

INDICE

<i>Premessa</i>	XXI
-----------------------	-----

PARTE I FONTI, LEGGE, LEGALITÀ E DIRITTI

CAPITOLO 1 *Le fonti del diritto*

1. Introduzione	3
1.1. Gerarchia, competenza, abrogazione e specialità	5
2. Le fonti nel diritto penale: l'unica fonte diretta è la legge dello Stato	8
3. Le fonti nel diritto amministrativo si differenziano dal diritto penale per il ruolo di fonte privilegiata del diritto unionale e per gli ambiti concessi alle fonti secondarie	11
4. Le fonti nel diritto civile	15

CAPITOLO 2 *Il diritto UE e l'ordinamento nazionale*

1. Il diritto UE e i suoi rapporti con l'ordinamento nazionale	17
2. L'influenza indiretta del diritto europeo nel sistema penale	19
3. L'impatto dell'Unione Europea nel diritto amministrativo nazionale	22
3.1. L'incidenza processuale del diritto unionale	24
3.1.1. Il problema dei rimedi idonei a rimediare o rimuovere il giudicato "anti-europeo"	25

4.	L'influenza del diritto europeo nel diritto civile	28
5.	Conclusioni: sistemi a confronto	30

CAPITOLO 3

L'ordinamento nazionale e la CEDU

1.	Il rapporto tra CEDU e diritto interno	31
2.	Il ruolo della Corte EDU	33
3.	L'influenza della CEDU sul diritto penale.....	35
	3.1. Le principali differenze tra legalità convenzionale e co- stituzionale	37
	3.1.1. La debolezza del giudicato penale anti-convenzionale.....	38
4.	L'influenza della CEDU sul diritto amministrativo.....	41
5.	L'influenza della CEDU sul diritto civile	43
6.	Una lettura unificante del diritto nazionale alla stregua del- l'influenza CEDU	45

CAPITOLO 4

Il principio di legalità

1.	Legalità, un termine polisemico.....	47
2.	L'origine del principio di legalità	48
3.	Legalità di <i>civil law</i> e di <i>common law</i>	51
4.	La legalità multilivello.....	51
5.	Le prospettive della legalità.....	52
	5.1. La crisi della legalità.....	52
	5.2. La rinascita della legalità	53
6.	Legalità a tre velocità: debole, forte e fortissima.....	54
	6.1. La legalità "debole" nel diritto civile.....	54
	6.2. La legalità forte nel diritto amministrativo	56
	6.3. La legalità fortissima nel diritto penale	58

CAPITOLO 5

I diritti fondamentali

1.	Un affascinante mistero	61
2.	Evoluzione storica e dinamiche sovranazionali.....	62

3.	I diritti fondamentali nella Costituzione italiana: i diritti inviolabili irrompono nell'articolo 2 della Carta Fondamentale.....	64
	3.1. Diritti e libertà	65
	3.2. La Repubblica “riconosce” i diritti inviolabili: le oscure declinazioni di un verbo ambiguo.....	65
	3.3. La difficile perimetrazione dei diritti riconosciuti e garantiti dall'articolo 2 della Costituzione	67
	3.4. I diritti inviolabili dei concepiti, degli stranieri e delle (oltre che nelle) formazioni sociali in cui si svolge la personalità.....	69
4.	La garanzia costituzionale di “inviolabilità” dei diritti fondamentali	71
	4.1. I diritti costituzionali non possono essere sospesi perché il nostro è uno Stato di diritto necessario e permanente	71
	4.2. La garanzia dell'inviolabilità è assoluta o relativa?.....	74
5.	La tutela nella dimensione verticale	75
	5.1. La resistenza alla legge	76
	5.2. I rimedi alla legge violativa dello statuto costituzionale dei diritti fondamentali: la spinosa questione della doppia pregiudizialità	77
	5.3. La resistenza dei diritti fondamentali agli atti normativi e amministrativi della pubblica amministrazione	79
	5.3.1. La riserva di legge	79
	5.3.2. Potere amministrativo e principio di legalità.....	79
	5.3.3. Diritti soggettivi inaffievolibili o interessi legittimi fondamentali?.....	80
	5.4. La tutela dei diritti fondamentali rispetto agli abusi del potere giudiziario	82
	5.5. Considerazioni finali sulla tutela verticale alla luce dell'esperienza pandemica: il ruolo centrale del test di proporzionalità.....	82
6.	La tutela orizzontale: risarcibilità del danno non patrimoniale conseguente alla lesione di diritti fondamentali.....	88
7.	La negoziabilità dei diritti fondamentali.....	90
	7.1. Sono ammissibili negozi dispositivi atipici?	90
	7.2. È ammissibile la negoziazione patrimoniale di un diritto fondamentale? Dal consenso al contratto?.....	93
	7.3. Sono ammissibili negozi costitutivo-traslativi dei diritti allo sfruttamento economico del diritto fondamentale?	95

