



*Classificazione Decimale Dewey:*

**340.1 (23.) DIRITTO. FILOSOFIA E TEORIA**

*Soggetto:*

**LND. Diritto costituzionale e amministrativo: generale**

*Qualificatori:*

**3MR. XXI secolo, 2000-2100**

DAVIDE GAMBETTA

# **OLTRE PUBBLICO E PRIVATO**

**PLURALITÀ DEGLI ORDINAMENTI,  
AUTOREGOLAZIONE E PRINCIPIO  
DI SUSSIDIARIETÀ**





ISBN  
979-12-218-2776-7

PRIMA EDIZIONE  
**ROMA** 31 LUGLIO 2026

*Ai fragili, ai vulnerabili, agli imperfetti,  
che donano più di quanto ricevano,  
perché, nella società della competizione e del successo,  
custodiscono la più rivoluzionaria delle bellezze.*



«Il cielo è primordialmente puro ed immutabile,  
mentre le nubi sono temporanee.»

Franco Battiato, *Io chi sono?*, in “Il vuoto”,  
Universal Music Italia, 2007



## INDICE

- 13    *Prefazione di Attilio Pisanò*
- 17    *Introduzione*

### **Prima parte**

#### **Diritto privato e interesse sovraindividuale**

#### 25    CAPITOLO I

La nuova geografia dei rapporti tra autonomia privata e interesse pubblico: dalla sussidiarietà orizzontale alla coalizione decisionale

1. Una premessa: la crisi della “grande dicotomia” e le nuove dinamiche del rapporto tra privati e interesse pubblico, 25 – 2. La classificazione dei fenomeni giuridici: un modello cartesiano tridimensionale per descrivere le interazioni tra interessi, strumenti e soggetti, 35 – 3. L’autonomia privata e la realizzazione dell’interesse pubblico, 42 – 4. Il principio di sussidiarietà orizzontale nell’ordinamento italiano: genesi e coordinate sistematiche, 52 – 5. La sussidiarietà orizzontale e i rapporti con gli altri principi di rilevanza costituzionale prima della riforma dell’art. 118 della Costituzione, 58 – 6. La riforma del 2001 e il nuovo art. 118 della Costituzione, 61 – 7. Caratteristiche strutturali della “nuova” sussidiarietà e coinvolgimento della società civile nell’amministrazione del bene pubblico, 65 – 8. La sussidiarietà come forma di democrazia diretta, 68 – 9. La difficile relazione tra iniziative private e pubblici poteri nel perseguimento di finalità di interesse generale, 69 – 10. I rapporti tra interessi egoistici del privato e realizzazione di finalità di interesse generale, 71 – 11. Evoluzioni recenti: dal decisore pubblico alla coalizione decisionale, 73

77 **CAPITOLO II**

Alle radici del problema: gruppi sociali organizzati, ordinamenti paralleli e diritto “*dei privati*”

1. Il ruolo delle formazioni sociali e dei gruppi umani nella realizzazione di interessi sovraindividuali, 77 – 2. Fenomenologia delle aggregazioni umane: dai gruppi sociali effimeri alle comunità organizzate, 83 – 3. Il diritto dei privati e la concezione stratificata della realtà giuridica nel pensiero di Widar Cesarini Sforza, 94 – 4. Dai gruppi sociali agli ordinamenti paralleli, 97 – 5. Caratteri strutturali degli ordinamenti, 103 – 6. Lo sviluppo del diritto collettivo, 113 – 7. La proliferazione degli ordinamenti, 116 – 8. Diritto dei gruppi e terzi, 126 – 9. Il rapporto tra diritto dei privati e morale, 130 – 10. I rapporti tra gli ordinamenti minori e lo Stato, 135 – 11. Segue: le interferenze tra ordinamenti, 141 – 12. I rapporti tra gli ordinamenti minori e lo Stato: il principio della rilevanza, 149 – 13. Un caso particolare di rapporti tra ordinamenti: le intese, 154 – 14. Il problema della contemporanea appartenenza a più ordinamenti, 156 – 15. I rapporti tra le norme prodotte dagli ordinamenti e la disciplina statale, 160 – 16. La natura «iperprivata» del diritto dei gruppi, 163

