



IL REPUBBLICANESIMO E LA QUESTIONE DEL POTERE COSTITUENTE

Marco Goldoni
(Università di Glasgow)

The revival of republican political philosophy has certainly impacted upon many different areas. Obviously, its main contribution is on politics. However, contemporary republican theory actually fails to redeem an autonomous conception of politics. Despite the recognition of the central role of contestation, republican political theory either moralises or legalises politics. In this way, all the epistemic and normative potential of the idea of contestation is attenuated, up to a point where this idea does not add a particular value to republicanism. Astonishingly, there is no discussion of constituent power; but if republican political theory wants to remain true to its own aspirations, it has take into account the reflexive dimension of politics.

Keywords: *Constituent Power, Constituted Powers, Republicanism, Political Reflexivity, Liberal Constitutionalism*

La ripresa del repubblicanesimo nel dibattito contemporaneo¹ è stata generata, almeno in parte, dalla necessità di rivitalizzare le virtù della politica e della cittadinanza attiva. L'accusa principale mossa dai neo-repubblicani al liberalismo consiste nell'aver ridotto la libertà politica alla libertà negativa. Così facendo avrebbero perso di vista un importante aspetto della libertà. Come è noto, la principale ispirazione della riflessione neo-repubblicana è l'attenzione per una concezione della libertà come assenza di dominio². La presa d'atto che l'assenza di dominio occupi un ruolo costitutivo per la libertà repubblicana qualifica tale corrente di pensiero come potenziale alternativa alle principali versioni della democrazia liberale. Eppure, nonostante la ripresa degli studi repubblicani e la loro espansione in ambito giuridico e politico, rimane l'impressione di una traduzione istituzionale di tali idee alquanto convenzionale, ossia molto vicina al costituzionalismo liberale. Nei due paragrafi successivi verranno prese in esame due influenti versioni del neo-repubblicanesimo, una più attenta alla dimensione giuridica del costituzionalismo, l'altra più legata all'aspetto politico. In entrambi i casi, emergono i limiti di un'interpretazione del repubblicanesimo inteso come copia meno pallida del costituzionalismo liberale. Rispetto a quest'ultimo, la differenza specifica di tale neo-repubblicanesimo risiede nel primato attribuito al disaccordo e alla contestazione. Nella versione giuridica del repubblicanesimo, il disaccordo viene incanalato in una forma di ragion

¹ La letteratura sul tema è troppo vasta per essere citata per esteso. I testi principali di questa ripresa neo-repubblicana sono P. Pettit, *Republicanesimo*, Milano, Feltrinelli, 2000 e Q. Skinner, *La libertà*, Torino, Einaudi, 2000; si veda, inoltre, per un'introduzione, M. Viroli, *Republicanesimo*, Roma-Bari, Laterza, 2000. Di recente, due collezioni di saggi testimoniano lo stato dell'arte del dibattito neo-repubblicano: C. Laborde, J. Maynor (eds), *Republicanism and Political Theory*, Oxford, Blackwell, 2008; S. Besson, J. Luis Martí (eds), *Legal Republicanism*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

² Il più recente e sistematico tentativo di sviluppare l'idea di libertà come assenza di dominio in senso normativo è F. Lovett, *A General Theory of Domination*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

pubblica rappresentata dalle corti o da agenzie indipendenti. Nella versione più attenta alla politica ordinaria, il disaccordo viene gestito attraverso il processo politico elettorale. In entrambi i casi, la tradizione e la filosofia repubblicana vengono interpretate in maniera alquanto riduttiva. Si fa sentire, ad esempio, la mancanza di un'appropriata riflessione sul ruolo del conflitto nella politica repubblicana³. Non è quindi sorprendente vedere che le istituzioni proposte dal neo-repubblicanesimo vengano interpretate in modo molto vicino al liberalismo contemporaneo⁴. In breve, si potrebbe dire che nel rapporto con il liberalismo si preferisce sottolineare le continuità piuttosto che le rotture. Pertanto, al fine di evidenziare le discontinuità con la tradizione liberale sarà necessario affrontare la nozione di potere costituente e la diversa interpretazione che il repubblicanesimo può offrire di tale idea⁵.

Nella sezione conclusiva vengono sviluppate le conclusioni che derivano da una simile ripresa del potere costituente. Esse riguardano innanzitutto la concezione della politica repubblicana. La politica viene intesa dai neo-repubblicani come strumentale rispetto alla realizzazione del bene della libertà come assenza di dominio. La direzione intrapresa dai neo-repubblicani è improduttiva se lo scopo è quello di rivitalizzare la dimensione politica. Per questa ragione verrà argomentato, nell'ultima sezione, che occorre pensare la politica (in particolare la politica costituzionale) in modo autonomo, ossia come una dimensione di valore intrinseco, ma non ultimo⁶, che rimanga costitutivamente aperta ad una piena auto-riflessività. Questo aspetto è decisivo per evitare che il repubblicanesimo si riduca ad una variante del liberalismo. In breve, la riflessività della politica mantiene aperta la possibilità che il conflitto possa avere luogo anche sui termini stessi entro i quali si pone il conflitto. Quello che si cercherà di mostrare nei paragrafi successivi è che il neo-repubblicanesimo ignora la piena riflessività della politica e il suo potenziale espansivo, a favore di un contenimento del conflitto tramite il diritto costituzionale oppure la politica ordinaria (*id est*, elettorale).

È necessario introdurre un *caveat* di natura metodologica prima di procedere oltre. La teoria neo-repubblicana ha tentato di sintetizzare la dimensione storica e quella teorico-normativa. In questo articolo verrà privilegiata soltanto la seconda dimensione a scapito della prima. Ossia, la critica ai limiti politici del neo-repubblicanesimo viene articolata solo sul piano teorico-normativo, lasciando l'analisi del legame con la tradizione del repubblicanesimo classico e moderno per un'altra occasione. L'assunto di fondo è che rivalutare il repubblicanesimo significa, pertanto, ritornare a discutere delle modalità di produzione che investono la politica, il diritto o l'economia⁷. Di conseguenza, il

³ Per una trattazione del tema del conflitto in una prospettiva repubblicana ed una distinzione fra una linea conflittualista ed una anti-conflittualista, si rinvia a L. Baccelli, *Critica del repubblicanesimo*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 22; cfr. T. Casadei, *La traiettoria del repubblicanesimo conflittualista*, «Diritto e questioni pubbliche», 5 (2005), pp. 131-155.

⁴ Non mancano, tra l'altro, i tentativi di mostrare che alcuni autori liberali (soprattutto John Rawls) si muoverebbero a partire da presupposti condivisi dal repubblicanesimo. Si veda, ad esempio, E. Dali, *Non-Domination as a Primary Good: Re-Thinking the Frontiers of the Political in Rawls*, «Jurisprudence», 2 (2012), pp. 37-72.

⁵ Data la varietà di liberalismi si rischia, usando l'etichetta liberale, di raggruppare sotto la stessa categoria, teorie fra loro alquanto diverse. Qui per costituzionalismo liberale si intende quella corrente che individua il valore del diritto costituzionale principalmente nella sua funzione di limite o contenimento del potere politico in chiave di tutela dei diritti individuali.

⁶ Un valore è ultimo quando viene considerato superiore agli altri e quindi in grado di stabilire la finalità dell'agire. Questa concezione dei valori presuppone una gerarchia e quindi la loro misurabilità. Un valore, invece, si definisce intrinseco quando, in un ambito di valori incommensurabili, è in grado di fornire ragioni per agire in modo autonomo, ossia senza richiamare nessun altro valore nella giustificazione. La distinzione è tracciata, in maniera molto chiara, da J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon, 1986, p. 186.

⁷ Il valore di questa possibilità viene intravisto, ma non sviluppato, da C. Laborde, J. Maynor (a cura di), *Political Theory and Republicanism*, cit., pp. 13-14.

repubblicanesimo deve confrontarsi con il tema del potere costituente in modo diverso da quanto viene proposto dal liberalismo.

1. *Repubblicanesimo e costituzionalismo giuridico*

Il tratto comune del primo genere di neo-repubblicanesimo, prevalente nel corso degli ultimi due decenni dello scorso secolo, è quello di attribuire al diritto un ruolo costitutivo dell'agire politico. In tal senso si può dire che il tipo di costituzionalismo promosso da questi neo-repubblicani sia di natura eminentemente giuridica. La prima ondata della ripresa neorepubblicana è di matrice anglosassone e viene recepita, in ambito giuridico, in particolare nel dibattito interno al costituzionalismo americano. Nel corso degli anni Ottanta, Frank Michelman è stato certamente il più influente esponente di tale forma di neorepubblicanesimo⁸. Pur avendo Michelman rivisto la propria adesione alla filosofia repubblicana, un riferimento ai suoi scritti repubblicani è ancora oggi utile per mostrare quale forma assuma la versione prevalentemente giuridica di tale dottrina⁹. Come è noto, la ripresa dei temi repubblicani si concentra, in questi lavori di Michelman, sulla necessità di rivitalizzare la cittadinanza e sulle pratiche che egli definisce giusgenetiche. La sua intenzione è quella di mettere in evidenza come il diritto possa essere parte integrante di una cittadinanza attiva e, invece di limitare l'agire politico, esso rappresenti il tratto essenziale (ed organizzativo) della deliberazione verso il bene comune. In *Law's Republic* viene proposta una definizione della libertà politica nella quale il ruolo prominente delle istituzioni non può passare inosservato: la libertà politica corrisponde 'alla realizzazione della libertà personale attraverso il potere sociale istituzionalizzato che regola il conflitto sociale'¹⁰. Con accenti habermasiani, Michelman propone di vedere nel diritto costituzionale un aspetto equiprimordiale all'agire politico. Per meglio dire, il diritto diviene condizione costitutiva dell'agire politico¹¹. Tale visione del rapporto fra diritto e politica rientra a pieno titolo nella tradizione repubblicana e, come si vedrà, viene adottata anche da Pettit.

