

## Sul 'soggetto costituente'. Autorità *de facto*, identità costituente, e contesto internazionale

JULIETA A. RABANOS\*

*Sommario:* In questo breve commento a *El concepto de «poder constituyente»* di Jorge Baquerizo, formulerò tre osservazioni su alcune tematiche e alcuni aspetti della (o connessi alla) sua definizione di 'soggetto costituente' (§2). Le prime due osservazioni riguardano alcuni aspetti problematici del rapporto di 'soggetto costituente' con 'autorità *de facto*' e 'potere di fatto', in particolare la non completa considerazione dell'ambiguità di tali nozioni e delle conseguenze di tale ambiguità (§3). La terza riguarda la possibilità che la definizione in analisi sia insufficiente, e la proposta di superare i limiti di tale definizione per mezzo di una definizione dell' 'identità costituente' basata sull'analisi della «triade costituente», e della considerazione del contesto internazionale (§4).

*Parole chiavi:* Potere costituente, soggetto costituente, autorità, triade costituente, norme costitutive, diritto internazionale

*Abstract:* In this brief commentary on Jorge Baquerizo's *El concepto de "poder constituyente"*, I will make three observations on some aspects and related issues of his definition of the 'constituent subject' (§2). The first two concern some problematic aspects of his relation to 'de facto authority' and 'de facto power', especially the non-complete consideration of their ambiguity and its consequences (§3). The third concerns the possibility that the definition under analysis is insufficient, and how it could be overcome with a definition of the 'constituent identity' based on the analysis of the 'constituent triad' and consideration of the international context (§4).

*Keywords:* Constituent power, constituent subject, authority, constituent triad, constitutive rules, international law

### 1. Premessa

*El concepto de «poder constituyente»*, di Jorge Baquerizo (Marcial Pons, 2021), è un testo molto interessante per diverse ragioni. Da una parte, realizza ciò che si propone in modo esplicito: disambiguare il significato dell'espressione «potere costituente»; contribuire a ricostruire in modo più chiaro il concetto di «potere costituente» rilevante per il diritto; e connettere tale concetto con altri concetti giuridici quali 'potere', 'ordine giuridico', 'rivoluzione', e 'riforma costituzionale'<sup>1</sup>. Dall'altra, la sua particolare proposta relativa al concetto di «potere costituente» ha due elementi di particolare interesse. Il primo è che si propone un concetto *giuridico*, e non *politico*, di «potere costituente»: uno che promette di essere utile per la teoria del *diritto* e che si trova al centro di domande

---

\* Assegnista di ricerca in Filosofia del diritto, Università degli Studi di Genova.

Ringrazio enormemente Luca Malagoli per la consulenza linguistica.

<sup>1</sup> Tuttavia, c'è una vistosa assenza in questa rete presentata da Baquerizo: il concetto di 'processo costituente'. A mio parere, 'processo costituente' sarebbe il terzo elemento di quella che potremmo chiamare «triade costituente»: potere costituente, processo costituente, e riforma costituzionale. Questa «triade costituente» sarebbe ideale per affrontare e risolvere in modo complessivo i quesiti espliciti ed impliciti nel libro di Baquerizo, la cui risposta chiaramente l'autore continuerà a sviluppare in opere successive.

(e risposte) sugli *ordini giuridici* – come quella circa la loro origine e fondamento<sup>2</sup>. La seconda è che ne propone una ridefinizione articolata in quattro proprietà: l'intervento di un soggetto costituente; la produzione di norme originarie; l'effettività dei fatti normativi originari; e il sorgere di un nuovo ordine giuridico.

In questo breve commento, formulerò tre osservazioni su alcune tematiche e alcuni aspetti della (o connessi alla) sua definizione di ‘soggetto costituente’ (§2). Le prime due osservazioni riguardano alcuni aspetti problematici del rapporto di ‘soggetto costituente’ con ‘autorità *de facto*’ e ‘potere di fatto’, in particolare la non completa considerazione dell'ambiguità di tali nozioni e delle conseguenze di tale ambiguità (§3). La terza riguarda la possibilità che la definizione in analisi sia insufficiente, e la proposta di superare i limiti di tale definizione per mezzo di una definizione dell'‘identità costituente’ basata sull'analisi della «triade costituente», e della considerazione del contesto internazionale (§4).