171 **CAPITOLO III**

Profili problematici e criticità aperte della giuridicità dei gruppi

1. Il diritto collettivo come diritto “dei privati”: profili problematici, 171 – 2. Il requisito della novità della norma privata, 174 – 3. Il problema dell’effettività, 180 – 4. Segue: monopolio della forza, sanzioni e norme minus quam perfectae, 188 – 5. Dall’effettività alla forza direttiva, 198 – 6. L’effettività “leggera”: sanzioni sociali e spontanea osservanza, 202 – 7. L’effettività “pesante” e le sanzioni negative, 205 – 8. Segue: una possibile conclusione, 214 – 9. I sistemi di giustizia interna, 218 – 10. Profili critici, 224 – 11. Conclusioni, 233

## Seconda parte

### Studio fenomenologico dei rapporti tra pubblico e privato

237 **CAPITOLO I**

Gli ordini professionali e le Casse Previdenziali

1. Premessa: oggetto dell’indagine, 237 – 2. Gli ordini professionali: un inquadramento storico, 238 – 3. Le funzioni esercitate dagli ordini professionali e la loro natura, 242 – 4. Le norme prodotte dagli ordini professionali e la possibile qualificazione in termini di giuridicità, 251 – 5. Le

Casse Previdenziali dei professionisti: inquadramento storico, 258 – 6. La natura ibrida delle nuove Casse Previdenziali privatizzate e le criticità del modello nel prisma costituzionale: il problema delle funzioni, 264

273 CAPITOLO II

L'ordinamento sportivo

1. Un esempio di ordinamento privato complesso, con organizzazione e normazione: il fenomeno sportivo, 273 – 2. Rapporti tra ordinamento statale e fenomeno sportivo, 278 – 3. Il fenomeno sportivo e la tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche: il sistema di giustizia interna, 287

299 CAPITOLO III

Forme ordinamentali e di autoregolazione nel mercato: consorzi per la tutela dei prodotti agroalimentari, codici di disciplina e *lex mercatoria*

1. Strutture organizzate private che perseguono interessi collettivi e producono normazione nell'interesse categoriale: l'esempio dei consorzi volontari per la tutela dei prodotti agroalimentari, 299 – 2. Altre forme di autoregolazione e di produzione spontanea del diritto: gli operatori nel mercato, i codici di disciplina e di autodisciplina, i codici etici, 307 – 3. Precisazioni in punto di tassonomia: differenza tra le nozioni e peculiarità sostanziali dei codici etici, 313 – 4. Casi di normazione spontanea che prescinde dall'organizzazione: la *lex mercatoria* e l'ordinamento internazionale del commercio, 318

325 CAPITOLO IV

Evoluzione degli ordinamenti tra dimensione materiale e digitale: dagli usi civici allo spazio virtuale

1. Comunità fluide e nuove tecnologie: internet e gruppi sociali nell'universo digitale, 325 – 2. Internet: uno "spazio" senza diritto?, 330 – 3. La dimensione ordinamentale nel rapporto tra individui e beni: comunità locali, usi civici e proprietà collettive, 338

349 CAPITOLO V

Gli ordinamenti spontanei generati da interessi isomorfi: i casi delle comunità linguistiche e religiose

1. Altri esempi di ordinamenti e di comunità, 349 – 2. Gruppi di individui con caratteristiche e interessi isomorfi: le comunità linguistiche,

351 – 3. Un esempio di ordinamento complesso con rilievo internazionale: le comunità religiose, 353

359 **CAPITOLO VI**

Fenomenologia delle interazioni tra pubblico e privato: gli strumenti della sussidiarietà e le formule collaborative

1. Altri fenomeni che veicolano il diritto privato verso l'interesse pubblico: una premessa sulla sussidiarietà e sul partenariato pubblico-privato, 359 – 2. Gli strumenti privatistici sul piano organizzativo nel prisma della sussidiarietà: il ruolo delle formazioni sociali e il terzo settore, 364 – 3. Una figura duttile, con elementi organizzativi e operativi: il trust per finalità pubblicistiche, 372 – 4. Un esempio di diritto privato a livello organizzativo nell'attuazione degli strumenti urbanistici: le società di trasformazione urbana, 375 – 5. Il partenariato pubblico-privato, 377 – 6. I privati e la realizzazione di opere pubbliche: contratti e project financing, 382 – 7. Altri moduli operativi privatistici funzionalizzati all'interesse comune: il contratto di sponsorizzazione, 385 – 8. Il rapporto tra privati e cura dei beni culturali: la sponsorizzazione in materia di cultura e il mecenatismo, 390 – Conclusioni, 393

