



R. CRISTIN (a cura di), *Sergio Raul Castaño. Il potere costituente tra mito e realtà*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, pp. 135*.

L'epoca moderna pare proporre sfide ed interrogativi nuovi agli studiosi del “potere costituente” tanto da arrivare ad una vera e propria messa in discussione della natura stessa di tale concetto. Applicazioni prima impensate di suddetta facoltà – si pensi all'avanzamento dell'idea dell'adozione di una Costituzione europea – ovvero lo stato di salute cagionevole delle Costituzioni del Novecento impongono quasi un ripensamento dei confini ideologici di tale potere così da renderlo maggiormente aderente ai tempi correnti.

L'opera di Sergio Raúl Castaño – aperta da una prefazione di Pietro Giuseppe Grasso sull'insegnamento dei giuristi italiani in materia – si propone proprio di analizzare la nozione di potere costituente in relazione ai suoi tre elementi costitutivi rappresentati dal potere politico, dalla costituzione e dalla sovranità popolare.

Nel primo capitolo, l'Autore conduce infatti il lettore verso la comprensione della natura del potere politico, posto che il potere costituente altro non è che un modo di essere particolare e specifico, una delle tante forme di manifestazione del più ampio concetto di potere politico (p. 3). Questo stesso è stato declinato dalle diverse correnti di pensiero in modo differente e vario, così che la sua essenza ontologica non appare pacifica. Partendo dall'assunto per cui si tratti di un metodo di organizzazione della coercizione, da un lato si hanno le ricostruzioni cosiddette “individualiste” per cui il potere politico funge da arbitro tra gli interessi particolari (p. 5) dei soggetti che interagiscono all'interno di un medesimo contesto sociale. La comunità va dunque a perdere il significato suo autonomo, riducendosi in null'altro che una mera somma di corpi e volontà singolari la cui tenuta si fonda su un reciproco rispetto e una coordinazione degli interessi di ciascun individuo. Dall'altro, invece, a parere delle

* Contributo sottoposto a *peer review*.

formulazioni aristoteliche classiche, il potere politico risponde innanzitutto alla necessità di perseguire un fine condiviso, individuato nel bene comune politico (p. 6). Dall'interesse egoistico si passa qui alla cooperazione volontaria in vista del raggiungimento di un obiettivo collettivo per cui il compito assegnato al potere politico è proprio quello di fissare regole valide e obbligatorie per tutti i consociati.

Da ciò deriva la prelazione del potere politico sulla realtà, intesa quale comunità politica e sociale. A parere di Bodin e Weber, infatti, tale potere diviene il fondamento e il parametro di definizione dell'ordine sociale. Non è mancato chi è arrivato a parlare in proposito di “necessità della potestà”, come Francisco Suárez, secondo il quale la potestà è inerente ed insita nella natura stessa della società civile (p. 9). Si compie dunque un ulteriore sviluppo logico, per cui dalla relazione sussistente tra fine comune e comunità politica si passa al legame tra quest'ultima e l'autorità la quale risulta – in ultima istanza – subordinata al raggiungimento del bene comune. È pertanto il fine comune politico a legittimare sia il potere sociale che l'ordinamento giuridico tanto da potersi affermare che la *comunità è un tutto socio-politico-giuridico* (p. 11).

L'autorità politica – nascendo e sviluppandosi nell'intricato mondo delle relazioni umane – è dunque definibile come bipolare visto che l'esercizio del comando implica necessariamente l'esistenza di individui pronti – per consenso – ad obbedire ad esso. Ciò sottintende però la non-coincidenza tra il soggetto che comanda e quello che soggiace a quanto ordinatogli. Fin dalle formulazioni rousseauiane in merito ai meccanismi rappresentativi, passando per le ricostruzioni teoriche di Krieger e arrivando alla dottrina dell'aristotelismo classico di Tommaso d'Aquino, infatti, si possono distinguere due momenti diversi e complementari del comando. Da un lato, si ha l'ordine in sé per sé – inteso quale mero precetto –, dall'altro, invece, si ha l'esecuzione dell'intimazione da parte del subordinato la quale, per il suo semplice verificarsi, indica la convergenza di volontà e l'adesione razionale tra imperante ed imperato nella persecuzione del medesimo fine comune.