## 2. Il ‘soggetto costituente’

Per l'autore, l'esistenza di almeno un soggetto costituente è un presupposto soggettivo dei fatti normativi originari (produzione di norme originarie), la cui manifestazione effettiva si può interpretare come istanza di ‘potere costituente’. Le proprietà definitorie del concetto di ‘soggetto costituente’ sarebbero tre: la sua condizione di ‘costituente’ e non ‘costituito’, la sua non-soggezione a doveri e limiti giuridici, e l'auto-attribuzione di una competenza originaria<sup>3</sup>.

Essere ‘non costituito’ significa ‘non istituito da atti giuridici né disciplinato da norme giuridiche’, e dunque i soggetti costituenti non possono essere persone giuridiche. Inoltre, di conseguenza: 1) essi non possono ritenersi come vincolati a doveri giuridici riguardo ad altri individui, e 2) i loro atti non possono considerarsi vincolati a limiti giuridici preesistenti. Per l'autore, ciò deriva dal fatto che

«como afirma Riccardo Guastini, una autoridad *de facto* –creadora de derecho, pero no creada por el derecho– “siendo *de facto*, puede tener límites fácticos, pero no puede lógicamente ser limitada por normas jurídicas; de otra manera, no sería *de facto*, se convertiría en autoridad jurídica». De ahí que el sujeto constituyente sea usualmente caracterizado como jurídicamente ilimitado, libre para crear cualquier sistema normativo posible (...)»<sup>4</sup>.

In effetti, segnala l'autore, l'esistenza di limiti giuridici deve essere considerata come un'impossibilità concettuale e non empirica, in quanto «la propia instauración normativa *de facto* que ha alcanzado efectividad – y que de modo *ex post* se denomina «poder constituyente» – está implicado ya el hecho de haberse obviado o contravenido los límites jurídicos preexistentes»<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> L'altro scopo implicito del libro, a mio parere, è quello di mantenere il concetto di ‘potere costituente’ come concetto rilevante e primario per la teoria del diritto, assumendone assiomaticamente la rilevanza. Tuttavia, la conclusione di questo enorme lavoro avrebbe ben potuto essere che in realtà questo concetto *non* è rilevante e/o primario per la teoria del diritto – specie, se il suo contenuto dipende fortemente del principio di efficacia. Tale è stata anche una conclusione di G. Pino (cfr. 2023).

<sup>3</sup> Baquerizo 2021: 99 ss.

<sup>4</sup> Baquerizo 2021: 102.

<sup>5</sup> Baquerizo 2021: 107.

### 3. Soggetto costituente, autorità *de facto*, potere di fatto

La prima osservazione è che, a mio parere, Baquerizo non ha preso completamente in considerazione l’ambiguità dei sintagmi «autorità *de facto*» sia «potere di fatto» e le conseguenze che ne derivano.

In effetti, «autorità *de facto*» non sempre viene opposto ad «autorità giuridica», come appare proposto da Baquerizo<sup>6</sup>. Questo binomio «autorità *de facto/ de iure*» riguarda lo status dell’origine dell’autorità (origine in norma, specie giuridica, o meno). Tuttavia, il binomio «autorità fattuale/normativa» riguarda lo status delle sue *utterances* (se hanno, genericamente, conseguenze normative o meno); il binomio «autorità *de facto/legittima*» riguarda lo status della pretesa di autorità legittima (se sia vera o meno)<sup>7</sup>; e la triade «autorità legale/effettiva (fattuale)/legittima» riguarda le diverse accezioni che il termine ‘esistenza’ può avere quando è predicato delle norme giuridiche e dei tipi di autorità che a tali accezioni corrispondono<sup>8</sup>. Questi binomi non sono equipollenti, nel senso che rispondono a questioni diverse. Tuttavia, non appaiono esplicitamente considerati da Baquerizo neppure nella sua analisi del ‘potere costituente’ come fondamento dell’esistenza giuridica di un ordine giuridico.

Inoltre, «potere di fatto» appare in almeno due binomi diversi non-equipollenti: «potere di fatto/normativo», riguarda lo status delle conseguenze del suo esercizio (se esso produce effetti normativi o meno), e «potere di fatto/ giuridico», riguarda lo status dell’origine del potere (origine in norma “valida”, specie giuridica, o meno). In questo caso, Baquerizo riconosce e usa tutti e due; tuttavia, e come di seguito segnalerò, non sempre riconoscendone la non-equipollenza.

