

*A Ayse Deniz Karacagil,
combattente curda,
caduta in battaglia*

*E invece viene un giorno nella vita
che scegli e se non scegli l'hai tradita
e non importa se si vive o muore
piangere gioia o ridere dolore*
(Roberto Vecchioni, *Cappuccio rosso*, 2018)

Indice

	<i>pag.</i>
<i>Premessa</i>	XIX
Capitolo I	
Il metodo comparativo	
1. Delimitare il campo: “diritto”; “costituzione”; “comparare”	1
2. Formanti, crittotipi, diritto muto	5
3. Il diritto comparato al di là di <i>finisterrae</i>	8
4. Oltre il diritto: scienze non giuridiche, scienze giuridiche e la conoscenza del diritto comparato	10
4.1. Linguistica, traduttologia, diritto	10
4.2. Storia del diritto, il diritto come storia e storia delle dottrine politiche	11
4.3. Filosofia del diritto, sociologia e antropologia giuridica, teoria generale del diritto	12
4.4. Scienza politica e diritto comparato	14
4.5. Scienze sociali al servizio della comparazione: economia, statistica, geografia, psicologia	15
5. Classificazioni, elementi pertinenti, elementi determinanti	16
6. Modelli e dinamica dei modelli	18
7. Livelli di comparazione	20
8. Le funzioni ausiliarie	21
8.1. Capire sé stessi attraverso gli altri: lo studio del proprio diritto	21
8.2. Assistere il legislatore	22
8.3. Costruire diritti comuni: l’unificazione e l’armonizzazione del diritto	22
8.4. Offrire basi al <i>reasoning</i> giudiziale	23
9. Le differenze e l’uniformazione globalizzante	24

Capitolo II

Famiglie giuridiche e forme di Stato

Premessa	27
SEZIONE I. LE FAMIGLIE GIURIDICHE	29
1. Definizione e tipologie classificatorie	29
2. Razza, ideologia, tradizioni, religione, strutture giuridiche: alla base delle classificazioni di tipo assoluto	29
3. Il tempo e lo spazio: le famiglie giuridiche secondo le classificazioni relativistiche	31
4. Classificazioni <i>fuzzy</i> delle famiglie giuridiche	31
5. Famiglie giuridiche vs forme di Stato	33
SEZIONE II. LE FORME DI STATO	34
1. Lo Stato e il concetto di forma di Stato	34
2. I criteri di classificazione	35
3. Dallo Stato assoluto allo Stato di polizia	38
4. Le forme di Stato originate dalla rivoluzione borghese (e derivate dal costituzionalismo)	41
4.1. “La richesse et les lumières”: il ruolo della borghesia e l’oligarchia censitaria nello Stato liberale	41
4.2. Lo Stato di democrazia pluralista e lo Stato sociale	45
4.3. Democrazia rappresentativa, democrazia diretta e democrazia partecipativa	47
4.4. La colonizzazione	48
4.5. Globalizzazione	49
5. Dittature	50
6. La forma di Stato totalitaria	51
7. Il nazionalismo socialista arabo	53
8. La forma di Stato socialista e la nuova forma di Stato cinese	57
8.1. La forma di Stato socialista classica	57
8.2. La forma di Stato cinese socialista-liberista	60
9. Il fattore religioso nella classificazione delle forme di Stato	62
9.1. Religione e Stato	62
9.2. La forma di Stato teocratica e la teocrazia costituzionale	64
10. Un ibrido: l’incorporazione delle culture autoctone nella forma di Stato liberal-democratica (il <i>Caring State</i>)	65

Capitolo III
Dottrine costituzionali:
allineamenti e fratture tra religione, cultura, politica e diritto

SEZIONE I. COSTITUZIONALISMO E SUE DECLINAZIONI	67
1. Il costituzionalismo classico	67
2. Il neocostituzionalismo	70
3. Il “ <i>nuevo constitucionalismo</i> ”	71
4. Il pluralismo costituzionale indiano	72
 SEZIONE II. DOTTRINE COSTITUZIONALI SENZA COSTITUZIONALISMO	 73
1. Costituzioni con costituzionalismo, costituzioni senza costituzionalismo e costituzionalismo senza costituzione formale	73
2. La funzione decorativa delle costituzioni nei regimi autocratici	74
3. Teorie sovietiche della costituzione	78
4. Filosofie, religioni e dottrine politiche vs costituzioni nei paesi africani e asiatici	79
4.1. Un caso emblematico: “costituzione” e “costituzionalismo” a colori cinesi	82
5. Teocrazia e costituzioni	85

