

**PER UNA NOZIONE RESPONSIVA DI POTERE COSTITUENTE.  
UNA RIFLESSIONE FENOMENOLOGICO-GIURIDICA**

di

**Ferdinando G. Menga**

*Eberhard Karls Universität Tübingen*

**Abstract**

*The aim of this essay is to analyze through the lens of a determined phenomenological reflection the problematic legal-philosophical issue relating with the relationship between constituent and constituted power. It will be argued that only a thorough appraisal of the intervention of plurality within institution allows an adequate description of such a relationship and only a new concept of temporality – interpreted as temporality of “creative expression” – can solve the theoretical problems related with it. The overall phenomenological approach of this paper will lead to the proposal of an articulation of constituent power in terms of a responsive dynamic within institutional space.*

«Die Verfassung ist also insofern nichts Absolutes, als sie nicht aus sich selber entstanden ist» (C. Schmitt, *Verfassungslehre*)

«Parlare del potere costituente è parlare di democrazia» (A. Negri, *Il potere costituente*)

**1. Introduzione: lo spartiacque della modernità**

La modernità, nella sua struttura e dispositivi discorsivi, nasce da un evento di rottura di portata epocale: la perdita di credenza in quel fondamento universale che, lungo la traiettoria della tradizione classica, si era rivelato in grado di fornire all'esperienza intera il luogo inconcusso del proprio sostentamento, orientamento

e legittimazione. Tale istanza premoderna, vuoi sotto forma di un fondamento cosmologico, ontologico oppure teologico, costituiva il nucleo originario di «un ordine assolutistico»,<sup>1</sup> ossia «il culmine di un ordine già dato e necessario»,<sup>2</sup> capace di dare accoglienza e di assegnare il posto adeguato nel mondo ad ogni dimensione dell'umano, fino ad «occupa[rne]» – per dirla con Charles Taylor – «tutte le nicchie possibili».<sup>3</sup>

L'insorgenza della modernità rompe, invece, siffatta condizione di armonia diffusa e di affinità onnipervasiva:<sup>4</sup> la consapevolezza della mancanza di un'unità sostanziale e incontrovertibile a fondamento del mondo comporta, infatti, che quest'ultimo, nelle sue forme, istituzioni e regole, possa essere, per principio, anche altrimenti da come si dà di volta in volta.<sup>5</sup>

Il tratto distintivo della modernità, in tal modo, contrariamente a quanto sostengono non pochi interpreti, non è costituito tanto dall'agognata e, a tratti, persino esasperata ricerca di un fondazionalismo razionalistico,<sup>6</sup> quanto piuttosto, e ancor più primariamente, dall'assunzione dell'irriducibile «*consapevolezza della contingenza*»<sup>7</sup> dell'esperienza, quale conseguenza della scoperta della natura illusoria della premoderna fede in un principio trascendente a sostegno e garanzia di ogni ordine del mondo.<sup>8</sup>

Sulla base di un tale presupposto, non risulta, allora, affatto difficile giungere alla conclusione che sia proprio suddetta epoca a costituire lo scenario paradigmatico

---

<sup>1</sup> P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté en France*, Gallimard, Paris 2000, p. 14.

<sup>2</sup> P. Costa, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, p. 10.

<sup>3</sup> Ch. Taylor, *L'età secolare*, ed. it. a cura di P. Costa, Feltrinelli, Milano 2009, p. 364.

<sup>4</sup> Cfr. P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée*, cit., p. 14.

<sup>5</sup> Cfr. C. Lefort, *Saggi sul politico. XIX-XX secolo*, trad. it. di B. Magni, Il Ponte, Bologna 2007, pp. 30 ss.

<sup>6</sup> Lungo questa linea interpretativa segnaliamo, su tutti, Martin Heidegger con la sua critica alla modernità quale epoca in cui la tradizione metafisica occidentale esperirebbe il suo potenziamento definitivo o compimento (cfr. M. Heidegger, *L'epoca dell'immagine del mondo*, in Id., *Sentieri interrotti*, trad. it. di P. Chiodi, La Nuova Italia, Firenze 1994, pp. 71-101).

<sup>7</sup> M. Holzinger, *Kontingenz in der Gegenwartsgesellschaft. Dimensionen eines Leitbegriffs moderner Sozialtheorie*, transcript, Bielefeld 2007, pp. 27, 46.

<sup>8</sup> Nella traiettoria di questa diversa interpretazione della modernità ci sarebbero da annoverare numerose linee interpretative. Ci limitiamo qui a segnalare gli autori da cui abbiamo attinto in modo più esplicito: C. Lefort, *Saggi sul politico*, cit., in part. pp. 27 ss., 269 ss; N. Luhmann, *Systemtheoretische Argumentationen. Eine Entgegnung auf Jürgen Habermas*, in J. Habermas, N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung?*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1971, in part. pp. 393 s.; B. Waldenfels, *Estraniamento della modernità. Percorsi fenomenologici di confine*, ed. it. a cura di F.G. Menga, Città Aperta, Troina (En) 2005, pp. 23-26; F. Ciaramelli, *Istituzioni e norme. Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2006, pp. 23-42.

per l'avvento e lo sviluppo di una svolta senza precedenti: quella consistente, in primo luogo, nell'affermazione di un *primato politico* della costituzione del mondo e, in secondo luogo, nell'affermazione di un'inevitabile *configurazione democratica* della stessa dimensione politica.

In effetti, come segnala Claude Lefort, una volta che, con l'epoca moderna, in forza della dissoluzione di ogni fiducia in un principio inconcusso, si «inaugura [...] a ogni livello della vita sociale [...] una storia in cui [si] sperimenta un'indeterminazione ultima per quanto riguarda il fondamento del potere, della legge e del sapere, così come il fondamento della relazione dell'*uno con l'altro*»,<sup>9</sup> l'umanità occidentale non può non giungere anche e immancabilmente all'altezza di una duplice constatazione: innanzitutto, essa ha da assumere il fatto che il mondo, lungi dal poter essere ancora considerato, come nell'epoca classica, un ordine totale ontologicamente preconstituito, deve essere più propriamente inteso come lo spazio storico e limitato di una creazione politica, vale a dire come quello spazio che detiene quale sua unica fonte costituente il solo potere che promana dalla stessa collettività che lo abita; in secondo luogo, deve giungere alla conclusione che la stessa nozione di potere costituente appena introdotta detenga un'accezione espressamente democratica, e ciò in ragione del fatto che la riconsuetudine di un «principio sovranaturale»,<sup>10</sup> nella stessa misura in cui conduce all'indisponibilità di un fondamento incontrovertibile a determinazione e guida dell'umano intero, conduce altresì all'inaccessibilità di un'istanza capace di determinare e legittimare una volta per tutte una qualsivoglia eventuale assegnazione esclusiva ed escludente del potere.<sup>11</sup>

Alla luce di queste connessioni paradigmatiche è, pertanto, possibile delineare il quadro seguente: se eminentemente moderna è la presa di coscienza dell'inammissibilità di un principio trascendente e assoluto a cui lo spazio umano possa «conform[are] mimeticamente»<sup>12</sup> le proprie costruzioni di senso e se altrettanto moderno è il conseguente e inevitabile rimando a un'istituzione

<sup>9</sup> C. Lefort, *Saggi sul politico*, cit., p. 29.

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> Cfr. M. Abensour, «“Democrazia selvaggia” e “principio d'anarchia”», in Id., *La democrazia contro lo Stato. Marx e il momento machiavelliano*, ed. it. a cura di M. Pezzella, Cronopio, Napoli 2008, p. 181. Rimandiamo, al riguardo, anche all'analisi storico-genealogica che Charles Taylor effettua nel suo recente volume sulla secolarizzazione ed in cui viene segnalata con estrema accuratezza la riconduzione delle forme di disuguaglianza ed esclusione premoderne al loro «radicamento» di tipo cosmico-teologico (cfr. Ch. Taylor, *L'età secolare*, cit., in part. pag. 203).

