

# 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 Amministrazione .....	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 chiarisce 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