Capitolo IV
La costituzione

1. Polisemia di “costituzione”	89
2. Classificazioni delle costituzioni	92
3. Cicli costituzionali	94
4. Costituzioni <i>leader</i> e circolazione dei modelli costituzionali: imposizione e prestigio	95
5. La legittimazione delle costituzioni	98
5.1. Legittimazione interna: Re, Stato, nazione, popolo	98
5.2. Legittimazione esterna: la dinamica della sovranità	99
6. Genesi delle costituzioni	103
6.1. L’aspirazione all’eterno: il criterio formale e il principio di continuità	103
6.2. I processi formativi nelle costituzioni autocratiche, socialiste, democratiche	105
7. L’impianto delle costituzioni: consuetudinarie/scritte; unitestuali/pluritestuali	107
8. Le costituzioni nel tempo: provvisorie/stabili	109

	<i>pag.</i>
9. Flessibilità/rigidità costituzionale e la variante federale	110
10. Il contenuto delle costituzioni (lunghe/brevi; integrazione)	112
11. Le costituzioni “sostanziali” e/o “simboliche”: preamboli e dichiarazioni	115
12. Il linguaggio delle costituzioni: una delega per l’evoluzione	118
13. Interpretare la costituzione	119

Capitolo V

Le fonti del diritto

SEZIONE I. LE FONTI NEL DIRITTO COMPARATO E NEI DIRITTI INTERNI	123
1. Definizioni dogmatiche e definizioni teoretiche	123
2. Polimorfismo e tipologie di fonti	125
SEZIONE II. PRIMA DEL DIRITTO POSITIVO: LE FONTI DI LEGITTIMAZIONE	126
1. Premessa	126
2. “Fa’ come hanno sempre fatto i padri”: tradizione, consuetudine, usi, costumi	127
3. “Comportati secondo i patti”: le convenzioni e i trattati	129
4. “Obbedisci a Dio”: diritto di ispirazione religiosa e diritto divino	131
4.1. Diritto di ispirazione religiosa	131
4.2. Diritto divino	133
4.2.1. Diritto ebraico	133
4.2.2. Diritto canonico	134
4.2.3. Diritto musulmano	134
5. Il diritto giurisprudenziale	135
5.1. I responsi dei dotti (diritto romano, Islam, diritto indù)	136
5.2. “Signori del diritto”: i giudici e l’interpretazione	137
5.3. Diritto transnazionale	139
5.4. In particolare: il <i>common law</i>	140
5.4.1. Le origini	140
5.4.2. La giurisdizione di <i>equity</i>	142
5.4.3. Circolazione del modello	144
5.4.4. Precedente giudiziario e <i>stare decisis</i>	145
5.4.5. <i>Statute law</i> e interpretazione	146
6. Modelli egemonici: <i>common law</i> vs diritto codificato	147
7. “Rispetta la volontà del capo politico”: il diritto dei Parlamenti e dei Governi (ma anche dei <i>leader</i> tribali e dei dittatori); il diritto ideologico	148
7.1. Il <i>civil law</i> dalla grande codificazione al <i>Welfare State</i>	149
7.2. <i>Soft law</i> : tra consigli e comandi	152
7.3. Le fonti negli stati di crisi	153

	<i>pag.</i>
SEZIONE III. FONTI-ATTO DEL DIRITTO OCCIDENTALE	154
1. Premessa	154
2. La costituzione come meta-fonte	156
3. La legge	157
3.1. Etimologia	157
3.2. La riserva di legge	157
3.3. “Amministrativizzazione” della legge e leggi formali	159
3.4. Il procedimento di formazione	159
3.4.1. L’attivazione del procedimento: l’iniziativa legislativa	160
3.4.2. La fase costitutiva e il ruolo delle commissioni	162
3.4.3. Sanzione, promulgazione, veto, rinvio, pubblicazione	163
4. Leggi rinforzate, leggi atipiche, leggi organiche	164
5. L’esecutivo-legislatore	167
5.1. Legislazione delegata	167
5.2. Decreti e ordinanze di necessità	168
5.3. <i>Subordinate legislation</i> nel <i>common law</i>	169
6. Le fonti degli enti territoriali autonomi	170
7. La “legislazione materiale” dell’esecutivo: i regolamenti	171
8. Altre fonti del diritto (regolamenti delle camere parlamentari; sentenze costituzionali, leggi popolari e referendum)	173
9. Norme o matrici di norme?: i principi del diritto	175

