

Una teoria analitica del potere costituente

GIORGIO PINO*

An Analytical Theory of Constituent Power

Abstract: The essay discusses Jorge Baquerizo's important book on constituent power view under the lenses of analytical jurisprudence. While Baquerizo's analysis of constituent power is extremely valuable for its clarity and conceptual coherence, the essay ultimately casts some doubts on the viability of the concept of constituent power as a tool to make sense of "real world" instances of creation of new legal systems.

Keywords: Constituent power, Efficacy, Legal order, Normativity.

Il libro di Jorge Baquerizo¹ è un lavoro importante sia per i cultori della teoria generale del diritto, sia per i cultori del diritto costituzionale e della teoria politica e costituzionale. Come ogni bel libro, il libro di Baquerizo può provocare nel lettore reazioni contrastanti: di ampia, e anzi completa, adesione su certi punti, e di disaccordo su altri. Anzi, direi che un bel libro è un libro che costringe il lettore a pensare, e magari a rivedere alcune proprie opinioni pregresse, anche se alla fine il lettore si ritroverà in disaccordo con ciò che ha letto. In effetti, questo è proprio ciò che è accaduto a me: leggendo il libro di Baquerizo, ho dovuto rivedere alcune mie precedenti convinzioni sul concetto di potere costituente – per quanto si trattasse, nel mio caso, sostanzialmente di convinzioni pre-teoriche, derivanti dal fatto di non aver mai dedicato a questo tema una attenzione più che rapsodica. Ma, come cercherò di mostrare più avanti, le riflessioni che mi ha provocato la lettura del libro di Baquerizo hanno finito per portarmi in una direzione diversa, talvolta su punti non secondari, rispetto alla posizione che Baquerizo stesso difende.

1. Potere costituente e legge di Hume

Inizierò isolando un punto – tra tanti – su cui mi trovo del tutto d'accordo con Baquerizo: torno qui su questo punto, dunque, non perché abbia qualcosa da obiettare a ciò che il lettore troverà nel libro, ma perché lo trovo importante e interessante di per sé. Si tratta dell'argomento della legge di Hume come possibile banco di prova per le teorie del potere costituente².

Il problema è più o meno il seguente: il potere costituente è, all'apparenza, un potere *di fatto*, non attribuito da alcuna norma (o almeno, è così che viene di solito

* Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università degli Studi Roma Tre.

rappresentato); ma – sostiene questo tipo di obiezione – come può un potere di fatto costituire realmente il fondamento di un ordinamento giuridico? Un ordinamento giuridico è infatti un ordinamento normativo; e dunque un ordinamento normativo – un insieme di *norme* – non può derivare solo da un insieme di fatti, quali in ultima analisi sono quelli che integrano l'esercizio di un potere costituente: sostenere che il potere costituente sia un potere di puro fatto sarebbe dunque una violazione della legge di Hume, perché equivarrebbe a far derivare un insieme di norme (un ordinamento giuridico) da un insieme di fatti. O così almeno sostengono alcuni.

Questo argomento si presenta anche in un'ulteriore versione: secondo un modo di vedere alquanto diffuso, una norma giuridica deriva la propria giuridicità (o validità) da un'altra norma giuridica – o, più precisamente, deriva la propria giuridicità dal fatto di essere stata prodotta tramite l'esercizio di un potere che è a sua volta autorizzato da una norma giuridica: il potere di creare norme giuridiche è un potere autorizzato da norme giuridiche. Pertanto, e nuovamente, il potere costituente non può essere un potere di puro fatto, ma deve essere già, in qualche senso, un potere *giuridico*.

Ora, come Baquerizo mostra molto bene, entrambe queste linee di argomentazione basate sulla legge di Hume al fine di respingere l'idea che il potere costituente possa essere solo un potere di fatto (anziché un potere in qualche senso già giuridico) sono, in ultima analisi, fallaci o comunque fuori bersaglio. Quantomeno, sono problemi che possono essere facilmente evitati e dissipati ove vengano debitamente esplicitate certe scelte filosofico-giuridiche di fondo. (Quanto dirò qui di seguito non riproduce esattamente l'argomento di Baquerizo al riguardo: è, piuttosto, una linea di argomentazione che è, di fondo, affine a quella di Baquerizo anche se è lievemente diversa dalla sua.)