<sup>12</sup> B. Waldenfels, *Estraniamento della modernità*, cit., p. 21.

politica del mondo o – il che è lo stesso – a un'istituzione del mondo come spazio politico,<sup>13</sup> segnatamente moderna deve essere considerata altresì la condizione democratica che deve regnare in tale spazio.<sup>14</sup> Condizione, questa, che, a ben vedere, deve essere colta nel doppio senso che il termine lascia trasparire: la collettività, poggiando sul presupposto dell'assenza di un'istanza originaria a suo sostegno e guida, è inevitabilmente chiamata, in primo luogo, in quanto *democrazia*, a creare se stessa dando fondo al proprio potere costituente, ovvero alla capacità di autoistituirsi e, in secondo luogo, in quanto *demo-crazia*, ad autogovernarsi esercitando tale potere in modo diffuso ed effettivamente condiviso, cioè senza possibilità di giustificazione alcuna per esclusioni partecipative.

Come qui si percepisce chiaramente, è proprio a quest'altezza che emerge una connessione peculiare: quella fra l'insorgenza del carattere di contingenza dell'esperienza umana, l'entrata in scena di quella configurazione dello spazio politico che siamo soliti definire nei termini di «democrazia» e l'inevitabile radicamento di siffatto spazio attorno all'istanza originaria del potere costituente, la quale esprime l'«essenza» stessa della partecipazione collettiva.<sup>15</sup>

Questo è il nesso fondamentale che connota strutturalmente lo spazio epocale che prende il nome di «modernità». Ed è a tale nesso che ora le pagine a seguire intendono dedicare attenzione circostanziata; e ciò, a sua volta, non secondo una disamina di carattere generale, ma piuttosto secondo una traiettoria ben determinata, la quale, proprio prendendo le mosse dagli snodi teorici appena delineati, cercherà di sviluppare, a mo' di tentativo, un vero e proprio discorso fenomenologico sul potere costituente.

Omettiamo qui di anticipare la parabola argomentativa complessiva della nostra riflessione, sicuri che, nell'articolarsi stesso della nostra indagine, si mostreranno ben presto in tutta chiarezza sia la posta in gioco del discorso, sia le implicazioni coinvolte.

---

<sup>13</sup> Per un approfondimento di questo aspetto ci permettiamo di rinviare al nostro volume: F.G. Menga, *La mediazione e i suoi destini. Percorsi filosofici contemporanei fra politica e diritto*, ombre corte, Verona 2012, in part. pp. 204 ss.

<sup>14</sup> Cfr. C. Lefort, *L'invention démocratique. Les limites de la domination totalitaire*, Fayard, Paris 1981, pp. 172-176.

<sup>15</sup> Sull'assoluta preminenza del dispositivo del potere costituente in seno all'articolazione democratica risultano paradigmatiche le riflessioni di A. Negri, *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, manifestolibri, Roma 2002.

## 2. Contingenza degli ordinamenti e dispositivo espressivo dei significati

Per comprendere il modo in cui si articola l'esplicita assunzione moderna dell'irriducibile contingenza dell'esperienza ci sembra opportuno farla convergere lungo il solco di quello che potremmo chiamare l'attingimento al paradigma della mediazione simbolica o della strutturazione espressiva del mondo. Se prestiamo infatti la dovuta attenzione ai lineamenti fondamentali del discorso moderno, ciò che emerge quale premessa – come già accennato – è una peculiare strutturazione della costituzione del mondo non come totalità onnicomprensiva, bensì come una determinata e limitata composizione d'ordine di significati, vale a dire come una compagine che, scoprendosi «priva di un'unità sostanziale»<sup>16</sup> all'origine e, dunque, scoprendosi come trama di senso sprovvista di una tessitura ontologica presupposta, capace di predeterminare tutte le sue traiettorie e articolazioni possibili, non può più essere considerata, proprio nella manifestazione dei significati che la compongono, come semplice e immediato riflesso di un presunto fondamento incontrovertibile che ne starebbe alla base. Un tale ordine, invece, proprio perché consapevole dell'assenza di un simile fondamento inconcusso e totale, non può che essere considerato come il prodotto sempre parziale e prospettico delle medesime mediazioni contestuali di significato che di volta in volta ne strutturano la comparizione. Detto altrimenti, una volta che del mondo s'apprende la sua «fuoriuscita dalla derivazione metafisica»<sup>17</sup> e, quindi, si svela la conseguente assenza o indisponibilità di un qualsivoglia «rapporto a un principio con valore di fondamento»<sup>18</sup> immediatamente innestato nell'interiorità della sua struttura, si giunge alla conclusione che esso non può che rivelarsi il prodotto storico e alterabile degli stessi ordini di significato che, volta per volta, lo mettono in scena, ovvero lo esprimono.

<sup>16</sup> C. Lefort, *Saggi sul politico*, cit., p. 271.

<sup>17</sup> M. Abensour, «La democrazia insorgente», prefazione alla seconda edizione di Id., *La democrazia contro lo Stato*, cit., p. 19.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

Potremmo dire quindi che il mondo, non sostenendosi su alcuna prefigurazione ontologica contenente tutti i suoi possibili significati, non già è anzitutto costituito in sé e per sé per poi anche esprimersi o riflettersi significativamente per ciò che è, bensì esso è *solo nella misura in cui (e nel mentre) è la sua stessa espressione che*, per la prima volta e sempre di nuovo, *lo manifesta nei suoi stessi significati*.

In tal modo, ciò che ci si schiude davanti è quella che poc' anzi abbiamo indicato come dimensione espressiva della manifestazione dei significati, dimensione di cui soprattutto Maurice Merleau-Ponty ci ha insegnato a pensarne non solo la profondità, ma anche la paradossalità dell'aspetto creativo.<sup>19</sup> Parlando infatti esplicitamente di un paradosso dell'espressione creatrice, il fenomenologo francese non ha fatto altro che portare alle estreme conseguenze un pensiero strutturale della contingenza, secondo cui, se è esclusa la possibilità di una fonte del senso di carattere ontologico e pre-manifestativo, ogni espressione dei significati (attraverso cui affiora o riaffiora un mondo) non è affatto soltanto la riproposizione riflessa o l'iterazione exteriorizzata di un che di precedentemente costituito, bensì finisce essa stessa per rivelarsi necessariamente produttrice di ciò che invece sarebbe solo addetta a portare a manifestazione. A ben guardare, dunque, il paradosso qui additato da Merleau-Ponty consiste nel fatto che in un pensiero radicalmente contingente dell'espressione, quanto dovrebbe rivelarsi semplice elemento derivato o di mediazione della manifestazione, ne diventa piuttosto il nucleo originario vero e proprio, giacché il contenuto di senso che l'espressione dovrebbe semplicemente veicolare non ha modo di prodursi in nessun altro luogo che nell'espressione medesima. Ed è proprio qui che emerge il carattere creativo dell'espressione, dal momento che «ciò che» si esprime significativamente «in quanto» ciò che è, diviene tale in nessun altro luogo se non nell'evento espressivo stesso. Perciò, riportando le parole stesse del filosofo

---

<sup>19</sup> Questo è un tema costante all'interno del pensiero del fenomenologo francese. Fra i numerosi luoghi testuali, oltre alle fondamentali riflessioni contenute in M. Merleau-Ponty, *Fenomenologia della percezione*, trad. it. di A. Bonomi, Bompiani, Milano 2003, pp. 499 ss., segnaliamo: Id., *Segni*, trad. it. di A. Bonomi, Il Saggiatore, Milano 2003, pp. 68 s.; Id., *Résumés de Cours. Collège de France 1952-1960*, Gallimard, Paris 1968, p. 41; Id., *Senso e non senso*, trad. it. di P. Caruso, Il Saggiatore, Milano 2004, pp. 37 s. Per un approfondimento della questione si veda B. Waldenfels, *Das Paradox des Ausdrucks*, in Id., *Deutsch-Französische Gedankengänge*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1995, pp. 105-123; ma anche la più recente trattazione effettuata da M. Vanni, *L'adresse du politique. Essai d'approche responsive*, Les éditions du Cerf, Paris 2009, pp. 33-48.

francese, possiamo affermare: «L'espressione è ovunque creatrice e l'espresso è sempre inseparabile da essa».<sup>20</sup>

Ma, allo stesso tempo, ciò che emerge a questo livello è anche l'originaria caratura politica della dimensione dell'espressione.<sup>21</sup> In effetti, se è vero che in uno spazio collettivo connotato da radicale contingenza i significati emergono non grazie ad una loro prefigurazione e predisponibilità ontologica, ma solo sulla base dell'articolazione espressiva stessa, allora l'unica fonte a cui l'espressione può attingere è la sola capacità della collettività di creare quei significati e fini che la compongono e di cui nondimeno essa non dispone fin dall'inizio alla stregua di un «corredo genetico». Pertanto, affermare che i significati, che costituiscono un mondo e il relativo spazio pubblico, emergono solo nella misura in cui vengono espressi, equivale a dire, in fondo, che è soltanto l'interazione collettiva a creare il proprio mondo e quindi se stessa nel mentre ne esprime quei significati che, tuttavia, non possiede previamente come sicuro deposito.

