

PERSONA E MERCATO  
Dialoghi sul nostro tempo

**Diritto Pubblico e Diritto Privato**  
**La grande «dicotomia» ieri e oggi**

A cura di Federico Pistelli



ISBN 978-88-947441-0-1

*Dialoghi sul nostro tempo* è una collana pubblicata dall'editore Persona e Mercato.

La foto in copertina riproduce una tela di Mark Rothko, concessa in licenza Creative Commons da [CC BY-NC-ND](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

© Author(s)

**Direzione:** Giuseppe Vettori

**Comitato di Direzione:** Fabio Addis; Giuseppina Capaldo; Ernesto Capobianco; Massimo Confortini; Giovanni Di Rosa; Pasquale Femia; Massimo Franzoni; Carlo Granelli; Stefan Grundmann; Francesco Macario; Marisaria Maugeri; Hans W. Micklitz; Emanuela Navarretta; Salvatore Orlando; Fabio Padovini; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Antonio Rizzi; Pietro Sirena; Massimo Zaccheo.

**Responsabili del Comitato editoriale:** Daniele Imbruglia e Mario Mauro

**Comitato editoriale:** Francesca Bertelli; Marco Francesco Campagna; Federico Della Negra; Marco Farina; Antonio Gorgoni; Daniele Imbruglia; Antonello Iuliani; Mario Mauro; Tommaso Pellegrini; Federico Pistelli; Chiara Sartoris; Shaira Thobani; Emanuele Tuccari.

**E-mail:** [info@personaemercato.it](mailto:info@personaemercato.it)

**Info:** [www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it)

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l'integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

## INDICE

Introduzione, di Giuseppe Vettori .....	p. 1
Il percorso storico delle due categorie, di Luigi Lacchè .....	p. 7
Sul diritto privato e sul diritto pubblico (e sui confini), di Marcello Maggiolo .....	p. 13
Diritto pubblico e diritto privato: una discussione a partire da due libri, di Michele Spanò .....	p. 19
Pubblico e privato: ancora su confini, identità, intersezioni, di Bernardo Sordi .....	p. 27
Il diritto privato e i suoi confini, di Andrea Zoppini .....	p. 37



## *Il diritto privato e i suoi confini*

di Andrea Zoppini

1. Provo a raccogliere alcune delle suggestioni emerse nel corso di questo nostro incontro, riordinandole secondo taluni punti che, a mio parere, rappresentano delle chiavi di volta nella lettura della “grande dicotomia”<sup>1</sup>. Un primo punto, anzitutto, sì - in effetti è vero - ormai io e Bernardo Sordi siamo una coppia di fatto e credo ci sia un passaggio, in particolare, in cui il mio libro<sup>2</sup> si salda idealmente con il suo ultimo capitolo<sup>3</sup>. Nel suo ultimo paragrafo, intitolato “Oltre la grande dicotomia: una distinzione meramente stipulativa” si legge che «restano ancora oggi, sul tappeto, i grandi temi della modernità: i diritti, dei singoli e dei gruppi; i poteri, i limiti, le garanzie. Nessuno di questi grandi temi è esclusivamente pubblico o esclusivamente privato. Persino il potere, sempre più articolato, invasivo, bifronte, non è più riferibile alla sola *öffentliche Gewalt* (autorità pubblica) e continua a presentarsi nelle due accezioni di *Herrschaft* (sovranità) e di *Macht* (potere), confermando la temibilità del potere pubblico, ma anche dell’invadente gigantismo dei poteri privati [...]»<sup>4</sup>. Entrambi siamo difatti studiosi che hanno riflettuto sulla nozione di potere in una prospettiva storica e diacronica, dedicando una maggiore attenzione ora al diritto pubblico, ora al diritto privato. Dovessi scegliere due punti di riferimento non eludibili che fanno da contorno a questa riflessione farei anzitutto cenno alle “Lezioni sulla Biopolitica” di Michel Foucault<sup>5</sup>. L’autore propone l’idea che la scomposizione del potere dello Stato proceda di pari passo con la ricomposizione di nuovi centri di legittimazione, che ibridano la sfera pubblica con quella privata. La “governamentalità neo-liberale” pone così il problema delle tecnologie del potere in un contesto nel quale viene a sgretolarsi il concetto stesso di sovranità. Ciò impone di guardare alla interazione effettiva tra poteri, in una logica

---

<sup>1</sup> N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma, 2007.

<sup>2</sup> A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020.

<sup>3</sup> B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020, pag. 226 ss.

<sup>4</sup> B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, cit., pag. 236.

