

dsg

Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche
dell'Università di Torino

nuova serie

9

Nella stessa collana:

nuova serie

1. *Valori e principi del diritto romano. Atti della Giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni (Torino, 12 ottobre 2007)*, a cura di Andrea Trisciuoglio, 2009.
2. *La dimensione tacita del diritto*, a cura di Raffaele Caterina, 2009.
3. *L'identità plurale della filosofia del diritto. Atti del XXVI Congresso della Società Italiana di Filosofia del Diritto (Torino, 16-18 settembre 2008)*, a cura di Patrick Nerhot, 2009.
4. *Convenzione europea sui diritti dell'uomo: processo penale e garanzie*, a cura di Rosanna Gambini e Margherita Salvadori, 2009.
5. *La funzione giurisprudenziale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario. Atti dell'Incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche - VII Edizione, Torino 9-10 ottobre 2009*, a cura di Alberto Oddenino, Elisa Ruozzi, Annamaria Viterbo, Lorenza Mola e Ludovica Poli, 2010.
6. *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, a cura di Stefano Sicardi, 2010.
7. *I diritti sociali come diritti della personalità*, a cura di Roberto Cavallo Perin, Leonardo Lenti, Gabriella M. Racca e Alessandra Rossi, 2010.
8. GIANLUCA RUGGIERO, *Gli elementi soggettivi della tipicità. Indagine sugli elementi normativi soggettivamente pregnanti della fattispecie penale*, 2011.

Accademia delle Scienze di Torino
Università degli Studi di Torino

LA LEZIONE DI LEOPOLDO ELIA

a cura di

MARIO DOGLIANI



Edizioni Scientifiche Italiane

DOGLIANI, Mario (*a cura di*)
La lezione di Leopoldo Elia
Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Torino
nuova serie, 9
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011
pp. XII+516; 24 cm
ISBN 978-88-495-2139-9

© 2011 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7
00185 Roma, via dei Taurini 27

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Associazione Italiana per i Diritti di Riproduzione delle Opere dell'ingegno (AIDRO)
Via delle Erbe, 2 - 20121 Milano - tel. e fax 02-809506; e-mail: aidro@iol.it

Indice

Prefazione

MARIO DOGLIANI, <i>La lezione di Leopoldo Elia: l'uso non autoritativo della Costituzione</i>	VII
ALESSANDRA ALGOSTINO, <i>Leopoldo Elia e la forma di governo italiana fra democrazia di investitura e di indirizzo</i>	1
CRISTINA BERTOLINO, <i>La lezione di Leopoldo Elia «Sui possibili rimedi all'abuso della decretazione d'urgenza»</i>	21
MIA CAIELLI, <i>La separazione dei poteri nella forma di governo presidenziale: le riflessioni di Leopoldo Elia sul Presidente degli Stati Uniti nel procedimento legislativo</i>	47
TANJA CERRUTI, <i>Il pensiero di Leopoldo Elia sul processo d'integrazione europea</i>	65
RICCARDO DE CARIA, <i>Il finanziamento elettorale nel pensiero di Leopoldo Elia</i>	89
ALFONSO DI GIOVINE, <i>Leopoldo Elia costituzionalista militante: la battaglia contro il «premierato assoluto»</i>	113
ANDREA GIORGIS, <i>Il rapporto tra politica e diritto nelle riflessioni di Leopoldo Elia sulla forma di governo e sui diritti sociali</i>	127
ENRICO GROSSO, <i>L'uso della storia nella lezione di Leopoldo Elia</i>	137
LUCA IMARISIO, <i>Gli interventi normativi nelle materie eticamente controverse nelle riflessioni di Leopoldo Elia: tra Cato e Pilato la strada di un pluralismo «preso sul serio»</i>	153
GIULIA MARZIA LOCATI, <i>Due riflessioni di Leopoldo Elia sull'intervento pubblico nell'economia: Partecipazioni statali e Public Corporations; libertà di iniziativa economica e principio di sussidiarietà</i>	175

FABIO LONGO, <i>Commissioni ed organizzazione dei lavori parlamentari negli scritti di Leopoldo Elia</i>	191
MATTEO LOSANA, <i>Leopoldo Elia e i «diritti sociali»</i>	211
JÖRG LUTHER, <i>Il contributo di Leopoldo Elia al bicameralismo</i>	231
VALERIA MARCENÒ, <i>La sdrammatizzazione del potere creativo della Corte costituzionale come discrezionalità nella scelta dei mezzi in funzione dell'adaequatio, negli scritti di Leopoldo Elia</i>	249
ILENIA MASSA PINTO, <i>Leggi «permissive» e leggi «accanto» nella lezione di Leopoldo Elia: l'intervento normativo nelle materia eticamente sensibili</i>	265
ANNA MASTROMARINO, <i>Il contributo di Leopoldo Elia ai lavori della cosiddetta Bicamerale D'Alema</i>	291
ANTONIO MASTROPAOLO, <i>Forma di governo, stabilità e scioglimento anticipato delle camere nell'opera di Leopoldo Elia</i>	307
LINDA MICHELOTTI, <i>La differenziazione regionale nel Titolo V della Costituzione nel pensiero e nell'attività parlamentare di Leopoldo Elia</i>	337
MARCO OROFINO, <i>Gli interventi ed il pensiero di Leopoldo Elia in materia di radiotelevisione</i>	357
ELISABETTA PALICI DI SUNI, <i>La domanda di giustizia costituzionale e le risposte dei diversi ordinamenti: le osservazioni di Leopoldo Elia in tema di giustizia costituzionale comparata</i>	383
FRANCESCO PALLANTE, <i>Situazioni condizionanti e diritto non scritto ne «La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali» di Leopoldo Elia</i>	391
ANNAMARIA POGGI, <i>Partiti politici e impegno dei cattolici in politica nel pensiero di Leopoldo Elia</i>	409
STEFANO SICARDI, <i>Il problema della religione civile ed il pensiero di Leopoldo Elia</i>	427
CHIARA TRIPODINA, <i>Leopoldo Elia e il posto della giustizia costituzionale: remedium omnipotentiae et impotentiae</i>	463
<i>Elenco degli Autori</i>	509

Prefazione

*La lezione di Leopoldo Elia:
l'uso non autoritativo della Costituzione*

di Mario Dogliani

Lunedì 5 ottobre 2009, in quasi concomitanza con il primo anniversario della morte di Leopoldo Elia (che era avvenuta il 4 ottobre), si è tenuta a Torino, nella Sala dei Mappamondi della Accademia delle Scienze, una giornata di studi – organizzata dall'Accademia stessa e dall'Università di Torino – dedicata a «La lezione di Leopoldo Elia».

L'incontro si è svolto sotto l'Alto Patronato del Presidente della Repubblica, che – a testimonianza della sua amicizia e del suo rimpianto – scrisse ad Angelo Raffaele Meo, Presidente dell'Accademia, queste calde parole:

«Sono idealmente vicino a quanti hanno voluto riunirsi oggi, ad un anno dalla scomparsa, per ricordare Leopoldo Elia, indimenticato maestro del costituzionalismo italiano, illuminato e leale servitore dello Stato e delle sue istituzioni. Con profondo impegno civile e intellettuale e con rigorosa coerenza, Elia ha accompagnato la storia della nostra Repubblica nel solco di una assoluta indipendenza di pensiero e di una costante, quasi sacrale, adesione ai principi democratici, che ne hanno sempre segnato l'intenso magistero accademico, l'attività politica e parlamentare, i prestigiosi incarichi di governo e di Giudice e Presidente della Corte costituzionale. Il suo «patriottismo costituzionale», il suo riserbo, la sua «fermezza mite» e la sua capacità di aprirsi al confronto senza contrapposizioni preconcepite ne fanno un esempio straordinario, degno di profonda riconoscenza dalla intera comunità nazionale per il contributo dato allo sviluppo democratico del Paese attraverso la concreta affermazione dei valori e principi della Costituzione repubblicana. Nella memoria e nel rimpianto di una grande personalità intellettuale e umana, cui mi hanno legato stima profonda e amichevole consuetudine di vita, rivolgo a tutti gli intervenuti il mio cordiale partecipe saluto».

Dopo gli interventi d'apertura, non formali, di Angelo Raffaele Meo¹ e del pro-rettore Sergio Roda, l'incontro si sviluppò in due ses-

¹ Sul ricordo di Elia – socio dell'Accademia delle Scienze di Torino – pronun-

sioni, presiedute da Giovanni Conso e da Gustavo Zagrebelsky, e fu concluso da Valerio Onida. Le relazioni si articolano su quattro temi: Diritto e storia (Enrico Grosso, Francesco Pallante), Diritto e regolarità della politica (Andrea Giorgis, Joerg Luther, Fabio Longo), Diritto e giustizia costituzionale (Valeria Marcenò, Chiara Tripodina), Diritto e diritti fondamentali (Luca Imarisio, Anna Maria Poggi). Tali relazioni costituivano l'anticipazione di un programma di studi sul pensiero di Leopoldo Elia condotto, oltre che dai relatori ora citati, da Alessandra Algostino, Cristina Bertolino, Mia Caielli, Tanja Ceruti, Riccardo De Caria, Giulia Locati, Matteo Losana, Ilenia Massa Pinto, Anna Mastromarino, Antonio Mastropaolo, Linda Michelotti, Marco Orofino, Elisabetta Palici di Suni, Stefano Sicardi, e coordinato da Alfonso di Giovine, Giorgio Lombardi, Franco Pizzetti, Gustavo Zagrebelsky e da me. Il volume qui presentato raccoglie l'insieme di questi studi, terminati dopo la dolorosa scomparsa di Giorgio Lombardi, alla memoria del quale, anche, questi scritti sono dedicati.

Se l'ampiezza dei temi affrontati è una riprova del vasto orizzonte al quale si è volto il lavoro di Elia, l'intensità della loro trattazione da parte dei diversi autori è sintomo della partecipazione con la quale anche gli studiosi più giovani, che non hanno avuto il privilegio di lavorare sotto la sua guida, hanno affrontato lo studio del suo pensiero.

Questo libro è una viva testimonianza del fascino che Elia continua ad esercitare, e che va molto al di là della cerchia di chi l'ha conosciuto: di chi porta il ricordo delle sue qualità personali, di studioso e di uomo pubblico. È il fascino che deriva da chi, di fronte alle dicotomie tra teoria descrittiva e dottrina prescrittiva, scienza valutativa e politica, giudizio storico e giudizio di valore, fede e ragione, non ha abbracciato ciecamente uno dei due corni del dilemma, respingendo nell'indifferente le istanze poste dal dilemma stesso. L'attenzione che Elia continua a suscitare si può, ritengo, condensare in questi due punti del suo insegnamento: che il male delle scienze sociali non è la ricerca della purezza, ma è la glorificazione dell'ignoranza intorno a ciò che, secondo le diverse vie di questa ricerca, è da considerarsi impuro; che questa chiusura intellettuale è espressione di freddezza morale, e che, simmetricamente, la freddezza morale genera chiusura intellettuale. Elia ha mostrato, col suo intenso lavoro, la possibilità di un discorso scientificamente ineccepibile, ma al con-

ciato da Angelo Raffaele Meo, Presidente dell'Accademia stessa, rinvio al mio, *Leopoldo Elia: dalla verità dei fatti alla verità nella scienza del diritto*, in *Diritto Pubblico*, 2008, pp. 899-910.

tempo sostenuto da una forte preoccupazione politica e motivato da ferme convinzioni di principio. Ed è questa possibilità realizzata – e solo molto sobriamente, quasi sommessamente, sostenuta da indicazioni di principio – che fa apparire meschine le esperienze scientifiche non altrettanto vivificate dal senso di responsabilità verso la storia e verso le cose ultime: verso la tensione a realizzare una simmetria tra esperienza scientifica ed esperienza etico-politica (e, nel suo caso, religiosa).