Ciò chiarito, l'A. passa poi a sottolineare come nella dottrina classica il detentore della potestà di comando sia il popolo, indicato – nella sua accezione mistica e artificiale – con il termine “nazione”, soprattutto a partire dalle grandi Rivoluzioni del Settecento. Diverse sono naturalmente le ricostruzioni. Partendo da quella dell'Abate Seyès per cui la nazione non aliena ma commissiona l'esercizio del suo potere, tramite l'elezione di rappresentanti dotati di mandato popolare, si arriva poi a quella della scolastica contemporanea - maggiormente focalizzata sulla inalienabilità della funzione – per cui i veri detentori del potere politico sono solamente coloro che effettivamente e personalmente la esercitano (p. 23).

Ritornando poi sulla essenza relazionale e consensuale nonché naturale e necessaria dell'imperio politico, Castaño osserva come, invece, le forme di regime siano il prodotto di congiunture storiche e sociali in cui il consenso della comunità diventa portante. Tale

assioma può ben ritrovarsi nel pensiero di de Maistre, Gramsci e Suárez i quali – con sfumature di significato differenti – concordano sulla natura del *placet* popolare quale titolo di legittimità sia del governante che dell'ordine costituito. Nelle pagine del volume, si ribadisce infatti come la relazione comando-obbedienza poggi imprescindibilmente su di un assenso volontario (p. 32) di tutta o di parte della società, affinché l'ordine sia percepito come legittimo e giusto.

Tale consenso può assumere svariate forme. Nella scelta dei rappresentanti aventi accesso all'esercizio del potere, innanzitutto, il consenso viene espresso mediante i meccanismi descritti nella Costituzione mentre, soprattutto in fase di ridefinizione dell'ordine costituzionale a seguito di fenomeni rivoluzionari, esso si estrinseca nell'opera di scrittura e nel disegnare il contenuto della carta fondamentale. In buona sostanza, quindi, la Costituzione è opera del potere che gode dell'appoggio dei subordinati stante la volontà di perseguire il medesimo scopo comune individuato da chi esercita la sovranità.

Nel secondo capitolo, l'A. si sofferma ad analizzare proprio la natura della Costituzione, o meglio di potere costituente quale *concetto limite* del diritto costituzionale per usare un'espressione di Böckenförde. L'accezione di significato oggi predominante di Costituzione quale regola di esercizio dell'autorità pubblica affonda le sue radici nel diritto romano con Cicerone per venire poi riabilitata nel XVIII da pensatori come Bossuet e Emer de Vattel. Tre sono le correnti fondazionali della teoria costituzionale.

La prima, di tipo razional-normativo, si erige sull'idea che la Costituzione sia null'altro che un insieme ordinato di norme volto a stabilire a tuttotondo le funzioni, poteri e competenze dello Stato e dei suoi organi (p.44). Lo scopo ultimo è pertanto quello di evitare l'arbitrio statale e le sue degenerazioni, riducendo qualsiasi caso concreto al contenuto di una norma. Si ha poi il tipo cosiddetto storico-tradizionale che invece vede nella Costituzione il prodotto specifico di un determinato popolo e della sua storia. Il suo contenuto risente dunque inevitabilmente dei costumi tramandati e dello spirito della nazione, storicamente e geograficamente situata. Terzo e ultimo tipo è quello sociologico per cui il contenuto della Costituzione dipende direttamente dalle strutture sociali vigenti nel presente (p.48), ovverosia dal metodo e meccanismo di convivenza ed esistenza di una determinata comunità.

Ognuno di questi tipi partecipa alla definizione complessiva del concetto di Costituzione la quale crea un ordine sociale, afferma la norma e istituisce poteri al fine del raggiungimento di un comune obiettivo politico. Essa è altresì il prodotto dell'accordo e del consenso di uomini unitisi insieme per uno scopo condiviso, che – aderendo intimamente al suo contenuto – le forniscono legittimazione ultima.

Accanto a tale sua dimensione meramente astratta quale norma fondante, se ne hanno però due maggiormente concrete consistenti nella Costituzione reale e in quella materiale, espressive dell'"anima della città" (p. 56).

L'A. evidenzia poi le potenzialità della Costituzione quale ordine di distribuzione territoriale del potere e ordine della subordinazione. La prima coincide con quelle che vengono definite *forme di Stato*, stante l'attenzione prestata dal legislatore costituzionale nel definire il modo e le dinamiche di integrazione e relazione delle varie comunità, regioni e gruppi nazionali all'interno della medesima comunità politica (p. 64). Parimenti, le carte costituzionali definiscono il bacino di coloro che sono titolari di diritti politici attivi e passivi, andando così a tratteggiare il profilo dei soggetti ammessi a partecipare alla determinazione dell'indirizzo e della volontà politica. Si parla in questo caso di *forme di governo*.