Prendere atto di queste ambiguità sarebbe importante per due ragioni. La prima è che un’autorità *de facto* nel terzo senso –ma anche nel quarto, a ben vedere– può perfettamente essere limitata da norme giuridiche, nonché da esse istituita. Questo, naturalmente, non sarebbe compatibile con la asserita qualità di ‘non costituito’ del soggetto costituente e richiederebbe una rivisitazione di tale qualità. Inoltre, a mio parere, la considerazione della triade potrebbe essere fondamentale per rafforzare la proposta di Baquerizo del ‘potere costituente’ come fondamento dell’esistenza di norme giuridiche contrapposto al loro fondamento di *validità* (appartenenza e/o forza vincolante) o di *legittimità* (forza vincolante), e al suo rifiuto di altre posizioni sul punto<sup>9</sup>.

La seconda ragione è che un’attenta considerazione di queste differenze può contribuire a mantenere ben distinti due attributi, ‘normativo’ e ‘giuridico’, ciascuno corrispondenti a due domande centrali a cui Baquerizo prova a dare risposta nel libro: il passaggio del fatto alla norma (fatto-a-norma), e come una certa norma può venire intesa come giuridica (non-giuridico-a-giuridico). In questo senso, come e in che senso una norma possa venire identificata come giuridica appare come una questione diversa, anche se magari connessa, a come e in che

---

<sup>6</sup> Cfr. Rabanos 2020, cap. 1.

<sup>7</sup> Inoltre, e seguendo Raz, questo binomio separa ‘potere’ da ‘autorità’ e, in conseguenza, da ‘autorità *de facto*’. Ciò non si dà necessariamente nel binomio «fattuale/normativa», dove ‘autorità fattuale’ può essere paragonata a ‘potere’.

<sup>8</sup> Cfr. Caracciolo 2009: 101 ss.

<sup>9</sup> Cfr. ad es. Baquerizo 2021: 77 ss, 155, 155 n. 279.

senso un fatto (ovvero un suo insieme) possa essere considerato come norma. Tuttavia, per Baquerizo, ‘potere costituente’ appare, da un lato, come potere sia fattuale (dal punto di vista della sua manifestazione) sia giuridico (dal punto di vista dei suoi risultati)<sup>10</sup>; e, dall’altro, come potere fattuale che produce delle norme (passaggio fatto-a-norma) e come potere ancora fattuale che trasforma norme in norme giuridiche (passaggio non-giuridico-a-giuridico). E, nel libro, gli argomenti a sostegno di questa prospettiva sembrano appunto non prendere atto di questa distinzione<sup>11</sup>, specie perché gli argomenti che valgono per la prima non necessariamente valgono anche per la seconda, e viceversa<sup>12</sup>.

La seconda osservazione è che, anche a mio parere, un’analisi (più) sviluppata del concetto d’autorità –specchio di quella svolta per ‘potere’– e una chiara presa di posizione al riguardo sarebbero state opportune. Oltre alle ragioni indicate in precedenza, un’analisi approfondita consentirebbe a Baquerizo di argomentare più accuratamente la sua posizione secondo la quale, per la teoria del diritto –e specie per spiegare questioni centrali come il fondamento degli ordinamenti giuridici<sup>13</sup>– il concetto di ‘potere’ sarebbe prioritario e/o preminente in relazione a quelli di ‘norma’ e ‘autorità’<sup>14</sup>.

#### ***4. Il problema dell’identità costituente: la triade costituente e il contesto internazionale***

La terza osservazione si sviluppa a partire da quest’ultimo punto. La definizione di ‘soggetto costituente’ proposta da Baquerizo assume, in qualche modo, che sia perfettamente individuabile *un* soggetto e/o gruppo che in *un* momento perfettamente individuabile ha realizzato *certi* atti di prescrizione perfettamente individuabili i quali, si può ritenere (*ex post*<sup>15</sup>), possono considerarsi *sufficienti* per avere un nuovo ordine giuridico. Questo segue la stella della definizione generale di ‘potere costituente’ proposta dall’autore, in cui esso soltanto esisterebbe in un unico momento: prima non esiste, e dopo è già sparito<sup>16</sup>.