PARTE II
UNITÀ, INTERPRETAZIONE,
ANALOGIA E PRINCIPI

CAPITOLO 1
L'interpretazione

1.	L'interpretazione	99
2.	Il problema dell'interpretazione.....	100
3.	I criteri soggettivi di classificazione dei tipi di interpretazione	101
	3.1. L'interpretazione giudiziale	101
	3.2. L'interpretazione autentica.....	104
	3.3. L'interpretazione dottrinale	106
4.	I criteri oggettivi di classificazione dei tipi di interpretazione	106
	4.1. L'interpretazione letterale	107
	4.1.1. La crisi della letteralità e lo sviluppo di una giurisprudenza antiletterale	109
	4.2. L'argomento <i>a contrario</i> o <i>a contrario sensu</i> : <i>ubi voluit lex dixit</i>	111
	4.3. L'interpretazione teleologica (o logica o politica): la <i>ratio legis</i>	112
	4.4. L'argomento dissociativo (o della riduzione teleologica)	114
	4.5. L'argomento a fortiori (o <i>eo magis</i> o "a maggior ragione")	116
	4.6. L'argomento adeguativo (o conforme o gerarchico)	117
	4.7. L'interpretazione evolutiva	119
	4.8. L'argomento <i>ad absurdum</i> (a <i>ab absurdo</i> o della <i>reductio ad absurdum</i> o apagogico o del legislatore razionale)	121
	4.9. Le antinomie e l'interpretazione abrogatrice	122
	4.10. L'argomento sistematico (o logico-sistematico o della coerenza dell'ordinamento o del diritto ordinatamente disposto o del diritto di per sé ordinato)	122
	4.11. L'argomento analogico o <i>argumentum a simili ad similem</i> o interferenza analogica: rinvio.....	124
	4.12. Gli argomenti conservativo, della completezza, economico, naturalistico ed equitativo.....	124
5.	L'insopprimibile spazio libero dell'azione interpretativa che illumina la zona d'ombra della norma	125
6.	La <i>reasonable rule</i> : la scelta della soluzione più ragionevole in base alle leggi, ai valori e al sistema.....	126
7.	Considerazioni finali: unità nelle differenze	128

CAPITOLO 2

L'analogia

1.	Le origini dell'analogia.....	129
	1.1. <i>Analogia legis</i> e <i>analogia iuris</i>	130
	1.2. Interpretazione analogica e interpretazione estensiva	131
2.	L'analogia nel diritto penale	132
	2.1. L'estensione analogica delle cause di giustificazione.....	133
	2.2. L'estensione analogica delle cause di non punibilità.....	134
3.	L'analogia nel diritto civile.....	135
4.	L'analogia nel diritto amministrativo.....	136