In questo senso ritengo – riprendendo un dialogo con Valerio Onida iniziato all'Università Cattolica in occasione della presentazione del volume *Costituzione, Partiti, Istituzioni*² – che non sia sbagliato definire l'impegno politico di Elia come esercizio di «politica della Costituzione». Ha certo ragione Onida quando si dimostra perplesso di fronte alla possibilità di definire in tal modo la politica di Elia, se per «politica della Costituzione» si intende una ingenua forma di deduttivismo delle singole scelte politiche dal testo della Costituzione scritta. In realtà – sottolinea con forza Onida contro questa impostazione – «egli è stato un politico a tutto tondo, e non ha mai preteso di fondare sul solo richiamo alla Costituzione le sue valutazioni e le sue scelte politiche (forse più spesso la loro radice stava nella conoscenza della storia italiana e non solo italiana, e nell'analisi delle culture e delle forze in campo). La Costituzione – prosegue Onida – non è un programma politico esaustivo, dal quale si possa trarre una risposta ad ogni interrogativo, ma segna piuttosto i confini non valicabili e gli obiettivi irrinunciabili all'interno dei quali e in vista dei quali si attuano le scelte politiche. Ciò che dunque conta, in sede politica, non è che ogni scelta sia direttamente ispirata dalla Costituzione (così da configurare una sorta di «politica della Costituzione»), ma che ogni scelta rispetti quei confini e sia diretta a quegli obiettivi, e, in questo ambito, che sia *politicamente* motivata³. Dal discorso di Onida può essere tratta una quadripartizione dei possibili atteggiamenti del giurista di fronte alla politica: due cattivi, uno ingenuo e uno buono. Quelli cattivi («pericolosi, ancorché diffusi») sono il formalismo indifferente e il servilismo, cui corrispondono due forme di politica parimenti cattive: quella della politica che in nome della ragion di stato disprezza i vincoli del diritto, e quella della po-

² Presentazione organizzata il 17 marzo 2010 dalla Facoltà di Giurisprudenza in collaborazione con «Città dell'uomo», l'associazione di cultura politica fondata da Giuseppe Lazzati, con interventi di Enzo Balboni, Marco Olivetti, Valerio Onida, Giorgio Pastori, Mario Dogliani, Luigi Pizzolato, Cesare Trebeschi.

³ V. ONIDA, *Presentazione* di L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, a cura di M. Olivetti, Bologna, il Mulino, 2009, p. XIII.

litica che si serve, *a posteriori*, del diritto per giustificare e sorreggere le proprie scelte. Quello ingenuo (che confina con il primo dei cattivi, perché nutre pretese di autosufficienza) è il deduttivismo, di cui si è già detto, che pretende di far discendere direttamente dalle disposizioni costituzionali le scelte politiche. Quello buono è un atteggiamento complesso, che unisce a) la consapevolezza «del significato e dei limiti del diritto» a fronte dei problemi politici concreti alla b) attenzione «a non trascurare e a non tradire le ragioni di fondo del sistema costituzionale (che sono poi spesso la base, anche se non l'esauritivo contenuto, della politica)». A queste due componenti «metodologiche» Onida ne aggiunge una terza – sulla quale si sofferma più che sulle altre: il rifiuto dell'uso strumentale del diritto rispetto alla forza della politica, il rifiuto del ruolo del giurista come consigliere del principe⁴. Questo rifiuto, mi pare importante sottolineare, può essere visto o come un atteggiamento morale, estraneo ai principi propri della scienza del diritto, e che quindi vale in una sfera separata, solo personale, o come un principio di filosofia della scienza del diritto, ad essa interno, che afferma l'esistenza di una verità che non deve essere tradita. Che cos'altro, infatti, può significare il rifiuto della «strumentalizzazione», essendo ovvio che il diritto è una tecnica (uno strumento) al servizio dei problemi della convivenza umana?

Se così è, ne deriva che l'espressione «politica della Costituzione» può essere intesa anche in un modo diverso da quello del deduttivismo ingenuo. Quest'ultimo merita senza dubbio di essere criticato per la sua pretesa di autosufficienza, e dunque per la sua superficialità, che rischia di essere controproducente. In molti casi nel dibattito politico – fuori, ovviamente, del discorso giurisdizionale – è meglio parlare della sostanza costituzionale senza parlare della Costituzione, per non cadere in un «*ipsa dixit*» che finisce per danneggiarla, trattandola come un *a priori* astratto, avulso dalle sue ragioni storico-politiche. Ma politica della Costituzione può avere, alla luce dell'atteggiamento «buono» descritto da Onida, un significato diverso: può intendersi, con quest'espressione, una pratica politica che non è dedotta dalla Costituzione scritta, ma che è orientata al sostegno delle sue ragioni di fondo e al mantenimento delle condizioni culturali che ne consentono l'esistenza e la validità. È una pratica scientifica e contemporaneamente politica, nella misura in cui da un lato, come pratica scientifica, riconosce che il diritto, e le scienze umane, possono elaborare paradigmi di verità (riconosce che esiste un *verum* costituzionale che non va trattato come una mera opinione, e che non va

⁴ *Ivi*, pp. XIII-XIV.

«strumentalizzato»); dall'altro, come pratica politica, si orienta non sulla base di mutevoli parole d'ordine (di «campagne» condotte in nome di qualche crisi, o di qualche avvento, o di qualche tramonto), ma sulla base delle esigenze non effimere che si condensano nella costituzione come «idea politica», formulata alla luce di quei paradigmi di verità. Esigenze-principi che si rispecchiano nella Costituzione scritta, ma che hanno una consistenza politico-culturale autonoma, derivando da una elaborazione «laica» della storia e dei dilemmi del presente.

Si potrebbe parlare di un uso non autoritativo della Costituzione (che non ha nulla a che fare con il suo uso svalutativo, ma che anzi risponde al più profondo significato della sua interpretazione *magis ut valeat*) che in Elia trova un perfetto parallelo, e forse la sua radice più profonda, nella riflessione che egli sviluppò nei confronti della dottrina della Chiesa. Anche qui – pur con tutte le differenze, che in questa sede è inutile specificare – si tratta del rapporto tra i problemi storici del presente e un *dictum* che li precede. Nella relazione *Animazione, istituti e forme dello Stato democratico* presentata al 45° Corso di Aggiornamento dell'Università Cattolica, che aveva come tema «Impegni per il progresso della società italiana nella prospettiva dell'insegnamento sociale della Chiesa»⁵, Elia non assume affatto come punto di riferimento questo «insegnamento». Non vi fa cenno, come non presuppone alcun corpo dottrinale. In modo molto significativo si limita a parlare di «intuizioni cristiane» da tradurre nella vita politica e sociale⁶: ricorda l'inascoltata invocazione di Dossetti che chiedeva l'elaborazione di «una ideologia *politica* che precisasse le applicazioni storiche del concetto di bene comune»⁷ (e dunque sottolinea l'assenza di una tale ideologia); e non assume come riferimento neanche il maritainismo perché lo giudica una filosofia politica «troppo rigida... che non valorizza il pluralismo delle impostazioni diverse»⁸. Nella prospettiva di Elia l'ispirazione cristiana non significava dare attuazione ad una dottrina sociale elaborata dal magistero come parte di una teologia; né significava definire «una» filosofia politica cristiana (critica a Maritain), o «una» ideologia politica cristiana (critica a Dossetti). Significava formulare «una interpretazione della democrazia basata su valori che sono stati particolarmente messi in luce dal cristianesimo: da quello dell'eguaglianza a quello della pari dignità delle persone», e perseguire la realizzazione di quel

⁵ L. ELIA, *op. cit.*, pp. 275 ss.

⁶ *Ivi*, p. 276.

⁷ *Ivi*, p. 285. Corsivo dell'Autore.

⁸ *Ivi*, p. 279.

tipo di democrazia sociale che meglio corrisponde a quella interpretazione⁹. La laicità di Elia rifiuta una visione dogmatica della dottrina sociale della Chiesa, e a maggior ragione il monopolio di una filosofia politica o di una ideologia politica «cristiane». Il suo non è un atteggiamento deduttivo, discendente, applicativo e unificante dall'alto: tra il piano delle intuizioni e dei valori (il complesso lascito storico del «cristianesimo») e la politica c'è un salto che non può essere colmato se non dall'interpretazione che i singoli danno, sotto la loro responsabilità, della storia e dei fatti politici.

Il lascito più prezioso del cattolicesimo democratico – del quale Elia è stato uno dei protagonisti – si riassume in ciò: che in politica i cristiani agiscono sempre e solo come individualità, perché la responsabilità dei giudizi politici che li muovono è solo e soltanto dei singoli. Non esiste una base oggettiva e autoritativa unificante. L'unità, in gruppi più o meno vasti, è una conseguenza che si realizza solo *ex post*, solo a causa del convergere dei giudizi individuali. In questo senso c'è perfetta unità, in Elia, tra il giurista, il politico e il cristiano: è sempre lo studio dei fatti, della storia, e la loro critica al cospetto delle intuizioni sulle cose ultime, che fonda i giudizi concreti. Non la loro deduzione da corpi di principi dati e conclusi: che si tratti di diritto o di politica (o dell'esame di coscienza sul proprio modo di vivere la fede che si professa).

«Politica della Costituzione» significa, allora – in questo contesto intellettuale e morale, scendendo sul piano della scienza giuridica – compiere il lungo cammino, attraverso i territori delle scienze umane, dalle «intuizioni» costituzionali alla loro «traduzione» in scelte che riaffermano, di fronte ai problemi politici concreti, il *verum* racchiuso nel concetto di costituzione come idea politica e nella Carta che positivamente la realizza.

⁹ *Ivi*, p. 281.

Leopoldo Elia e la forma di governo italiana fra democrazia di investitura e di indirizzo

di Alessandra Algostino

SOMMARIO: 1. La voce «Governo (forme di)» come spunto per alcune riflessioni sul metodo di Elia. – 2. La forma di governo italiana: dal governo parlamentare a multipartitismo estremo alla deriva verso il premierato assoluto. – 3. Le riforme costituzionali: alla ricerca di un equilibrio fra democrazia di indirizzo e democrazia di investitura.

1. *La voce «Governo (forme di)» come spunto per alcune riflessioni sul metodo di Elia*

La voce *Governo (forme di)* pubblicata nell'*Enciclopedia del diritto*, costituisce, senza dubbio, uno degli scritti più significativi e noti di Leopoldo Elia e può essere assunta quale emblema e paradigma della sua cospicua produzione scientifica, sia per il metodo¹ che per l'oggetto.

Quanto al metodo, emerge l'approccio «fattuale», che permea tutte le analisi di Elia, che coniuga costantemente la realtà e la teoria, i fatti, storici o attuali, italiani o stranieri, con i modelli, il concreto conformarsi del sistema dei partiti con le norme costituzionali sull'organizzazione dello Stato². È molto chiaro Elia sulla imprescindibilità dell'analisi del sistema partitico nello studio delle forme di governo: «le forme di governo dello stato democratico non possono più

¹ Parlare di «metodo» potrebbe a prima vista parere fuori luogo perché Elia non indugia su considerazioni metodologiche, ma come altro si potrebbero definire le costanti che si possono individuare nel suo approccio, nel suo argomentare?

² Fra i molti, in argomento, cfr. M. DOGLIANI, *Leopoldo Elia: dalla verità dei fatti alla verità nella scienza del diritto*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2008, spec. pp. 904 ss.; A. BARBERA, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, in *Quad. cost.*, 4, 2008, p. 864, che ritiene la voce «Governo (forme di)» «una novità negli studi di diritto costituzionale italiano perché va al di là del riconoscimento della natura costituzionale dei partiti e afferma con decisione (p. 638) che le forme di governo “non possono essere né classificate né studiate, anche dal punto di vista giuridico, prescindendo dal sistema dei partiti...”».

essere né classificate né studiate, anche dal punto di vista giuridico, prescindendo dal «sistema di partiti»³. Il sistema partitico è un elemento chiave nella qualificazione e classificazione delle forme di governo: «ogni forma di governo include oggi un contesto partitico che la qualifica almeno in parte, sia dal punto di vista strutturale sia, più ancora, da quello funzionale: e da ciò deriva che la classificazione delle forme stesse si fonderà su dati normativi e insieme su dati insuscettibili di essere in via diretta disciplinati con norme della Costituzione, ma tuttavia a più di un titolo giuridicamente rilevanti»⁴. La rilevanza dei partiti è tale che «le norme sulla forma di governo... sono a fattispecie aperta (entro certi limiti) e cioè suscettibili di essere qualificate dal sistema dei partiti e integrate dalle regole convenzionali»⁵.