Così, per quanto riguarda *la prima* versione dell'argomento (una norma non può nascere da un fatto) tutto dipende, in ultima analisi, dal concetto di diritto che si decide di adottare. Se si ritiene che il diritto sia un fenomeno intrinsecamente normativo, che il diritto sia portatore di una propria intrinseca "normatività" (che il diritto generi genuine ragioni per agire, ecc.)³, allora è evidente che tale carica normativa non potrà derivare da puri fatti; i fatti che in ultima analisi generano il diritto non saranno "puri fatti" ma quantomeno, a loro volta, "fatti normativi". Ad esempio, si potrebbe ritenere che il diritto positivo derivi la propria normatività dal fatto di essere stato prodotto da un potere dotato di un qualche tipo di legittimazione normativa, e che quest'ultima derivi a sua volta dal diritto naturale. Tuttavia, è evidente che questa non è l'unica possibilità di accostarsi al concetto di diritto. Quantomeno se si adotta un concetto di diritto di tipo giuspositivistico, non è necessario concepire il diritto come un fenomeno normativo – cioè, come un fenomeno dotato di una propria intrinseca normatività. Da un punto di vista giuspositivistico (o almeno, secondo un possibile modo di articolare il paradigma giuspositivistico), il diritto è un fatto, ovvero è prodotto da fatti, da comportamenti umani; di conseguenza, da questo punto di vista, affermare che un diritto o una norma giuridica esistono vuol dire semplicemente affermare che si sono verificati certi fatti – i fatti che, in un certo contesto sociale, sono considerati idonei a generare diritto. Da un punto di vista giuspositivistico, l'affermazione che qualcosa è diritto, l'identificazione di qualcosa come diritto, non sono affermazioni "normative" (non postulano che quella cosa lì debba essere obbedita, generi obblighi genuini, o ragioni

per l'azione, ecc.), ma fattuali. E pertanto, sempre da un punto di vista giuspositivistico, non si incorrerebbe in alcuna violazione della legge di Hume se si sostenesse che il fondamento ultimo del diritto consiste semplicemente in un insieme di fatti, più o meno complessi, che possiamo anche chiamare "potere costituente".

Per quanto riguarda *la seconda* versione dell'argomento (il diritto può solo nascere dal diritto, una norma giuridica può solo essere prodotta, in ultima analisi, da un potere giuridico), Baquerizo sostiene che il potere costituente è un potere *giuridico* non nel senso che si tratti di un potere attribuito o regolato da norme giuridiche, ma perché è un potere che ha successo nel produrre un ordinamento giuridico. La sua giuridicità, si potrebbe dire, non è *ex ante* (o in input), cioè in virtù di ciò da cui esso deriva, ma *ex post* (o in output), cioè in virtù di ciò che esso produce. Questa è una mossa teorica ingegnosa, ma che – in assenza di ulteriori spiegazioni – rischia di rimanere pressoché nominalistica. È necessario spiegare, in altri termini, *in virtù di cosa* un certo potere ha successo nel produrre un ordinamento giuridico, conquistando così sia pure *a posteriori* il nome di "potere costituente". Baquerizo a questo fine offre una spiegazione che va nella direzione della teoria dei fatti sociali istituzionali di John Searle. Personalmente credo che la soluzione di Baquerizo sia promettente: l'idea è che qualcosa diventa giuridico se è usato da certi operatori (in primo luogo, ma non esclusivamente, le corti) per decidere casi e risolvere controversie; e questo, a sua volta, rimanda alla presenza di un ancora più ampio e diffuso riconoscimento sociale⁴. Il "fatto" si trasforma in "diritto" grazie ad altri "fatti" (atti di applicazione, discorsi, pratiche sociali di riconoscimento). Se questi secondi fatti si verificano, allora il potere costituente ha avuto successo nel creare un nuovo ordinamento giuridico (è stato un vero potere costituente, e non un tentativo arrestatosi ad uno stato conativo). Ovviamente, in questo quadro c'è qualcosa di circolare: ma non è detto che si tratti di un circolo vizioso.

2. Disaccordi

Passo ora ad evidenziare alcuni elementi di perplessità rispetto alla sofisticata proposta teorica elaborata da Baquerizo sulla nozione di potere costituente. Inizierò con un semplice accenno ad un punto di fondo, che riguarda proprio l'approccio analitico finemente praticato da Baquerizo in questo libro. Il fatto è che Baquerizo produce un'ottima analisi concettuale sul potere costituente (analizza le tesi in circolazione, propone una ridefinizione coerente della nozione in questione, ecc.); ma mi sembra che resti piuttosto inesplorata una questione per così pragmatica: e cioè, il concetto di potere costituente serve davvero a qualcosa? È certamente possibile ricostruire un concetto coerente di potere costituente, seguendo la proposta di Baquerizo – ma è davvero un concetto utile? I punti che solleverò nel corso di questo paragrafo sono finalizzati a dare sostanza a questo dubbio.