Procedendo nella lettura, emerge l'intento dell'A. di sottolineare l'influenza dei fattori sociali e culturali nella definizione del concetto di Costituzione. Riprendendo in particolare la dottrina di Carl Schmitt, Castaño ne espone la natura dinamica, dettata dall'interazione energica tra diverse forze che vengono sintetizzate nell'unità politica.

L'ultima parte del capitolo è invece dedicata alla Costituzione giuridica. Dapprima spazio viene riservato alla trattazione della cosiddetta "costituzione giuridica totale" atta a ricomprendere al suo interno sia il testo della carta fondamentale sia l'ordine giuridico-politico circostante (p.73) costituito dalle norme derivate dalla Costituzione. Essa esprime il modo di essere di ciascuno Stato, racchiudendo al suo interno i vari aspetti della vita comunitaria politicamente e giuridicamente organizzata.

Dissimile è invece la "costituzione giuridico-formale" così come elaborata dal costituzionalismo liberale classico. In questo caso, difatti, ci si sofferma maggiormente sugli elementi formali di strutturazione della Costituzione, concentrandosi in prima battuta sulla elencazione di un sistema di garanzie liberali borghesi per poi passare alla istituzionalizzazione dei poteri e delle loro funzioni.

La nozione di Costituzione, nel suo senso più completo, concreto e totale, pertanto, rimanda al concetto di causa formale (p. 76) in considerazione del fatto che essa combina in sé sia il sistema di ordinamento delle relazioni umane sia le disposizioni sociali ed attitudinali dei consociati.

Nel terzo capitolo, infine, l'A. si interroga sulla natura del potere costituente come funzione del potere politico. L'indagine parte dall'interrogativo in merito al chi esercita il potere costituente; quesito di difficile soluzione in particolare se posto in relazione alla suddetta Costituzione totale. La totalità dell'ordine sociale è difatti sottratta alla disponibilità del potere politico visto che il presupposto stesso dell'esistenza del potere costituente è da individuarsi nel contenuto della costituzione plenaria (p. 79). In essa sono difatti stabilite le regole da cui dipenderà poi l'organizzazione concreta della comunità e dell'autorità riassumibili in relazioni di comando e di obbedienza. Il popolo perde così parte del proprio potere costituente visto che il suddito risulta di fatto assoggettato ai comandi altrui e l'ordinamento discende dalla volontà dei pochi, individuabili nei membri delle assemblee costituenti o delle commissioni redattrici.

Si verifica dunque il passaggio di consegne implicito per cui il potere costituente originario passa nelle mani del potere costituito, mettendo in dubbio il dogma della sovranità popolare. In nessun caso infatti il popolo tutto viene chiamato ad esercitare il potere costituente, prerogativa nelle mani dei poteri politicamente vigenti (p. 82). Nel momento in cui gli organi agiscono riformando le disposizioni costituzionali vigenti, sono i pochi ad incidere sul contenuto della Costituzione – sottratta all'opinione nazionale – e ugualmente pochi sono quelli che partecipano alla funzione costituente stessa, concessa a coloro che risultano detenere maggiore presa sulla società di riferimento. Da ciò deriva dunque che l'unico titolare del diritto del comando politico è solamente colui che esercita nella pratica le correlate funzioni di imperio, al di là di ogni retorica sulla sovranità popolare. Una di queste funzioni è proprio quella costituente tale per cui nemmeno la definizione dell'ordine fondamentale sfugge da tale logica secondo la quale sono i soggetti incaricati di un potere supremo sulla comunità a partecipare al potere politico. Tale facoltà non deve però essere intesa quale assoluta, dovendo comunque rispettare i precetti della legge naturale.

Le pagine conclusive dell'opera sono dedicate a due appendici polemiche.