CAPITOLO 3

I principi

1.	Introduzione	139
2.	I principi in quanto norme fondamentali	140
3.	I principi in quanto norme indeterminate	143
	3.1. I principi in quanto norme a fattispecie aperta	144
	3.2. I principi in quanto norme "defettibili"	145
	3.3. I principi in quanto norme generiche.....	147
	3.4. Considerazioni di sintesi sui caratteri dei principi.....	148
4.	I principi in quanto frutto di interpretazione.....	149
5.	Classificazioni dei principi	150
6.	I principi nell'interpretazione del diritto.....	152
7.	L'uso dei principi nell'integrazione del diritto	153
8.	Principi e clausole generali	155
9.	Ricognizione di principi comuni alle tre materie.....	157
	9.1. Il principio di uguaglianza	157
	9.2. Il principio di certezza del diritto.....	159
	9.3. I principi di affidamento e autoresponsabilità	160
	9.4. Il principio di proporzionalità	162
	9.5. Il principio di irretroattività	164

CAPITOLO 4

Unità dell'ordinamento giuridico e cause di giustificazione

1.	I caratteri dell'ordinamento giuridico generale	167
----	---	-----

2.	L'autonomia relativa dei settori dell'ordinamento: solo all'ordinamento nel suo complesso spetta stabilire se un fatto sia lecito o antiggiuridico.....	168
3.	L'efficacia universale delle cause di giustificazione.....	168
4.	Le cause di giustificazione nel diritto punitivo.....	170
	4.1. Le cause di giustificazione nel diritto penale.....	170
	4.1.1. Modello esplicativo.....	173
	4.1.2. La legge nel tempo.....	173
	4.2. Le cause di giustificazione nel diritto amministrativo punitivo	174
5.	Le cause di giustificazione nel diritto civile	175
6.	Considerazioni conclusive	177

PARTE III ATTI, FATTI, TEMPO E PROVE

CAPITOLO 1 *Il tempo nel diritto*

1.	Introduzione. Il tempo e il diritto: il ruolo del decorso del tempo in una prospettiva storico-comparatistica	181
2.	Gli effetti del tempo nel Codice civile: la prescrizione	183
	2.1. La discussa natura sostanziale o processuale della prescrizione	183
	2.2. I presupposti della fattispecie	185
	2.3. Autonomia negoziale e prescrizione	187
	2.4. L'onere di allegazione nell'eccezione di prescrizione: qual è il fatto costitutivo da allegare?	188
	2.5. Una natura equilibrata della fattispecie interruttiva.....	190
	2.6. L'impalpabile differenza dalla decadenza.....	190
	2.7. L'usucapione	191
3.	Tempo e rapporto amministrativo	192
	3.1. Tempo e potere amministrativo (<i>public power</i>).....	192
	3.2. Le deroghe eccezionali alla regola della non consumabilità del potere	193
	3.2.1. Il potere amministrativo resiste anche all'ottemperanza.....	195
	3.3. Venti di novità soffiano sul dogma dell'inconsumabilità affievolendolo	198

3.4. Tempo e interesse legittimo: le azioni esperibili dal privato sono sottoposte a decadenze stringenti	199
4. La prescrizione penale, tra ipotesi di estinzione del reato e della pena	201
4.1. La prescrizione al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo	204
5. Considerazioni conclusive	205

CAPITOLO 2

Il silenzio

1. Introduzione	207
2. Il carattere poliedrico e multiforme del silenzio	208
3. Il silenzio civilistico	209
3.1. Silenzio tipico e "circostanziato"	210
3.2. Il silenzio illecito: la reticenza violativa dell'obbligo del "clare loqui" e fonte di responsabilità precontrattuale	213
4. Il silenzio amministrativo è sempre giuridicamente rilevante	214
4.1. Il silenzio significativo della Pubblica Amministrazione	215
4.2. Il silenzio inadempimento (o rifiuto)	217
5. Il silenzio nel diritto penale	218

CAPITOLO 3

L'onere della prova

1. Introduzione. <i>Onus probandi</i> : dalla genesi romanistica alla disciplina moderna	221
2. L'onere della prova nel diritto civile	223
2.1. I corollari del principio dispositivo	223
2.2. <i>Onus probandi incumbit ei qui dicit; reus in excipiendo fit actor</i>	224
2.3. La ripartizione tra attore e convenuto	226
2.4. Modifiche legali dell'onere della prova	228
2.5. Deroche convenzionali e inversione processuale unilaterale	228
2.6. Le mitigazioni della rigidità dell'onere probatorio	229
2.7. Onere della prova e inadempimento dell'obbligazione: la vicinanza della prova esonera il creditore dalla prova dell'adempimento secondo Sez. Un. 13533/2001	230