Tale assenza di un nucleo ontologico, però, si badi bene, non equivale a dire che l'unitarietà di un mondo divenga per principio irrealizzabile e che lo spazio pubblico sia condannato alla continua lacerazione dovuta alla spinta centrifuga implicata nel susseguirsi delle molteplici mediazioni espressive dei significati. Insomma, il fatto che la manifestazione del mondo non si fondi su un'unità sostanziale presupposta, ma venga veicolata dalla mediazione stessa dei significati che la collettività esprime, non significa che esso non si possa strutturare e consolidare in specifiche e durature configurazioni di senso e, quindi, di spazi pubblici. Ciò che invece la logica espressiva implica è che la manifestazione di un mondo, che oramai non può più reggersi su un supporto ontologico precostituito, è rimessa ad una unitarietà di carattere inevitabilmente storico e alterabile, che si gioca proprio sulla soglia e nelle pieghe dello spazio pubblico.<sup>22</sup> Per cui, un mondo che si esprime non obbedendo più alla credenza in «un fondamento ultimo»,<sup>23</sup> nel momento in cui appare, non può più pretendere di

<sup>20</sup> M. Merleau-Ponty, *Fenomenologia della percezione*, cit., p. 502.

<sup>21</sup> Sulla portata politica dell'espressione ci appare fondamentale il rimando a M.W. Schnell, *Phänomenologie des Politischen*, Fink, München 1995.

<sup>22</sup> Su questo aspetto di una vera e propria durevolezza dello spazio pubblico, pensabile a partire da un fondamento strettamente storico-politico e non ontologico, rinviamo alle riflessioni di H. Arendt, *Vita activa. La condizione umana*, trad. it. di S. Finzi, Bompiani, Milano 2001<sup>9</sup>, §§ 27, 28.

<sup>23</sup> O. Marchart, *Politische Theorie als Erste Philosophie. Warum der ontologischen Differenz die politische Differenz zugrunde liegt*, in Th. Bedorf, K. Röttgers (a cura di), *Das Politische und die Politik*, Suhrkamp, Berlin 2010, p. 157. Per una comprensione più ampia della riflessione di Oliver Marchart,

rivelarsi così e basta, bensì sempre «così e non altrimenti»,<sup>24</sup> vale a dire attraverso ordini selettivi ed esclusivi di senso che storicamente, cioè di volta in volta, ne strutturano i significati pubblici condivisi.

### 3. Aporie del potere costituente

La radicale assunzione segnatamente moderna dell'aspetto della contingenza di ogni ordine del mondo, a cui aderisce intrinsecamente – come abbiamo visto – la dismissione di qualsivoglia nucleo sostanziale a fondamento e guida di ogni traiettoria dell'umano, ci immette immediatamente all'interno del quadro problematico oggetto della presente indagine: il dispositivo del potere costituente. In effetti, volendo utilizzare i termini puntuali e pregnanti della descrizione del giurista tedesco Ernst-Wolfgang Böckenförde, possiamo sostenere che solo nel momento in cui «non [fu] più un ordine divino del mondo e della natura [a] determina[re] il fondamento e la coesione prestabilita dell'ordine politico-sociale [che] gli uomini di volontà propria e per propria decisione sovrana pre[sero] in mano il loro destino e lo stesso ordine del mondo».<sup>25</sup> In altre parole, fu «il crollo del mondo ordinato da Dio»,<sup>26</sup> o meglio, più precisamente, per dirla con Pietro Giuseppe Grasso, l'insorgenza di una collettività «non più assoggettabile ad alcuna forma» di «sovranità tradizionale di diritto divino» a rendere possibile «in origine [...] l'espressione *pouvoir constituant*»<sup>27</sup> e il concomitante «appello [ad una] volontà inalienabile ed inesauribile» il cui «titolo di legittimità»<sup>28</sup> parte inevitabilmente dal basso.

---

rinviamo al suo volume *Die politische Differenz. Zum Denken des Politischen bei Nancy, Lefort, Badiou, Laclau, Agamben*, Suhrkamp, Berlin 2010.

<sup>24</sup> Riprendiamo questa espressione da Waldenfels, il quale ne fa uso per segnalare la dinamica di radicale contingenza inerente agli ordinamenti (cfr. B. Waldenfels, *Ordnung im Zwielficht*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1987).

<sup>25</sup> E.-W. Böckenförde, *Il potere costituente del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino 1996, pp. 235-236.

<sup>26</sup> Z. Bauman, *Modernità e ambivalenza*, trad. it. di C. D'Amico, Bollati Boringhieri, Torino 2010, p. 14.

<sup>27</sup> P.G. Grasso, *Il potere costituente e le antinomie del diritto costituzionale*, a cura di A. Carrino, Giappichelli, Torino 2006, p. 47.

<sup>28</sup> *Ibidem*.



Nell'alveo della visione pre-moderna, invece, in cui il mondo era compreso come ordine totale promanante da una volontà eteronoma a suo fondamento e legittimazione, il fenomeno radicale di un potere costituente, atto a creare o produrre esso stesso, a partire dalla sola capacità creativa della collettività, lo spazio di senso e l'assetto istituzionale per la propria articolazione, non riusciva a ritagliarsi ancora un luogo di pensabilità vera e propria. E questo dal momento che in un tale ordine onnicomprensivo innestato vuoi nella natura, vuoi in una volontà divina, vuoi ancora in una tradizione inveterata, tutte le traiettorie di significato per la vita dei consociati, prima ancora e a prescindere dal fatto di essere prodotte, a ben guardare, ritrovavano già sempre e comunque i propri lineamenti e la propria ragion d'essere nella griglia di una prefigurazione sostanziale conforme alle disposizioni dettate da una «totalità» onnipervasiva quale «struttura presupposta».<sup>29</sup>

In opposizione a questo quadro, l'avvento della modernità stabilisce, invece, esattamente che, proprio a causa della caduta della possibilità di ricondurre la costituzione di un mondo e del relativo spazio istituzionale ad un «*a priori*»<sup>30</sup> a sua base, legittimità e «garanzia»,<sup>31</sup> l'unica «fonte del potere costituente»<sup>32</sup> istitutore di questo spazio risulta essere unicamente la «convenzione»,<sup>33</sup> «convinzione»<sup>34</sup> o «consenso fondamentale»<sup>35</sup> tra i consociati. In altri termini, la capacità creativa insita nella collettività si rivela essere l'unica ed «*originaria*»<sup>36</sup> istanza deputata a produrre e organizzare quel «sistema di fini»,<sup>37</sup> orientamenti e

---

<sup>29</sup> N. Luhmann, *Moderne Systemtheorien als Form gesamtgesellschaftlicher Analyse*, in J. Habermas, N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung?*, cit., pp.8-9.

<sup>30</sup> G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2008, p. 155.

<sup>31</sup> Ibidem.

<sup>32</sup> C. Mortati, *Appunti sul problema della fonte del potere costituente*, in Id., *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello stato. Raccolta di scritti*, vol. 1, Giuffrè, Milano 1972, p. 354.

<sup>33</sup> G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 153.