Più specificamente, Michelman individua nel diritto il medium attorno al quale la comunità organizza e comprende i conflitti che la attraversano. Nell'affrontare la questione dell'interpretazione costituzionale, centrale nella prassi politica statunitense, egli si riferisce esplicitamente ad un fondo normativo a disposizione dell'agire politico¹². L'ordinamento costituzionale, più precisamente i suoi aspetti fondamentali, vengono presentati come risorse che permettono una politica partecipata: «la concezione repubblicana non è meno legata all'idea dell'attività politica popolare come sola fonte e garanzia dei diritti, che all'idea del diritto, compresi i diritti soggettivi, come preconditione della buona politica. La visione repubblicana pertanto richiede una qualche concezione del modo in cui le leggi e i diritti possono essere libere creazioni dei cittadini e, allo stesso tempo, i dati normativi che costituiscono e sottendono un processo politico capace di creare diritto costitutivo»¹³. Come

⁸ Si vedano anche gli scritti repubblicani di Cass Sunstein: *Interest Groups in American Constitutional Law*, «University of Chicago Law Review», 39 (1985), pp. 29-87; *Beyond the Republican Revival*, «Yale Law Journal», 97 (1988), pp. 1539 ss.

⁹ Il riferimento va a tre scritti in particolare: *Traces of Self-Government*, «Harvard Law Review», 100 (1986), pp. 4-68; *Law's Republic*, «Yale Law Journal», 97 (1988), pp. 1494-1535; *Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument; Voting Rights*, «Florida Law Review», 41 (1989), pp. 443 ss. Parte dell'impatto di questi scritti è dovuto al fatto che Habermas, nel confrontarsi con il repubblicanesimo, ha scelto Michelman come principale rappresentante di questa teoria: J. Habermas, *Fatti e norme*, Milano, Guerini, 1996, cap. 6.

¹⁰ *Law's Republic*, p. 1495 n. 2.

¹¹ F. Michelman, *Always Under Law*, «Constitutional Commentary», 12 (1996), pp. 227-247.

¹² F. Michelman, *Law's Republic*, cit., p. 1504.

¹³ F. Michelman, *Law's Republic*, cit., pp. 1504-1505.

viene presentato il disaccordo e di conseguenza quale conflitto venga ammesso e in quali forme, è questione condizionata dal canale giuridico di comunicazione. Non sorprende, pertanto, che il diritto venga considerato come il luogo naturale dove avviene la ricomposizione del conflitto e si eserciti una prassi deliberativa. Si noti che in questo modo il repubblicanesimo giuridico interpreta il conflitto come attività organizzata da status o posizioni giuridiche già date¹⁴. Il riconoscimento dell'importanza dei ruoli determinati dal diritto non va sminuito poiché si basa su un'intuizione corretta: il diritto costituzionale è uno dei possibili modi di organizzare e mettere in forma il conflitto¹⁵. Il problema è che il ricorso al diritto come *unico* ed *esclusivo* strumento di risoluzione del conflitto e come medium comunicativo fra cittadini porta con sé conseguenze insidiose¹⁶. La prima è l'esclusione di una serie di prospettive sul conflitto che non appartengono (o non vengono riconosciute) al registro giuridico. Il diritto fornisce le coordinate entro le quali il conflitto può essere percepito come tale, dispiegarsi e venire infine addomesticato: fra queste coordinate è opportuno ricordare il sistema dei diritti soggettivi, i test adottati dalle corti per giudicare sul bilanciamento nel conflitto fra diritti, la nozione di danno giuridico. In tal modo, il linguaggio giuridico non esclude il conflitto, ma ne determina le opzioni (e le loro articolazioni) in modo selettivo. Quanto rimane al di fuori della sfera giuridica non viene registrato come possibile prospettiva sul conflitto e quindi rimane esclusa. In breve, nessun conflitto politico può realmente essere inteso come tale se non viene espresso attraverso la grammatica del diritto costituzionale.

Date queste coordinate, non è quindi sorprendente che per il Michelman repubblicano sia la Corte Suprema a rappresentare il paradigma della ragione pubblica e a fornire la principale sede istituzionale della deliberazione popolare¹⁷. Si tratta, come si può notare, di una ricostruzione idiosincratica del pensiero repubblicano¹⁸. In pratica lo spazio della politica partecipata sarebbe ridotto al dialogo con e fra i membri della Corte Suprema. Nella migliore delle ipotesi, si può pensare ad un dialogo fra i movimenti e la Corte, pur sempre in un contesto deliberativo. Per Cass Sunstein, per riprendere il lavoro di un altro autore in precedenza definitosi neo-repubblicano, la sede della politica deliberativa è il Congresso, ma è necessario che sia i giudici che i politici deliberino con spirito empatico, ossia cercando di capire le altre posizioni presenti nel dibattito e tenerle in debito conto. Questa dimensione deliberativa del dialogo democratico non viene integrata da un'attenta valutazione delle proprietà dell'aspetto conflittuale della politica. La comunicazione politica si traduce in una ragione pubblica giuridicizzata, dove gli argomenti che vengono proposti assumono la forma di un'esposizione di argomenti di fronte ad una Corte Suprema¹⁹. Di conseguenza, i conflitti che attraversano la comunità vengono pensati esclusivamente in termini giuridici. Qui si può intravedere il momento dworkiniano degli scritti neo-repubblicani: il diritto costituzionale

¹⁴ È quindi coerente l'interesse di Michelman per il patriottismo costituzionale: F. Michelman, *Morality, identity and Constitutional Patriotism*, «Ratio Juris», 14, 2002, pp. 253-271; cf. J. Werner Müller, *Constitutional Patriotism*, Princeton, Princeton University Press, 2007.

¹⁵ Per una ricognizione del rapporto fra diritto costituzionale e conflitti si veda G. Azzariti, *Diritto e conflitti*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

¹⁶ Uno dei problemi dell'analisi di Michelman è quella di aver fatto del modello statunitense, dove la costituzione gioca un ruolo fondamentale nei processi di identificazione del cittadino, un modello esemplare del ruolo del diritto costituzionale. In tal senso, un approccio culturale al diritto costituzionale restituisce una visione meno parrocchiale della natura delle costituzioni e della loro natura: cfr. P. Kahn, *Lo studio culturale del diritto*, Reggio Emilia, Diabasis, (in corso di pubblicazione).

¹⁷ Cfr., P. Kahn, *Legitimacy and History*, New Haven, Yale University Press, 1992, pp. 188-194.

¹⁸ Si vedano le forti perplessità espresse da K. Abrams, *Law's Republicanism*, «Yale Law Journal», 97, 1988, p. 1592. Un'altra dura critica ad un'idea di repubblicanesimo fondata sul paradigma del controllo di costituzionalità viene da A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, Oxford, Hart, 2005, pp. 44-46.

¹⁹ Come è noto, questa è la posizione di John Rawls in *Liberalismo politico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1996, lezione VI.

fornisce il codice di comunicazione con il quale la comunità pensa la propria identità²⁰. Naturalmente Michelman nota che a differenza di Dworkin, la sua corte suprema non è composta da un singolo giudice erculeo, il quale in maniera isolata raggiunge il risultato corretto della decisione, ma da una pluralità di membri togati²¹. L'integrità del diritto non esclude l'introduzione nel dialogo di diversi punti di vista rappresentati dai giudici. Viene così garantito il pluralismo delle posizioni secondo uno schema che fa della Corte Suprema il luogo della rappresentazione delle differenze presenti nella comunità. L'assunto sul quale si basa questa visione del ruolo della Corte Suprema è quello dell'impossibilità di una partecipazione effettiva e diretta dei cittadini in Stati di dimensioni notevoli. La Corte viene quindi proposta come il luogo ideale nel quale si realizza l'autogoverno. L'interpretazione costituzionale diventa quindi esercizio di autogoverno collettivo. Si tratta, come si può ben vedere, di una concezione molto riduttiva e minimale della rappresentanza politica e dell'autogoverno con la quale il dialogo politico viene ricondotto, nella migliore delle interpretazioni, al confronto/dialogo fra movimenti sociali e corti²².

Negli anni Novanta, la concezione giuridica del neo-repubblicanesimo ha trovato la sua massima espressione nell'opera di un filosofo come Philip Pettit, il quale, come noto, fonda la sua filosofia repubblicana sull'idea di libertà come assenza di dominio, ossia una terza concezione della libertà che viene intesa come assenza di interferenza arbitraria. Secondo questa versione del neorepubblicanesimo, l'interferenza sull'agire di una persona è legittima, ma solo se sostenuta da ragioni condivise. Queste formano, a loro volta, il nucleo della ragione pubblica e determinano quando l'interferenza diventa arbitraria (ossia, quando non è giustificabile facendo riferimento alla ragion pubblica). Il diritto assicura che l'interferenza non avvenga in maniera arbitraria, ma nel rispetto delle ragioni condivisibili. Si noti che secondo Pettit la differenza principale fra liberalismo e repubblicanesimo viene identificata nella diversa concezione del diritto: «nella tradizione repubblicana la libertà viene concepita come una condizione che esiste solo in presenza di uno stato di diritto degno di questo nome. Come le leggi creano l'autorità di cui fruisce chi governa, così le leggi creano la libertà che i cittadini possiedono in comune»²³.

Al cuore del sistema istituzionale immaginato da Pettit, sulla falsariga delle democrazie costituzionali contemporanee, rimane il canale della democrazia "editoriale". Quindi l'aspetto della contestazione contro le decisioni dell'autorità diviene prevalente rispetto all'ideale dell'autogoverno collettivo²⁴. Come Pettit ricorda, «l'assenza di arbitrio richiede non tanto il consenso quanto la possibilità di contestare le decisioni»²⁵. Con parole che sembrerebbero ancora più nette, Pettit ricorda che la differenza principale fra costituzionalismo liberale e repubblicano viene data dal rigetto della centralità del consenso da parte dei repubblicani: «si può concepire la democrazia alla luce di un modello centrato più sul conflitto e la contestazione che sul consenso. Alla luce di questo modello un governo apparirà democratico, rappresenterà cioè una forma di governo sottoposta al controllo

²⁰ La vicinanza è stata notata da diversi autori. Si veda quanto scritto, a proposito, da G. Bongiovanni, *Teorie costituzionalistiche del diritto*, Bologna, Clueb, 2000.