Ciò conduce Elia alla nota classificazione delle forme di governo, ove, accanto al «governo presidenziale», «governo a componenti presidenziali e parlamentari», «governo direttoriale», si distingue il «governo parlamentare», in «a bipartitismo rigido», «a multipartitismo temperato», «a multipartitismo esasperato»⁶. Ai partiti, alle loro vicende, alle loro critiche, alle prospettive di riforma, Elia dedica un'ampio spazio nei suoi interventi⁷; si ricordi, per tutti, la critica al partito «di occupazione» (dello Stato) e il favore per un partito «di partecipazione», aperto alla società civile⁸.

L'attenzione alla storia e al contesto, politico, economico e sociale, delineano un approccio al diritto come scienza sociale, come elemento inserito e calato nello scorrere della vita umana, più che al diritto come fredda struttura di disposizioni normative da leggere, interpretare e applicare solo secondo rigidi criteri di logica e formalismo giuridico. Il metodo rispecchia l'uomo, e viceversa, si potrebbe dire: Elia è un giurista, ma è anche un politico, è uno studioso del diritto, ma anche un protagonista della vita politica⁹. La voce *Governo (forme*

³ L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 638.

⁴ L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., p. 640.

⁵ L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., p. 640.

⁶ L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., p. 642.

⁷ Cfr. V. ONIDA, *Presentazione*, in L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, il Mulino, Bologna, 2009: «una buona parte del contributo di Elia alla scienza costituzionalistica ha avuto per oggetto la riflessione sul ruolo dei partiti e dei sistemi di partiti nella forma di governo» (p. IX).

⁸ Si veda, ad esempio, L. ELIA, *L'attuazione della Costituzione in materia di rapporti tra partiti e istituzioni*, relazione al Convegno promosso dal Comitato regionale della Democrazia Cristiana lombarda, Cadenabbia, 18-19 settembre 1965, pubblicata negli Atti (*Il ruolo dei partiti nella democrazia italiana*) e ora in Id., *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., pp. 115 ss.

⁹ Non è il compito di questo scritto ricordare Elia-politico, ma il suo ruolo attivo nella vita politica traspare anche scorrendo la sua bibliografia; non sono pochi

di) è ricca di riferimenti alla storia, non solo come citazione dei grandi modelli del passato, come, nel caso di specie, la Repubblica di Weimar, ma anche di fatti ed eventi più minuti – vicende, aneddoti, opinioni – che argomentano, spesso con un approccio comparatistico, le ipotesi teoriche formulate. Un esempio: trattando delle forme di governo parlamentare a multipartitismo esasperato, Elia distingue fra ipotesi in cui «si è di fronte ad una sistematica e vistosa oscillazione tra schieramenti elettorali e coalizioni governative» dove gli effetti negativi non derivano tanto dal numero dei partiti quanto dalla «loro incapacità a creare regole serie per gli accordi di coalizione e il loro mantenimento», e ipotesi in cui «l'aspetto più rilevante della crisi» è dovuto, oltre che all'assenza di regole di stabilizzazione delle alleanze, alla «presenza di una convenzione, in base alla quale uno o più partiti sono considerati al di fuori dell'area utilizzabile per il sostegno parlamentare ad un Gabinetto»¹⁰. Ad illustrare, e nello stesso tempo argomentare, le prime è citato l'esempio classico della Terza repubblica francese nel periodo 1920-1940, e in specie, le elezioni del 1924 e 1936, e l'esperienza dei governi Herriot e Blum; per le seconde, la testimonianza di Mitterand «sulla richiesta rivoltagli dal Presidente Coty nell'aprile 1958 di sottrarre i voti comunisti dalla maggioranza nel caso che egli... fosse incaricato di formare il Governo»¹¹. Le tesi teoriche sono sviluppate in una costante interazione con il contesto socio-politico, in un orizzonte che si estende all'intera area delle democrazie occidentali¹², con un ricorrente utilizzo della comparazione. Perlomeno *prima facie* si può rilevare invece un'attenzione minore

gli interventi, anche significativi, legati a incontri di partito: oltre il già ricordato L. ELIA, *L'attuazione della Costituzione*, cit.; ID., *Realtà e funzioni del partito politico: orientamenti ideali, interessi di categoria e rappresentanza politica*, relazione al III Convegno nazionale di studio della Democrazia Cristiana, San Pellegrino Terme, 1963, pubblicata negli Atti del Convegno (AA.Vv., *Partiti e democrazia*, Roma, 1964) e ora in ID., *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., pp. 77 ss.; ID., *Per una democrazia di investitura e di indirizzo. Proposta per un riordino istituzionale possibile*, in *La questione morale come riconciliazione cittadini-istituzioni*, in Atti convegno di studi gruppo parlamentare DC della Camera dei deputati, Roma, Villa Miani 11-12 gennaio 1988, Roma, 1988, e anche in ID., *Costituzione, partiti, istituzioni*, pp. 363 ss.; ID., *La forma di governo*, relazione alla «Giornata di studi sulle riforme istituzionali», organizzata dai Gruppi parlamentari della Margherita (12 maggio 2003), ora in ID., *La Costituzione aggredita. Forma di governo e devolution al tempo della destra*, Bologna, il Mulino, 2005, pp. 33 ss.

¹⁰ L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., p. 655.

¹¹ L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., p. 655, spec. note 87 e 89.

¹² Non mancano riferimenti ad altri Paesi (ad esempio il Giappone, o il Cile), ma, senza dubbio, occupano uno spazio minore; ciò può essere legato ad un minor interesse personale, ma anche alla disomogeneità che può rendere incoerente, e infelice, la comparazione.

per il contesto economico *tout court*, e la sua influenza sia sulle fonti normative sia sul sistema politico; o forse, semplicemente, le forze economiche sono considerate dal giurista Elia nella loro traduzione politico-partitica.

Elia, coniuga – si è detto – fatti e norme, ma non solo: anche analisi della realtà e tensione verso una sua immagine ideale, che è strettamente legata ai valori costituzionali. «Questa Costituzione ci è cara a tal punto che io mi sento ora, piuttosto che suo giudice, giudicato dalle sue regole, dai grandi fini che essa addita e che sono ancora di difettiva attuazione»¹³. Sono, da un lato, i fatti, accaduti o in corso, anche sotto forma di *exempla*, e, dall'altro, i principi costituzionali, a costituire la base dei suoi ragionamenti ed argomentazioni. Il saldarsi del ricorso ad esempi storici e/o comparatistici, ovvero la considerazione di dati ancorati alla realtà dei fatti, con un orizzonte prescrittivo rappresentato dai principi del costituzionalismo (della teoria delle forme di governo intesa nel senso più profondo) immerge l'analisi nella storia e nel contempo la allontana dal rischio di limitarsi ad una mera descrizione dell'esistente: è il riferimento a quell'orizzonte prescrittivo che consente ad Elia di passare, dall'interno dei confini costituzionali positivi, alle prospettive di cambiamento, riforma, evoluzione¹⁴.

Quello di Elia, è, in altri termini, in primo luogo, un «realismo critico»¹⁵, ovvero non appiattito sulla realtà, con un atteggiamento meramente descrittivo, e, in secondo luogo, un approccio interpretativo caratterizzato da un paradigma valoriale, fonte di giudizi e di proposte, che è identificabile con la Costituzione, o, forse meglio – perché Elia non si esprime *tout court* per l'immutabilità del testo costituzionale –, con «un nucleo forte di costituzionalismo coerentemente accolto nella nostra Costituzione»¹⁶. I principi del costituzionalismo, che segnano i confini delle riforme, ovvero dell'«apertura al nuovo», sono essenzialmente ricondotti a «personalismo, pluralismo, Stato democratico, libertà, giustizia sociale, organizzazione «diffusa» dei poteri che assicurino equilibrio e controllo reciproco, sistema di garanzie»¹⁷.

L'assunzione di una lettura critica e propositiva nel nome della Costituzione è quella, fra l'altro, che può consentire di ricondurre ad

¹³ L. ELIA, *Il metodo delle riforme costituzionali: a proposito del messaggio del Presidente Cossiga*, 1991, ora in ID., *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., p. 417.

¹⁴ Cfr., più ampiamente, *infra* (par. 3).

¹⁵ L'espressione – come ricorda M. DOGLIANI, *Leopoldo Elia*, cit., p. 906 – era usata da Elia stesso per definire il proprio metodo di lavoro.

¹⁶ Così L. ELIA, *Discorso in occasione del sessantesimo anniversario della Costituzione della Repubblica italiana*, in www.cortecostituzionale.it, 2008.

¹⁷ L. ELIA, *Discorso*, cit.

una coerente unità i diversi profili di Elia: la politica di Elia «è stata la politica della Costituzione» e ciò fa sì che «non c'è contraddizione, anzi, c'è piena coerenza e integrazione... tra il giurista che studia la Costituzione sulle carte e il politico che opera per sostenerla nella vita politica... a condizione che sia la scienza costituzionale a orientare l'azione politica, non il contrario»¹⁸. La capacità di Elia di impersonare senza contraddizione ruoli diversi come «studioso accademico e attivo protagonista» è rilevata anche da chi muove dal presupposto, parzialmente differente, che egli sia stato «un politico a tutto tondo» e non abbia «mai preteso di fondare sul solo richiamo alla Costituzione le sue valutazioni e le sue scelte politiche», posto che ciò che conta in sede politica «non è che ogni scelta sia direttamente ispirata dalla Costituzione (così da configurare una sorta di «politica della Costituzione»), ma che ogni scelta rispetti quei confini e sia diretta a quegli obiettivi, e, in questo ambito, che sia *politicamente* motivata»¹⁹. A ciò si può aggiungere la considerazione di carattere generale sul fatto che le analisi che pretendono di porsi come meramente descrittive, ideologicamente o assiologicamente neutrali, inscritte nell'ordine della «necessità delle cose», facilmente non sono che forme mascherate di apologia dell'esistente, ovvero, spesso, dei poteri dominanti. Resta da chiedersi come le proposte di Elia si inscrivano in una politica costituzionale, ovvero se privilegino alcuni aspetti piuttosto che altri (si pensi a rappresentatività-governabilità), se optino per una via intermedia, operando scelte che possono essere all'interno della Costituzione, ma non necessariamente ne costituiscono un'interpretazione *magis ut valeat*.

La voce *Governo (forme di)* è paradigmatica – si è anticipato – anche per l'oggetto: le forme di governo, il tema forse più ricorrente nella bibliografia di Elia²⁰. Si può, in primo luogo, rilevare come si tratti di un oggetto cardine del diritto costituzionale, o, più ampiamente, del costituzionalismo, specie se affrontato, come fa Elia, in una prospettiva comparata, sia quando la comparazione costituisce oggetto specifico del suo studio, come nella voce appena citata o nella più recente analisi sulla «presidenzializzazione della politica»²¹, sia

¹⁸ G. ZAGREBELSKY, *Lo scienziato che ha servito la Costituzione*, in *la Repubblica*, 7 ottobre 2008 (ora anche in www.astrid-online.it).

¹⁹ V. ONIDA, *Presentazione*, cit., pp. XII-XIII.