<sup>34</sup> C. Mortati, *Appunti sul problema della fonte del potere costituente*, cit., p. 354. Nello stesso senso cfr. anche Id., *La costituente*, in Id., *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello stato. Raccolta di scritti*, vol. 1, cit., pp. 51 s.

<sup>35</sup> P. Häberle, *Lo Stato costituzionale*, a cura della Direzione editoriale e della Redazione della Enciclopedia Giuridica – Aggiornamenti, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, Roma 2005, p. 130.

<sup>36</sup> G. Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris 1977, p. 85.

<sup>37</sup> C. Mortati, *Appunti sul problema della fonte del potere costituente*, cit., p. 351.

regole in cui si dà per la prima volta forma unitaria e «identificazione»<sup>38</sup> istituzionalmente (e, nei casi di un deposito testuale scritto, costituzionalmente<sup>39</sup>) strutturata di tale medesima comunità politica, fino «alla sua forma più sviluppata, [che è] lo Stato».<sup>40</sup> Sostiene, a proposito, Hermann Heller in un passo di estrema chiarezza: «[L']unità statale non ci è data né come unità “organica”, né come unità frutto di una finzione, ma come un tipo particolare di unità di azione umana organizzata [...]. La sua unità [dello Stato] è l'unità reale di una struttura d'azione la cui esistenza viene resa possibile nella forma dell'interazione umana».<sup>41</sup>

Tuttavia, il fatto che la fonte del potere costituente non possa più coincidere con un nucleo d'essenza o una necessità naturale insiti nel tessuto collettivo,<sup>42</sup> ma soltanto con la dinamica stessa d'interazione fra i consociati, comporta non solo un rilevante cambio di prospettiva, ma anche una serie di conseguenze dotate di elevato tenore problematico.

### 3.1. *Potere costituente e cambio paradigmatico: apertura, interazione, pluralità*

Per quanto concerne il cambio di prospettiva, si capisce bene che, nella stessa misura in cui viene a decadere la possibilità di un fondamento unitario a presidio dello spazio politico, e viene a cadere anche ogni suo surrogato, come quello rappresentato per esempio dall'«ideologia di una volontà (illimitata) “del” costituente»,<sup>43</sup> il potere costituente, da luogo occupato da un soggetto indivisibile e riempito da un contenuto unitario predeterminato, a ben guardare, si viene a trasformare in qualcosa di inevitabilmente opposto, e cioè in un luogo di

<sup>38</sup> Id., *La costituente*, cit., p. 10.

<sup>39</sup> Questa asserzione è, tuttavia, in linea di principio, opinabile se si tiene presente il fatto che, come puntualmente avverte Mortati, «ogni Stato, per il fatto stesso di sussistere, ha una propria costituzione, anche se questa non assuma veste formale, non si incorpori cioè in un testo scritto» (ivi, p. 17).

<sup>40</sup> H. Heller, *Dottrina dello Stato*, ed. it. a cura di U. Pomarici, ESI, Napoli 1988, p. 316.

<sup>41</sup> Ivi, p. 355 (corsivi aggiunti).

<sup>42</sup> A ben guardare, l'operazione di reintroduzione sul piano politico di un fondamento unitario di matrice ontologica è proprio ciò che Heller critica nei termini di un «monismo» quale espressione di «sostituto della religione» e di una «cattiva metafisica» (ivi, p. 166). Su questo si veda G. Bisogni, *Weimar e l'unità politica e giuridica dello Stato. Saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt*, ESI, Napoli 2005, pp. 103 ss.

<sup>43</sup> P. Häberle, *Lo Stato costituzionale*, cit., p. 130.

«strutturale apertura»<sup>44</sup> e «indeterminatezza»,<sup>45</sup> che necessariamente attiene ad ogni dinamica istituyente che, in quanto radicalmente sociale, si rivela, allo stesso tempo, di natura necessariamente plurale.<sup>46</sup> Come direbbe Häberle a tal proposito, si tratta qui di un «pluralismo "dei" costituenti» che non può che nutrirsi altresì di un irriducibile «pluralismo dei contenuti».<sup>47</sup>

In tal modo, è proprio questo suo radicamento in una natura plurale ed interattiva a conferire al potere costituente quel suo carattere debordante ed eccentrico,<sup>48</sup> che non solo ha condotto autori quali Lefort e Waldenfels a connotarlo come «luogo vuoto»,<sup>49</sup> indisponibile e, dunque, estraneo<sup>50</sup> in seno ad ogni istituzione sociale, ma ha anche fatto sì che tutta una tradizione giusfilosofica, con modalità ed accentuazioni diverse,<sup>51</sup> abbia ad esso assegnato un carattere «giuridicamente

<sup>44</sup> Id., *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Athenäum, Königstein/Ts. 1980, p. V.

<sup>45</sup> P. Rosanvallon, *Il Politico. Storia di un concetto*, trad. it. di R. Brizzi e M. Marchi, Rubbettino Editore, Soveria Mannelli 2005, p. 11.

<sup>46</sup> Cfr. P. Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin 1996, pp. 19 ss.; Id., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker & Humblot, Berlin 1998, pp. 134 ss.

<sup>47</sup> Id., *Lo Stato costituzionale*, cit., p. 130. Riguardo alla dimensione della pluralità nella teoria costituzionale, si vedano le puntuali riflessioni di G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., pp. 140 ss., pp. 355 ss.

<sup>48</sup> Sulla strutturazione del potere costituente come istanza debordante ed eccentrica rispetto all'ordine costituito risulta paradigmatica la posizione di Carl Schmitt, il quale lo definisce addirittura come «abisso infinto ed insondabile» (C. Schmitt, *La dittatura: dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, trad. it. di B. Liverani, Laterza, Roma – Bari 1975, p. 154) a cui fa coerentemente riscontro l'impossibilità di «un procedimento regolamentato, attraverso cui [ne] venga vincolata l'attività» (Id., *Dottrina della costituzione*, ed. it. a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1984, p. 118; in generale cfr. ivi, §§ 8-10). Il punto sul quale, tuttavia, prendiamo le distanze da Schmitt è la sua irriducibile avversione nei confronti dell'espressione plurale dello spazio istituyente, e ciò proprio in ragione del fatto che mentre quest'ultimo avversa il pluralismo, quale vera e propria causa di disgregazione dell'unità politica originaria (cfr. Id., *Il custode della costituzione*, ed. it. a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1981, in part. p. 131; su questo aspetto si vedano sia la celebre replica di H. Kelsen, *Chi deve essere il custode della costituzione?*, in Id., *La giustizia costituzionale*, ed. it. a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano 1981, pp. 260 s., sia la ricca ricostruzione della problematica effettuata da A. Scalone, *Rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi*, FrancoAngeli, Milano 1996, pp. 52 ss.), noi invece individuiamo in essa esattamente la provenienza genealogica del carattere frammentario e indomabile del potere costituente.

<sup>49</sup> C. Lefort, *Saggi sul politico*, cit., p. 27.

<sup>50</sup> Cfr. B. Waldenfels, *Schattenrisse der Moral*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 2006, pp. 170 ss.; ma anche Id., *Grenzen der Normalisierung. Studien zur Phänomenologie des Fremden 2*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 2008 (II ed. arricchita), pp. 263 s.