²¹ F. Michelman, *Law's Republic*, cit., p. 1508.

²² Si vedano, di recente, i lavori di Reva Siegel, *Constitutional Culture, Social Movements Conflict and Constitutional Change: The Case of the De Facto ERA*, «California Law Review», 94 (2006), pp. 1423 ss.; nel contesto europeo si veda, invece, D. Della Porta, *Social Movements: An Introduction*, Oxford, Wiley, 2006.

²³ P. Pettit, *Repubblicanesimo*, cit., p. 49.

²⁴ Per una proposta neo-repubblicana incardinata sull'idea di libertà positiva, si rinvia a I. Honohan, *Civic Republicanism*, London, Routledge, 2002; per un repubblicanesimo contrapposto al liberalismo, ma sulla base dell'idea di assenza di dominio, cfr. J. Maynor, *Republicanism in the Modern World*, London, Polity, 2003.

²⁵ P. Pettit, *Repubblicanesimo*, cit., p. 222.

popolare, se gli individui, individualmente o collettivamente, godranno permanentemente della possibilità di contestare le decisioni prese dal governo»²⁶.

Resta da chiedersi quale genere di conflitto esprima l'ideale "contestatorio" di Pettit. A ben vedere, si tratta di un'idea piuttosto innocua di contestazione, o quantomeno parziale. In primo luogo, la contestazione deve avvenire entro confini ben precisi determinati dal fatto che il disaccordo può essere solamente ragionevole. L'influenza o il controllo che i cittadini possono esercitare viene confinata nell'ambito delle ragioni che sono egualmente accettabili da tutti. Non è possibile, secondo Pettit, ammettere una forma di conflitto più intensa, ossia in grado di mettere in discussione il quadro o la cornice entro la quale si esprime la contestazione. In altri termini, la contestazione viene sempre incanalata attraverso i poteri costituiti e deve fare riferimento ad un repertorio di ragioni condivise dai soggetti coinvolti nella contesa. Come è stato notato da Luca Baccelli, «l'idea della contestabilità sembra scolorarsi in una sorta di autodisciplina di chi contesta, mentre emerge in primo piano una ricettività delle istituzioni che mostra tratti paternalistici»²⁷.

Con queste riflessioni non si vuole appiattare l'idea di conflitto in Pettit su quella proposta da molti autori liberali. La sua idea di diritto, poi, differisce da quella liberale, almeno nella versione proposta da Hobbes e da Jeremy Bentham²⁸. Il diritto in chiave neo-repubblicana viene letto come costitutivo della libertà di agire assieme; al contrario della teoria di Bentham, per la quale la libertà consiste nel poter fare ciò che il diritto non proibisce, Pettit attribuisce al diritto il potere di rendere possibile l'agire grazie alla presenza delle istituzioni. Eppure l'enfasi sull'idea che la libertà politica si costituisca tramite il diritto rimane intrappolata ad un'idea contraddittoria del rapporto fra diritto e politica. Dei limiti di tale impostazione Pettit sembra essere divenuto progressivamente più avvertito: nel suo più recente lavoro, egli è costretto ad introdurre l'idea di potere costituente per poter rendere conto del modo nel quale l'agire politico per poter essere produttivo non possa essere contenuto dentro le maglie dei poteri costituiti²⁹. Anche in questo caso, tuttavia, Pettit risolve troppo facilmente il paradosso del rapporto fra costituente e costituito³⁰, secondo un'equazione che ricorda la costruzione del soggetto costituente in Sieyès. La contestabilità delle istituzioni risiede, secondo Pettit, prima di tutto nel "popolo costitutivo" (*constituting people*), qui inteso come popolo diverso rispetto a quello rappresentato. Pettit postula così l'esistenza di due aspetti del soggetto collettivo: il primo, costitutivo, si manifesta quando «i membri della popolazione si attivano come cittadini per determinare come le cose (things) devono essere organizzate e gestite»³¹. Esso assume «una presenza diretta nelle elezioni e nei referendum e una presenza mediata nelle autorità che compongono il governo nonché [...] in quei movimenti sociali che contestano le proposte del governo»³². Il popolo costituito, invece, è equivalente allo Stato e, per esplicita ammissione dello stesso Pettit, deve essere inteso nel senso datogli da Rawls. Entrambi i popoli (costitutivo e costituito) sono responsabili per la costituzione che li governa, ma solo il primo può sostituire la costituzione in modo integrale con una nuova e, seguendo l'argomento di Pettit, generando un nuovo popolo costituito. Tuttavia, viene da chiedersi come sia possibile per il 'popolo costituente' agire in libertà se le sue decisioni vengono prese al di fuori dei poteri costituiti e da quel set di ragioni condivise che costituiscono la ragion pubblica. Come si stabilirà, ad esempio, se un esercizio di potere costituente sia arbitrario o meno?

²⁶ P. Pettit, *Repubblicanesimo*, cit., p. 225.

²⁷ L. Baccelli, *Critica del repubblicanesimo*, cit., p. 112.

²⁸ P. Pettit, *Law and Liberty*, in S. Besson, J. Martí (eds), *Legal Republicanism*, cit., pp. 49-57.

²⁹ P. Pettit, *On People's Terms*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 288-292.

³⁰ Sul quale si veda, in generale, M. Loughlin, N. Walker (eds), *The Paradox of Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

³¹ P. Pettit, *On People's Terms*, cit., p. 286.

³² *Ibidem*.

Il problema è che il momento repubblicano in autori come Michelman e Pettit viene intravisto nel ruolo del diritto come strumento di contenimento e soluzione del conflitto. L'ideale del governo della legge si inverte in un ordinamento costituzionale che predetermina e contiene il disaccordo attorno ad una serie di ragioni che formano la cosiddetta ragione pubblica. Il momento mistificante di questa concezione va localizzato nell'idea che il diritto si trovi di fronte ad un conflitto per così dire nudo, quando invece, una volta codificato attraverso categorie giuridiche, il conflitto viene già istituzionalizzato e costretto dentro una cornice che ne determina linguaggio e spesso pure i contenuti. In breve, il conflitto viene qui inteso secondo coordinate dettate da categorie giuridiche come quelle di diritti soggettivi, libertà fondamentali, contratti, obbligazioni etc etc. Seguendo tale logica, si può rivendicare un danno subito o la protezione di un diritto solo facendo riferimento ad una serie di descrizioni e di attribuzioni che qualificano un discorso come specificamente giuridico. In altre parole, spesso il conflitto viene 'ospitato', e quindi sussunto, dal codice comunicativo del diritto. Occorre precisare, a questo punto, che il rapporto fra diritto e conflitto non è univoco. Il diritto non rappresenta solo una soluzione per il conflitto. Seguendo la lezione di Luhman, si possono riconoscere al diritto altre due funzioni rispetto al conflitto³³. Anzitutto, il diritto può prevenire l'insorgere del conflitto. In diversi casi, il diritto crea delle aspettative, garantite dall'ideale della certezza del diritto, resistenti al conflitto. In tal modo, gli incentivi ad entrare in un conflitto vengono fortemente limitati. Inoltre, il diritto può anche essere costitutivo del conflitto. Questo è il caso, ad esempio, di una enorme disparità di status o poteri fra le parti in contesa, oppure quando qualcuno o un gruppo di persone si trovi in una situazione di minoranza³⁴. Tuttavia, sovrapponendo le due possibili relazioni fra diritto e conflitto, il costituzionalismo repubblicano finisce per dimenticare che una volta formalizzate in termini giuridici, le opzioni per risolvere un conflitto vengono limitate e contenute. È importante ribadire che esse non perdono di valore per questa ragione, ma sono ben lungi dall'esaurire l'orizzonte dei possibili disaccordi. In definitiva, il repubblicanesimo viene inteso come invito ad interpretare il conflitto come prassi argomentativa esperita attraverso il linguaggio giuridico. In tal modo, ogni possibile sfida attorno al modo in cui il conflitto è rappresentato (in un certo senso, il meta-conflitto sui modi di porre il conflitto) viene normalizzata e pertanto svuotata di significato. La comunità politica viene rappresentata come un organismo pacificato e gli aspetti essenziali della ragione pubblica sottratti al disaccordo. In altri termini, la comunità viene data come *a priori* giuridicizzata perchè la questione di cosa essa sia è rimossa e pertanto sottratta alla comunità stessa. Non a caso, in ambito statunitense, il cambiamento costituzionale viene sovrapposto ad un cambiamento di interpretazione costituzionale.³⁵ La trasformazione dei tratti fondamentali dell'ordinamento non entra nello scenario descritto da questo repubblicanesimo giuridico. Nel complesso, una simile declinazione della teoria repubblicana finisce per premiare il ruolo di contenimento della politica svolto dal diritto costituzionale. Il costituzionalismo assume quindi una veste statica e gli aspetti dinamici che potrebbero essere nutriti dal disaccordo radicale rimangono esclusi. Diventa chiaro, alla luce di quanto visto fino ad ora, che almeno da un punto di vista istituzionale, una contemporanea democrazia costituzionale (provvista di controllo diffuso od accentrato di costituzionalità e di una serie di autorità amministrative indipendenti) può essere sufficiente per rispettare i criteri minimi della libertà non dominata³⁶.

³³ N. Luhmann, *Law as a Social System*, Oxford, Oxford University Press, 2008 (citato in E. Christodoulidis, *Law and Reflexive Politics*, Dordrecht, Springer, 1998, p. 129).

³⁴ E. Christodoulidis, *Law and Reflexive Politics*, cit., pp. 229-230.

³⁵ Esempio, in tal senso, il volume di J. Rubinfeld, *Revolution by the Judiciary*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2005.