²⁰ V. ONIDA, *Presentazione*, cit., nel ripubblicare la ricca raccolta, già citata, di scritti di Elia, *Costituzione, partiti, istituzioni*, che ruota per lo più intorno alla forma di governo, osserva che essa «costituisce... uno e forse il più frequentato dei temi essenziali su cui Elia è intervenuto» (p. VII).

²¹ L. ELIA, *La presidenzializzazione della politica*, in *Teoria politica*, 1. 2006, pp.

quando essa accompagna la riflessione su singole esperienze, come appare in uno degli ultimi scritti, ricco, nel ripercorrere i sessanta anni della Costituzione italiana e nell'immaginare il suo futuro, di riferimenti ad altri Paesi²². La centralità delle forme di governo non ha d'altro canto bisogno di spiegazioni, essendo evidente che le caratteristiche della forma di governo costituiscono la cornice e la tela senza la quale è impossibile tratteggiare singoli istituti o organi. In secondo luogo è facile osservare come lo studio della forma di governo più di altri si presti, e tragga giovamento, da una lettura che coniughi il dato normativo con quello politico e, dunque, appaia particolarmente confacente al «realismo critico» di Elia, e feconda nel relazionarsi con il suo interesse per i partiti politici.

Scorrendo gli interventi in tema di forma di governo di Elia, si ripercorrono sessanta anni di storia, italiana e non solo, dall'esperienza del governo parlamentare a multipartitismo estremo ai rischi della deriva verso il premierato assoluto.

2. *La forma di governo italiana: dal governo parlamentare a multipartitismo estremo alla deriva verso il premierato assoluto*

Nell'analisi della forma di governo italiana, dalla voce *Governo (forme di)* del 1970²³ all'intervento *La forma di governo*, pubblicato postumo nel 2009²⁴ – al di là delle considerazioni già svolte, se pur brevemente, sul metodo e soffermandosi invece sul contenuto – si può, *prima facie*, evidenziare la presenza di due piani, che si intersecano e completano: da un lato, la lettura e l'interpretazione della realtà, dall'altro, la critica e la proposta. Nessuno dei due piani è, per così dire, asettico e meramente descrittivo, in quanto ove vi è raffigurazione di organi o vicende essa si intreccia strettamente con la loro interpretazione, ma la distinzione mette in luce, nel primo caso, soprattutto un Elia-analista, nel secondo, un Elia-riformatore.

5 ss., dove, attraverso il riferimento alle norme e alla concreta politica dei partiti e dei loro leader nelle esperienze statunitense, inglese, tedesca, spagnola, italiana, si riflette sulla tendenza presidenzialista delle forme di governo.

²² Vengono ricordati, ad esempio, il riformismo del partito laburista inglese (Governo Attlee – Morrison), o i lavori nel 2007 della Commissione Balladur in Francia, o, sempre in Francia, l'intervista a Badinter, già Presidente del Conseil Constitutionnel (L. ELIA, *Discorso*, cit.).

²³ Si farà cenno in seguito alle posizioni di Elia negli scritti più risalenti.

²⁴ L. ELIA, *La forma di governo*, in AA.Vv., a cura di M. Fioravanti, *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 65 ss.

Nella lettura e interpretazione della realtà, ovvero nell'opera di guardare, osservare, proporre chiavi interpretative e classificazioni, e, quindi, utilizzare gli strumenti ermeneutici individuati nel leggere e sistematizzare i dati reali, elemento caratterizzante è senza dubbio – come già rilevato – l'attenzione riservata ai partiti, alla loro conformazione e al ruolo concretamente giocato.

È dall'osservazione del sistema dei partiti che muove Elia nel paragrafo della voce *Governo (forme di)* dedicato a «La forma di governo della Repubblica italiana nell'esperienza attuale» per delineare e argomentare il suo inserimento tra le forme di governo parlamentare a multipartitismo estremo. Sono l'«elevato numero di partiti e [l']esclusione dall'area di governo di cospicue forze parlamentari», ovvero la frammentazione e la *conventio ad excludendum*, che, integrati all'instabilità, ovvero «all'assenza di convenzioni per stabilizzare le alleanze di governo», e alla «limitata capacità operativa dei vari ministeri», qualificano l'assetto italiano e danno luogo ad una «situazione critica»²⁵.

I partiti, dunque, come chiave fondamentale per classificare la singola forma di governo all'interno della tipologia, ma anche per evidenziare le sue specificità: sempre nelle caratteristiche legate alla conformazione dei partiti vengono individuati i peculiari elementi caratterizzanti il sistema italiano nel più ampio *genus* delle forme di governo parlamentari a multipartitismo estremo. Due, in particolare: la «presenza di un partito a maggioranza relativa nettamente più forte degli altri partiti partecipanti alle alleanze» e la problematica integrazione di forze politiche di cui è contestato il grado di maturità democratica e la legittimazione²⁶.

Il primo elemento contribuisce a strutturare una tipologia di coalizione che tende più ad aumentare la frammentazione che non a rettificarla²⁷ e porta a riconoscere all'azione del partito di maggioranza relativa una particolare responsabilità²⁸.

«Bisogna fare riferimento ai partiti», dunque, – Elia lo ribadisce nel corso degli anni – «altrimenti diviene incomprensibile il funzio-

²⁵ L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., p. 657.

²⁶ L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., pp. 657-658.

²⁷ L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., p. 657: «l'entità, talvolta modesta, delle forze partecipanti, non solo impedisce *a priori* che il sistema proporzionale venga corretto o rettificato a fini di stabilizzazione governativa nel senso suggerito dall'esperienza tedesca..., ma addirittura costringe ad adottare modalità che agevolano la frammentazione dei partiti».

²⁸ L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., p. 658: «le maggiori responsabilità per la seria situazione in cui versa il funzionamento del blocco partiti di maggioranza-parlamento-governo pesano senza dubbio sul partito di maggioranza relativa».

namento della forma di governo parlamentare, che è la più aperta a queste varianti» e, in particolare, l'assetto dei partiti «appare decisivo per chiarire la famosa peculiarità italiana»²⁹.

L'attenzione ai partiti, peraltro, – precisa Elia – non deve indurre ad assolutizzare tale criterio materiale e, dunque, «moltiplicare le Costituzioni materiali, reali o viventi, incorrendo nell'illusione ottica di scambiare per mutamento costituzionale ogni modificazione del sistema politico»: «se... il sistema partitico è di rilevante importanza perché può differenziare i risultati cui dà luogo la forma di governo parlamentare avvicinandoli a quelli normali in Gran Bretagna o nella Repubblica federale tedesca o, al contrario, a quelli weimariani o francesi del periodo 1946-58, resta sempre vero che tali esiti si lasciano inquadrare in una forma di organizzazione nella quale l'esecutivo si pone, attraverso il rapporto di fiducia, come una emanazione permanente delle Assemblee legislative»³⁰. In altri termini, la centralità del sistema politico, o, più ampiamente, di un approccio non limitato ad un profilo logico-formale, non giustifica il misconoscimento del ruolo delle regole, da un punto di vista conoscitivo ma anche come elemento di conformazione della realtà politica: «noi non ci possiamo più permettere il lusso di sottovalutare il peso delle regole e delle istituzioni, che contano molto anche se non possono risolvere tutto. Il valore dei comportamenti non esclude quello delle regole»³¹. Ciò spinge Elia a precisare, nella voce *Forme di stato e forme di governo*, scritta nel 2006, che i partiti sono, più che «elementi costitutivi», come aveva detto nella voce *Governo (forme di)* del 1970, «situazioni condizionanti», che influiscono sugli assetti di governo, ma sono influenzati a loro volta da questi ultimi e dalle leggi elettorali³².

Il costituente italiano – rileva Elia trattando delle norme – «è stato molto discreto»³³ in tema di regole di razionalizzazione e l'ordine del giorno Perassi, sulla stabilità ed operatività del Governo, non ha avuto un seguito costituzionale, nonostante alcuni «surrogati»³⁴. La «vita-

²⁹ L. ELIA, *La forma di governo nell'Italia odierna*, in *Quad. cost.*, 1991, 1, pp. 26 ss., nonché ora in L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, p. 395.

³⁰ L. ELIA, *La forma di governo e il sistema politico italiano*, in A. BALDASSARRE, A. CERVATI (a cura di), *Critica dello Stato sociale*, Roma-Bari, Laterza, 1982, nonché in L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., p. 334.

³¹ L. ELIA, *Per una democrazia di investitura e di indirizzo*, cit. p. 367.

³² L. ELIA, *Forme di stato e forme di governo*, in S. CASSESE (dir. da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2006, p. 2600.

³³ L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., p. 659.

³⁴ L. ELIA, *La forma di governo* (2009), cit., p. 66; cfr. anche ID., *L'evoluzione della forma di governo*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, Giappichelli, 2005, vol. II, pp. 251 ss., e anche in ID., *La Costituzione aggredita*, cit., pp. 45 ss.:

lità» dimostrata dalla forma di governo italiana, malgrado il multipartitismo estremo³⁵, non è dovuta dunque tanto all'esplicarsi del «criterio equilibratore o stabilizzatore», che avrebbe dovuto indurre «a limitare l'onnipotenza del Parlamento, dando[si] congrui poteri propri al Presidente della Repubblica, al Presidente del Consiglio e al Gabinetto, nonché... alla Corte costituzionale», quanto alla «presenza di un partito più forte all'interno di tutte le coalizioni, come correttivo alle tendenze centrifughe», alla «assenza di ali estreme ad aggressività weimariana nello schieramento politico-parlamentare», alla «mancanza di una ipotesi di tipo gollista che accompagnasse fin dal suo sorgere il nuovo assetto con una assidua, autorevole polemica costituzionale»³⁶. «Si ha insomma il convincimento che non tanto il «pluralismo degli organi», disposto dai razionalizzatori, abbia limitato il blocco maggioritario, quanto il pluralismo dei partiti e la loro forza bilanciante»³⁷.

Ritorna, dunque, il sistema dei partiti come elemento condizionante e caratterizzante la forma di governo, ma ciò non contraddice quanto osservato *ante*: se la considerazione del sistema politico è imprescindibile, ciò non significa infatti che esso assuma sempre un ruolo di primo piano, come emerge dalla lettura che Elia dà alle dinamiche della forma di governo negli anni Settanta e dal favore – come si vedrà – con cui guarda a riforme normative tese ad assicurare stabilità ed equilibrio.

Dopo il 1968, la progressiva «diminuzione della polarizzazione», con transazioni e negoziazioni che avvengono «non tanto tra partiti che fanno parte del Governo, ma... sempre più tra i partiti di tutto l'arco costituzionale»³⁸, modifica il quadro. In una «sorta di terra di nessuno» «vengono al proscenio non più la maggioranza (la Democrazia cristiana con i suoi alleati) e l'opposizione, ma le istituzioni: il Parlamento, il Presidente del Consiglio, i ministri», nonché il Presidente della Repubblica ed «anche, in qualche misura, la Corte costituzionale»³⁹. La valorizzazione del Parlamento si manifesta, sul piano

«non venne mantenuta la promessa dei dispositivi a tutela della stabilità ed efficienza dell'esecutivo... La razionalizzazione e il ricorso a congegni protettivi fu limitata al minimo... tutto o quasi tutto della forma di governo veniva rimesso ai comportamenti dei partiti» (p. 46).

³⁵ «...Sulla instabilità governativa non bisogna esagerare: dopo il quinquennio di De Gasperi, abbiamo il quasi triennio di Fanfani, il quasi quinquennio di Moro...» (L. ELIA, *L'evoluzione della forma di governo*, cit., p. 46).

³⁶ L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., p. 662.

³⁷ L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., p. 662.

³⁸ L. ELIA, *La forma di governo e il sistema politico italiano*, cit., pp. 338-339.