<sup>51</sup> Su questo si vedano le istruttive pagine di S. Holmes, *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, cit., pp. 167-208; R. Bifulco, *Costituzione*, in U. Pomarici (a cura di), *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2007, in part. pp. 125 ss.

incontrollabile»;<sup>52</sup> carattere che, come ci ricorda efficacemente Pietro Costa, «da Sieyès in poi» fa tutt'uno con «l'immagine dell'assoluta libertà creativa e distruttiva del *demos*», insomma, con un potere «ancora libero di agire («rivoluzionariamente») scompaginando l'ordine costituzionale esistente».<sup>53</sup>

### 3.2. *Lo spettro problematico della fondazione del potere costituente*

È esattamente questo carattere frammentario e centrifugo, contrassegnando la pluralità e, di riflesso, anche il potere che in essa si esprime,<sup>54</sup> a condurre alle sopra accennate conseguenze problematiche. In particolare, il problema che qui si pone è il seguente: se il potere costituente, quale potere innestato in uno spazio irriducibilmente «pluralizzato»,<sup>55</sup> non può darsi mai come sicuro possesso di un soggetto e nemmeno come istanza dotata di un'unitarietà di contenuti e fini prestabiliti da realizzare, ma, invece, se si dà soltanto come la posta in gioco costitutivamente aperta, propria di un'articolazione radicalmente interattiva, ciò comporta la questione di sapere da dove mai l'interazione sociale medesima possa assumere quel nucleo di significati e fini che il potere è addetto a portare per la prima volta sulla soglia dello spazio pubblico. Insomma, prendendo lo slancio da quanto già sappiamo, se la scoperta della contingenza, che inaugura la modernità, significa che la collettività si rivela non dotata di alcun corredo ontologico, a cui attingere come ad un «ordine del mondo metafisico preesistente»,<sup>56</sup> se contingenza implica dunque il fatto che deve essere la collettività stessa a produrre paradossalmente, attraverso l'insita dinamica espressiva, il medesimo nucleo di significati che la compongono; e se, perciò,

<sup>52</sup> P. Costa, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, cit., p. 54. Alla tesi dell'incontrollabilità giuridica del potere costituente si allinea anche, con osservazioni di straordinaria efficacia, E.-W. Böckenförde, *Il potere costituente del popolo*, cit., pp. 231-252; ed anche, sebbene sotto una prospettiva diversa, A. Negri, *Il potere costituente*, cit., in part. capp. 1 e 7. Sull'argomento, si rimanda anche all'esautiva monografia di W. Henke, *Die Verfassunggebende Gewalt des deutschen Volkes*, Friedrich Vorwerk Verlag, Stuttgart 1957, in part. pp. 24 ss.

<sup>53</sup> P. Costa, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, cit., p. 55.

<sup>54</sup> Cfr. P. Häberle, *Lo Stato costituzionale*, cit., p. 144.

<sup>55</sup> M. Vanni, *L'adresse du politique*, cit., p. 57.

<sup>56</sup> W. Henke, *Die Verfassunggebende Gewalt des Volkes in Lehre und Wirklichkeit*, in «Der Staat», 7, 1967, p. 174.

contingenza significa, infine, che l'assunzione del potere non può legittimarsi sulla base di un fondamento presupposto da portare a dispiegamento e realizzazione, la domanda che si pone è: da dove mai la pluralità collettiva acquista quei significati e fini fondamentali che la costituiscono e che, nondimeno, è solo essa a portare per la prima volta ad espressione attraverso il proprio potere costituente? Ricorrendo alla terminologia di Costantino Mortati, l'interrogativo potrebbe essere formulato anche in questi termini: «Se [...] il potere costituente, per la sua stessa essenza, si presenta quale espressione di volontà suprema, non legata a norme, all'infuori di quelle da essa stessa poste, se, in altri termini, esso è, e non può non essere, [...] suscettibile di infinite variazioni, imprevedibili perché affidate all'arbitrio di coloro che lo esercitano, dove trarre il criterio per ricondurre queste ultime ad unità, per sistemarle in qualche modo?».<sup>57</sup>

Come si può desumere, è qui in gioco un paradosso che investe ogni pensiero radicale dell'autoistituzione o «autocreazione»<sup>58</sup> sociale, cioè il paradosso di un ordine costituito della collettività che, se da un lato, riesce ad insorgere solo nella misura in cui è essa stessa ad esprimere quei «lineamenti essenziali»<sup>59</sup> che lo compongono, dall'altro, non può però, a rigore, possederli autoriflessivamente fin dall'inizio come presupposto, visto che la propria ipseità emerge solo attraverso suddetti lineamenti.<sup>60</sup>

Lo spazio per un tentativo di uscita da tale paradosso, teorizzato in diversi tempi e in numerose versioni, si schiude qui, generalmente, attraverso una strategia che, a nostro avviso, lascia scoperti alcuni punti nevralgici: strategia che, per comodità, chiamiamo dell'implicito/esplicito. In effetti, una soluzione rigorosamente rispettosa del carattere di radicale contingenza dell'istituzione sociale non può cedere alla fin troppo comoda e fin troppo spesso adoperata logica di un passaggio dall'implicito all'esplicito; logica secondo cui, in fin dei conti, l'ordine sociale costituito conterrebbe già sempre al proprio interno un'identità e conformazione implicite, le quali non farebbero poi altro che essere

---

<sup>57</sup> C. Mortati, *La costituente*, cit., p. 11.

<sup>58</sup> Ivi, p. 9.

<sup>59</sup> Ivi, p. 7.

<sup>60</sup> Al riguardo, Zagrebelsky scrive in modo chiaro e conciso: «la Costituzione nasce e si regge a partire dalle stesse forze che essa deve regolare, organizzare, disciplinare e non può fare affidamento su nessuna forza precedente» (G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 151).

portate ad esplicitazione, ovvero a realizzazione, attraverso il potere costituente che si muove al fondo di questo medesimo ordine.<sup>61</sup>

Ad un'attenta analisi, l'insufficienza di questa soluzione si rivela, anzitutto, nel fatto che la presupposizione di un'identità implicita nel tessuto collettivo non farebbe altro che riproporre il surrogato di quel nucleo ontologico pre-moderno assolutamente allergico ad ogni vera assunzione della contingenza. La messa in gioco di un implicito identitario condurrebbe, inoltre, ad un vero e proprio svilimento della portata del potere costituente della collettività, in quanto quest'ultimo, da fenomeno radicalmente creativo, si troverebbe a giocare il mero ruolo di istanza veicolare di un che di già precedentemente prodotto e, dunque, di bell'e pronto per l'uso. La presupposizione di un implicito presenterebbe, in ultimo, l'inevitabile problema di capire cosa mai esso possa voler dire nel contesto di un'istituzione sociale, la quale vive dall'inizio alla fine sul piano della sfera pubblica e, dunque, dell'esplicito per eccellenza. All'interno di tale dominio, verrebbe infatti da chiedersi quale sarebbe mai il posto adeguato per un tale implicito *interno* all'ordine sociale, quando, a rigor di termini, quest'ultimo diviene tale non prima della sua stessa apparizione nell'*esteriorità* pubblica e resta tale solo fintantoché suddetta sfera pubblica permane sfera di apparenza per significati espliciti e di condiviso dominio.<sup>62</sup>

Come si può intuire, le ragioni qui appena abbozzate ci sembrano costituire una base critica sufficiente per abbandonare la strategia dell'implicito/esplicito. Dal che, tuttavia, il tenore problematico della nostra questione si intensifica, in quanto affiora immancabilmente la richiesta di una logica alternativa, tale da riuscire a contenere seriamente al proprio interno sia il carattere di radicale contingenza dello spazio sociale, sia il relativo paradosso di un potere costituente effettivamente originario, che si articola nei termini di un'espressione davvero creatrice.

---

<sup>61</sup> Per una disamina più approfondita di questa strategia che, a nostro avviso ricomprende, in diverse forme ed accentuazioni, molti discorsi contemporanei sulla fondazione dell'istituzione, ci permettiamo di rinviare al nostro saggio: F.G. Menga, *Potere costituente e rappresentanza democratica. Per una fenomenologia dello spazio istituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2010, parte III.

<sup>62</sup> Su questo si veda in particolar modo H. Arendt, *Vita activa*, cit., p. 39.

#### 4. L'articolazione responsiva del potere costituente

È la responsività la logica che, a nostro avviso, si rivela in grado di offrire adeguato riscontro all'esigenza di una creazione espressiva dei significati collettivi, senza che però questi si ritrovino già costituiti e, quindi, in qualche modo, disponibili su un piano ad essa precedente. Vediamo, innanzitutto, i lineamenti teoretici fondamentali di una tale logica, per poi passare ad esaminarne e svilupparne le implicazioni più strettamente filosofico-giuridiche.