³⁶ Ad una conclusione simile è giunto A. Ferrara, *La scoperta del repubblicanesimo politico e le sue implicazioni per il liberalismo*, «Filosofia e questioni pubbliche», 5 (2000), pp. 31-48.

2. *Repubblicanesimo e costituzionalismo politico*

Nel contesto britannico alcuni autori hanno proposto, a partire dallo scorso decennio, una rivalutazione della costituzione politica di Westminster³⁷ su basi repubblicane. Si tratta innanzitutto di una reazione rispetto alle versioni del repubblicanesimo attente al costituzionalismo giuridico e proposte da Michelman, Sunstein e Pettit. In tal senso, esso si presenta come momento della ‘riscoperta della politica’. L’aspetto interessante di tale proposta risiede in effetti nella rivalutazione dell’importanza della dimensione politica (soprattutto di quella parlamentare) per il costituzionalismo contemporaneo. Richard Bellamy³⁸ ed Adam Tomkins³⁹, in particolare, hanno difeso le virtù del modello politico britannico (valido anche per il resto del commonwealth) contro le proposte di coloro che intendevano giuridificare la costituzione con un Bill of Rights ed un più pervasivo controllo di costituzionalità⁴⁰. In questo modo, essi hanno rivitalizzato una tradizione che sembrava in profondo declino, soprattutto dopo l’ingresso del Regno Unito nell’Unione Europea e la successiva ricezione della Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo con legge ordinaria⁴¹.

Bellamy ha sviluppato una teoria normativa secondo la quale la politica rappresentativa ordinaria, organizzata attorno ad una competizione elettorale fra partiti sulla base del principio di maggioranza garantisce l’assenza di dominio per i cittadini. Il punto di partenza della teoria di Bellamy è il riconoscimento delle cosiddette circostanze della politica: il disaccordo fra i cittadini e la volontà di giungere ad una risoluzione comune delle controversie rispettando tale disaccordo⁴². Per Bellamy, il costituzionalismo liberale, nelle sue tre declinazioni contemporanee (libertario, deontologico, comunitarista), propone soluzioni di svuotamento dell’agire politico: la versione libertaria propone la sostituzione della politica con il mercato, quella deontologica la costituzionalizzazione della politica, ed infine, quella comunitarista (es.: Walzer), un contenimento della politica per mezzo della società civile⁴³. A partire da queste premesse, la mossa teorica di Bellamy consiste nel dare la priorità alle ragioni in ingresso del processo politico piuttosto che a quelle in uscita. Siccome non è possibile trovare un accordo sui contenuti delle leggi approvate, l’unica via di legittimazione va ricercata nella legittimità delle procedure che portano alla decisione stessa⁴⁴. Solo attraverso il riconoscimento dell’ideale repubblicano dell’*audi alteram partem*, e quindi della possibilità di ciascun cittadino di partecipare alla formazione delle decisioni politiche, attraverso forme rappresentative che permettano l’espressione delle proprie opinioni, si evita l’esercizio abusivo o arbitrario del potere. L’ideale normativo soggiacente a questa visione è l’eguaglianza politica. Ciascuno ha diritto a partecipare alla creazione delle politiche comuni. L’eguaglianza si realizza in una costituzione politica nella quale il parlamento si presenta come luogo per eccellenza della rappresentanza e si forma dopo una contesa elettorale alla

³⁷ Per una celebre descrizione della costituzione politica si rinvia a J. Griffith, *The Political Constitution*, «Modern Law Review», 45 (1979), pp. 1-28; cfr., A. Tomkins, *In Defence of the Political Constitution*, «Oxford Journal of Legal Studies», 22, 2002, pp. 157-175; G. Gee e G. Webber, *What Is a Political Constitution?*, «Oxford Journal of Legal Studies», 30 (2010), pp. 273-299.

³⁸ R. Bellamy, *Political Constitutionalism*, Cambridge Cambridge University Press, 2007.

³⁹ A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, cit.

⁴⁰ Si veda, ad esempio, R. Dworkin, *A Bill of Rights for Britain*, London, Chatto, 1990.

⁴¹ Il dibattito contemporaneo sul costituzionalismo politico viene ricostruito ed analizzato, di recente, in un numero monografico del «German Law Journal» di prossima uscita (Dicembre 2013).

⁴² Molto influente sui lavori di Bellamy e Tomkins è la riflessione di Jeremy Waldron, in particolare *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 98-100.

⁴³ R. Bellamy, *Liberalism and Pluralism. Towards a Politics of Compromise*, London, Routledge, 1991, p. 60.

⁴⁴ R. Bellamy, *Political Constitutionalism*, cit., pp. 24-25.

quale partecipano partiti con programmi diversi. La competizione fra diversi partiti in libere elezioni permette ai cittadini di influire sulla formazione della rappresentanza politica e in tal modo di essere trattati come soggetti meritevoli di eguale rispetto. L'ideale politico soggiacente a tale proposta riprende l'idea di repubblicanesimo propria di una particolare tradizione britannica. Per riprendere le parole di Bernard Crick, la politica è una cosa ben precisa che 'deriva dal riconoscimento dell'esistenza simultanea di diversi gruppi, con differenti interessi e tradizioni, nell'ambito di un'unità territoriale assoggettata alla medesima giurisdizione'⁴⁵. Seguendo questo ragionamento, la politica diventa quindi il dispositivo che permette di raggiungere compromessi tali da rendere possibile la convivenza fra persone con differenti punti di vista sul bene comune. Come sottolineato nella sezione precedente, il conflitto politico viene compreso solo nei termini di un problema di convivenza da gestire. La differenza fra la prima ondata di revival repubblicano e i più recenti lavori è che per i primi il diritto è il miglior medium per risolvere i conflitti, mentre per i secondi la politica ordinaria si rivela un mezzo più efficace e legittimo.

Si noti che è possibile reinterpretare la politica parlamentare secondo due linee direttrici. La prima, rappresentata da Bellamy, ritiene che la centralità del parlamento sia essenziale per riportare l'attività legislativa al centro della costituzione politica. È nel processo di legiferazione che i cittadini, tramite la rappresentanza politica, possono partecipare ed influire nella formazione di decisioni orientate all'interesse comune. Bellamy stesso ritiene che la legislazione prodotta dal parlamento, in presenza di determinate condizioni, realizzi l'ideale della ragion pubblica in senso repubblicano⁴⁶. Le decisioni che vengono adottate da un'assemblea legislativa, in un contesto di formale eguaglianza politica, producono risultati che possono essere accettati (*agreed to*) piuttosto che accolti (*agreed with*). Alla dimensione politica del costituzionalismo questo è il massimo che può essere chiesto: dotare la comunità di istituzioni politiche che riescano a far fronte al conflitto che attraversa la comunità senza dover ricorrere alla forza o alla coercizione. Tomkins, dall'altro lato, riprende l'idea di contestabilità proposta da Pettit, ma ne denuncia il carattere prevalentemente giuridico e propone il modello costituzionale britannico come più adatto a mantenere aperta la possibilità di contestazione per i cittadini. Tomkins vede nel principio della responsabilità politica (*political accountability*)⁴⁷ il cuore della costituzione politica⁴⁸. Si tratta, qui, di un'idea di responsabilità che si estrinseca nell'obbligo da parte di chi detiene il potere di fornire ragioni per giustificare le proprie decisioni. La centralità della responsabilità politica presuppone che la libertà non dominata sia minacciata principalmente dal potere esecutivo e dagli interessi che esso finisce per rappresentare. Con un'interessante interpretazione delle dinamiche della politica parlamentare, Tomkins vede nel parlamento (almeno nella versione di Westminster) un'istituzione repubblicana e non più, come solitamente accreditato dai critici del parlamentarismo, il baluardo del costituzionalismo liberale⁴⁹. Nel caso di Tomkins non è solamente la legittimazione elettorale a garantire la

⁴⁵ B. Crick, *In Defence of Politics*, cit., pp. 17-18. L'influenza di Laski sugli autori del costituzionalismo politico non viene tematizzata, ma ha lasciato un'impronta importante: si veda, G. Gee, G. Webber, *Rationalism in Public Law*, «Modern Law Review», 72 (2013), pp. 708-745.

⁴⁶ Da una prospettiva liberale si veda lo sforzo di J. Waldron, *Representative Lawmaking*, «Boston University Law Review», 89 (2009), pp. 335-355.

⁴⁷ La traduzione di *accountability* in italiano, così come nelle altre lingue romanze, è problematica. Cfr., C. Harlow, *Accountability in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 14-15; si veda, inoltre, R. Mulgan, *Accountability: an Ever-Expanding Concept*, «Public Administration», 78 (2000), pp. 555-573.

⁴⁸ A. Tomkins, *Public Law*, cit., cap. 5. Per una ricostruzione in italiano della responsabilità politica nel sistema britannico si veda F. Rosa, *Il controllo parlamentare sul governo nel Regno Unito*, Milano, Giuffrè, 2012.

⁴⁹ Questa è la tesi, ad esempio, di C. Schmitt, *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo*, Milano, Giuffrè, 2004.

responsabilità politica dell'esecutivo. È la razionalità stessa del ragionamento politico a garantire una piena legittimazione al parlamento come luogo di tutela dei diritti. Per questa ragione, anche un organo 'aristocratico' come la House of Lords può essere ritenuto parte della costituzione repubblicana. Affinché la responsabilità politica sia garantita occorre che il primato fra i diritti politici vada riconosciuto alla libertà di informazione (si noti che per il costituzionalismo liberale di matrice anglosassone è la libertà di espressione ad occupare il cuore della costituzione politica) e al diritto di voto⁵⁰.