<sup>5</sup> M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, ed. Italiana, Milano, 2015.

decentrata e policentrica, che si sottrae a quella del comando legislativo. In secondo luogo, non potrei esimermi dal menzionare l'impostazione ordo-liberale portata avanti dalla scuola di Friburgo, che ha radicalmente ripensato l'idea – di fondo, alla base dei codici ottocenteschi – di una società civile distinta e separata dallo Stato, per sostituirla con il modello della *Privatrechtsgesellschaft*, nell'accezione impiegata da Franz Böhm<sup>6</sup>. Sul piano teorico, la prospettiva ordo-liberale ha tenuto in considerazione la centralità della nozione di potere e gli effetti dalla stessa determinati sull'assetto di mercato, così come nella dimensione politica e nell'organizzazione pubblica. L'impianto ordo-liberale sorregge l'idea stessa che al diritto privato possa venir assegnata una funzione regolatoria e può dirsi abbia informato le fondamenta sulle quali sono state edificate la legislazione e gli assetti istituzionali un tempo definiti “comunitari”, oggi “unionisti”.

2. Il secondo punto su cui vorrei provare ad indirizzare la discussione mi è fornito da Michele Spanò. In particolare, mi riferisco alla provocazione che opportunamente pone sul rapporto fra cooperazione e mercato come chiave di lettura della contemporaneità. Allora, il punto – non casualmente – suscita anche a me una profonda riflessione e richiede perciò una particolare attenzione. L'opera cui normalmente si fa riferimento in questo contesto è quella di Adam Brandenburger e Barry Nalebuff<sup>7</sup>. Nell'esperienza reale, il modello normale di interazione sul mercato non è quello fondato sulla contrapposizione pura, ma quello in cui il mercato vede susseguirsi fra loro modelli di cooperazione e di competizione, secondo uno schema definito dagli autori di “*co-opetition*”. Il modello più semplice ed elementare di questo schema è quello dell'impresa societaria, in cui occorre prima apportare gli ingredienti per cucinare la torta, dopodiché si litiga su come dividerla. Eppure, io non credo che questo modello metta realmente in crisi l'idea del rapporto fra diritto privato e regolazione, perché quest'ultima avviene – per definizione – a valle di un'analisi sull'assetto di mercato. Questo rilievo è centrale, purtroppo lo spazio non ci consente di approfondirlo con la dovuta cura.

---

<sup>6</sup> Corrente la cui fondazione si attribuisce tradizionalmente alla pubblicazione del testo di F. BÖHM, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, in *Ordo. Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1966, 17, pag. 80 ss, nonché del primo volume della serie *Die Ordnung der Wirtschaft* di F. BÖHM, W. EUCKEN e H. GROSSMANN-DOERTH, il cui testo è disponibile nella traduzione inglese “*The Ordo Manifesto of 1936*”, in A. Peacock, H. Willgerodt (a cura di), *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, Londra, 1989, pag. 15-26.

<sup>7</sup> A. BRANDENBURGER – B. NALEBUFF, *Co-opetition*, London, 1997.

3. Vi è tuttavia un altro punto che mi sta particolarmente a cuore. È quello dell'idea, tipica del modello marxiano, per cui l'estrazione del plusvalore capitalistico avviene a favore del soggetto che ha le risorse per dotarsi degli strumenti di produzione. Ebbene, se noi riflettiamo su questo modello oggi, conveniamo che l'estrazione capitalistica avvenga non già da parte di chi assume il rischio di impresa, ma da parte di chi realizza la cooperazione tra fattori di produzione (il caso, ad esempio, della piattaforma Booking rispetto all'imprenditore che acquisti l'immobile per adibirlo a struttura alberghiera). Peraltro, in questo contesto, l'estrazione capitalistica si verifica in paesi che mantengono un regime particolarmente vantaggioso, sostituendo al paradigma dell'imperatività della regola di diritto quello dell'arbitraggio normativo<sup>8</sup>. Credo che questo sia uno dei punti sui quali una riflessione da parte degli studiosi – anche del diritto privato – dovrà avvenire.

4. Prendo poi uno spunto da Marcello Maggiolo<sup>9</sup> sul rapporto tra diritto civile e diritto processuale, per poi raccogliere anche io le riflessioni del professor Lipari<sup>10</sup>. Allora, se noi riprendiamo un classico di metodologia del diritto privato, il libro di Bydlinski “*Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*”<sup>11</sup> – ormai datato, ma utile punto di riferimento – vi troviamo un concetto del quale tutti noi abbiamo discusso durante questo incontro: il *bewegliche System*, cioè il “sistema in movimento”. Secondo Bydlinski, l'interpretazione evolutivo-adequatrice può riguardare solo il diritto civile, non anche il diritto processuale o il diritto penale, cui pure Marcello faceva riferimento. Una prima considerazione che mi viene da formulare è che, naturalmente, per gli ordinamenti di *common law* il meccanismo è esattamente quello opposto, in cui il diritto civile è statico, il diritto processuale è dinamico. Quello che però vorrei mettere in evidenza è che, oggi, l'interazione nella cooperazione delle corti mette fortemente in crisi questo schematismo. Il modello della Corte europea di giustizia favorisce un'ibridazione, un superamento delle categorie, dovuto al fatto che una Corte di ultima istanza – come è quella europea – deve muoversi attraverso concetti, istituti e qualificazioni giuridiche profondamente diversi. Il ragionamento che, a mio

---

<sup>8</sup> La formula della “competizione regolatoria” viene fatta risalire al saggio di C.M. TIEBOUT, *A Pure Theory of Local Expenditures*, in *Journal of Political Economy*, 1956, 64, pag. 416 ss.