##### 4.1. *Lineamenti fondamentali della logica responsiva*

Parlando di logica responsiva, ci riferiamo espressamente alla dottrina fenomenologica del filosofo tedesco Bernhard Waldenfels,<sup>63</sup> il quale parte dal presupposto che ogni dimensione dell'esperienza, sia essa soggettiva, collettiva o istituzionale, nella misura stessa in cui è connotata da radicale contingenza, non può mai partire da se stessa, cioè dal possesso dell'intera gamma di elementi e significati che ne costituiscono il proprio nucleo d'identità, bensì sempre e soltanto da un'indisponibilità rispetto alla propria origine. In tal senso, essa parte inevitabilmente da un'estraneità che la spinge sulla scena e rispetto alla quale essa si trova a dover rispondere in ritardo. Quanto definisce *responsiva* una tale esperienza è, quindi, il semplice ma costitutivo fatto che questa estraneità, che spinge l'esperienza sulla scena, si connota in fondo come un *appello* o *richiesta* a cui l'esperienza è chiamata immancabilmente a rispondere.

La congiunzione che così collega appello estraneo e risposta dell'esperienza si presenta come un peculiare intreccio: l'esperienza viene sì messa in moto soltanto dalla spinta propulsiva di un appello, il quale, però, allo stesso tempo, proprio in quanto appello originariamente estraneo, non dispone di altro spazio di

---

<sup>63</sup> Per un approfondimento dei tratti essenziali della fenomenologia della risposta di Bernhard Waldenfels si veda il suo volume: *Antwortregister*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1994. Un agile accesso a tale dottrina può essere fornito al lettore italiano in Id., *Fenomenologia dell'estraneo*, ed. it. a cura di F.G. Menga, Raffaello Cortina, Milano 2008, in part. cap. 3. Per ulteriori sviluppi della questione ci sia consentito rinviare ai nostri articoli: F.G. Menga, *La «passione» della risposta. Sulla fenomenologia dell'estraneo di Bernhard Waldenfels*, in «aut aut», 316-317, 2003, pp. 209-237 e Id., *Estraneità della fondazione e contingenza degli ordinamenti. Suggestioni giusfilosofiche a partire dalla fenomenologia dell'estraneo di Bernhard Waldenfels*, in «Magazzino di filosofia», 15/2004, pp. 140-150.

comparizione se non la risposta stessa a cui esso si rivolge. Se l'appello, infatti, non trovasse alcuna risposta a fornirgli appiglio o accoglimento, resterebbe scervo di un luogo di espressione e apparizione, e, addirittura, sprofonderebbe in un silenzio totale. D'altro canto, se la risposta possedesse, invece, già dall'inizio l'appello che la mette in moto, essa avrebbe già smesso di essere risposta, in quanto ciò a cui essa dovrebbe replicare sarebbe già stato assunto ed esaurito in un momento ad essa antecedente.

Alla luce di una tale interpretazione, l'esperienza responsiva può essere considerata come un luogo di oscillazione dia-cronica, ovvero come luogo al contempo ritardato ed originario.<sup>64</sup> ritardato, poiché la risposta non comincia mai da se stessa, da un'appropriazione originaria di sé, bensì sempre altrove, ovvero esclusivamente dall'evento della richiesta estranea, che la precede e la mette in moto con inevitabile differimento; originario, poiché «ciò a cui» la risposta «risponde si origina per lei solo ed esclusivamente allorché vi risponde»;<sup>65</sup> vale a dire, la richiesta estranea che la provoca non ha altro spazio di comparsa se non la risposta stessa, non affiora se non come «ciò a cui» la risposta reagisce.<sup>66</sup> In tale prospettiva, la risposta, nel suo cominciare in ritardo, mostra i caratteri di quell'imprescindibile indisponibilità che connota l'originaria contingenza di ogni esperienza; nella sua originarietà garantisce, invece, l'accesso stesso alla richiesta estranea, altrimenti inattingibile.<sup>67</sup>

Sulla base dei paradossali caratteri appena delineati, la logica responsiva può essere anche formulata nei termini di quell'altrettanto paradossale struttura del

---

<sup>64</sup> Cfr. B. Waldenfels, *Ortverschiebungen, Zeitverschiebungen. Modi leibhaftiger Erfahrung*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 2009, pp. 143-148.

<sup>65</sup> Id., *Antwortregister*, cit., p. 266.

<sup>66</sup> Cfr. Id., *Topographie des Fremden. Studien zur Phänomenologie des Fremden 1*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1997, p. 180.

<sup>67</sup> Se la risposta fosse, infatti, totalmente originaria, se cioè cominciasse da sé, a ben guardare, si esaurirebbe come tale, poiché non avrebbe nulla da rispondere, non avrebbe da rispondere ad alcuna richiesta estranea. Se fosse, invece, semplicemente ritardata, le mancherebbe ogni appiglio per collegarsi alla richiesta estranea, con la conseguenza che la richiesta estranea resterebbe completamente indeterminata e la risposta si esaurirebbe, poiché a una richiesta indeterminata «ogni risposta sarebbe adeguata oppure nessuna risposta sarebbe adeguata» (Id., *Bruchlinien der Erfahrung. Phänomenologie – Psychoanalyse – Phänomenotechnik*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 2002, p. 101). Su questo cfr. anche Id., *Antwortregister*, cit., pp. 268-269.



supplemento d'origine<sup>68</sup> o della «ripetizione originaria»,<sup>69</sup> a cui Jacques Derrida ci ha insegnato a pensare. Una tale struttura prescrive infatti che qualcosa non si dà mai in originale per poi ripetersi, bensì si dà in originale soltanto nella misura in cui si ripete, cioè nella misura in cui si presenta originariamente attraverso un suo sostituto il quale, in quanto appunto originario, «non si sostituisce a qualcosa che, in qualche modo, gli sia pre-esistito».<sup>70</sup> Tradotto nei termini della logica responsiva, questo significa: tale sostituto originario è un sostituto di risposta, cioè «un rispondere che ripete l'estraneo nel proprio»<sup>71</sup> e soltanto così lo lascia apparire. Ma non solo: essendo tale da procedere sempre e soltanto da un appello estraneo che non può recuperare, l'articolazione della risposta, pur rivelandosi l'unico luogo di manifestazione dell'estraneo, non possiede mai accesso totale a esso e, perciò, risulta inevitabilmente contrassegnata da una costitutiva parzialità. L'appello estraneo, così, «non si lascia mai completamente e chiaramente determinare»<sup>72</sup> nella risposta che esso stesso mette in moto; in altri termini, «ciò a cui rispondiamo eccede sempre ciò che diamo nella risposta».<sup>73</sup> Allo stesso tempo, però, il fatto che tale risposta parziale sia anche l'unico luogo in cui l'estraneo può darsi (ricordiamo: «l'estraneo diventa ciò che è in nessun altro luogo che nell'evento del rispondere»<sup>74</sup>), significa che all'estraneo non vi è mai un accesso puro e diretto che lo mostrerebbe nella sua trasparenza e totalità, bensì solo un accesso indiretto e supplementare di risposta che, perciò, avendo già sempre «ripetu[to] l'estraneo nel proprio», lo ha già sempre alterato nel lasciarlo apparire.

Sulla base di questa strutturazione paradossale di originaria iteratività e supplementarietà, la risposta resta sempre una risposta che, non potendo mai esaurire l'estraneo a cui risponde, vive nella costante e inevitabile oscillazione di una differenza fra *ciò che* essa risponde e *ciò a cui* essa risponde. Tale differenza

<sup>68</sup> In uno dei luoghi fondamentali della sua speculazione, Derrida definisce la logica del supplemento d'origine nei seguenti termini: «una possibilità produce in ritardo ciò cui è detta aggiungersi» (J. Derrida, *La voce e il fenomeno. Introduzione al problema del segno nella fenomenologia di Husserl*, trad. it. di G. Dalmaso, Jaca Book, Milano 1968, p. 128).

<sup>69</sup> B. Waldenfels, *Schatten der Aufklärung*, in Id., *Deutsch-Französische Gedankengänge*, cit., p. 24.

<sup>70</sup> J. Derrida, *La struttura, il segno e il gioco nel discorso delle scienze umane*, in Id., *La scrittura e la differenza*, trad. it. di G. Pozzi, Einaudi, Torino 1990, p. 361.