2.7.1. Le nostre critiche alla rigidità dello statuto probatorio.....	234
2.8. Responsabilità medica: una storia giudiziaria ventennale con un epilogo controverso.....	235
3. Onere della prova nel processo amministrativo: tendenziale marcia verso il processo civile?.....	236
4. Onere della prova nel processo penale: incombe esclusivamente sulla pubblica accusa?.....	238
4.1. La rigidità della regola probatoria penale limita le deroghe convenzionali e legali.....	240
5. Considerazioni conclusive.....	241

CAPITOLO 4

L'invalidità dell'atto giuridico

1. L'invalidità dell'atto giuridico.....	243
1.1. Presupposti: vizio genetico e inefficacia definitiva.....	244
1.2. Le quattro prospettive dell'invalidità.....	245
1.3. Classificazioni dell'invalidità.....	246
2. L'invalidità civile.....	247
2.1. Le forme di invalidità civile.....	248
3. Violazione della norma penale e invalidità del contratto.....	250
3.1. La distinzione tra norme sull'atto e norme sul comportamento.....	250
3.2. Segue: l'approdo di Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654: il "reato contratto" e il "reato in contratto".....	251
3.3. Criteri distintivi delle categorie del "reato contratto" e del "reato in contratto".....	253
3.4. Un caso eccentrico: la circonvenzione di incapace <i>ex art.</i> 643 c.p.....	254
4. Illecito amministrativo e invalidità del contratto.....	256
4.1. Un caso emblematico la fideiussione <i>omnibus</i> violativa delle norme per la tutela della concorrenza e del mercato.....	257
5. Illecito tributario e invalidità del contratto.....	258
5.1. Il patto occulto di maggiorazione del canone locatizio.....	260
6. L'invalidità del provvedimento amministrativo.....	262
6.1. La maggiore ampiezza dell'invalidità amministrativa e le conseguenti compensazioni.....	262
6.2. Il diverso raggio di azione delle due forme di invalidità.....	264
6.3. La diversa disciplina.....	264

6.4. I punti di contatto tra i due settori.....	264
6.5. I rapporti con l'inesistenza e la disapplicazione.....	265
7. Violazione della norma penale e invalidità del provvedimento amministrativo.....	266
7.1. Norme penali che vietano l'atto e norme penali che incriminano il comportamento tenuto in occasione dell'atto.....	267
7.2. Un caso pratico: l'abuso d'ufficio ex art. 323 c.p.....	268

PARTE IV L'ILLECITO

CAPITOLO 1 *L'illecito in generale*

1. Introduzione.....	273
2. Illecito penale.....	275
2.1. Gli elementi costitutivi del reato.....	277
2.2. Personalità e intrasferibilità della sanzione penale.....	278
3. L'illecito civile.....	280
4. L'illecito amministrativo.....	285
4.1. Il carattere sostanzialmente penale dell'illecito amministrativo con funzioni punitive nella giurisprudenza CEDU.....	289
4.2. Le recenti rimessioni alla Consulta in tema di contratti pubblici.....	291
4.3. ... e "comunicazioni antimafia".....	293
4.4. Le criticità "convenzionali" del nostro sistema di sanzioni amministrative.....	294

CAPITOLO 2 *L'offensività*

1. Introduzione.....	297
2. Il principio di offensività.....	298
2.1. Offensività in astratto e in concreto.....	301
2.2. Il reato impossibile.....	302
3. L'offesa nel diritto civile.....	303
4. Offensività e illecito amministrativo.....	304

CAPITOLO 3

La causalità

1.	Introduzione	307
2.	La causalità nel diritto penale	308
	2.1. L'accertamento del nesso causale	311
	2.2. Le concause sorpassanti	313
3.	La causalità nel diritto civile.....	315
	3.1. La regola generale dell'irrelevanza delle concause non interruttive.....	317
4.	La causalità nel diritto amministrativo	319