<sup>9</sup> M. MAGGIOLO, *Sul diritto privato e sul diritto pubblico (e suoi confini)*, in questa Rivista, pag. X.

<sup>10</sup> N. LIPARI, *Il diritto civile tra passato e futuro*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2021, pag. 317 ss.

<sup>11</sup> F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien - New York, 1991.

parere, è più paradigmatico di questo approccio è quello attraverso il quale la Corte europea chiarisce che il principio dell'effetto utile travolga anche il giudicato. Anch'esso può dunque essere messo in discussione a fronte di una valutazione di armonizzazione e di attribuzione di effetto utile alle regole comuni. Prova se ne trova, d'altronde, anche nella giurisprudenza relativa all'applicazione, tanto a soggetti pubblici che a soggetti privati, delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, agli effetti prodotti dalle libertà fondamentali nei Trattati, nonché alle regole sugli aiuti di stato e a quelle che collegate al patto di stabilità.

5. Questo passaggio mi consente di discutere un punto che, in effetti, anche a me suscita grande riflessione. In ultima analisi, il confronto con il diritto vivente, con la concretizzazione giurisprudenziale, che è il momento in cui l'interpretazione a posteriori si manifesta attraverso il rapporto tra principi, norme e fattispecie, ci pone, a mio parere, due ordini di problemi. Il primo è quello che discute la missione del giurista teorico, il secondo - che io ritengo nell'ordinamento italiano sia oggi particolarmente rilevante - è quello relativo all'argine dell'interpretazione del diritto di matrice giurisprudenziale, a fronte del fatto che il modello di controllo e di interpretazione per principi è un modello radicalmente diverso da quello legato alle fattispecie di tipo strutturale. La regola assicura una maggior certezza, che si traduce nella fattispecie definita in tutti i suoi elementi strutturali, così rendendo noti e inevitabili i suoi effetti e la sua disciplina. La fattispecie postula il paradigma della validità e si traduce nella alternativa stringente tra l'accedere o meno alla dinamica degli effetti giuridici. L'opzione invece per principi è quella che, per definizione, assicura una tensione maggiore verso il caso concreto, in quanto postula una normatività che si adatta e chiede di essere concretizzata di volta in volta. Quanto detto si traduce nel paradigma dell'efficacia: non tanto, dunque, se un determinato fatto sia idoneo a produrre effetti giuridici, ma se e in che misura - e con quale modulazione - si producano effetti coerenti con il fatto storico che reclama disciplina. Nel libro che Bernardo Sordi ha avuto la cortesia di ricordare<sup>12</sup>, ho scritto nella postfazione che il dovere, il compito del giurista teorico è di garantire la prevedibilità e la coerenza dell'ordinamento e del sistema giuridico. Di fondo, pure in un contesto estremamente più complesso di quello vissuto da chi ci ha preceduto, il rilievo di questi obiettivi non muta. Dunque, nel dialogo con la funzione giurisdizionale, prevedibilità e coerenza implicano una funzione di controllo che la dottrina deve

---

<sup>12</sup> P. RESCIGNO - G. RESTA - A. ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, 2017.



svolgere anche sul giudice. Può sembrare, quello appena esposto, un discorso puramente teorico, ma io credo che il modo della dottrina privatistica tedesca di interpretare il suo ruolo sia – in questo senso – esemplare. L'analisi della giurisprudenza attraverso l'individuazione di *Fallgruppen* – i “gruppi di casi” –, imponendo agli esercenti la funzione giurisdizionale una coerenza con riguardo alle situazioni in concreto che hanno determinato l'applicazione di regole e principi astratti, è l'unica possibile per conservare questa prevedibilità e verificabilità della concretizzazione giurisprudenziale, non da ultimo, per consentirne un vaglio da parte della Corte incaricata del ruolo nomofilattico.

6. Ho provato a toccare, in risposta ai diversi stimoli forniti durante la discussione, tre temi che nella mia prospettiva sono assolutamente centrali nella teoria generale del diritto privato, che meriterebbero forse, da soli, più giornate di flessioni. La fine dell'emergenza sanitaria magari consentirà a tutti di rincontrarci e anche discutere dei temi che ho segnalato. Grazie ancora per l'iniziativa e grazie a tutti per le parole che sono state spese.