395 *Conclusioni*

401 *Bibliografia e giurisprudenza relative alla prima parte*

443 *Bibliografia e giurisprudenza relative alla seconda parte*

481 *Postfazione e ringraziamenti*

## PREFAZIONE

DI ATTILIO PISANÒ

«Le categorie giuridiche sono relative a condizioni fisiche o biologiche: se sapessimo leggere nel pensiero, la teoria negoziale sarebbe altra, tutte le sue storie su volontà o dichiarazione un soffio di polvere; se avessimo occhi sulla nuca, sarebbe diversa anche la responsabilità civile; non avremmo un diritto di veduta, se fossimo tutti ciechi. La temperatura aumenta progressivamente e in modo infinitesimale; altrettanto infinitesimale e incrementale è il danno. Mancano i confini spaziali, sono dilatati ben oltre ogni seria vigenza normativa (per non dire effettività governativa) i confini temporali. Un pensiero che si è costituito vigente nello spazio e nel tempo ha poco da dire e si irrita».

Con queste parole, tratte dalla voce *Responsabilità civile e climate change litigation* dell'*Enciclopedia del Diritto* (2024), Pasquale Femia introduceva, in maniera mirabile a mio avviso, un tema di particolare interesse per chiunque voglia guardare al diritto attraverso le lenti di un approccio teorico.

Che rapporto intercorre tra le categorie giuridiche e le condizioni (fisiche o biologiche, nel caso di specie) che le determinano?

Una riflessione, quella stimolata da Pasquale Femia in relazione alle nuove strade da percorrere per tentare di approcciare una questione complessa come quella climatica, che ben si presta a fare da cornice più generale all'opera *Oltre pubblico e privato* di Davide Gambetta.

Le categorie giuridiche, e la dogmatica del diritto che le sistematizza, difatti, sono necessariamente “condizionate” da elementi che giuridici non sono.

Non solo elementi fisici o biologici, particolarmente rilevanti quando parliamo di cambiamento climatico antropogenico, ma anche sociali, culturali, inevitabilmente tesi a cercare quelle nuove strade utili per affrontare le emergenze connaturate all’incessante mutare della vita sociale.

Come noto, difatti, il diritto non è bastevole a sé stesso. Le sue categorie non possono essere considerate immutabili, non hanno come caratteristiche quell’eternità e quell’immutabilità, le quali tradizionalmente connotavano il diritto naturale.

La formula del *diritto dell’uomo, per l’uomo*, che racchiude il senso dell’esperienza giuridica, al di là di rigidi e (a volte) incomprensibili formalismi, spiega i motivi per i quali il diritto cambia al cambiare dell’uomo, delle sue esigenze, delle sue necessità.

Il diritto, però, è anche “fatto” dall’uomo e dalla scienza giuridica che da sempre ricopre un ruolo fondamentale per inquadrare, definire, stabilizzare, interpretare, applicare, contestualizzare, sistematizzare, appunto, le categorie giuridiche affinché possano svolgere quella funzione rassicurante che il diritto deve avere, essendo strumento teleologicamente orientato alla creazione di affidamento tra i consociati.

Tra gli estremi del dinamismo sociale e della rigidità delle categorie giuridiche si dipana la vita elastica del diritto e, in particolare, della teoria del diritto la quale è chiamata ad assolvere a un ruolo gravoso, quello di contribuire a trovare quel centro di gravità permanente che non consenta alle categorie giuridiche da un lato di irrigidirsi sino al punto di degradare nell’obsolescenza e, quindi, nell’inutilità (o nell’utilità marginale). Dall’altro, di non mutare come foglie d’autunno, andando a minare quell’affidabilità che è elemento senza il quale il diritto non è diritto.

In questo scenario più ampio va letto anche il volume di Davide Gambetta.

*Oltre pubblico e privato* appare da un lato un’esortazione a superare il fissismo di alcune categorie, dall’altro la presa d’atto di un percorso, non nuovo, che intreccia sempre più diritto privato e diritto pubblico,

andando oltre le semplificazioni che vedono il primo strumento di esclusiva tutela e di coordinamento degli interessi individuali e il secondo strumento di definizione dei rapporti tra Stato e cittadini a tutela innanzitutto di quegli interessi sopraindividuali ai quali il diritto privato sarebbe 'ontologicamente' incapace di guardare.

Un percorso, quello delineato da Gambetta, dunque, di particolare interesse, che assume come punto di partenza il «meta-principio» della sussidiarietà orizzontale, cristallizzato nell'art. 118, comma 4, della nostra Costituzione, ma che diviene, nel lavoro di Gambetta, punto di partenza di una riflessione più ampia, più profonda, più antica che va alle origini della giuridicità e affonda le sue radici nella naturale socievolezza degli individui, al di là dei rigidi formalismi alla base di un certo modo di intendere il diritto e la sua forma.