<sup>71</sup> B. Waldenfels, *Ortverschiebungen, Zeitverschiebungen*, cit., p. 189.

<sup>72</sup> Id., *Topographie des Fremden*, cit., p. 52.

<sup>73</sup> Ibidem.

<sup>74</sup> Ibidem.

responsiva permane costantemente aperta e non può mai essere colmata o conciliata, a meno che non si ipotizzi la possibilità di una risposta esaustiva, la quale però potrebbe essere tale solo se potesse dominare, fin dall'inizio e così totalmente, ciò a cui risponde. La risposta, però, in questo caso, come già detto, avendo presa diretta su ciò a cui risponde, eliminerebbe fin dall'origine ogni possibilità di appello che la produce e, con ciò, cesserebbe essa stessa di essere ciò che è. La risposta, invece, non avendo mai accesso diretto a ciò a cui risponde e non potendo mai colmare la scissione fra ciò che risponde e ciò a cui risponde, non ha altra possibilità che tenersi in un'oscillazione aperta che ne contrassegna esattamente il carattere storico e contingente.

#### *4.2. Responsività e potere costituente. Implicazioni fenomenologico-giuridiche*

A questo punto, alla luce di questa serie di assunti, è abbastanza semplice capire che quanto accade nella struttura dell'espressione creatrice e nell'articolazione plurale del potere costituente non sia affatto un qualcosa di paradossalmente inattuabile, bensì sia proprio ciò che può essere compreso alla luce della logica della risposta, che presiede ogni dimensione dell'esistenza connotata da storicità, contingenza e alterabilità. Possiamo esaustivamente stabilire, infatti, quanto segue: l'espressione, se parte sempre dall'indisponibilità originaria di ciò che esprime, tant'è che soltanto essa crea per la prima volta l'espresso, ciò è dovuto al fatto che essa è l'esperienza responsiva per eccellenza; cioè, è l'articolazione tale per cui l'espresso, originariamente indisponibile ed estraneo, viene esperito e accolto dall'espressione quale appello a cui questa stessa, dando risposta, dà anche il primo ed unico spazio di comparizione. Ma, allo stesso tempo, come sappiamo, trattandosi di uno spazio di comparizione espressiva partito da un'originaria indisponibilità, non può essere esso stesso contrassegnato da compiutezza. Al contrario, esso è caratterizzato sempre e soltanto dalla stessa costitutiva apertura e contingenza che lo ha messo in moto.

Ora, questa medesima dinamica articola anche l'interazione collettiva al fondo del potere costituente: lo spazio sociale, infatti, essendo spazio plurale e, dunque,

spazio sempre indeciso ed indeterminato di possibili significati, negli interstizi della propria con-divisione, non detiene contenuti predefiniti, ma cova in sé una serie magmatica di appelli al senso, i quali riescono ad emergere e definirsi, per la prima volta e mai una volta per tutte, solo nella misura in cui, all'interno di questo stesso spazio collettivo, insorgendo «speranz[e] di risposta»,<sup>75</sup> si verificano altresì risposte vere e proprie che si rendono capaci «di realizzar[li] ed esprimer[li]»<sup>76</sup> in un determinato modo e, così, di offrire loro opportunità di pubblica apparizione, accettazione e adesione.<sup>77</sup>

Interpretato alla luce della logica responsiva, il potere costituente, quindi, nel donare identità e forma allo spazio politico, esce sia dall'*impasse* di una presupposizione ad esso di un'unità sostanziale, che lo renderebbe superfluo come semplice appendice ritardata, sia da quella di una decisione pura che, emanando dal nulla, lo renderebbe impossibile quale puro momento assolutamente antecedente (immediatamente coincidente con il momento *ex nihilo* della creazione).

Il potere costituente inteso in termini responsivi, invece, come acutamente osserva il filosofo del diritto olandese Hans Lindahl, stazionando fin dall'origine nella circolazione di uno spazio sociale plurale e mai predeterminato, si muove sempre nei termini di una paradossale *retroattività originaria*, cioè come atto di «reazione a ciò che, avendolo già preceduto ad ogni passo, non cessa mai di metterlo a confronto con la domanda: “chi siamo noi?”». <sup>78</sup> Il potere costituente, perciò, muovendosi fin dall'inizio da una richiesta d'identità collettiva, che si incunea nello spazio plurale, risulta essere l'incessante tentativo di una risposta che, non possedendo anticipatamente ciò a cui risponde, si presenta come

<sup>75</sup> G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 131.

<sup>76</sup> Ibidem. Nello stesso senso si muove anche la recente indagine fenomenologica di Michel Vanni, il quale, prendendo proprio le mosse da una feconda commistione fra articolazione espressiva merleau-pontiana e responsiva waldenfelsiana, parla di «ogni istituzione» come «ripresa creatrice che *risponde* alle sollecitazioni del mondo» (M. Vanni, *L'adresse du politique*, cit., p. 38).

<sup>77</sup> Anche qui, come si nota, gli appelli, se non incontrassero risposte capaci di dare loro espressione, a ben guardare, non raggiungendo mai la luce pubblica, non riuscirebbero nemmeno ad essere percepiti come appelli, in quanto resterebbero nello spazio di una latenza senza voce e senza ascolto. Di converso, se le risposte avessero, invece, a disposizione gli appelli alla stregua di un deposito di contenuti a cui attingere, si presenterebbero come superflue, in quanto lo spazio di interazione sociale si ridurrebbe ad una specie di automatismo meccanico, in cui ci sarebbe soltanto da ripetere quanto già costituito.

<sup>78</sup> H. Lindahl, *Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood*, in M. Loughlin, N. Walker (a cura di), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford 2007, p. 20.

l'impresa inevitabilmente incompleta e revisionabile in cui ne va proprio della costituzione stessa dell'ipseità della compagine collettiva.

Assumendo esplicitamente la lezione di Waldenfels sul ritardo originario della risposta, non sorprende che Lindahl<sup>79</sup> ne tragga, poi, anche le correlative implicazioni che attengono al carattere di contingenza e storicità radicali dello spazio politico. «È da questo *décalage* temporale», scrive infatti Lindahl, «che si trae la conseguenza più importante per l'ulteriore caratterizzazione dell'ipseità collettiva»,<sup>80</sup> e cioè il fatto che «lungi dall'essere un *fundamentum inconcussum* [...] il sé collettivo ha un modo di essere finito».<sup>81</sup> Questa finitezza, in primo luogo, si manifesta nei termini della già citata inestinguibilità del potere costituente. Se è vero, infatti, che l'unità politica della collettività è prodotta unicamente in forza di un atto ritardato di risposta del potere costituente, allora è altrettanto vero che «il continuare ad esistere» di questo stesso spazio collettivo non è affatto stabilito una volta per tutte, ma «dipende dal riaggiornamento stesso di un tale atto»,<sup>82</sup> cioè dal «gesto di ripresa»<sup>83</sup> o riattivazione responsiva che, di volta in volta, cioè storicamente, ri-assume l'appello stesso a formare un'identità politica giammai prestabilita e garantita definitivamente. Il secondo senso della finitezza è dato, invece, dall'imprevedibilità storica che procede dall'aspetto di posteriorità originaria della risposta. Lindahl, a proposito (ricorrendo peraltro al lessico merleau-pontiano), afferma: «[L]a collettività», nella misura in cui, per la propria costituzione, «dipende da un passato che non è stato mai presente e da un futuro che non diverrà mai presente», è rimessa, per ciò stesso, «ad un passato e futuro che eludono il suo controllo»;<sup>84</sup> insomma, è rimessa al fatto che giammai si libererà di una certa dose di «impredicibilità e improbabilità».<sup>85</sup> Infine, il terzo ed ultimo senso della contingenza deriva dal fatto che il potere costituente, quale risposta ritardata ad un appello che essa non domina, è inevitabilmente rimesso ad un'operazione di selezione, ovvero alla situazione secondo cui l'ordine

<sup>79</sup> Per quanto riguarda l'esplicita dichiarazione, da parte dell'autore, del debito nei confronti della dottrina di Waldenfels, si veda *ivi*, p. 21.