³⁹ L. ELIA, *La forma di governo e il sistema politico italiano*, cit., pp. 339-340.

normativo, nell'adozione dei regolamenti parlamentari del 1971, che segnano «una svolta a favore della rivalutazione di un [suo] ruolo relativamente autonomo»⁴⁰. Nel contempo – Elia lo ricorda con le parole dell'allora Presidente del Consiglio Cossiga – la nascita del Governo sulla base di alleanze tra i singoli partiti favorite dall'intervento del Presidente della Repubblica anziché sulla base di precedenti coalizioni autonomamente formatesi porta all'instaurazione di «un [...] particolare rapporto di fiducia con il Capo dello Stato»⁴¹. Si tratta comunque di una «situazione di incertezza», che dà «un forte stimolo alla discussione sulla riforma costituzionale», perché – osserva Elia – «la forma di governo o ha un minimo di efficienza o produce per forza spinte al mutamento; non è possibile rimanere troppo a lungo nella incapacità operativa»⁴².

Gli anni Ottanta, peraltro, non sono segnati da sostanziali mutamenti, ma dal permanere di «residui», ovvero da una «sorta di rifrazione postuma della *conventio [ad excludendum]*», che, unita al sistema elettorale proporzionalistico, dà vita a un ulteriore decennio di vischiosità pentapartitica, senza alternativa e senza la prospettiva di una coalizione con il PCI⁴³. Nella X legislatura si assiste ad «uno sforzo di razionalizzazione», ma «l'insoddisfazione nei confronti del funzionamento delle istituzioni aumenta a dispetto di questi interventi parziali», di qui «le aspirazione verso le riforme»⁴⁴. Prende avvio la stagione delle Commissioni bicamerali⁴⁵, dalla cui conclusione negativa Elia trae «una importante lezione di metodo: da una parte le riforme della Costituzione esigono maggioranze ampie e convinte su posizioni chiaramente condivise e dall'altra emerge la necessità di non contaminare oltre certi modelli storicamente collaudati, con il rischio, altrimenti, di mantenere ambiguità ed antinomie, foriere di futuri conflitti»⁴⁶. Nel contempo si approfondisce la crisi dei partiti, con le conseguenti ricadute sul funzionamento della forma di governo.

⁴⁰ L. ELIA, *La forma di governo e il sistema politico italiano*, cit., p. 339.

⁴¹ L. ELIA, *La forma di governo e il sistema politico italiano*, cit., pp. 339-341.

⁴² L. ELIA, *La forma di governo e il sistema politico italiano*, cit., pp. 342-343.

⁴³ L. ELIA, *La forma di governo nell'Italia odierna*, cit., pp. 398-399.

⁴⁴ L. ELIA, *La forma di governo nell'Italia odierna*, cit., p. 400; «sembrava che la X legislatura si fosse mossa su un sentiero di promettente riformismo (l. n. 400/1988 sulla Presidenza del Consiglio; l. n. 142/1990 sulla riforma degli enti locali; l. n. 241/1990 sui procedimenti e accesso ai documenti amministrativi). Ma certo questi risultati positivi, dopo gli eventi del 1989 e la mobilitazione del movimento referendario, non potevano bastare» (L. ELIA, *L'evoluzione della forma di governo*, cit., p. 48).

⁴⁵ Per un approfondimento sulle varie commissioni bicamerali, cfr. L. ELIA, *La forma di governo* (2009), cit., spec. pp. 66-71.

⁴⁶ L. ELIA, *La forma di governo* (2009), cit., p. 71.

«Prima e dopo il referendum del 1993 [interviene] il Presidente della Repubblica, Scalfaro, che, con la costituzione del Governo Amato e poi più ancora con quello del Governo Ciampi, [rende] possibile la continuità della funzione governativa con modalità che progressivamente [tengono] conto della mutata situazione politica: il distacco dai partiti [cominciato] già con il primo ministero della XI legislatura»⁴⁷. Sembra aprirsi, in particolare con lo scioglimento delle Camere del 1994, «un periodo in cui la forma di governo parlamentare (reinterpretata alla luce del principio maggioritario prevalente nella nuova legislazione elettorale) [riparte] in condizioni migliori e più favorevoli alla partecipazione dei cittadini: la fine di tutte le esclusioni su base ideologica (o sdoganamento in ogni direzione, a sinistra come a destra), la spinta prodotta dalle nuove leggi elettorali a porre rimedio alla frammentazione dei partiti, lo stimolo a concludere accordi di coalizione prima delle competizioni per il potere politico nazionale (e non dopo), la necessità che le aggregazioni si riconoscesero in un leader destinato in caso di successo della coalizione a coprire la carica di Presidente del Consiglio, tutto ciò pareva avvicinare non poco il contesto italiano a quello del modello Westminster...»⁴⁸.

La fiducia che sembra emergere dalle parole di Elia nei confronti di questa prima fase della «svolta maggioritaria»⁴⁹, che egli conferma in relazione alle elezioni del 1994, 1996 e 2001, considerate dimostrazione di come «le leggi elettorali del '93 adempiono al loro ufficio di favorire l'avvicendamento di formazioni politiche diverse al governo», non lo induce, peraltro, a dimenticare «i pericoli... che si vanno progressivamente manifestando» in questa «lunga transizione», che, se investono anche altre democrazie, «assumono nel quadro italiano aspetti più preoccupanti»⁵⁰. Elia nota la forte dilatazione della sfera potestativa del Governo, legata anche al suo ruolo di «snodo sia nelle relazioni con l'Unione europea che con il sistema delle autonomie locali», l'estensione del suo potere normativo e il suo consolidamento anche ad opera delle novelle regolamentari (in particolare quella della Camera del 1997), che interagiscono con l'effetto maggioritario delle leggi elettorali, ponendo la questione dello statuto

⁷ L. ELIA, *L'evoluzione della forma di governo*, cit., p. 48.

⁴⁸ L. ELIA, *L'evoluzione della forma di governo*, cit., pp. 49-50. In argomento ci si permette di annotare che è quantomeno suscettibile di dubbio il collegamento fra maggiori possibilità di partecipazione dei cittadini e modello Westminster.

⁴⁹ «Nel periodo successivo al referendum del 1993 la nuova legislazione elettorale italiana ha incentivato un bipolarismo di investitura con risultati non trascurabili rispetto al periodo più decadente della c.d. prima repubblica» (L. ELIA, *Forme di stato e forme di governo*, cit., p. 2603).

⁵⁰ L. ELIA, *L'evoluzione della forma di governo*, cit., p. 50.

dell'opposizione e, più ampiamente, dei limiti del potere maggioritario: «quali misure si devono adottare perché la maggioranza non sia (e non si senta) onnipotente?»⁵¹.

Si tratta di temi classici del costituzionalismo, acuiti in generale nelle democrazie di massa e in particolare in Italia dal fatto che essa «non è ancora una democrazia bipolare a costituzionalismo condiviso: i rapporti tra i due poli non sono normali e l'arma della delegittimazione reciproca è usata ancora con troppa frequenza, soprattutto da chi ha maggiori responsabilità istituzionali»⁵². Ancora più rilevante appare poi la «personalizzazione del potere», che si riflette anche nel carattere dei partiti: «personali o perfino padronali»⁵³. La situazione italiana è contraddistinta dal «vuoto ideologico e ideale della esperienza partitica», «non compensata, almeno parzialmente, dalle scelte programmatiche proposte agli elettori dalle diverse formazioni politiche»⁵⁴.

Le preoccupazioni di Elia trovano conferma e crescono con la legge elettorale n. 270 del 2005: «la nuova legge, applicata nel 2006 e nel 2008, affida praticamente ai leader di partito la composizione di liste di candidati, il cui successo dipende dalla posizione in cui questi vengono posti nella lista... Questo sistema non solo accresce fenomeni deprecabili di cosiddetta presidenzializzazione del leader vincitore delle elezioni, ma si pone in contrasto con l'esigenza di radicamento del personale parlamentare nel territorio, contribuendo così a produrre l'inadeguata rappresentatività delle Assemblee legislative»⁵⁵. Si incrocia qui un tema particolarmente caro ad Elia, come studioso e come uomo di partito: l'apertura e il radicamento del partito nella società civile, la sua funzione «di rappresentanza e di mediazione tra il pluralismo sociale e l'autorità statale», che costituisce la sua «vocazione di fondo»⁵⁶. Sin dagli anni Sessanta, Elia fa propria la critica, definita «di sinistra», «della incapacità del partito di rappresentare e mediare», insiste sulla necessità di aprire il partito (il riferimento è in particolare alla Democrazia Cristiana), di passare dal «partito di occupazione al partito di partecipazione», ad «un partito aperto, che dialoga con le articolazioni della società civile»⁵⁷, muovendo dagli organi di base, quali le sezioni, conferendo loro «una rappresentatività più forte, più intensa»⁵⁸.

⁵¹ L. ELIA, *L'evoluzione della forma di governo*, cit., pp. 50-52.

⁵² L. ELIA, *L'evoluzione della forma di governo*, cit., p. 55.

⁵³ L. ELIA, *L'evoluzione della forma di governo*, cit., p. 55.

⁵⁴ L. ELIA, *La forma di governo* (2009), cit., p. 71.

⁵⁵ L. ELIA, *La forma di governo* (2009), cit., p. 72.

⁵⁶ L. ELIA, *L'attuazione della Costituzione*, cit., p. 18.

⁵⁷ L. ELIA, *L'attuazione della Costituzione*, cit., pp. 18-24.

⁵⁸ L. ELIA, *Realtà e funzioni del partito politico*, cit., p. 19.

Tornando all'evoluzione della forma di governo italiana, nette sono le parole di Elia sulla riforma costituzionale del centro-destra, respinta nel referendum del giugno 2006. Sin dalla presentazione del progetto rileva come quello proposto sia «un premierato assoluto, che contrasta con il principio cardine del costituzionalismo elaborato in più di due secoli dopo le rivoluzioni di fine Settecento: il principio che si oppone alla concentrazione di troppi poteri in un solo titolare di un ufficio pubblico»⁵⁹. Non si tratta del modello Westminster, quanto di «una dittatura quinquennale, con la mortificazione senza precedenti della Camera dei deputati e del ruolo di garanzia del Presidente della Repubblica», e il potere del futuro Primo ministro non «trova alcun riscontro né in quello del Presidente Usa, limitato dalla separazione tra esecutivo e legislativo, né in quello del Premier inglese o del Cancelliere tedesco»⁶⁰. Non risparmia le parole, Elia: «una eresia antidemocratica così enorme non avrebbe mai dovuto essere pensata... vederla scritta nella Costituzione basta a squalificarci di fronte a tutte le autentiche democrazie», è una riforma costituzionale che «si pone in rotta di collisione con alcuni principi fondamentali della nostra Costituzione e del moderno costituzionalismo»⁶¹. «Non è esagerato» – continua ancora Elia – «parlare di emergenza costituzionale»⁶²; una emergenza che riguarda la forma di governo ma anche la forma di stato: la riforma del 2005 costituisce, infatti, anche una «minaccia che pesa sui diritti della prima parte della Costituzione»⁶³.

Se Elia si esprime senza addolcire le parole a proposito della riforma del centro destra, non abbandona per questo la prospettiva riformatrice, alla quale anzi, ancora in uno dei suoi ultimi interventi, guarda con favore: «dopo le elezioni politiche del 12 e 13 aprile 2008 la si-

⁵⁹ L. ELIA, *Il premierato assoluto*, relazione al Seminario Astrid sul disegno di legge costituzionale presentato dal Governo per la riforma della seconda parte della Costituzione, 22 settembre 2003, ora in ID., *La Costituzione aggredita*, cit., p. 62.

⁶⁰ L. ELIA, *Un premierato assoluto che mortifica le Camere*, in *Il Sole 24 Ore*, 23 ottobre 2004, e in ID., *La Costituzione aggredita*, cit., p. 134.

⁶¹ L. ELIA, *Un premierato assoluto che mortifica le Camere*, cit., pp. 134-135. Cfr. anche ID., *La presidenzializzazione della politica*, cit., p. 10: «è chiaro che la riforma costituzionale... oltrepassa e di molto i confini del modello parlamentare. La preponderanza primo-ministeriale appare schiacciante e tale da violare il principio della limitazione del potere, da considerarsi fondamentale nel quadro della nostra Costituzione e dello stesso costituzionalismo moderno».

