conoscenza della tradizione rabbinica e una visione rigorista della Divinità (quest'ultima in opposizione alla lettura neotestamentaria di stampo cristiano), la quale ne occultata gli aspetti maggiormente coerenti con la prospettiva femminista.

³ In termini generali cfr. M.R. Marella, «*Break On Through To The Other Side: appunti sull'influenza di Marx nel femminismo giuridico*», in «*Riv. crit. dir. priv.*», 2000, 741-766, la quale, alla 759, afferma significativamente che la critica dell'ideologia patriarcale rinvenibile nel sistema giuridico e che in esso variamente si manifesta resta la più solida eredità del marxismo nel femminismo giuridico.

⁴ Cfr. per un panorama alquanto recente in merito, nel contesto del diritto ebraico, W. Jacob, *The Woman in Reform Judaism: Facing or Avoiding the Issues*, in