Capitolo VI

Diritti, libertà, garanzie

SEZIONE I. DIRITTI E LIBERTÀ	177
1. Problemi definitivi, metodologici e classificatori	177
1.1. Semantica di “diritti”	177
1.2. Le classificazioni dei diritti: gli elementi pertinenti	181
1.3. Diritti e dottrine politiche	183
2. Genesi e sviluppo dei diritti	185
3. Le classificazioni dei diritti: il criterio generazionale	187
4. Dalla “preesistenza” ai processi di codificazione dei diritti	190
5. La “non assolutezza” dei diritti: i limiti	195
6. Dinamiche dei diritti rivendicati	196
7. Universalismo e internazionalizzazione dei diritti	197
8. Universalismo vs localismo dei diritti: alla ricerca di un difficile equilibrio	198
8.1. Clonazioni dell’universalismo: la regionalizzazione dei diritti in Europa	199

	<i>pag.</i>
8.2. Una regionalizzazione conflittiva e non universalista: le carte dei diritti in America	200
8.3. Individualismo vs comunitarismo nelle carte africane	201
8.4. <i>Clash of interests</i> : la regionalizzazione dei diritti nel mondo arabo	203
8.5. Diritti dell'uomo e valori asiatici	205
9. <i>Egalité</i> : genesi e sviluppo di un principio bifronte	206
 SEZIONE II. LA TUTELA DEI DIRITTI	 208
1. I meccanismi di tutela	208
1.1. Tecniche di garanzia istituzionali	209
1.2. Rimedi politici	210
1.3. Rimedi quasi-giurisdizionali: l' <i>Ombudsman</i>	210
1.4. Rimedi giurisdizionali	211
2. La giurisdizione costituzionale delle libertà: <i>Amparo e Beschwerde</i>	213
3. La tutela multilivello	216
3.1. Generalità	216
3.2. L'Europa	218
3.2.1. La Corte europea dei diritti dell'uomo	218
3.2.2. La Corte di giustizia europea	219
3.3. La tutela sovranazionale dei diritti fuori d'Europa	220
3.3.1. L'America	220
3.3.2. L'Africa	222
3.3.3. Mondo islamico e Asia	223

Capitolo VII

Il tipo di Stato:

l'organizzazione territoriale e la plurinazione

1. Concetti generali	225
2. Lessico del decentramento politico e amministrativo	227
3. Stato unitario, decentramento amministrativo e autonomie locali	229
4. Le teorie sul federalismo e sullo Stato policentrico	234
5. Prototipi e modelli di Stato federale	235
6. La diffusione dello Stato federale	239
6.1. Influenze statunitensi nel mondo anglosassone	240
6.2. (segue). ... e nel <i>civil law</i>	243
6.3. Altri federalismi o pseudo-federalismi	244
7. Lo Stato regionale	247
8. Elementi comuni tra Stato regionale e ordinamenti federali	252
9. Esperienze eccentriche	253

	<i>pag.</i>
10. Pulsioni confederali e l'Unione europea	255
11. I criteri rilevanti per classificazioni duttili; federalismi di assimilazione e di riconoscimento	258

Capitolo VIII

Le forme di governo

1. Definizione e relazioni con le forme di Stato	267
2. Le forme di governo negli ordinamenti senza separazione dei poteri	269
2.1. Le forme di governo della dittatura	269
2.2. Le forme di governo dello Stato totalitario	270
2.3. Le forme di governo dello Stato socialista	271
2.4. Le forme di governo negli Stati islamici	273
3. Separazione dei poteri e forme di governo	273
4. Forme di governo costituzionali pure e miste; forme "dualistiche" e "monistiche" del modello parlamentare	274
5. Principali forme di governo nelle democrazie contemporanee; l'incidenza dei sistemi partitici	275
6. La forma di governo presidenziale degli Stati Uniti d'America e la sua (anomala) circolazione	276
7. Forme di governo parlamentari contemporanee	280
7.1. Evoluzione del parlamentarismo nel Regno Unito	282
7.2. Il cancellierato tedesco	284
7.3. La circolazione del parlamentarismo	285
8. La forma di governo semipresidenziale: il modello francese e le sue imitazioni	286
8.1. L'archetipo francese	286
8.2. Circolazione del modello	288
9. "Ipersemipresidenzialismo": il sistema di governo della Federazione russa	290
10. Un modello non esportabile: la forma di governo direttoriale svizzera	292
11. Un esperimento abbandonato: la forma di governo "semiparlamentare" (o "del premierato") in Israele; la singolare esperienza del Sudafrica	293
12. Rafforzamento dell'esecutivo e divisione dei poteri nelle democrazie contemporanee	295