Un lavoro corposo, quello di Gambetta, impreziosito anche da un'attenta e multiforme analisi della fenomenologia dei rapporti tra pubblico e privato che, muovendo dalle Casse previdenziali, attraversa altre forme di organizzazione sociale come l'ordinamento sportivo, gli strumenti di autoregolamentazione del mercato, i gruppi sociali (e il diritto) nell'universo digitale, le comunità linguistiche e religiose.



## INTRODUZIONE

Il presente lavoro aspira a indagare un tema che, come fiume carsico, attraversa la storia della scienza giuridica per riemergere ciclicamente nel dibattito della dottrina: in che misura il diritto privato può essere utilizzato per la realizzazione dell'interesse sovraindividuale, da quali soggetti e con quali modalità concrete?

Si tratta di una questione ad ampio raggio, la cui profonda eviscerazione richiede l'esame congiunto e intrecciato di profili concettuali aventi natura e ontologia assai eterogenee. L'analisi deve infatti svilupparsi dal piano oggettivo a quello soggettivo, dalla dimensione astratta alla realtà concreta, dalla teoria generale del diritto ai singoli rami specialistici della giuridicità.

Per ragioni di logica sistematica, l'indagine principierà dalla radice ultima del problema, vagliando preliminarmente l'idoneità astratta del diritto privato alla realizzazione di utilità sovraindividuali (collettive, generali e pubbliche).

In effetti, secondo alcune tesi della scuola giuridica classica, il diritto privato sarebbe funzionalizzato unicamente all'interesse individuale del singolo nel rapporto *tra pari*, mentre la cura dell'utilità collettiva resterebbe riservata in via esclusiva all'autorità pubblica, che interverrebbe paternalisticamente per garantire il benessere della comunità e la tutela del "*bene comune*".

Su questa prospettiva si fonda il paradigma della "*grande dicotomia*", un assetto ricostruttivo in cui l'universo "*privato*" è nettamente separato

da quello “*pubblico*”: nel primo orbitano gli individui (singoli e associati), che agiscono servendosi del diritto privato per realizzare scopi egoistici; il secondo è invece dominato dall’Amministrazione, con le sue molteplici declinazioni e articolazioni, che utilizza il diritto pubblico per la tutela del bene comune. In tale configurazione, privato e pubblico sono e restano sempre due poli distinti, apparentemente privi di punti di intersezione e separati da una intercapedine vuota, senza alcuno spazio per osmosi o commistioni.

La presente ricerca mira a verificare l’evoluzione (ed erosione) della “*grande dicotomia*”, in particolare dalla prospettiva della società civile e, dunque, dell’universo “*privato*”.

Sotto un primo profilo, il diritto privato si è progressivamente affermato come efficace strumento nella disponibilità dell’Amministrazione per la realizzazione dell’interesse pubblico e ha vampirizzato alcuni lembi esterni dell’attività tradizionalmente provvedimentale.

In siffatto rinnovato contesto, si deve allora indagare quale ruolo compete ai privati – mediante gli strumenti giuridici loro propri – nella costruzione del bene comune.

Per sondare l’allentarsi della “*grande dicotomia*” – che voleva il diritto privato relegato esclusivamente alla tutela di interessi egoistici nei rapporti interindividuali – occorre anzitutto appurare se sia ontologicamente valorizzabile l’iniziativa della società civile per il perseguimento di finalità di interesse sovraindividuale, collettivo, pubblico e generale.

A tal proposito, assume rilievo centrale il principio di sussidiarietà orizzontale, che nell’ordinamento italiano è consacrato nell’articolo 118, quarto comma, della Costituzione. Tale principio (in realtà “*meta-principio*”) costituisce il perno (e la chiave di volta) di un nuovo regime dei rapporti giuridici collegati al bene pubblico e, più in generale, di un nuovo assetto delle dinamiche democratiche.

La sussidiarietà orizzontale ha infatti garantito ai privati un nuovo ruolo nella gestione dell’interesse generale, finendo, simmetricamente e *a contrario*, per ridisegnare anche il limite di espansione dell’azione amministrativa e dei pubblici poteri. Oggi più che mai l’individuo è chiamato a nuove responsabilità rispetto al bene comune: non può limitarsi a goderne come spettatore passivo, ma deve collaborare alla sua costruzione come attore propositivo, con un ruolo attivo.

L'amministrazione non agisce più in regime di monopolio nella cura del bene comune, bensì in cooperazione leale e paritaria con la società civile, le cui iniziative sono valorizzate e premiate dal meccanismo della sussidiarietà.