Pur avendo il merito di aver rivalutato la dimensione politica del costituzionalismo, mostrando in quale modo l'attività della politica istituzionale può proteggere i cittadini dal dominio o dall'abuso di potere, il repubblicanesimo britannico rimane confinato entro una visione ordinaria e pacificata della politica. Per evitare fraintendimenti, è bene precisare che non si intende sostenere, in questa sede, che la rivalutazione della politica ordinaria sia in sé da rigettare o di scarso valore. Il punto è che se l'intento è quello di liberare e moltiplicare l'agire politico e le possibilità di innovazione che questo porta con sé, allora il costituzionalismo politico si dimostra necessario, ma non sufficiente. Il rischio, non inevitabile ma pur sempre presente, di un costituzionalismo appiattito sulla politica istituzionale, è quello di predeterminare le possibili opzioni in modo talmente escludente da violare il principio di eguale rispetto poiché il disaccordo non viene preso realmente sul serio. Fenomeni come il *path-dependence* e il radicamento di presupposti di fatto nelle istituzioni sottraggono alla contestazione una serie di opzioni che non dovrebbero essere escluse. In tale ottica, il conflitto derivante dal disaccordo e dalla pluralità di prospettive viene inteso come un problema collettivo da risolvere, mai come un'opportunità. Le circostanze della politica producono necessariamente conflitto sociale e di valori. Nelle posizioni di Bellamy e Tomkins (così come di Bernard Crick e John Griffith) la politica non viene animata da tale conflitto: piuttosto, essa viene chiamata a gestirlo e a scioglierlo⁵¹. Da qui il ruolo che autori come Crick e Bellamy attribuiscono al compromesso: poiché non si può chiedere, nelle circostanze della politica, di trovare un consenso attorno alla validità dei principi o alla comunanza di alcuni valori, la propensione al compromesso, ossia la negoziazione fra diverse posizioni, diventa la virtù principale della politica parlamentare⁵². Tale atteggiamento rimanda al criterio *audi alteram partem* con la predisposizione a valutare la validità degli altrui argomenti e la volontà di giungere ad un accordo rinunciando a una parte delle proprie posizioni. Gli aspetti apprezzabili di un simile modello di costituzione politica sono molteplici. Tuttavia, il costituzionalismo politico "soffoca" la politica, invece di lasciarla aperta all'autodeterminazione. Questa non è solamente la conseguenza di una concezione strumentale della politica (anche se questo dato non va sottovalutato). La politica non viene pensata come autonoma determinazione e quindi le sue potenzialità non vengono esplorate in maniera sufficiente. Si pensi al modo in cui viene introdotta l'eguaglianza politica nell'ambito della costituzione politica. Essa si basa su una serie di esclusioni che difficilmente possono essere sfidate dall'interno del sistema politico costituito. Due esempi classici possono essere qui ripetuti: il primo riguarda coloro che non sono riconosciuti come cittadini e, pur essendo residenti (legalmente o meno), non hanno accesso al diritto di voto e quindi vedono la loro eguaglianza politica praticamente menomata⁵³. Il secondo esempio riguarda la costituzione politica stessa. Se la dinamica istituzionale che la anima viene interpretata secondo i codici del costituzionalismo politico (voto formalmente eguale, regola di maggioranza nella competizione fra partiti), allora diviene difficile immaginare e persino spiegare eventuali

⁵⁰ A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, cit., pp. 61-62.

⁵¹ Si rinvia a quanto notato da L. Baccelli, *Critica del repubblicanesimo*, cit., cap. 4.

⁵² R. Bellamy, *Liberalism and Pluralism*, cit., pp. 34-35.

⁵³ Si rinvia alle lucide pagine di M. Benton, *The Tyranny of Enfranchised Majority? The Accountability of States to their Non-Citizen Population*, «Res Publica», 28 (2010), pp. 397-413.

cambiamenti profondi (in particolare provenienti dall'esterno delle dinamiche dei poteri costituiti) della struttura istituzionale.

Per comprendere meglio in quale senso anche la costituzione politica finisca per limitare le potenzialità dell'agire politico conviene esaminare la nozione di autorità legittima che ispira questo genere di costituzionalismo repubblicano. Essa viene ricostruita in maniera precisa nella lunga introduzione di Samantha Besson e José Louis Martí al volume *Legal Republicanism*⁵⁴. Si tratta di una proposta che può essere applicata a diverse teorie repubblicane e pertanto meritevole di essere attentamente considerata sul piano teorico-giuridico. L'ipotesi di questi autori consiste nell'attribuire al costituzionalismo repubblicano un'idea di autorità tipica del positivismo normativo come proposto, principalmente, da Jeremy Waldron⁵⁵. Come noto, secondo questa teoria, l'idea di autorità legittima deve essere fondata sulla priorità del disaccordo e sulla necessità di trovare una soluzione per la convivenza pacifica. Come conseguenza, il diritto ha autorità nella misura in cui costituisce una soluzione al disaccordo ragionevole che caratterizza le cosiddette circostanze della politica⁵⁶. L'affinità con i presupposti teorici del repubblicanesimo sono evidenti. Entrambi ritengono il dato del disaccordo come primigenio e fondante per la legittimità del politico e del diritto. Tuttavia, una simile concezione dell'autorità non è sufficiente a dare conto del rispetto del disaccordo. Decisivo al fine di comprendere il carattere limitante di questa idea di autorità è il ruolo attribuito alle ragioni escludenti. Come noto, l'idea di ragione escludente è stata introdotta da Joseph Raz nel contesto del ragionamento pratico nel diritto. Le ragioni escludenti sono ragioni per non agire in base ad altri ragioni. Esse hanno la funzione di caratterizzare l'autorità legittima come quella fonte che tramite le proprie decisioni blocca il ricorso alle ragioni sostanziali di primo ordine⁵⁷. Molti aspetti delle ragioni escludenti sono intriganti nonché controversi. In questa sede interessa sottolineare in particolare la (mancata) relazione fra ragioni di primo e di secondo ordine. Le ragioni escludenti eliminano considerazioni attinenti alle ragioni di primo ordine, bloccando così il ragionamento al livello delle ragioni di secondo ordine⁵⁸. Si tratta della funzione facilitatrice del diritto: la logica escludente è caratteristica dell'autorità giuridica. L'insidia di una tale nozione di autorità per un repubblicanesimo sensibile al costituzionalismo politico sono chiare: non si può postulare, da un lato, una concezione della politica come ricomposizione dei conflitti affrontati nella loro concretezza materiale (conflitti fra ragioni di primo ordine, si intende) e, dall'altro, un costituzionalismo pensato a partire dalla funzione delle ragioni escludenti⁵⁹. Tale contraddizione è maggiormente visibile nell'opera di Waldron: non si può da un lato richiedere una concezione kantiana delle capacità individuale di esprimere un giudizio su temi di interesse comune e allo stesso tempo ritenere che l'autorità fornisca ragioni escludenti che

⁵⁴ S. Besson, J.L. Martí (a cura di), *Legal Republicanism*, cit., pp. 3-41.

⁵⁵ Waldron non è certo l'unico fautore di questa versione del positivismo giuridico. Cfr., U Scarpelli, *Che cos'è il positivismo giuridico?*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965; T. Campbell, *Prescriptive Legal Positivism*, Ald, Ahsgate, 1996. Besson and Martí notano che il legame fra repubblicanesimo e positivismo normativo non è biunivoco: mentre un neo-repubblicano dovrebbe, secondo questi autori, sottoscrivere una teoria dell'autorità ispirata al positivismo normativo, il contrario non è necessario. In effetti, non tutti i positivisti normativi sono repubblicani: cfr. S. Besson, J.L. Martí (a cura di), *Legal Republicanism*, cit., p. 32.

⁵⁶ J. Waldron, *Law and Disagreement*, cit., pp. 99-101; cfr. A. Weale, *Democracy*, London, Basingstoke, 1999, pp. 8-12.

⁵⁷ Le ragioni escludenti caratterizzano le regole giuridiche e i sistemi giuridici. Si veda, soprattutto, J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1990 (n.e.), in particolare le pagine 51, 144, 196.

⁵⁸ In una revisione della teoria dell'autorità come servizio, Raz ha notato che le ragioni di primo grado non sono totalmente escluse dal processo decisionale, ma rimangono, per così dire, sullo sfondo: J. Raz, *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 156.

⁵⁹ Una critica corrosiva all'impossibilità di coniugare la concezione dell'autorità di Raz con una teoria della democrazia viene da S. Hersowitz, *Legitimacy, Democracy and Razian Authority*, «Legal Theory», 9, 2003, pp. 201-220.

espungono dal ragionamento pratico le ragioni di primo livello⁶⁰. Allo stesso modo, non si può concludere in maniera irenica che “i partecipanti nella prassi giuridica sono in disaccordo rispetto a quanto richiesto dal diritto, dal principio di legalità, o da ideali della giustizia, ma tutti questi disaccordi vengono espressi nonostante (o in virtù di) un accordo fondamentale sul concetto di diritto”⁶¹. A parte la controversa idea che sussisterebbe un accordo sul concetto stesso di diritto, si tratta in ogni caso di un’affermazione parziale, la quale considera pacifico che solo il diritto sia quella pratica sociale il cui tratto normativo essenziale sia quello di addomesticare il conflitto generato dal disaccordo⁶².

La tesi di un contenimento della politica mascherato come cittadinanza attiva e partecipata trova conferma in un’assenza alquanto rivelatrice nelle teorie repubblicane. Esse non affrontano mai il tema del potere costituente. Nella prossima sezione si mostrerà come tale mancanza non sia casuale nemmeno nella versione più “politica” del neo-repubblicanesimo⁶³. Per quanto riguarda la centralità del conflitto, l’opposizione fra costituzione politica e costituzione giuridica si rivela insoddisfacente. Come si è mostrato, nemmeno il repubblicanesimo politico riesce a districarsi dalla morsa delle ragioni escludenti e alla fine riproduce gli stessi meccanismi escludenti (sia attraverso la politica ordinaria, sia attraverso il diritto costituzionale) che esso rimprovera alla versione giuridica. Una volta posto il potere costituente all’interno della concezione repubblicana diviene chiaro che il contrario della costituzione politica è la costituzione impolitica o a-politica. Non è decisivo, come si vedrà, valutare se la costituzione politica venga ad inverarsi tramite il diritto o la prassi politica. Infatti, nella maggior parte dei casi è sempre un combinato disposto dei due elementi (e di altri aspetti materiali dell’organizzazione sociale) e quanto varia è la presenza di ciascuno di essi⁶⁴.