<sup>80</sup> *Ivi*, p. 20.

<sup>81</sup> *Ibidem*.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> M. Vanni, *L'adresse du politique*, cit., p. 140.

<sup>84</sup> H. Lindahl, *Constituent Power and Reflexive Identity*, cit., p. 20.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

collettivo, che esso produce, non può mai essere totale, ma sempre un'originaria «auto-inclusione» a cui fa capo un'altrettanto «co-originaria auto-esclusione».<sup>86</sup>

A questo punto, alla luce dell'illustrazione appena effettuata circa i tratti essenziali della logica della risposta, ci è possibile tornare nuovamente, con accresciuta capacità esplicativa, alla pagina di Mortati e alla domanda da cui avevamo preso le mosse: «Se [...] il potere costituente, per la sua stessa essenza, si presenta quale espressione di volontà suprema, non legata a norme, all'infuori di quelle da essa stessa poste, se, in altri termini, esso è, e non può non essere, [...] suscettibile di infinite variazioni, imprevedibili perché affidate all'arbitrio di coloro che lo esercitano, dove trarre il criterio per ricondurre queste ultime ad unità, per sistamarle in qualche modo?».<sup>87</sup>

In effetti, nel riprendere questa domanda (che manifesta il paradosso del potere costituente insito in ogni autocreazione istituzionale), ci è ora possibile cogliere e apprezzare meglio quanto sia lo stesso Mortati ad orientarsi, in qualche modo, verso le coordinate ascrivibili ad una logica responsiva. In particolare, non ci possono sfuggire i termini della risposta alla domanda, che egli stesso pone: «Perché uno Stato possa formarsi nel seno di *una società indifferenziata* [...] è necessario che nell'ambito della comunità sociale [...] si determini una distribuzione di forze [...] tale da consentire *ad alcune di esse di esprimere* una propria volontà, la quale appaia capace di farsi valere e di essere sentita obbligatoria».<sup>88</sup>

Ciò che qui dobbiamo cogliere è che Mortati, analogamente a quanto prescrive la logica responsiva, definisce il potere costituente proprio nei termini di un esprimere creativo, o meglio – come peraltro egli stesso afferma esplicitamente in una pagina successiva – quale capacità di «espressione originaria»<sup>89</sup> della collettività che, nel mentre stesso assume la propria irriducibile contingenza come ingiunzione a creare un senso che essa stessa non possiede fin dall'inizio, dà fondo alla propria attività creativa, rendendosi così in grado, attraverso l'insorgere e imporsi stesso di determinate direzioni di risposta a tale ingiunzione («nell'ambito della comunità sociale»), di formare il medesimo spazio di significati e di fini istituzionalizzati che soltanto la costituiscono.

<sup>86</sup> Ibidem.

<sup>87</sup> C. Mortati, *La costituente*, cit., p. 11.

<sup>88</sup> Ivi, p. 12 (corsivi aggiunti).

<sup>89</sup> Ivi, p. 20.

Contemporaneamente è, però, necessario non omettere di leggere questo processo creativo sempre a partire dal paradossale intreccio dia-cronico caratteristico dell'articolazione responsiva; intreccio secondo cui – come abbiamo visto – il potere costituente non può essere considerato come *prius* assoluto dell'ordine costituito e, dunque, come istanza totalmente staccata ed estranea rispetto a quest'ultimo. In tal caso, infatti, rispetto all'ordine normativamente costituito, tale potere originario si presenterebbe come semplice fatto bruto e anormativo, a partire dal quale non si capirebbe poi come possa scaturire la spinta stessa ad una ordinazione regolamentata. Invece, proprio conformandosi all'articolazione responsiva, è possibile rilevare come tale *prius* del potere costituente possa essere sì considerato istanza antecedente l'ordine costituito, però soltanto in termini di un appello estraneo che si innesta nella compagine sociale e, dunque, in termini di un *prius* che si manifesta in quanto tale solo attraverso il *posterius* stesso della risposta rappresentata dall'ordine costituito che proprio esso sollecita e predispone.

L'articolazione aporetica qui messa in gioco, pertanto, benché sembri sfidare ogni rigore logico e sequenzialità «cronologica», è nondimeno il dispositivo esplicativo a cui sembra doversi affidare coerentemente ogni discorso sulla dimensione istituyente.<sup>90</sup> È quanto pare aver ben compreso non soltanto Mortati, ma anche e forse ancor di più Franco Modugno, il quale, con estrema finezza teoretica, nel momento stesso in cui parla della «norma fondamentale»,<sup>91</sup> quale norma di cui si sostanzia l'ordine costituito, non si limita soltanto ad affermare che essa è necessariamente «alienata come norma»,<sup>92</sup> visto che «si sprigiona dal fatto istituzionale originario»<sup>93</sup> della forza costituente. A ben guardare, egli dice molto di più, ovvero che tale «norma fondamentale alienata come norma nel fatto costituente e fondante [...] realizza la sua natura normativa, traducendo, per così dire, il fatto in diritto, un fatto che è già, in sé, al tempo stesso, diritto, ma che, per potersi dispiegare come tale, in tutta la sua portata, presuppone la sua

<sup>90</sup> Su questa peculiare e paradossale temporalità responsiva del potere costituente cfr. M. Vanni, *L'adresse du politique*, cit., pp. 142 s.

<sup>91</sup> F. Modugno, *Il concetto di costituzione*, in AA. VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. 1, Giuffrè, Milano 1977, p. 202.

<sup>92</sup> *Ibidem* (corsivi aggiunti).

<sup>93</sup> *Ibidem*.

manifestazione non come un fatto o una forza qualsiasi, ma appunto come «potere costituente».<sup>94</sup>

Muovendosi così lungo la traiettoria di una logica diacronica conforme al dispositivo espressivo e responsivo, Modugno, in fondo, ci sta avvertendo dell'impossibilità di derivare una costituzione regolamentata a partire da una forza bruta e anormativa, cioè da una forza totalmente precedente e aliena all'ordine normativo stesso. Un tale processo, invece, si rende esplicabile soltanto se ad essere presupposta è paradossalmente proprio la posteriorità stessa dell'ordine normativo prodotto, dunque, solo se è dalla risposta ritardata della compagine normata che si risale alla forza antecedente che l'ha predisposta e che, a sua volta, fa sì che quest'ultima, proprio in quanto risultante esclusivamente da tale piano dell'istituzione normativa realizzata, nel momento in cui si presenta sulla scena, non possa mai definirsi come semplice forza indistinta e bruta, ma già come «potere costituente», ossia come forza di un'ingiunzione/interpellanza già connotata da una traccia di normatività.<sup>95</sup> Solo in virtù di una tale logica, peraltro, non appare oscuro, anzi si rende pienamente comprensibile il motivo per cui, in ultima analisi, lo stesso autore affermi che «nel processo di realizzazione della norma fondamentale di una determinata istituzione, la norma è l'ultima, ma è al tempo stesso anche la prima, come norma di *quella* istituzione».<sup>96</sup>

Queste parole di Modugno, con la loro carica teorica ed efficacia sintetica, ci sembrano il modo migliore per arrestare il nostro percorso di riflessione sul potere costituente nei suoi tratti di espressività e responsività. Certamente, non pretendiamo con ciò di aver esaurito la complessa ed articolata questione in tutta la sua estensione e portata. Speriamo, tuttavia, di aver fornito al lettore almeno le coordinate essenziali lungo le quali possa essere intercettata l'utilità – se non addirittura la fecondità – filosofica di un approccio fenomenologico-giuridico alla problematica del potere costituente.

---

<sup>94</sup> Ibidem.

<sup>95</sup> In tal senso, ancora, Modugno: «Si intende che, da questo punto di vista, non esistono, per es., governi di fatto e comunque processi di formazione ordinamentale meramente di fatto, che non siano, per ciò solo, governi di diritto e fenomeni giuridici, per la semplice ragione che essi, se hanno un minimo di consistenza, si pongono già quali ordinamenti» (ivi, p. 206).

<sup>96</sup> Ivi, p. 208.