Capitolo IX

L'organizzazione dello Stato

Premessa	298
SEZIONE I. L'ORGANIZZAZIONE DEL POPOLO: RAPPRESENTANZA, SISTEMI ELETTORALI, PARTITI POLITICI, DEMOCRAZIA DIRETTA	299
di <i>Silvia Bagni</i>	
1. Il popolo sovrano	299
2. Democrazia: delimitazione del concetto	303
3. Alle origini della democrazia: la "democrazia diretta"	304
4. La democrazia moderna come "democrazia rappresentativa"	306
5. I sistemi elettorali	308
6. Tra società e Stato: i partiti politici	312
6.1. Profili storici; partiti e altre formazioni politiche e sociali	313
6.2. Uno sguardo fuori dall'Occidente e l'America latina	316
6.3. Disciplina giuridica/costituzionalizzazione (natura giuridica, limiti interni, finanziamento)	318
6.4. Tipologie: partiti permeanti e partiti intermittenti; partiti di sistema e antisistema; la crisi dei partiti e i partiti anti-politica	321
6.5. Partiti e forme di Stato; il partito unico	323
6.6. Modelli partitici e forme di governo	324
7. La democrazia rappresentativa integrata dalla democrazia diretta	324
7.1. Il caso svizzero	325
7.2. <i>Initiative</i> e referendum negli Stati membri americani	326
7.3. La circolazione e la (spesso faticosa) affermazione degli istituti di legislazione popolare nel mondo	326
7.4. La revoca del mandato	328
8. La democrazia rappresentativa integrata dalla democrazia partecipativa	329
9. <i>E-democracy</i> : un "meta-strumento" al servizio dei diritti di partecipazione politica	334
SEZIONE II. IL PARLAMENTO	335
di <i>Serena Baldin</i>	
1. Cenni storici	335
2. Struttura e composizione	338
2.1. Unicameralismo, bicameralismo, Parlamento in seduta comune	338
2.2. La struttura dei Parlamenti	340
3. Continuità e discontinuità: durata della legislatura e scioglimento anticipato	342

	<i>pag.</i>
4. Prerogative istituzionali e statuto giuridico dei parlamentari	343
5. L'organizzazione interna delle assemblee parlamentari	345
6. Le funzioni: normazione (rinvio), ispezione/controllo, indirizzo, attività elettorali	348
7. Modalità di funzionamento e processi di decisione	352
8. Parlamenti deboli/forti, decisori/controllori/ratificatori	354
 SEZIONE III. IL CAPO DELLO STATO	 355
di <i>Fioravante Rinaldi</i>	
1. Lessico e riferimenti storici	355
2. Le teorie sul capo dello Stato	357
3. I metodi di scelta	358
4. Durata del mandato e cause di cessazione anticipata	359
5. Poteri: le interferenze funzionali	361
6. Responsabilità politica e penale	362
7. I capi di Stato, oggi: forma di Stato, forma di governo, forma istituzionale, fattori extra-giuridici	363
 SEZIONE IV. IL GOVERNO	 365
di <i>Massimo Rinaldi</i>	
1. Origine storica ed evoluzione	365
2. La struttura	367
3. Procedimento di formazione	370
4. La crisi di governo	371
5. I poteri	372
6. Esecutivi più forti	373
 SEZIONE V. IL POTERE GIUDIZIARIO	 374
di <i>Giorgia Pavani</i>	
1. <i>Iurisdictio</i>	374
2. Potere giudiziario e separazione dei poteri	376
3. Potere giudiziario e funzione giudiziaria	378
4. "Rendere giustizia": pluralità di soluzioni	381
4.1. La giustizia indigena	381
4.2. La giustizia religiosa: il caso dell'Islam	382
5. L'organizzazione della magistratura in Occidente	385
5.1. Modello anglosassone vs modello francese	385
5.1.1. Modalità di reclutamento e formazione culturale dei giudici	386
5.1.2. La pubblica accusa	388
5.1.3. Gli organi di autogoverno	389

	<i>pag.</i>
6. Tendenze attuali del “ <i>jus dicere</i> ” nel mondo globalizzato: giudiziarizzazione della politica e politicizzazione della giustizia	390
6.1. L’unicità della giurisdizione statale in crisi	392
6.1.1. L’erosione dall’interno: <i>Alternative Dispute Resolution</i> (ADR) e altre forme non autoritative di giurisdizione	392
6.1.2. La concorrenza esterna: il diritto transnazionale e sovranazionale (rinvio)	394
6.2. La giustizia delle transizioni e della riconciliazione	395