3. Il momento costituente

La contraddizione principale che affligge il neo-repubblicanesimo emerge dal posizionamento del disaccordo come parte centrale di una teoria costituzionale e, allo stesso tempo, dall’impossibilità di tematizzare in maniera radicale il dissenso. Il postulato dell’eguaglianza giuridica introdotto dai neo-repubblicani, da un lato, e il disaccordo fra una pluralità di prospettive dall’altro contiene già in sé un addomesticamento delle potenzialità trasformative dell’agire politico poiché esclude il dissenso proprio sul contenuto dell’eguaglianza politica. Se il cuore della politica è il disaccordo e la legittimazione delle istituzioni risiede nella loro apertura alla contestabilità, allora il ruolo costitutivo del diritto dovrebbe essere quantomeno relativizzato.

In realtà, gli scritti neo-repubblicani, sia quelli che adottano un approccio giuridico sia quelli che adottano un approccio prevalentemente politico, non si discostano di molto dalla posizione kantiana presente nel costituzionalismo liberale contemporaneo secondo la quale

⁶⁰ R. Stacey, *Democratic Jurisprudence and Judicial Review: Waldron’s Contribution to Political Positivism*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 30 (2010), pp. 749-773.

⁶¹ S. Besson, J.L. Martí (eds), *Legal Republicanism*, cit., p. 35.

⁶² Per una disamina del disaccordo giuridico si rinvia a J.J. Moreso, *Legal Positivism and Legal Disagreements*, «Ratio Juris», 2009, pp. 62-73. Per una più ampia trattazione del disaccordo (ragionevole) si rinvia a S. Besson, *The Morality of Conflict*, Oxford, Hart, 2005.

⁶³ Negli ultimi decenni si è assistito ad un ritorno di interesse per il potere costituente in ambito anglosassone. Il riferimento più importante è N. Walker, M. Loughlin (eds). *The Paradox of Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

⁶⁴ A. Tomkins, *What Is Left of the Political Constitution?*, «German Law Journal», 9 (2013), e P. Scott, *(Political) Constitutions and (Political) Constitutionalism*, «German Law Journal», 9 (2013) (entrambi in corso di pubblicazione)

non è possibile per una collettività agire secondo la volontà generale in assenza del governo rappresentativo. Si noti, ad esempio, che nella ricostruzione di Koorsgaard⁶⁵, Kant nega il diritto alla rivoluzione ricorrendo ad un argomento di natura concettuale. La dissoluzione del governo rappresentativo coincide con la liquidazione della condizione giuridica (*rechtlicher Zustand*) fra gli uomini e quindi il ritorno diretto allo stato di natura. Si tratta di una prima versione dell'idea che la legge fondamentale è costitutiva della possibilità di agire collettivo.

Il ruolo giocato dalla cittadinanza e dalle istituzioni dello Stato moderno che ne garantiscono la rilevanza giuridica è, come si può ben vedere, essenziale. Si prenda un'analogia molto istruttiva, introdotta da un costituzionalista, Bruce Ackerman, le cui credenziali repubblicane sono incerte, ma del quale si può dire sia certamente attento alla dimensione politica del costituzionalismo. In un passaggio nel quale spiega quale sia il contributo specifico del linguaggio costituzionale per la formazione dell'identità statunitense, egli propone di accostare due istituzioni come la cittadinanza e il matrimonio. Ackerman invita ad immaginare una coppia che viva in un mondo dove non esiste l'istituzione del matrimonio. Come potrebbe questa coppia comunicare a se stessa e al mondo esterno il significato speciale che attribuiscono alla loro relazione? L'istituzione del matrimonio fornisce un medium simbolico che 'potenzia lo sforzo costante di comunicare [...] ossia introduce un sistema simbolico che può dotare di un significato speciale una forma di interazione e quindi la costituisce come un tipo speciale di comunità, distinta dalle relazioni ordinarie dell'esistenza personale quotidiana'⁶⁶. Ackerman ha ragione nello stabilire la funzione facilitatrice (abilitante) del matrimonio. Una volta celebrato il matrimonio, l'unione fra i coniugi non deve essere problematizzata o confermata quotidianamente. Verso l'esterno, gli sposi non devono costantemente mostrare il loro amore poiché la decisione di sposarsi già lo rende palese. Inoltre, la decisione di sposarsi comporta che ogni decisione che la coppia deve prendere non diventi una questione sull'esistenza della coppia stessa. Pertanto, nel matrimonio come istituzione è presente un aspetto costitutivo, generalmente reso possibile da una serie di ragioni escludenti che permettono alla coppia di non mettere in questione il loro legame all'insorgere di ogni minimo problema. Nondimeno, il matrimonio come istituzione non è l'unica forma possibile per organizzare una relazione d'amore, ma è una delle possibili opzioni⁶⁷. Non è pertanto corretto sostenere che solo una forma istituzionale fornisce un linguaggio ed un codice alla relazione amorosa⁶⁸. Se il rapporto fra amore e istituzione fosse pensato in questi termini, la differenza specifica fra i due concetti evaporerrebbe. Il matrimonio fornisce uno specifico codice, ma non esaurisce l'esperienza della relazione amorosa. In effetti, è possibile descrivere e quindi comprendere il rapporto amoroso attraverso altri linguaggi o sistemi. Invece Ackerman equipara il matrimonio alla cittadinanza: il costituzionalismo provvede, tramite la cittadinanza, a dotare di un medium simbolico l'interazione fra i soggetti. Nel caso di Ackerman, la cittadinanza, costituita ed interpretata in senso strettamente giuridico⁶⁹, permette agli Statunitensi di vedersi come parte di una comunità piuttosto che come semplici individui privati. Ackerman ricorda che la cittadinanza crea una comunità speciale con un proprio linguaggio. Quando i cittadini interagiscono in quanto cittadini, la loro interazione trascende la quotidianità ed investe direttamente l'identità collettiva. Diventa così possibile individuare il riduzionismo intrinseco all'accostamento fra

⁶⁵ C. Koorsgaard, *The Constitution of Agency*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 233-262.

⁶⁶ B. Ackerman, *Constitutional Politics/Constitutional Law*, «Yale Law Journal», 93 (1984), p. 1042.

⁶⁷ Come dimostra il caso delle coppie di fatto in alcuni ordinamenti, il matrimonio non è nemmeno forma esclusiva delle relazioni istituzionalizzate. Si rinvia a G. Zanetti, *Coppie di fatto fra diritto e morale*, in id. (a cura di), *Elementi di etica pratica*, Roma, Carocci, 2003, pp. 147-160.

⁶⁸ Cfr. N. Luhman, *Amore come passione*, Milano, Bruno Mondadori, 2006.

⁶⁹ Naturalmente altre dimensioni della cittadinanza possono essere ricordate: sociale, economica, civile. Si veda il classico di T.H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*, Roma-Bari, Laterza, 2000; cfr. R. Bellamy, *Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

matrimonio e cittadinanza (giuridica). Ackerman propone un'equivalenza: come il matrimonio stabilizza e protegge l'amore, così la cittadinanza giuridica, tramite la costituzione, facilita e protegge la vita politica della comunità. Si tratta, come si può ben vedere, di un accostamento quantomeno parziale. Infatti, così come il matrimonio né istituisce né necessariamente protegge l'amore, il quale pre-esiste alla creazione dell'istituzione, così la cittadinanza giuridica non esaurisce le forme di interazione nell'ambito della comunità politica e certamente non è l'unica modalità per agire politicamente.

Da quanto visto fino ad ora, la comprensione del rapporto fra diritto e politica nel neo-repubblicanesimo è unidirezionale. Come notato, questo accade perché nella ripresa repubblicana manca una riflessione appropriata sul momento costituente. Non sorprende, quindi, che le istituzioni (il potere costituito) vengano prese come un naturale sfondo a partire dal quale si argomenta di democrazia, deliberazione, partecipazione e di altri beni cari al repubblicanesimo. È l'assenza del potere costituente inscritta nella storia del repubblicanesimo? Il tema del potere costituente viene evocato e trattato consapevolmente almeno a partire dalla fine del Diciottesimo secolo⁷⁰. Pertanto, molti autori appartenenti al canone classico del repubblicanesimo non hanno avuto la possibilità di affrontare il tema nei termini ancora oggi essenziali per comprenderne la portata. Rousseau, per citare un autore solitamente ascritto alla filosofia repubblicana, non affronta il tema e spesso sono autori schiettamente liberali a trattare del potere costituente come mezzo di contenimento dei poteri costituiti, quindi o in chiave di tutela dei diritti dell'uomo oppure come esercizio del diritto di resistenza.⁷¹ Naturalmente questo non significa che la questione del potere costituente rimanga inevitabilmente estranea alla filosofia repubblicana.

Se si vuole prendere sul serio l'idea di contestazione come cuore pulsante del costituzionalismo repubblicano, allora diventa essenziale evitare di considerare il potere costituente in una relazione di stretta dipendenza con il potere costituito, come invece avviene per la filosofia liberale. Due mosse improduttive devono pertanto essere evitate. La prima è quella di guardare esclusivamente al potere costituito per valutare la presenza del potere costituente. La seconda è che il potere costituente al quale si fa riferimento qui non è una forma di disobbedienza civile esercitata come rivendicazione di alcuni diritti costituzionali violati o mai realmente attuati. Quest'ultima opzione non è da escludere come fattispecie dell'agire politico nell'ambito repubblicano⁷². Tuttavia, il potere costituente allude ad una contestazione dell'esclusione prodotta dall'autorità. Esso agisce sulla possibilità di rendere intelligibili voci dissenzianti prima colonizzate dal sistema rappresentativo e quindi normalizzate dalla logica giuridica. Esiste quindi una forza costituente come contestazione primaria che permette di immaginare la politica come altro dallo *status quo*.