⁶² L. ELIA, *Perché parlo di emergenza costituzionale*, in *Europa*, 6 aprile 2004, e in ID., *La Costituzione aggredita*, cit., pp. 99-100.

⁶³ L. ELIA, *La riforma della Costituzione a dieci anni dall'appello di Giuseppe Dossetti*, in *Appunti di cultura e politica*, n. 6, 2004, nonché in ID., *La Costituzione aggredita*, cit., p. 180.

tuazione appare più favorevole ad una ripresa del tentativo di riforme della seconda parte della Costituzione»⁶⁴. Valuta positivamente Elia le elezioni del 2008, osservando come si sia data «una forte spinta», anche per le scelte della politica, «ad un assetto partitico di tipo bipolare, se non bipartitico», con «due schieramenti più omogenei al loro interno e in grado di avvicinarsi ai presupposti strutturali del sistema politico affermatosi nella Repubblica federale tedesca e nel Regno di Spagna, in cui, pur mancando il bipartitismo di tipo inglese, è possibile formare governi efficienti e intraprendere procedimenti di revisione costituzionali concordati»⁶⁵. Non ha avuto più tempo per commentare il prosieguo della XVI legislatura.

3. *Le riforme costituzionali: alla ricerca di un equilibrio fra democrazia di indirizzo e democrazia di investitura*

Elia-analista ed Elia-riformatore, si è detto. La revisione della forma di governo è un tema ricorrente nel pensiero di Elia, che non si limita a descrivere, analizzare ed interpretare, ma propone integrazioni e modifiche, se pur con moderazione e rispetto del quadro costituzionale. È lo stesso Elia a chiarire come «in tema di riforme sono contro il massimalismo che porterebbe a passare dalla frammentazione nostrana agli *standards* maggioritari francesi ed inglesi»⁶⁶.

Due sono le costanti nelle posizioni di Elia sulle riforme: la necessità di equilibrio e il riferimento all'attuazione dell'ordine del giorno Perassi.

Le riforme devono essere guidate dall'equilibrio, che è, in primo luogo, equilibrio fra democrazia di investitura e democrazia di indirizzo. La democrazia italiana che «i costituenti vollero» – afferma Elia – non era «semplicemente di investitura, di delega in bianco ad autorità presidenziali, governative o parlamentari ma piuttosto una forma di governo che riuni[va] potere elettorale di investitura e insieme potere popolare di indirizzo nel senso di una influenza decisiva sia sulla formula relativa al vertice del potere esecutivo sia sulle linee di fondo del suo programma. Dunque, democrazia di investitura e insieme democrazia di indirizzo»⁶⁷. La coesistenza e l'equilibrio fra democrazia di investitura e di indirizzo sono «di forte at-

⁶⁴ L. ELIA, *La forma di governo* (2009), cit., p. 73.

⁶⁵ L. ELIA, *La forma di governo* (2009), cit., p. 73.

⁶⁶ L. ELIA, *La forma di governo nell'Italia odierna*, cit., p. 401; similmente, già ID., *Per una democrazia di investitura e di indirizzo*, cit., p. 372.

⁶⁷ L. ELIA, *Per una democrazia di investitura e di indirizzo*, cit. p. 371.

tualità» – sostiene Elia – anche all’inizio del XXI secolo, di fronte alle derive maggioritarie e alle tentazioni presidenzialiste: si rischia «di risolvere tutta la dinamica costituzionale in questa democrazia di investitura in cui il popolo, e più di preciso il corpo degli elettori, giovandosi delle leggi elettorali vigenti, designa come Presidente del Consiglio una certa persona con una larga maggioranza di parlamentari. E questo dà luogo ad una situazione pericolosa perché non è bilanciata da una partecipazione tale che garantisca quella democrazia di indirizzo con l’intervento sul piano del programma, sul piano degli obiettivi e sul piano dei limiti dei poteri»⁶⁸.

Se l’equilibrio fra democrazia di investitura e di indirizzo pare essere una costante, emergono in Elia, in momenti differenti, tensioni verso l’una o l’altra.

Da un lato, si sottolineano i rischi della democrazia di investitura e si richiama la necessità di investire di più sulla democrazia di indirizzo: «la nostra democrazia non può ridursi a mera democrazia di investitura ma deve diventare sempre più una democrazia di indirizzo e di partecipazione»⁶⁹. In questa prospettiva, si inserisce, ad esempio, l’esplicito rifiuto della prospettiva presidenzialistica: «rifiutiamo l’elezione diretta del Capo dello Stato come ogni scorciatoia plebiscitaria»⁷⁰.

Dall’altro, negli scritti più risalenti, si muove dalla considerazione che «l’instabilità ministeriale incide in maniera irreparabile sul livello di autorità detenuto dai titolari del potere» per rilevare come ciò «impedisca quella «personalizzazione del potere» che è un elemento necessario della vita democratica odierna»⁷¹. È esplicito Elia: «impedire la personalizzazione del potere significa rendere impossibile quella accumulazione di autorità, che oggi è necessaria in misura molto superiore rispetto al passato per poter arbitrare giganteschi conflitti di interessi, per impedire che l’arbitrato dell’amministrazione finisca col

⁶⁸ L. ELIA, *La forma di governo* (2003), cit., p. 33.

⁶⁹ L. ELIA, *L’evoluzione della forma di governo*, cit., p. 57.

⁷⁰ L. ELIA, *Per una democrazia di investitura e di indirizzo*, cit., p. 371; cfr. anche ID., *L’evoluzione della forma di governo*, cit., p. 56 («o si affermerà, come non mi auguro, un Presidente eletto dal popolo e dotato di poteri di governo»). In argomento, cfr. A. BARBERA, *La rappresentanza politica*, cit., p. 864: «pur analizzando con nettezza le forme di «democrazia di investitura» e, pur individuando nella contrapposizione fra maggioranza e opposizione (ed anzi definendo il governo «comitato direttivo della maggioranza») un ulteriore modo di essere della separazione dei poteri, Elia non accetterà tuttavia la scelta divergeriana per forme di legittimazione diretta del governo (ed anzi si opporrà con decisione ai tentativi di introdurre in Italia tali modelli)».

⁷¹ L. ELIA, *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 13.

favorire regolarmente il più forte»⁷². Si tratta di soddisfare quelle esigenze di stabilità, in particolare governativa, e di continuità che sono «inerent[i] alla natura stessa dello Stato democratico», perché senza di esse «non vi può essere né efficacia di governo, né responsabilità dei governanti», ovvero gli «elementi di fondo per una ordinata convivenza democratica»⁷³. Siamo di fronte ad una inversione di rotta? *Prima facie* così può apparire, ma in realtà non vi è forse un vero *revirement* nel pensiero di Elia.

In primo luogo, nel prosieguo dell'argomentazione, emergono considerazioni sulla possibilità che «si verifichi un «eccesso» di stabilità e che esso comporti dei danni», anche se si sottolinea che, «se l'ordinamento è democratico», è difficile che ciò accada⁷⁴. Elia, dunque, nello scritto citato⁷⁵, pone l'accento sui benefici della stabilità e sulla sua desiderabilità, ma si mostra altresì consapevole dei suoi rischi. Quando si riferisce alla personalizzazione, inoltre, va sottolineato che, pur se il rilievo è posto sulla persona fisica (continuità in senso sostanziale), ciò è strumentale al rafforzamento degli organi, risolvendosi in una continuità delle funzioni che assicura quella stabilità che rende efficace la gestione di uno Stato democratico. Infine si potrebbe forse ravvisare, restando alle pagine già citate, un richiamo anche alla democrazia di indirizzo laddove ci si riferisce alla «responsabilità dei governanti».

In secondo luogo, occorre rilevare che quando Elia guardava con favore alla «personalizzazione del potere» aveva di fronte una situazione di multipartitismo esasperato, con una forte instabilità governativa; mentre, quando evidenzia i rischi della presidenzializzazione, ragiona a partire dalla constatazione di una svolta in senso maggio-

⁷² L. ELIA, *La continuità*, cit., p. 13.

⁷³ L. ELIA, *La continuità*, cit., p. 11. L'efficienza è un tema che compare anche nella bibliografia successiva di Elia; si veda, ad esempio, L. ELIA, *La democrazia incompiuta*, intervista rilasciata ad Alfredo Pieroni, *Il Corriere della Sera*, 8 ottobre 1983, ora in ID., *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit.: «il problema dell'adeguamento della forma di governo può essere affrontato in termini di efficienza e non solo di garanzia» (pp. 352-353).

⁷⁴ L. ELIA, *La continuità*, cit., p. 16. Per un approfondimento sulla contrapposizione tra democrazia e stabilità in Elia, ovvero sul problema «di conciliare la continuità dell'attività di governo con la discontinuità derivante proprio dal processo democratico», F. PALLANTE, *Situazioni condizionanti e diritto non scritto ne «La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali» di Leopoldo Elia*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 2, pp. 411 ss., nonché nel presente volume, pp. 391 ss.

⁷⁵ Si veda anche, *ex plurimis*, ID., *Governo (forme di)*, cit. (p. 674: «in ogni sistema si cercherà di «stabilizzare» con i metodi più idonei, perché nel medio e lungo periodo alla durata si connette la capacità di operazione»).

ritario⁷⁶ e del pericolo dell'instaurarsi di una forma di governo «squilibrata».

Il differente contesto storico, politico e in specie partitico, può spiegare i cambiamenti nell'attenzione di Elia per le esigenze ora più della democrazia di investitura ora più della democrazia di indirizzo. Forse, dunque, più che di una vera e propria inversione di rotta si tratta sempre della ricerca di un equilibrio fra democrazia di investitura e democrazia di indirizzo; equilibrio che può richiedere, talora, di insistere sulla stabilità, sul rafforzamento dell'esecutivo, talaltra, di mettere in guardia contro un'eccessiva presidenzializzazione.

Ad adiuvandum, nella prospettiva dell'interpretazione proposta, si può citare la posizione di Elia sui partiti politici e sulla loro «autoriforma». Mentre sostiene le esigenze della governabilità, declinata in particolare come stabilità ed efficienza, e, dunque, tende verso la democrazia di investitura, Elia insiste sulla necessità che i partiti, attraverso un «impegno di *autoriforma*», siano in grado «di rappresentare e mediare», di rispondere ai bisogni di una «società esigente», alle richieste di partecipazione, costruendo «un partito aperto, che dialoga con le articolazioni della società civile»⁷⁷.

Elia non abbandona mai, in realtà, il riferimento alla governabilità, ma, a seconda dei tempi, evidenzia il rischio di scivolare ora in «scorciatoie plebiscitarie» ora in uno «sfrenato trasformismo» di partiti politici, «cui vengono attribuite quote di rappresentanza da contrattare liberamente sul mercato politico di legislatura»⁷⁸. L'attenzione al contesto per valutare l'opportunità di riforme è esplicita: nel 1988 Elia considera la vitalità della Repubblica una scommessa ormai vinta e ritiene, dunque, che «esist[ano] i margini di sicurezza e di garanzia a favore di riforme che andrebbero insieme nel senso di un maggior tasso di democrazia e di un maggior tasso di efficienza»⁷⁹. Da questa attenzione discende il maggior favore dei primi scritti e la cautela, che emerge invece negli ultimi interventi, verso le forme di governo presidenziale e semipresidenziale, o verso i loro equivalenti imperniati sulla elezione diretta del premier. Nella voce *Governo (forme di)* «le formule presidenziali o neoparlamentari» sono considerate «una

⁷⁶ Cfr. spec. L. ELIA, *La presidenzializzazione della politica*, cit., pp. 5 ss.

⁷⁷ L. ELIA, *L'attuazione della Costituzione*, cit., pp. 130-132, 136.