Una prima perplessità che si pone al lettore riguarda il modo in cui Baquerizo costruisce il concetto di potere costituente. Ecco la definizione: il potere costituente è "una manifestazione effettiva di fatti normativi originari, vale a dire, di un insieme di fatti normativi complessi che, al di fuori o contro ciò che è previsto da eventuali norme

giuridiche vigenti, hanno portato alla produzione di nuove norme la cui accettazione e osservanza generalizzata provoca l'interruzione nella continuità di un ordinamento giuridico preesistente e la conseguente apparizione di un nuovo ordinamento giuridico⁷⁵.

Ora, questa definizione mi sembra generare alcune conseguenze un po' strane dal punto di vista teorico, riconducibili all'osservazione che il potere costituente, definito in tal modo, è un potere singolarmente indeterminato. Si pensi, per contrasto, ad altre forme di esercizio di un potere giuridico – il potere giudiziario, il potere amministrativo, il potere legislativo, anche il potere di fare contratti. Questi ultimi poteri sono caratterizzati dal fatto di essere espressi tramite atti puntuali, prodotti in esito ad una procedura: l'esercizio del potere giudiziario è la sentenza, l'esercizio del potere legislativo è la legge, ecc. Per tutti questi poteri, possiamo individuare un momento esatto in cui ciascuno di essi è stato esercitato. Il potere costituente, di contro, essendo un potere di fatto (ma per Baquerizo, come abbiamo visto, è *anche* un potere giuridico), non viene esercitato tramite una procedura prestabilita, una successione di atti tipici, ma piuttosto include nel *definiens* (nel concetto) l'effettività. La conseguenza, evidentemente, è che – proprio perché definito sulla base dell'effettività – il potere costituente diventa un concetto inevitabilmente graduale, il che a sua volta spalanca le porte al problema del sorite: in altre parole, nonostante possiamo certamente affermare che, in una situazione data, l'effettività si è realizzata, non abbiamo un punto esatto in cui si possa stabilire che sia stata raggiunta la soglia appropriata di effettività, se non in via di una stipulazione più o meno arbitraria. E dunque, non possiamo indicare un momento in cui il potere costituente, che è individuabile solo *ex post*, sia stato esercitato. Possiamo certamente dire, a un certo punto, che il potere costituente è stato esercitato, perché in ipotesi siamo in presenza di un ordinamento effettivo; ma non possiamo stabilire – se non stipulativamente – da chi, con quale atto, in quale momento è stato esercitato.

Una seconda perplessità riguarda la difficoltà di individuare il soggetto che ha esercitato il potere costituente *in contesti reali*. Intendo dire che la figura del potere costituente, o dell'atto fondativo di un nuovo ordine esercitato da un certo soggetto, sembra funzionare bene in contesti un po' da mito di fondazione, o da esperimento mentale: prima c'era Rex 1, poi arriva Rex 2, appartenente ad una nuova dinastia, che prende il suo posto e fonda un nuovo regno. Oppure: prima c'era una zona inabitata, e poi arriva Romolo e fonda la nuova città. Ma se abbandoniamo questi esempi immaginari e proviamo a concentrarci su contesti reali, o quantomeno più realistici, ci accorgiamo che è difficile soddisfare alla lettera i requisiti della definizione di potere costituente tracciata da Baquerizo. Pensiamo ad esempio al complesso insieme di vicende storiche che è noto in Italia come "periodo costituzionale transitorio", avviatosi con la caduta del fascismo (1943) e definitivamente concluso con l'entrata in vigore della Costituzione del 1948. L'osservazione di una vicenda di questo tipo, che non credo rappresenti un *unicum* nelle vicende delle organizzazioni giuspolitiche, mette in evidenza due elementi di interesse per il nostro discorso.