L'attuale assetto delle dinamiche gravitanti attorno al bene comune testimonia un'evoluzione dal "*monopolio decisionale*" dell'amministrazione pubblica verso la "*coalizione*" pubblico-privato, improntata a una nuova formula multilaterale di decisionalità condivisa e partecipata. La partecipazione dei privati, che contribuisce pure a colmare alcuni fisiologici limiti dell'amministrazione, promana dall'intima consapevolezza che la cura del bene comune pretenda magneticamente anche le migliori energie della società civile.

In questa prospettiva, il superamento della tradizionale impostazione binaria pubblico-privato impone il ricorso a una nuova metrica interpretativa. Le complesse interazioni tra soggetti, strumenti e interessi possono oggi essere rappresentate come polimorfe geometrie in un modello cartesiano tridimensionale ove si moltiplicano intersezioni, contaminazioni e alchimie.

Delineata la cornice generale, l'indagine riguarderà non soltanto l'individuo considerato nella sua singolarità, ma anche e soprattutto le formazioni sociali, che si collocano fisiologicamente in un piano intermedio tra lo Stato, autorità "*pubblica*" per eccellenza, e il privato. È proprio la dimensione collettiva dei gruppi a costituire un inesplorato "*terzo fattore*", un intricato dedalo insinuato tra i due poli della "*grande dicotomia*".

Lo studio delle formazioni sociali e, più in generale, delle relazioni intersoggettive umane aprirà così uno spiraglio su una realtà "*terza*", al di là del pubblico e del privato: l'ampia terra di confine del "*collettivo*", un universo chiaroscurale e multiforme in cui prende forma una giuridicità spontanea autoctona e nascono veri e propri ordinamenti "*paralleli*".

In questa linea d'indagine si inseriscono le tesi di Widar Cesarini Sforza che, già nel 1929, propose una concezione stratificata della realtà giuridica, nella cui tassonomia oltre al diritto positivo e alle consuetudini si distingue un "*terzo strato*" costituito dal "*diritto dei privati*". Si tratta di quella giuridicità autopoietica generata direttamente *dentro* la società, nella dimensione relazionale tra gli individui.

Tale giuridicità ha eziologia e morfologia peculiari: si nutre delle relazioni intersoggettive, del riconoscimento comune e, in certa misura, prescinde dalla coercibilità e dalla positivizzazione.

Lo studio dei gruppi sociali e della loro giuridicità finisce così per aprire a più ampie riflessioni sul complesso e delicato tema degli ordinamenti paralleli, ossia di quei sistemi plurisoggettivi autonomi rivolti alla cura di interessi comuni, dotati internamente di una struttura organizzata e di una propria normazione.

Dalla prospettiva dello Stato, gli altri ordinamenti paralleli, anche quando riconosciuti autonomi, sono tendenzialmente qualificati come “*minori*” e assumono rilievo soltanto occasionalmente. La loro normazione è considerata un prodotto immanente delle relazioni umane, riconducibile – nella tassonomia ricostruttiva della scienza giuridica – necessariamente (e *a contrario*) al diritto privato, provenendo dal “*di fuori*” dell’autorità pubblica e del potere amministrativo.

In realtà, però, le norme prodotte dagli ordinamenti paralleli hanno un’ontologia ben più profonda e una natura chimerica, sul crinale tra pubblico e privato. Si proiettano infatti tanto sugli appartenenti al gruppo quanto talvolta sui terzi e comunque sono capaci di magnetizzare il singolo individuo, conformandone la volontà. Il che è ancor più significativo se si considera che norme siffatte non sono geneticamente presidiate da un’effettività in senso tradizionale, stante il monopolio della forza legittima in capo allo Stato. La struttura essenzialmente privatistica di tali regole, associata alla loro finalizzazione verso interessi ultraindividuali e alle funzioni di governo sociale del gruppo cui assolvono, ne determina una natura ancipite, definibile efficacemente «*sovra-privata*».

Il particolare corredo genetico che caratterizza la giuridicità degli ordinamenti privati rifluisce però in non trascurabili questioni problematiche, accentuate dal difficile rapporto con la normativa statale e con il sostrato morale dell’individuo.

Vi è poi un ulteriore fattore di complicazione: l’individuo, nella sua unità, si irradia in distinte e sovrapposte realtà ordinamentali e ogni sua condotta è dunque attinta da un eterogeneo insieme di norme. Infatti, il singolo è sia cittadino, sottoposto alla potestà dello Stato, sia componente di un innumerevole insieme di ordinamenti paralleli, dunque