⁷⁸ L. ELIA, *Per una democrazia di investitura e di indirizzo*, cit. p. 371. Si veda anche ID., *La forma di governo e il sistema politico italiano*, cit., p. 344, dove evidenzia la difficoltà di «realizzare in Italia riforme intese a semplificare, a favore del polo decisionistico, la complessità del reale, senza cadere in tentazioni di «riduzione» arbitraria della realtà civile e politica del Paese, e senza cedere a quelle suggestioni di scorciatoia...».

⁷⁹ L. ELIA, *Per una democrazia di investitura e di indirizzo*, cit., p. 368.

delle tendenze modellistiche immanenti alla vita costituzionale contemporanea», anche se non si esclude che «in situazioni particolari, da valutare caso per caso, il tentativo di approdare alle coste dell'America del Nord possa fallire e ci si ritrovi invece in un porto sudamericano»⁸⁰; in un intervento del 2004 si legge: «la nostra forma di governo può certo essere razionalizzata, ma non pervertita passando dalla delega ai vertici dei partiti a quella illimitata ad un uomo solo»⁸¹. Non si tratta di «incompatibilità di principio fra democrazia e forma di governo presidenziale...»: «il vero problema» – sostiene Elia – «riguarda l'opportunità di scegliere per un determinato Paese l'uno o l'altro tipo di regime»⁸².

Il favore per un governo stabile spinge Elia a considerare anche riforme dei sistemi elettorali: «la garanzia più robusta per un Governo di legislatura è costituita da una legge elettorale di consistenza medioeuropea»⁸³. La nota dominante è sempre quella dell'equilibrio: «va visto con favore l'avvicinamento tra sistemi maggioritari che diventano meno maggioritari e sistemi proporzionali che offrono una base sicura ai Governi stabili e capaci di deliberare»⁸⁴. Elia non vuole il «proporzionalismo estremo vigente in Italia»: «il nostro sistema proporzionalista è da ritenersi disfunzionale perché limitativo delle possibilità per il corpo degli elettori di scegliere anche la formula di governo, accrescendo di riflesso le capacità deliberative del *continuum* Parlamento-Governo»; d'altro canto si oppone ad «ogni tentativo di trapianto di uninominalismo di tipo inglese»⁸⁵. È, dunque, chiaro perché Elia non risparmia i toni contro la riforma elettorale del 2005 ma non rinuncia a proporre una riforma elettorale «necessaria... per un'attuazione coerente dell'ordine del giorno Perassi»⁸⁶.

Il riferimento all'ordine del giorno Perassi – si è detto – è una costante nel pensiero di Elia e significa, in primo luogo, richiamo a

⁸⁰ L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., p. 672.

⁸¹ L. ELIA, *Una forma di governo unica al mondo*, in ASTRID, *Costituzione: una riforma sbagliata*, a cura di F. Bassanini, Passigli, Firenze, 2004, pp. 363 ss., e ora in L. ELIA, *La Costituzione aggredita*, cit., p. 98.

⁸² L. ELIA, *Per una nuova forma di governo parlamentare*, intervento alla Tavola rotonda su «Parlamentarismo e presidenzialismo», Roma, Senato della Repubblica, 11 giugno 1991, in *Il Politico*, 1991, pp. 218 ss., e ora in ID., *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., p. 419.

⁸³ L. ELIA, *Il metodo delle riforme costituzionali*, cit., p. 413.

⁸⁴ L. ELIA, *Il metodo delle riforme costituzionali*, cit., p. 413.

⁸⁵ L. ELIA, *Per una democrazia di investitura e di indirizzo*, cit., p. 377.

⁸⁶ L. ELIA, *Per una nuova forma di governo parlamentare*, cit., p. 422. In *La forma di governo* (2009), cit., Elia esplicitamente lega il discorso sull'attuazione dell'ordine del giorno Perassi con un «ripensamento serio e condiviso della legge elettorale n. 270 del 2005» (p. 75).

quelle esigenze di stabilità ed efficienza, che egli non si stanca mai di proporre. Significa anche che le riforme sono proposte nella prospettiva della Costituzione, ovvero rappresentano un «processo di attuazione-ritorno alla Costituzione e insieme di sviluppo-adeguamento di essa»⁸⁷.

Ancora nel testo pubblicato postumo nel 2009, nell'esprimersi in senso favorevole a riforme come quelle licenziate nel testo 2007 dalla Commissione Violante, Elia considera come «la revisione costituzionale, entro questi limiti, è senza dubbio coerente con i principi e gli equilibri fondamentali della forma di governo deliberata dai costituenti: e darebbe finalmente attuazione all'ordine del giorno Perassi», anzi «sarebbe in realtà un ritorno alle intenzioni di quel documento, con il vantaggio di una esperienza più che sessantennale sviluppatasi in diversi paesi retti a forma di governo parlamentare»⁸⁸.

Quest'ultima citazione di Elia ben si presta a concludere queste note, perché racchiude le linee fondamentali del suo metodo (la valutazione dell'«esperienza», l'approccio comparatistico) e del suo pensiero in tema di forme di governo: il rispetto per la Costituzione e, insieme, la tensione propositiva e riformatrice nel senso dell'equilibrio e della stabilità. Elia non disegna modelli di forme di governo ideali; il suo interesse è per la realtà. Ma il suo attaccamento ai fatti non gli impedisce di adottare anche una prospettiva propositiva: se dovessimo attribuirgli un modello, questo sarebbe un modello duttile, calibrato sullo specifico contesto politico, volto a realizzare un equilibrio tra poteri che garantisca al meglio la coesistenza armonica fra democrazia di investitura e democrazia di indirizzo.

⁸⁷ L. ELIA, *Per una democrazia di investitura e di indirizzo*, cit., p. 380.

⁸⁸ L. ELIA, *La forma di governo* (2009), cit., p. 75.

La lezione di Leopoldo Elia «Sui possibili rimedi all'abuso della decretazione d'urgenza»

di Cristina Bertolino

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il problema della decretazione d'urgenza: normativa d'emergenza oppure 'sospensione legislativa' ordinaria? – 3. Fattispecie di abuso della decretazione d'urgenza. – 4. I poteri del Presidente della Repubblica in sede di adozione del decreto-legge. – 5. I possibili rimedi alla decretazione d'urgenza. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

«Sui possibili rimedi all'abuso della decretazione d'urgenza» titolava Leopoldo Elia la relazione nel seminario sul tema de «*I decreti legge non convertiti*», tenutosi al Palazzo della Consulta l'11 novembre 1994¹. Si trattava, dunque, di una stagione in cui la problematicità di questo istituto era oramai entrata, da tempo, nel vivo del dibattito politico e nella consapevolezza della migliore dottrina costituzionalistica.

Nel corso di quell'intervento Leopoldo Elia, membro della Camera dei Deputati durante la XII Legislatura, intendeva infatti informare gli astanti circa i lavori in corso nella sede parlamentare e, più precisamente, dell'audizione dell'allora Ministro per i rapporti con il Parlamento, Giuliano Ferrara, sui temi della decretazione d'urgenza, nonché sull'ampia discussione conseguente all'interno dell'aula parlamentare².

Tuttavia nell'occasione Leopoldo Elia non si limitò alla sola analisi delle sedute parlamentari, ma offrì un'ampia e critica riflessione sulle possibili soluzioni da proporre per risolvere l'annoso problema della decretazione d'urgenza.

¹ Cfr. L. ELIA, *Sui possibili rimedi all'abuso della decretazione d'urgenza*, in AA.VV., *I decreti legge non convertiti*, Milano, Giuffrè, 1996, 187 ss.

² Trattasi delle sedute del 6 ottobre e 12 ottobre 1994 nn. 5 e 7, nella I Commissione Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni della Camera dei Deputati.

Difatti, e con piena coerenza politica, a seguito delle valutazioni e prospettive allora presentate, Leopoldo Elia si fece portatore di fronte al Senato della Repubblica, durante la XIII Legislatura, di una proposta di revisione costituzionale dell'art. 77 della Costituzione, poiché egli riteneva essenziale intervenire sul testo costituzionale per risolvere – per usare parole sue – il «fenomeno dell'abuso della decretazione d'urgenza» che era arrivato ad «assumere ormai dimensioni patologiche»³.

L'uso del decreto legge, in particolar modo il rispetto dei requisiti di necessità ed urgenza dello stesso, è del resto un tema che ricorre di frequente negli scritti ed interventi di Elia, la cui costante preoccupazione, sia in quanto costituzionalista che come uomo politico, è stata l'uso moderato e corretto dell'istituto. Nelle pagine che seguiranno si analizzerà dunque il suo pensiero in relazione ad alcune problematiche legate alla decretazione d'urgenza, per quanto concerne la fase dell'adozione del decreto-legge da parte del Governo e quella della conversione del decreto-legge in legge da parte delle Camere.

Nel ripercorrere le riflessioni di Elia – professore e uomo politico – si prenderanno in esame, così, non solo i contributi scientifici, ma anche i numerosi suoi interventi all'interno delle due Camere, durante i mandati di senatore e deputato nella X, XII e XIII Legislatura.

2. *Il problema della decretazione d'urgenza: normativa d'emergenza oppure 'sospensione legislativa' ordinaria?*

Il decreto-legge è istituto che si connota, ex art. 77 Cost., per essere volto a sopperire situazioni ed esigenze eccezionali ed urgenti, le quali, pertanto, appaiono di per sé al di fuori della ordinarietà. Potrebbe dunque risultare difficile definire *a priori* quando l'uso della decretazione d'urgenza si trasformi realmente in 'abuso', posto che le condizioni richieste in Costituzione per l'approvazione di un decreto-legge sono *ex se* imprevedibili⁴.

³ Cfr. il disegno di legge n. 692 di modifica dell'articolo 77 della Costituzione, d'iniziativa del senatore L. ELIA, comunicato alla Presidenza del Senato della Repubblica l'11 giugno 1996.

⁴ Cfr., per tutti, A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, Padova, Cedam, 1997, 102.

Per una più approfondita disamina della nozione di «straordinaria eccezionalità ed urgenza» di cui all'art. 77 Cost., si vedano, fra i molti, C. ESPOSITO, voce *De-*

Il potere normativo attribuito in quell'articolo al Governo, è concepito per fronteggiare situazioni d'emergenza e, proprio in quanto tale, deve essere considerato come un potere da utilizzarsi in condizioni eccezionali, «al di fuori delle consuete disponibilità del legislatore ordinario»⁵.

Da molti decenni, tuttavia, si assiste ad un utilizzo eccessivo dell'istituto della decretazione d'urgenza, a tal punto consueto da far sostenere che ci si trovi non solo di fronte ad un abuso della stessa, ma addirittura ad una sorta di 'sospensione legislativa' ordinaria.

La produzione legislativa ordinaria delle Camere risulta infatti essere recessiva e residuale rispetto al carattere progressivamente espansivo della legislazione di conversione dei decreti-legge e questo non fa che confermare quanto sostenuto da Alberto Predieri, il quale ha affermato come il Governo usi il decreto-legge «più che come autoassunzione di potere legislativo, come un disegno di legge governativo, rafforzato dalla posizione costituzionale dell'atto che ne consente l'immediata operatività»⁶.

La dottrina⁷ è concorde nel ritenere che la prima ipotesi di abuso della decretazione d'urgenza si sia verificata il 17 agosto 1970, con il c.d. «decretone Colombo» n. 621. Esso rappresenta infatti il primo esempio di decreto *omnibus*, consistente in 70 articoli del tutto eterogenei in materia finanziaria, emanato per affrontare la congiuntura economica che il Paese stava attraversando. Da allora, l'uso eccessivo e smodato della decretazione d'urgenza non si è mai arrestato, segnando invece un *trend* in continua crescita⁸.