Tuttavia, concordo con Giorgio Pino sul fatto che questa definizione può ben essere problematica<sup>17</sup>: diversi soggetti e/o gruppi possono intervenire in diversi momenti realizzando diversi atti, alcuni magari in contraddizione tra di loro e alcuni persino non qualificabili come prescrizioni. Inoltre, alcuni di quelli soggetti possono ben essere soggetti ‘costituiti’, sia nel senso di venire istituiti da norme sia nel senso di avere dei limiti e/o doveri giuridici. Pertanto, chi può venire ritenuto come ‘soggetto costituente’ (ce ne possono essere diversi)? Quali sono gli atti da considerare sufficienti? In quale momento si deve ritenere esercitato il ‘potere costituente’, e perciò, si deve ritenere nato il nuovo ordine giuridico? Quale riconoscimento, su quali atti di quali soggetti, sarebbe sufficiente per considerare “efficaci” i fatti normativi originari?

---

<sup>10</sup> Cfr. Baquerizo 2021: 216 ss.

<sup>11</sup> Cfr. Baquerizo 2021: 78 ss, anche 216 ss.

<sup>12</sup> Si veda anche Pino 2023, §1.

<sup>13</sup> Cfr. Baquerizo 2021: 216-7.

<sup>14</sup> Cfr. ad es. Baquerizo 2021: 155.

<sup>15</sup> Cfr. Baquerizo 2021: 50 ss.

<sup>16</sup> Cfr. ad es. Baquerizo 2021: 55.

<sup>17</sup> Cfr. Pino 2023.

Per dare una risposta a questi interroganti, la definizione di ‘soggetto costituente’ fornita nel libro (e, di conseguenza, neppure quella di ‘potere costituente’) non sembra sufficiente. A mio parere, mancherebbero due elementi. Il primo sarebbe una definizione più chiara della ‘identità costituente’: una che prenda in considerazione questa possibilità temporale, così come la potenziale molteplicità di diversi soggetti coinvolti e la varietà di atti possibili. E questa definizione, a mio parere, potrà avvenire soltanto quando l’autore affronterà in modo interdipendente tutti gli elementi di quella che all’inizio di questo commento ho chiamato «triade costituente»: potere costituente (oggetto di questo libro), processo costituente, e riforma costituzionale.

Il secondo sarebbe un’analisi approfondita del rapporto (o meno) tra ‘potere costituente’ e diritto internazionale, oltre al rifiuto elaborato dall’autore della possibile esistenza di limiti giuridici internazionali<sup>18</sup>. Brevemente, a mio parere è possibile che vi siano due regole costituite concorrenti –una di diritto nazionale (RCn) e una di diritto internazionale (RCi)– che consentano o meno di identificare *ex post* un insieme di fatti verificati in un dato territorio come ‘potere costituente’. Questo, oltre a richiedere potenzialmente una qualificazione della non-limitazione del soggetto costituente<sup>19</sup>, in ogni caso pone due interrogativi rilevanti a cui rispondere: quale potrebbe essere il risultato di un mancato riconoscimento nel contesto internazionale nell’identificazione *ex post* del ‘potere costituente’ nel contesto nazionale, e come la teoria del diritto contemporanea potrebbe contribuire ad affrontare tale domanda.

### **Riferimenti bibliografici**

Baquerizo, J. (2021), *El concepto de «poder constituyente»*, Madrid: Marcial Pons.

Caracciolo, R. (2009), «El concepto de autoridad normativa: el modelo de las razones para la acción», in Id., *El Derecho desde la Filosofía: Ensayos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Pino, G. (2023), *Una teoria analitica del potere costituente*, «Notizie di Politeia», XXXIX, 150: 51-57.

Rabanos, J. (2020), *Modelos contemporáneos de autoridad* (tesi dottorale inedita - UNIGE).

---

<sup>18</sup> Baquerizo 2021: 106.

<sup>19</sup> A mio parere, la potenziale esistenza di RCi consentirebbe di parlare di limiti internazionali deboli e forti. Deboli, riguardanti le condizioni di riconoscimento di esistenza di ‘potere costituente’: verificato un insieme di fatti diverso a X (integrato, anche, dal riconoscimento di quel insieme come avente di valore ‘potere costituente’ secondo RCn), allora non ci sarebbe ‘potere costituente’. Forti, riguardanti le conseguenze della verifica di quell’insieme di fatti diverso a X: a conseguenza della mancata verifica di X, in congiunzione alla verifica del riconoscimento (in base a RCn) di quell’insieme di fatti diversi a X come avente di valore ‘potere costituente’, vengono imposte sanzioni.