La prima – sul mito della sovranità del popolo – fornisce all'A. l'occasione per sottolineare la contraddizione insita nello Stato costituzionale per cui da una parte si vorrebbe l'affermazione della sovranità popolare e dell'altro l'assenza di un'autorità sovrana (p. 90). Ebbene, a parere dello scrittore spagnolo, tale *impasse* non può che superarsi giocando sulla distinzione tra titolarità ed esercizio della potestà statale. Al popolo infatti – per non farsi sovrano – dovrà essere riconosciuta unicamente la detenzione del potere costituente, esercitato però da un altro soggetto, cioè dal potere costituito, formato dalla somma dei diversi organi i cui rappresentanti vengono eletti dal popolo. La sovranità popolare si manifesta quindi unicamente nella fase originaria e conclusiva dello Stato, stante l'opera di mediazione compiuta dagli eletti nell'esercizio del potere politico nella fase intermedia a questi due momenti estremi.

D'altronde, a parere dell'A., la fallacità del mito della sovranità popolare emerge con chiarezza anche analizzando il cosiddetto fenomeno della giuridicizzazione della politica per effetto del quale la politica è stata di fatto assorbita dal diritto (p. 95). Tale esito deve essere letto come la naturale conseguenza della estromissione del sovrano dall'apparato statale di cui si disquisiva sopra. I poteri effettivi statali infatti non possono che essere delle mere competenze giuridiche, non possedendo profili di sovranità.

Ulteriore profilo problematico deve altresì individuarsi nel luogo in cui risiede effettivamente la sovranità all'interno dello Stato (p. 97). A partire dalle dottrine francesi del Settecento si è andato affermando il binomio nazione (inteso come corpo collettivo formato dagli individui che risiedono in un medesimo territorio) – potere costituente. Nello specifico, è la volontà collettiva – espressa tramite i meccanismi di rappresentanza elettorale - a formare la legge e ad originare la Costituzione. Queste ultime esprimono

difatti un modello di organizzazione sociale condiviso, cui i singoli scelgono di aderire e di rispettare nel momento dell'entrata a far parte di una data comunità socio-politica. È in tal modo, dunque, che può arriversi a parlare di “democrazia di identità” per cui la volontà dello Stato coincide con quella di ogni singolo cittadino (p. 100).

Secondo tale ricostruzione, si conferma dunque il principio secondo il quale colui che obbedisce alla legge ne è in realtà il sovrano. Proprio in tale confine labile giace, secondo l'A., la finzione alla base della sovranità popolare. Al popolo – da originario e naturale detentore della sovranità – è stata in buona sostanza concessa la sola titolarità formale del potere, esercitato nella prassi da soggetti sciolti dal controllo popolare (p.114) i quali più che incaricati all'esercizio del potere ne divengono membri.

Ciò vale anche per il potere costituente originario, consegnato nelle mani di un ristretto numero di individui scelti sulla base del consenso comune.

In conclusione, nella seconda appendice, l'A. si sofferma sulla figura e sul pensiero di Joseph de Maistre. Spingendosi oltre la teoria della naturalità del potere politico nato per effetto dell'aggregazione umana per il raggiungimento di un fine comune, il giurista francese afferma infatti la natura repressiva del potere sovrano poiché atto a determinare l'agire del singolo pur essendo da esso distinto.

Ebbene, l'opera di Sergio Raúl Castaño si presenta come una panoramica sul concetto di potere politico-costituente che attraversa i secoli e le diverse correnti di pensiero. Analizzando in chiave critica e disincantata la finzione giuridica – nonché ideologica – su cui si ergono la maggior parte delle democrazie contemporanee, ovvero la sovranità popolare, l'A. mette in guardia il lettore, nella sua veste di cittadino e membro della nazione, della fragilità della sua posizione all'interno dell'ordinamento. L'individuo infatti - dall'essere riconosciuto come detentore del comando per diritto naturale - ha finito per cedere sempre di più alle logiche ed ai meccanismi della rappresentanza e della delega elettorale, rinunciando progressivamente ai baluardi di esercizio di quel potere suo originario inizialmente riconosciutigli e non delegato ad altri. Insidiosa è difatti la linea di demarcazione tra titolarità del potere e titolarità del governo, dovendosi tenere a mente la possibilità – nonché il dovere – per i detentori del primo di intervenire nella determinazione delle norme fondamentali, così da non sviare dal perseguimento dell'obbiettivo comune, nucleo costitutivo della comunità. A tale fine, opportuna appare l'affermazione decisa e convinta della riconducibilità del potere costituente a quello politico, così da calarlo nella realtà oggettiva e dispiegarne le sue potenzialità per il conseguimento del bene collettivo.

Laura Pelucchini