Capitolo X

Garanzie costituzionali e protezione della costituzione

SEZIONE I. GIUSTIZIA COSTITUZIONALE	398
1. Premessa storico-metodologica	398
1.1. Questioni definitorie e di metodo	398
1.2. Dal diritto attico al <i>Bonham’s case</i>	399
1.3. La “via francese” al controllo delle leggi	400
2. Dal controllo “politico” a quello giurisdizionale nella Francia del secondo dopoguerra	400
3. Il controllo “politico”	402
3.1. Gli ordinamenti socialisti: l’unità del potere statale e il rifiuto del controllo esterno	402
3.2. Il capo dello Stato quale “custode della costituzione” e altre forme di controllo “interno” o “politico”	403
3.3. Il controllo “religioso”	404
4. Il controllo giurisdizionale, concreto e (solo in parte) diffuso: la <i>judicial review</i> negli Stati Uniti d’America	405
4.1. Profili storici	405
4.2. Caratteristiche della <i>judicial review</i> negli Stati Uniti	406
5. La teoria di Hans Kelsen e la sua applicazione nella costituzione austriaca del 1920 (la <i>Verfassungsgerichtsbarkeit</i>)	408
6. Elementi di diffusione e di accentramento nel controllo incidentale di costituzionalità	409
6.1. Il sistema italiano	410
6.2. La soluzione tedesca	411
7. Controllo diffuso e pulsioni accentratrici in Europa e America latina	412
8. Circolazione di modelli	414
8.1. Circolazione del controllo previo	414
8.2. Il controllo diffuso negli ordinamenti di <i>common law</i> e la sua recezione nel <i>civil law</i>	415

	<i>pag.</i>
8.3. L'affermazione del controllo accentrato	417
8.4. Un rito in espansione: il controllo incidentale in Spagna, in Francia e nel resto del mondo	418
8.5. Soluzioni anomale: Belgio e Svizzera	420
9. Garantire l'indipendenza: la selezione dei giudici delle Corti supreme e dei Tribunali <i>ad hoc</i>	421
9.1. I Tribunali ordinari	421
9.2. I Tribunali costituzionali specializzati	422
10. <i>Right to stand</i> : l'accesso alle Corti costituzionali	424
10.1. Il ricorso diretto	424
10.2. La tutela delle libertà e dei diritti dei singoli	426
11. Tipologia e autorità delle decisioni costituzionali	428
11.1. Le sentenze costituzionali quali fonti del diritto	429
11.2. L'"arsenale" delle Corti: sentenze di accoglimento, di rigetto, interpretative e altre pronunce	429
11.3. I giudici e la soggezione alle sentenze di costituzionalità	431
11.4. Giudici costituzionali e legislatore	432
11.5. Il dominio sul tempo: l'efficacia temporale delle pronunce	432
12. Il "discorso" delle Corti e il loro "uditorio"; limiti all'attività dei Tribunali	433
12.1. Processi di decisione (o "di invenzione") e processi di giustificazione (o "di validazione")	433
12.2. Limiti all'attività dei Tribunali	436
12.2.1. Le strutture linguistiche	436
12.2.2. Limiti giuridico-istituzionali	437
12.2.3. Limitazioni politiche	437
13. <i>Overbooking</i> : le "altre funzioni" delle Corti costituzionali	439
14. Dai modelli ai sistemi	440
14.1. Riclassificare la giustizia costituzionale: la mistificazione dei modelli e la ricostruzione empirica	441
14.2. Un cambio di prospettiva: dilatazione del parametro e dell'oggetto	444
15. Iper-attivismo giudiziale e teorie giustificazioniste	446
 SEZIONE II. REVISIONE COSTITUZIONALE	 448
1. Potere costituente, potere costituito e revisione costituzionale	448
2. Gradi di rigidità e procedimenti di revisione	449
3. Revisioni implicite	451
3.1. Cambi attraverso consuetudini e convenzioni costituzionali	452
3.2. Mutazioni mediante norme	453
3.3. La revisione giudiziale e il ruolo dei Tribunali costituzionali	454

	<i>pag.</i>
4. Limiti alla revisione	456
4.1. Limiti espressi	456
4.2. Limiti impliciti	456
4.3. Limiti logici	457
5. Deroghe, rotture, norme suppletive/devolutive (rottura autorizzata), sospensioni	458
 SEZIONE III. PROTEZIONE IDEOLOGICA DELLA COSTITUZIONE	 462
1. Strumenti di protezione e democrazia protetta	462
2. Modelli classici di protezione	464
3. Classi e circolazione dei modelli di protezione	466
4. Procedimenti, soggetti passivi della protezione/repressione, fattore temporale	468