Per non generare confusione, è necessario introdurre un *caveat* riguardante il rapporto fra rappresentazione e momento costituente. Un tentativo di sottrarre il potere costituente alla presa della rappresentazione è stato esperito da Antonio Negri, il quale ha riconosciuto il tratto repubblicano del potere costituente sottolineandone l'alterità rispetto al principio di

⁷⁰ Per una ricognizione dell'origine e dello sviluppo del tema si vedano E. Zweig, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant*, Tübingen, 1909; più di recente, per una disamina del potere costituente come cambiamento della costituzione, C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, 1996.

⁷¹ Questa, ad esempio, è l'interpretazione che Pasquale Pasquino offre dell'idea di potere costituente in Sieyès: P. Pasquino, *Constitution et Pouvoir Constituant: le double corps du peuple*, in P.Y. Quiviger, D. Salas (a cura di), *Figures de Sieyès*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2008, pp. 20-21. Un'eccezione in chiave repubblicana è rappresentata da Thomas Paine, sul quale si veda T. Casadei, *Tra ponti e rivoluzioni*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 101-109.

⁷² Anche i referendum costituzionali possono essere considerati compatibili con il costituzionalismo repubblicano. Si rinvia alla preziosa analisi di S. Tierney, *Constitutional Referendums*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

sovranità⁷³. Tuttavia, ancorando il potere costituente ad un dato strettamente ontologico, ossia alla socialità espressa attraverso il lavoro vivo, egli finisce per negare qualsiasi specificità alla dimensione politica, sovrapponendo, con una mossa inversa e speculare a quella di Hannah Arendt, il sociale e il politico. Per Negri, così come per Arendt, il potere costituente è azione diretta, non mediata, sottratta alla logica della rappresentazione, ossia politica della pura presenza. Tuttavia, un'attenta fenomenologia dell'agire collettivo riconosce l'impossibilità di una simile politica⁷⁴. Un soggetto collettivo (un movimento, ad esempio e quindi non necessariamente un popolo) non è mai completamente presente a se stesso e ogni rivendicazione costituente viene sempre espressa nei termini di un soggetto in prima persona plurale che è (già sempre) stato⁷⁵. In tal senso, un puro momento costituente in grado di essere palinogenetico non è possibile⁷⁶. Esso stesso dovrebbe trovare una forma rappresentativa, seppure secondo una logica diversa rispetto a quella dell'organizzazione rappresentativa contingente. In definitiva, la distinzione fra costituente e costituito non rimanda inevitabilmente ad una totale alterità del primo momento rispetto al secondo, alterità intesa qui come differenza fra presenza e rappresentanza. Esso invece rinvia alle possibilità che una concezione della politica come ambito relativamente autonomo lascia aperte in termini di trasformazione dell'ordine costituito e di politicizzazione (intesa come messa in questione e di conseguenza come conflittualità) di temi esclusi dal contesto politico. Per riassumere: includere il potere costituente nella riflessione repubblicana significa riconoscere il carattere riflessivo della politica nel senso che essa non può essere esclusivamente contenuta nel linguaggio giuridico. In altri termini, il potere costituente rappresenta quella forza in grado di ripoliticizzare temi esclusi dai poteri costituiti.

4. La riflessività della politica

Il problema della concezione neo-repubblicana del costituzionalismo diventa evidente quando si presti attenzione all'idea di politica che lo innerva. Come ricordato in precedenza, Pettit non si stanca mai di sottolineare come il diritto giochi un ruolo costitutivo per la libertà, secondo una concezione che mantiene una forte impronta dell'approccio kantiano contemporaneo. Si noti che il popolo costituito è nutrito costantemente dal popolo costituente in un rapporto di reciproca compenetrazione. Se, da un lato, è realistico ritenere che il potere costituente non emerga dal nulla, dall'altro rimane aperta la questione di quanto il potere costituente rimanga, in versione neo-repubblicana, pre-determinato o fortemente limitato dai poteri costituiti. Anche se si ammette che il diritto svolga una funzione costitutiva deve essere ricordato che questa funzione viene esercitata tramite decisioni che escludono opzioni e nell'ambito di una struttura che spesso riduce l'orizzonte delle scelte collettive. La forza limitativa del diritto diviene lampante nei processi di costituzionalizzazione che investono alcune istituzioni sovranazionali.⁷⁷ In questi casi, la modifica delle sfere costituzionalizzate

⁷³ A. Negri, *Il Potere costituente*, Roma, IlManifesto Libri, 2002. Si veda, inoltre, A. Kalyvas, *Democracy and the Politics of the Extraordinary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

⁷⁴ Per una devastante critica di tale metafisica della presenza applicata all'agire collettivo si rimanda a H. Lindhal, *Fault Lines of Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

⁷⁵ Si rinvia alla penetrante analisi di J. Frank, *Constituent Moments*, New York, Duke University Press, 2010, cap. 1.

⁷⁶ Va riconosciuto ad Arendt che nelle sue ultime opere l'idea di nuovo inizio è stata modificata per riconoscere che esso non può essere totalmente astruso dal mondo nel quale irrompe. Si vedano le considerazioni di I. Possenti, *L'apolide e il paria*, Roma, Carocci, 2002, pp. 89-98.

⁷⁷ Cfr l'interessante ricostruzione di D. Nicol, *The Constitutional Protection of Capitalism*, Oxford, Hart, 2010. Si veda inoltre D. Schneiderman, *Constitutionalizing Economic Globalization*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

diventa pressoché impossibile poiché legata a requisiti di unanimità o di maggioranze iperqualificate, oppure perché lasciata ad organi sovranazionali (di natura giurisdizionale o meno) isolati rispetto al contesto sul quale agiscono. In un simile ambito, la forza creativa viene contenuta sia dal diritto che dalla politica ordinaria. Emerge così la nuova questione costituzionale: come si può mettere in discussione la struttura costitutiva entro la quale si esercita e si dà significato all'agire politico? Non si deve dimenticare che la prospettiva neo-repubblicana è orientata da una concezione strumentale della politica: il suo valore, per i neo-repubblicani, dipende dalla misura con la quale riesce a realizzare la libertà come assenza di dominio. Il valore dell'agire politico dipende dal suo fine. Il contrasto con posizioni classiche e neo-aristoteliche (cosiddetto umanesimo civico) come quelle rappresentate da Hannah Arendt è netto. Per Arendt la politica è la sfera della libertà di agire (in concerto) e quindi non può essere assoggettata a finalità esterne ad essa. L'intuizione di Arendt merita di essere apprezzata perché parte integrale della natura riflessiva della politica. La celebrata idea di un nuovo inizio riabilita l'immaginazione politica celebrando le capacità di rinnovamento dell'agire in concerto: «è nella natura del cominciamento che qualcosa di nuovo possa iniziare senza che possiamo prevederlo in base ad accadimenti precedenti. Questo carattere di sorpresa iniziale è inerente a ogni cominciamento e a ogni origine»⁷⁸. Il problema (ed il limite) dell'idea arendtiana di politica risiede nel suo radicamento ontologico, ossia nell'incardinare la riflessività politica su una concezione sostanziale dell'agire (l'azione si distingue, come noto, dal lavoro e dall'opera).

Alla luce di queste considerazioni, una concezione repubblicana della politica dovrebbe tenere in conto il potere costituito (il sistema istituzionale e i suoi meccanismi di funzionamento, nonché il ruolo dei poteri pubblici e privati), il potere costituente e, in maniera decisiva, la differenza fra questi due. In altre parole, una concezione repubblicana della politica dovrebbe riconoscere il tratto precipuo di una politica riflessiva nella *differenza* fra potere costituente e potere costituito. Un esempio del modo di pensare tale differenza è ben visibile nella distinzione tracciata da Jacques Rancière fra la *police* e la *politique*⁷⁹. Rancière posiziona il disaccordo⁸⁰, attribuendogli un ruolo centrale, nello scarto fra la *police* intesa come organizzazione visibile del potere e la *politique* intesa come possibilità sempre aperta di una diversa disposizione ed organizzazione del potere⁸¹. Pensare tale differenza e preservarla nella concezione della politica diventa requisito essenziale per la riflessività⁸². Un'eco della distinzione fondamentale fra i due livelli di significato della politica lo si può sentire anche nell'interpretazione del governo rappresentativo come politica all'interno della quale il luogo del potere rimane vuoto, proposta, come noto, da Claude Lefort⁸³. Egli nota che il costituzionalismo liberale ha spesso sovrapposto la politica con la sua rappresentanza istituzionale: «il politico si rivela non in ciò che chiamiamo agire politico, ma nel duplice movimento in virtù del quale l'istituzione della società appare e allo stesso tempo viene oscurata. Appare nel senso che il processo attraverso il quale la società viene unificata e

⁷⁸ H. Arendt, *Vita Activa*, cit., p. 129.

⁷⁹ J. Rancière, *Dix Thèses sur la politique*, Paris, Folio, 1998, pp. 223-254.

⁸⁰ Va notato che la traduzione italiana di *mesentente* con disaccordo non restituisce l'idea della incomunicabilità fra i due ordini di discorso (costituente e costituito).

⁸¹ Rancière introduce tre modalità di pensare la politica per spiegare le conseguenze di un mancato riconoscimento del disaccordo radicale: arcipolitica, metapolitica, parapolitica. Cfr., *Disaccordo*, Roma, Meltemi, 2007, cap. 2.

⁸² Nel preservare la differenza fra i due livelli menzionati come tratto distintivo della politica vi sono echi della teoria dei sistemi di Luhmann e della sua idea dei sistemi come ambiti riflessivi. Sono in debito, per questa ed altre elucidazioni sulla politica come sistema, con Chris Thornhill, del quale si vedano, almeno, *German Political Philosophy: the Metaphysics of Law*, London, Routledge, 2010, cap. 12 e, soprattutto, *A Sociology of Constitutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

⁸³ C. Lefort, *Democracy and Political Theory*, Boston, MIT Press, 1989, p. 16.

messa in ordine diventa visibile. Oscurata nel senso che il luogo della politica (quello nel quale i partiti competono ...) diventa definito come particolare, mentre il principio che genera questa intera costellazione rimane nascosto»⁸⁴.