Per un verso, si tratta di un insieme di vicende non solo caotiche, come non ci si può che attendere in situazioni del genere, ma anche protrate per un periodo di

tempo piuttosto esteso (quattro anni e mezzo a volerlo misurare nella sua estensione più ampia). Questo è compatibile con la definizione di Baquerizo, ma restituisce un'immagine del potere costituente forse un po' strana – non come un big bang, quale di solito lo si rappresenta, ma come una lunga e lenta sedimentazione di fatti che poi precipitano verso un nuovo ordinamento, senza che sia possibile stabilire con sicurezza il momento in cui il potere costituente è stato esercitato, e da chi. Anche l'indicazione fornita poco sopra nel testo come fine della fase transitoria (1 gennaio 1948, entrata in vigore della Costituzione repubblicana) potrebbe assumere un sapore stipulativo, visto che un elemento affatto essenziale del nuovo ordine costituzionale, e cioè la Corte costituzionale, entra in funzione solo nel 1956. E sappiamo bene che, prima della prima sentenza della Corte costituzionale (sentenza 1/1956), la normatività e la giuridicità della nuova Costituzione erano in realtà incerte e controverse. Dunque, in questa vicenda, in cosa è consistito l'esercizio del potere costituente? Nella destituzione di Mussolini (25 luglio 1943)? Nell'assunzione da parte di Umberto II della carica (non contemplata nello Statuto albertino, ma conosciuta dalle consuetudini costituzionali) di "luogotenente del Regno" (5 giugno del 1944)? Nella promulgazione da parte del governo De Gasperi del decreto luogotenenziale di indizione del referendum e delle elezioni all'Assemblea costituente (16 marzo 1946)? Nel fatto che il popolo italiano ha votato per il referendum istituzionale e l'elezione dell'Assemblea costituente? Nell'approvazione della nuova Costituzione da parte dell'Assemblea costituente? Nella prima sentenza della Corte costituzionale? In tutti questi fatti insieme?

Per altro verso, se guardiamo da vicino a questa vicenda italiana, ci accorgiamo che quasi tutti i passaggi all'interno del periodo costituzionale transitorio (e dunque nel corso del presunto svolgimento del potere costituente) erano in realtà "giuridificati": anziché trattarsi di puri e semplici atti non regolati, sono atti che si sono svolti nel quadro di norme giuridiche autorizzatorie. In altre parole, nessuno dei fatti sopra indicati (tranne, forse, la destituzione di Mussolini) si è svolto "al di fuori o contro ciò che è previsto da eventuali norme giuridiche vigenti", come invece stabilisce la definizione di Baquerizo. E dunque non si sarebbe trattato, per lo più, di un vero potere costituente. Se prendessimo alla lettera la definizione di Baquerizo, dunque, dovremmo concludere che, nonostante le apparenze, siamo tuttora nel Regno di Italia – o quantomeno che *lo stesso ordinamento* quale vi era sotto il Regno di Italia si è adesso evoluto in un ordinamento repubblicano. Il che, nuovamente, suona un po' strano.

Una terza perplessità è in realtà una domanda aperta, nel senso che non ho in mente una risposta precisa. Si tratta di questo: sarebbe opportuno (teoricamente utile, esplicitamente fecondo ecc.) elaborare *anche* una nozione di potere costituente per così dire "intermittente", o "parziale"? Un potere, cioè, che indiscutibilmente *cambia* l'ordinamento, in maniera *extra ordinem*, cioè introducendo modifiche ordinamentali per vie diverse da quelle che l'ordinamento espressamente autorizza, ma senza che ciò arrivi ad essere considerato come l'instaurazione di un *nuovo* ordinamento? La pratica costituzionale di molti ordinamenti contemporanei, incluso quello italiano, conosce chiarissimi esempi di cambiamenti di questo tipo: si pensi alle decisioni con cui la Corte costituzionale italiana ha introdotto la categoria dei "principi costituzionali su-

premi”, come limite alla revisione costituzionale e controlimita all’ingresso di norme eurounitarie nell’ordinamento giuridico nazionale. O alle sentenze con cui sempre la Corte costituzionale italiana ha tracciato il proprio “cammino comunitario”, cioè il sistema dei rapporti tra diritto nazionale e diritto dell’Unione europea, ben prima che la questione venisse affrontata tramite un formale procedimento di revisione costituzionale (il quale ultimo ha avuto luogo, su questo punto, solo nel 2001). O ancora alla sentenza *Marbury v. Madison* (1803), con cui la Corte Suprema federale degli Stati Uniti ha attribuito a sé stessa il potere di effettuare il controllo di costituzionalità delle leggi.