CAPITOLO 4

L'omissione

1.	Introduzione.....	321
2.	Diritto penale: il reato omissivo.....	323
	2.1. Le peculiarità nella disciplina dei reati omissivi	325
3.	Diritto civile: le ipotesi di responsabilità civile da omissione	327
4.	Diritto amministrativo. Il silenzio della Pubblica Ammini- strazione	329

CAPITOLO 5

La colpa

1.	Introduzione.....	333
2.	La colpa nel diritto penale	334
	2.1. La colpa generica	335
	2.2. La colpa specifica	337
	2.3. La causalità della colpa.....	338
	2.4. La colpa impropria.....	338
3.	La colpa nel diritto civile.....	340
	3.1. Il grado della colpa nel diritto civile.....	341
	3.2. La colpa nella responsabilità extracontrattuale.....	342
	3.3. La condotta colposa lecita.....	343
4.	La colpa nel diritto amministrativo.....	345
	4.1. La colpa viene ribadita dalla Plenaria n. 7/2021 che chia- risce il carattere aquiliano della responsabilità civile della P.A. per lesione di interesse legittimo.....	346

4.2. Il carattere oggettivo della responsabilità negli appalti pubblici	348
4.3. La peculiare responsabilità oggettiva della pubblica amministrazione per inesecuzione incolpevole del giudicato: la cd. ottemperanza per equivalente.....	349

CAPITOLO 6

Il concorso di persone

1. Introduzione	353
2. Il concorso di persone nel diritto penale.....	354
2.1. Le teorie del concorso.....	354
2.2. Gli elementi costitutivi del concorso di persone.....	356
2.3. Cooperazione colposa e concorso di cause indipendenti.....	356
2.4. La responsabilità del concorrente per il reato diverso	356
2.5. Il concorso nel reato proprio e il mutamento del titolo di reato per taluno dei concorrenti (art. 117 c.p.).....	358
3. Il concorso di persone nel diritto civile nella produzione del danno.....	359
4. Il concorso di persone nel diritto amministrativo	361

PARTE V

PREVENZIONE E SANZIONE

CAPITOLO 1

Le misure di prevenzione

1. Introduzione	367
1.1. Il potere pubblico e gli illeciti: profili storici.....	367
2. Le misure di prevenzione nel diritto penale: evoluzione legislativa e normativa vigente	370
2.1. La legittimità costituzionale delle misure di prevenzione	372
2.2. I destinatari delle misure di prevenzione	373
2.3. Le misure di prevenzione personali e patrimoniali.....	374
3. Le misure di prevenzione nel diritto civile	376
4. Le misure di prevenzione nel diritto amministrativo: il cd. <i>diritto amministrativo della prevenzione</i>	380

4.1. IL DASPO e i problemi di compatibilità con la CEDU: la linea sottile di demarcazione tra misure preventive e diritto punitivo	382
4.2. I mezzi di prevenzione nel processo amministrativo	385

CAPITOLO 2

Quantificazione delle sanzioni

1. Introduzione: la controversa linea di demarcazione tra pena privata e sanzione penale o amministrativa	387
2. Sanzioni civili: la polifunzionalità della responsabilità civile. I criteri di quantificazione del risarcimento del danno	391
3. Sanzioni penali: la discrezionalità penale “controllata”. Obbligo di motivazione e limiti edittali	397
4. Sanzioni amministrative: la distinzione tra sanzioni ripristinatorie e punitive	400
4.1. Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti	402
4.2. Natura dei termini dei procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti	403

CAPITOLO 3

La tutela esecutiva

1. Introduzione	409
2. La tutela esecutiva nel diritto civile	411
2.1. Espropriazione ed esecuzione in forma specifica	413
3. La tutela esecutiva nel diritto amministrativo	415
3.1. Il giudizio di ottemperanza	417
4. L’esecuzione nel processo penale	419