Pensata in questi termini, la politica rimane un esercizio auto-riflessivo e non può essere il prodotto di una razionalità mossa solo da ragioni escludenti. Se così fosse, infatti, il contenimento della politica e lo schiacciamento del costituente sul costituito limiterebbero gravemente la realizzazione di quell'aspetto conflittuale che la contestazione repubblicana pone al centro della sua idea di autorità legittima. Se le ragioni che possono entrare a far parte del discorso pubblico sono solamente quelle che tutti potrebbero accettare come rilevanti di fronte ad una corte costituzionale o ad un parlamento organizzato in un stabile sistema politico, cosa rimarrebbe della contestazione radicale delle premesse dello stesso discorso pubblico? La politica repubblicana deve invece essere riflessiva perché, all'interno del primato del pubblico, ritiene che sia il discorso stesso su ciò che è politicizzabile o meno ad essere prettamente politico. Parafrasando quanto Kelsen notava a proposito del contenuto del diritto, si può dire che qualsiasi contenuto può essere tradotto nel codice del linguaggio politico. In tal senso, la politica riflessiva non condivide il radicamento ontologico della politica arendtiana⁸⁵. Il riduzionismo implicito in questa concezione della dimensione pubblica della politica circoscrive, senza alcuna plausibile giustificazione, il perimetro di quanto può essere politicizzato. In Arendt, i problemi generati da una concezione della politica vincolata ad una precisa ontologia diventano visibili qualora si pensi al ruolo dell'eguaglianza e al suo valore politico. Per Arendt, la dimensione pubblica nella quale si esplica l'agire politico è uno spazio artificiale creato da un'istituzione. Essendo gli uomini diseguali per natura, essi diventano eguali nello spazio delle apparenze⁸⁶. Da qui l'importanza della cittadinanza come *a priori* dell'agire politico. Il problema è che pensato in questi termini, l'agire politico rimane cieco di fronte a tutti quei casi nei quali la posta in gioco del conflitto politico non sia l'agonismo dell'eccellere in pubblico o lo spirito comunicativo che Arendt intravede come tratto precipuo dell'agire politico. Per Arendt l'eguaglianza politica è preconditione dell'agire politico⁸⁷. In tal senso, l'agire in senso arendtiano è sempre agire in concerto con altri, mai in opposizione o contrasto a partire da posizioni di eguaglianza formale⁸⁸. Tuttavia, il conflitto politico spesso verte esattamente sul mancato riconoscimento dell'eguaglianza. Questo significa sottrarre l'eguaglianza dal novero di quanto può essere politicizzabile. Mantenere una concezione agonistica della politica come agire che viene reso possibile da determinate precondizioni giuridiche significa non cogliere le molteplici potenzialità trasformative della politica. In questo caso particolare, tale concezione agonistica comporta l'eliminazione dall'orizzonte politico di una delle rivendicazioni più urgenti come quella di ridiscutere l'estensione dell'eguaglianza.

Un repubblicanesimo riflessivo deve pertanto riconoscere la dimensione politica come autonoma, immanente e quindi costitutiva del proprio orizzonte. In tal senso, se si vuole

⁸⁴ C. Lefort, *Democracy and Political Theory*, cit., p. 17. Lefort, a differenza di Rancière, rimane ambiguo circa gli esiti della distinzione fra i due livelli di politica, in particolare quando discute del carattere istitutivo della politica, da intendere sia come messa in scena sia come limite al potere. Ringrazio Raf Geenens per aver suggerito l'accostamento con l'opera di Lefort.

⁸⁵ H. Arendt, *Vita Activa*, Cfr. S. Forti, *Hannah Arendt*, Milano, Bruno Mondadori, 2006, pp. 265-323; M. Canovan, *Hannah Arendt: A Reinterpretation of Her Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, pp. 171-172.

⁸⁶ Si tratta, per Arendt, di un'eguaglianza garantita giuridicamente. Determinanti per comprendere tale rapporto fra diritto ed eguaglianza sono le pagine che Arendt dedica alla 'persona giuridica'; H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, Milano, Edizioni di Comunità, 1996, pp. 322-331.

⁸⁷ Si veda la ricostruzione di J. Waldron, *Arendt on the Foundation of Equality*, in S. Benhabib (ed.), *Politics in Dark Times*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 17-38.

⁸⁸ E. Christodoulidis, A. Schaap, *Arendt's Constitutional Question*, in M. Goldoni, C. McCorkindale (eds), *Hannah Arendt and the Law*, Oxford, Hart, 2012, p. 113.

preservare e rendere produttiva l'idea di contestazione e di conflitto in ambito repubblicano, occorre pensare la politica come la differenza fra la contingenza del reale (il potere costituito) e ciò che potrebbe essere (stato) altrimenti. Il requisito principale di tale politica repubblicana è, appunto, la possibilità di contestare e, in modo se possibile ancora più dirimente, la possibilità di mettere in questione i termini stessi entro cui si esprime la contestazione. Oggetto del disaccordo non è solo il contenuto di una proposta politica, ma diventa la cornice entro la quale questa viene formulata. In tal modo, quanto viene considerato rilevante come politico e quanto è politicamente possibile diviene a sua volta una questione politica. Essendo riflessiva, la politica riferisce tutto sempre e di nuovo alle proprie possibilità di espansione⁸⁹. Due *caveat* devono essere introdotti a questo punto per evitare fraintendimenti. In primo luogo, la riflessività della politica non implica che una trasformazione costituzionale possa o debba avvenire necessariamente *ex nihilo*, come reinvenzione totale. La riflessività della politica repubblicana mantiene aperte opportunità emancipatorie perché evita di ontologizzare il criterio per determinare la politicità dell'agire. Naturalmente, anche una politica improntata a principi repubblicani assume una forma determinata (una messa in scena o una rappresentazione) la quale comporta una serie di esclusioni⁹⁰. Il conflitto politico, in particolare, viene sempre espresso tramite una rappresentazione su una scena che implica necessariamente uno o più codici espressivi. Per essere massimamente produttivo, il conflitto deve essere presentato in quanto conflitto politico. Allo stesso modo, una politica riflessiva non esclude che la differenza fra il momento costituente e quello costituito venga radicata esclusivamente nella concretezza materiale dei rapporti sociali. Le opzioni che rimangono escluse dall'orizzonte vengono però riflesse, aprendo uno squarcio nel velo delle ragioni escludenti tramite il riconoscimento della doppia funzione del diritto (costitutiva e limitativa). Tenere ferma la distinzione fra la natura contingente del potere costituito e le potenzialità di ciò che potrebbe essere altrimenti si rivela preziosa preconditione per l'eventuale politicizzazione di ciò che non può essere registrato come rilevante dal sistema politico⁹¹. Temi e problemi che non venivano riconosciuti come politici lo sono poi diventati grazie all'attivazione di un conflitto che sfida i ruoli e le aspettative generate dal sistema. La critica al dominio che innerva molta della letteratura repubblicana trova qui un nuovo terreno di applicazione curiosamente poco esplorato ad oggi. Un esempio interessante di ripoliticizzazione ottenuta tramite un confronto conflittuale riguarda la gestione rigorosamente manageriale del lavoro. Infatti, la cornice classica presentava l'organizzazione degli spazi e dei tempi del lavoro come una questione privata. Grazie ai movimenti operai è stato possibile, in alcuni frangenti, politicizzare la questione dell'organizzazione dei tempi di lavoro e della democrazia sul luogo lavorativo non più come mera questione di diritto privato⁹².

Una politica riflessiva coltiva, e allo stesso tempo viene nutrita da, sia un'immaginazione istituzionale ed una extra-istituzionale. Il primo tipo di immaginazione è necessaria perché le forme del potere costituito possono essere differenziate fra di loro da un punto di vista assiologico. Ma è necessario anche coltivare un'immaginazione non istituzionale che parta dalla presa d'atto che l'istituzionalizzazione porta con sé la costituzione

⁸⁹ Ciò significa che il potere politico non è un gioco a somma zero, ma ha una natura potenzialmente espansiva, ossia può crescere senza dover richiedere la sottrazione di potere in un'altra sfera.

⁹⁰ Questo comporta che a livello istituzionale, nell'ambito delle democrazie contemporanee vi sia una preferenza condizionata per una politica parlamentare. Si tratta però di una scelta contingente che non deve diventare feticismo istituzionale. Contro i danni all'immaginazione istituzionale di quest'ultima tendenza si rinvia a R. Unger, *What Should Legal Analysis Become?*, London, Verso, 1996, pp. 130-131.

⁹¹ E. Christodoulidis, *On the Politics of Societal Constitutionalism*, manoscritto.

⁹² A. Supiot, *Il futuro del lavoro*, Roma, Carocci, 2002. Una vicenda esemplare è rappresentata, nel contesto italiano, dall'approvazione dello Statuto dei lavoratori.

di forme dell'agire e la soppressione di altri mondi possibili⁹³. L'istituzionalizzazione determina inoltre una forma di inerzia rispetto allo status quo. Come si è visto nelle prime due sezioni, l'azione politica viene limitata dalla sua messa in forma giuridica e istituzionale. Ma per far crescere le potenzialità dell'immaginazione politica occorre fare spazio ad un potere costituente che sia pensato come parte determinante della riflessività politica. Una concezione riflessiva del costituzionalismo repubblicano deve pertanto prendere le mosse dal riconoscimento che l'agire politico non può essere totalmente contenuto (e quindi predeterminato) nel linguaggio escludente del diritto.



⁹³ Diversi autori hanno rimarcato questa duplice valenza dell'istituzionalizzazione. Si veda, ad esempio, l'interpretazione della giurisdizione come momento giuridico, ossia distruttivo di possibili mondi giuridici, in R. Cover, *Nomos e narrazione*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 54-59.