In casi di questo tipo siamo di fronte a importanti modifiche *extra ordinem* dell’ordinamento vigente, equiparabili ad un potere di revisione costituzionale effettuato al di fuori delle procedure espressamente previste a questo scopo dall’ordinamento, e che però non producono un *nuovo* ordinamento giuridico. Non sarebbe utile dotarsi di una nozione di potere costituente, o “quasi-costituente”, idonea a rendere conto anche di fenomeni di questo tipo?

3. In conclusione

Le perplessità che ho cercato di sollevare nel paragrafo precedente (specialmente la prima e la seconda) mi portano in una direzione che è opposta a quella che ispira il lavoro di Baquerizo: mentre quest’ultimo è mosso dall’obiettivo di elaborare una ricostruzione del concetto di potere costituente che sia coerente e feconda, la mia sensazione è che, una volta sottoposto a verifica analitica, il concetto di potere costituente tenda a dissolversi “come un fantasma”⁶: che diventi, cioè, una nozione priva di un effettivo riscontro nella realtà dei processi giusgenerativi che portano all’instaurazione e alla formazione di un ordinamento giuridico.

Detto altrimenti, se l’esistenza di un potere costituente può essere acclarata solo *ex post*, davanti al fatto dell’esistenza di un ordinamento giuridico effettivo, allora il vero peso, il vero banco di prova dell’esistenza di un potere costituente è dato proprio dall’effettività (come ovviamente afferma anche Baquerizo); e cioè è dato dalla presenza di pratiche di riconoscimento, messe in atto dagli operatori giuridici, e più in generale dalla popolazione nel suo complesso. Ma, se è così, allora il potere costituente diventa, dal punto di vista concettuale, una specie di guscio vuoto, una “*needless reduplication*” rispetto alla presenza di pratiche di riconoscimento⁷.

Se è così, allora “potere costituente” diventa semplicemente una espressione di comodo, una scorciatoia linguistica e mentale, al pari di espressioni come “il legislatore”, o “il sovrano”: diventa cioè una locuzione utile non per la sua fecondità teorica, ma solo per indicare in forma sintetica e riassuntiva un qualche evento storico, possibilmente complesso e caotico, da cui è sorto (quello che è generalmente percepito come) un nuovo ordinamento giuridico. Ma resta il fatto che, a ben vedere, il consolidarsi di un nuovo ordinamento giuridico dipenderà in ultima analisi dalle pratiche di riconoscimento, dall’effettività: è quest’ultima cosa a fare tutto il lavoro, non il potere costituente.

Note

¹ Baquerizo, 2021.

² Il problema è discusso in Baquerizo, 2021, pp. 61-93.

³ Per una sintetica ricostruzione della questione della normatività del diritto, rinvio a Pino, 2021a.

⁴ Baquerizo non si esprime esattamente in questi termini, ma è così che lo reinterpreto io (anche alla luce delle mie personali convinzioni in proposito). Una presentazione più articolata di questo modo di vedere si può trovare in Jori, 2010.

⁵ Baquerizo, 2021, p. 58 (traduzione mia).

⁶ Questo è ciò che era accaduto, secondo Giovanni Tarello, al concetto di “azione” così come era passato tra le mani di alcuni importanti processualisti del Novecento: Tarello, 1977.

⁷ L’espressione, come è noto era stata impiegata da Hart per riferirsi, criticamente, alla nozione di norma fondamentale elaborata da Hans Kelsen (Hart, 1994, p. 293). Per una argomentazione più ampia e dettagliata sul ruolo delle pratiche di riconoscimento rispetto all’esistenza delle fonti del diritto, v. Pino, 2021b.

Riferimenti bibliografici

Baquerizo, J. (2021), *El concepto de “poder constituyente”*. Un estudio de teoría analítica del derecho, Madrid: Marcial Pons.

Hart, H.L.A. (1994), *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon (2nd ed.).

Jori, M. (2010), *Del diritto inesistente*, Pisa: ETS.

Pino, G. (2021a), “Normativity for Positivists”, in S. Berteia (ed.), *Contemporary Perspectives on Legal Obligation*, London: Routledge, pp. 82-97.

Pino, G. (2021b), “Sources of Law”, in J. Gardner, L. Green, B. Leiter (eds), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 4, Oxford: Oxford U.P., pp. 58-92.

Tarello, G. (1977), “Quattro buoni giuristi per una cattiva azione”, in Id., *Dottrine del processo civile*, Bologna: il Mulino, 1989, pp. 241-261.