Leopoldo Elia ha sempre stigmatizzato la situazione di abuso del decreto-legge nel nostro Paese, affermando come si stesse assistendo

creto-legge, in *Enc. del Dir.*, Giuffrè, Milano, vol. XI, 1962, 832 ss.; L. PALADIN, *Art. 77*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli Ed., Bologna, 1979, tomo II, 56 ss.; F. SORRENTINO voce *Legge (Atti con forza di)*, Parte terza, in *Digesto Disc. Pubbl.*, Utet, Torino, 1994, vol. IX, 118 ss.; G. CAPORALI, A. CELOTTO e E. DI BENEDETTO, *Art. 77*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, vol. II, 1516 ss.

⁵ Cfr. L. PALADIN, *Art. 77*, cit., 56.

⁶ A. PREDIERI, *Il governo legislatore*, in F. CAZZOLA, A. PREDIERI e G. PRIULLA, *Il decreto legge fra governo e parlamento*, Milano, Giuffrè, 1975, XX.

⁷ Cfr., F. CAZZOLA e G. PRIULLA, *Il «decretone» economico di Colombo*, in F. CAZZOLA, A. PREDIERI e G. PRIULLA, *Il decreto legge fra governo e parlamento*, cit., 77 ss.; L. ELIA, *Sui possibili rimedi all'abuso della decretazione d'urgenza*, cit., 189; A. CELOTTO e E. DI BENEDETTO, *Art. 77*, cit., 1510.

⁸ Cfr., A. DI GIOVINE, *La decretazione d'urgenza in Italia tra paradossi, ossimori e prospettive di riforma*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 111, 1996, 9, il quale sottolinea come quella dei decreti legge sia una «storia di paradossi» e che «la loro utilizzazione» che «doveva essere, in base al secondo comma dell'art. 77, rara» è «invece divenuta alluvionale».

ad un «notevolissimo rafforzamento del potere governativo»⁹ e, in particolare, ad una «estensione del potere normativo del Governo», con un ritorno – dopo «l’astinenza» seguita alla nota pronuncia della Corte costituzionale del 1996 – all’uso dei decreti-legge, i quali hanno occupato una parte notevole dell’agenda parlamentare, costringendo le Camere a «rincorse affannose per evitare la decadenza dei decreti-legge», essendo questi non più suscettibili di reiterazione¹⁰.

Elia non si limita peraltro a un giudizio negativo circa l’uso della decretazione d’urgenza al di là dei limiti imposti dalla Costituzione e dalla legislazione ordinaria, ma – più nel merito e nella sostanza – si mostrava addirittura indignato nei confronti del ricorso continuo a questo istituto. Così, ad esempio, nel corso della X Legislatura affermava come la «situazione di moltiplicazione dei decreti-legge» fosse alquanto «paradossale», nonché «prova di sciatteria istituzionale, di faciloneria istituzionale»¹¹.

Tale valutazione, coerente e costante nel pensiero di Elia, attraversa tutte le Legislature in cui egli ottenne mandato in quanto senatore o deputato, quale che fosse la maggioranza politica presente al Governo. Durante la XII Legislatura, ad esempio, egli riteneva essenziale «restituire al Parlamento il suo ruolo, a fronte di una dottrina insidiosa che costruisce il decreto-legge come fonte alternativa alla legge, quasi alla pari con essa, come se il Governo fosse libero di scegliere la via del disegno di legge o quella del decreto d’urgenza»¹². Con queste affermazioni l’insigne Studioso, nel condividere pienamente il ricordato timore di Predieri, mostrava di volere prevenire energicamente e formalmente condannare l’uso illegittimo della decretazione d’urgenza.

Elia sottolineava anzi, con molta chiarezza, come, a fronte di uno «straripamento progressivo» nell’uso del decreto-legge – uso che «si è andato sempre più accentuando» – la tendenza in atto a rafforzare gli esecutivi «non comporti di per sé un trasferimento del potere le-

⁹ L. ELIA, *Il premierato assoluto*, relazione al Seminario di Astrid sul progetto di riforma della Seconda Parte della Costituzione, Roma, 22 settembre 2003.

¹⁰ L. ELIA, *L’evoluzione della forma di governo*, in ID., *La Costituzione aggregata. Forma di governo e devolution al tempo della destra*, Bologna, il Mulino, 2005, 51.

¹¹ L. ELIA, Intervento in Senato durante la seduta del 27 luglio 1989 n. 278, nella quale si faceva seguito alla discussione circa le comunicazioni all’aula dell’allora IV Governo Andreotti, insediatosi il 22 luglio di quello stesso anno.

¹² L. ELIA, Intervento alla Camera dei Deputati nel corso della seduta del 21 luglio 1994 n. 39, in cui si discuteva circa la conversione del decreto-legge 14 luglio 1994, n. 440, recante modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari e di diritto di difesa.

gislativo» e come «l'esercizio del potere legislativo da parte del Parlamento sia ancora», invece, «fondamentale nell'ambito di un equilibrio dei poteri» nel nostro ordinamento¹³.

In questa riflessione, c'era dunque la vigorosa constatazione di come, più che ad un 'abuso' del decreto-legge, ci si trovasse piuttosto di fronte ad un tentativo di 'usurpazione' della potestà legislativa del Parlamento, il cui esercizio delle funzioni ordinarie sembra essere oramai sospeso.

Occorreva, invece, che si ristabilisse quella separazione dei poteri che non solo è sinonimo di garanzia, ma costituisce requisito fondamentale per uno Stato di diritto. «L'essenza liberaldemocratica del nostro modello di costituzionalismo» – ricordava Elia – risiede nel fatto che «la Repubblica, anche nel nostro ordinamento, non può sopportare un potere dominante (...) e sarà sempre composta da una pluralità di poteri, tutti limitati, di pari valore e dignità costituzionale». La «forma repubblicana vieta di sovradimensionare alcun potere»¹⁴ e qualora uno di essi (quello legislativo) venisse eccessivamente limitato da un altro (quello esecutivo) e confinato in spazi angusti, del tutto privi di possibilità di azione, verrebbe meno il principio democratico stesso, su cui fonda il nostro ordinamento.

3. *Fattispecie di abuso della decretazione d'urgenza*

Sono molti – senz'altro troppi – i motivi e i meccanismi per i quali si è giunti nel nostro Paese ad un uso eccessivo e illegittimo dell'istituto del decreto-legge.

Tra le fattispecie del suo abuso, la dottrina individua generalmente l'emanazione frequente di decreti-legge privi del requisito della necessità e dell'urgenza; l'uso di decreti-legge al di fuori dei limiti previsti in Costituzione e nella legislazione ordinaria; l'emanazione di c.d. decreti *omnibus*, aventi contenuto non omogeneo o non corrispondente al titolo; l'emanazione di decreti che reiterano decreti-legge non convertiti per inutile decorso del termine e quando la situazione di necessità e urgenza sia nel frattempo venuta meno; la reiterazione di decreti-legge la cui conversione sia stata espressamente negata dal Parlamento.

¹³ L. ELIA, Intervento nella I Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati nella seduta del 12 ottobre 1994 n. 7, durante l'audizione del Ministro per i rapporti con il Parlamento, dott. Giuliano Ferrara, sui temi della decretazione d'urgenza.

¹⁴ Cfr. L. ELIA, *L'evoluzione della forma di governo*, cit., 54.

Quanto al requisito della necessità e dell'urgenza, in più di un'occasione, specie in sede parlamentare, Elia non ha mancato di precisare come le Camere, in sede di conversione del decreto-legge, prima ancora di valutarne la sussistenza, dovrebbero prendere in considerazione la sua costituzionalità. Egli sostiene infatti – con evidente chiarezza logica – che laddove un decreto-legge appaia incostituzionale non potrà, *a priori*, avere le caratteristiche della necessità e dell'urgenza previste dall'art. 77 della Costituzione. «Se vi è incostituzionalità, non può esservi urgenza» e, dunque, «più che la contestazione dell'esistenza o meno dei requisiti di straordinaria necessità ed urgenza, deve prevalere la preoccupazione in ordine alla costituzionalità del provvedimento»¹⁵. Qualora questo sia incostituzionale, si renderebbe pertanto del tutto inutile la discussione in Assemblea circa i presupposti di necessità ed urgenza.

Solo una volta operato e superato tale giudizio da parte delle Camere, spetterà alle stesse valutare se effettivamente vi siano le circostanze di straordinaria necessità ed urgenza per l'adozione del decreto-legge e, dunque, per la sua conversione in legge¹⁶.

Ancora in relazione al requisito della necessità ed urgenza, Elia evidenzia poi¹⁷, concordando in ciò con Carlo Esposito¹⁸, come sussistano limiti logici che tendono ad escludere *a priori* il potere di decretazione d'urgenza. Tali limiti, ad esempio, tenderebbero ad escludere il potere di questa decretazione da parte del Governo quando, in tema di controlli giuridici, «si confonde la situazione di control-

¹⁵ Cfr. L. ELIA, *Intervento alla Camera dei Deputati*, durante la XII Legislatura, nel corso della seduta del 12 luglio 1994 n. 32, in cui si discuteva circa la conversione del decreto-legge 30 maggio 1994, n. 418, recante disposizioni urgenti per il risanamento ed il riordino della RAI-spa; intervento nella seduta del 21 luglio 1994 n. 39, in cui si discuteva circa la conversione del decreto-legge 14 luglio 1994, n. 440, recante modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari e di diritto di difesa; intervento nella seduta del 19 ottobre 1994 n. 78, in cui si discuteva circa la conversione del decreto-legge 30 settembre 1994, n. 564, recante disposizioni urgenti in materia fiscale; intervento nella seduta del 29 novembre 1994 n. 105, in cui si discuteva circa la conversione del decreto-legge 9 novembre 1994, n. 627, recante disposizioni urgenti per l'attuazione dell'art. 68 della Costituzione.

¹⁶ Sulla medesima posizione, peraltro, anche L. PALADIN, *Art. 77*, cit., 67 ss., il quale evidenzia facilmente l'inammissibilità di decreti-legge incostituzionali.

¹⁷ Cfr. L. ELIA, *Intervento alla Camera dei Deputati*, durante la XII Legislatura, nel corso della seduta del 4 aprile 1995 n. 195, in cui si discuteva circa la conversione del decreto-legge 29 marzo 1995, n. 90, recante nuovi termini per la presentazione delle liste nelle elezioni regionali, provinciali e comunali della primavera 1995.

¹⁸ Cfr. C. ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, in *Enc. del Dir.*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, 842 ss., il quale sostiene che vi siano «limiti assoluti, più che giuridici, logici, che impediscono in determinati casi ed oggetti le decretazioni di urgenza».

lante da quella di controllato, oppure quando si interviene sul rapporto Parlamento-Governo fissato nella Costituzione». Occorre inoltre impedire «che il decreto-legge contenga una delega legislativa oppure regole che possano alterare i rapporti tra organi costituzionali fondamentali come il Parlamento o la Corte costituzionale, o infine la produzione di effetti irreversibili da parte della legge di conversione».

In un'occasione, in particolare, Elia si è trovato a dover far presente l'esistenza di questi limiti e la necessaria loro applicazione¹⁹. Si trattava di un'ipotesi d'estensione, con decreto-legge, dei termini di presentazione delle liste elettorali per le elezioni regionali, provinciali e comunali del 1995. Se, da un lato, Elia ricordava come con la sentenza n. 161 del 1995 la Corte costituzionale avesse correttamente riconosciuto che in materia di campagna elettorale si possa intervenire con decreto-legge, non trattandosi di materia elettorale in senso stretto, dall'altro egli riteneva che anche in quest'ambito sussistano limiti logici invalicabili. «L'ipotesi di modifica delle leggi elettorali», infatti, si sarebbe potuta far rientrare, secondo Elia, in due categorie di limiti logici: «nella categoria dei rapporti tra organi costituzionali fondamentali, comprendendo il corpo elettorale tra i soggetti rispetto ai quali non si potrebbe intervenire» con decretazione d'urgenza; e nella categoria «degli effetti irreversibili, che si producono in questi casi quando si interviene nel corso di un procedimento elettorale» con un decreto-legge «e si cambiano i rapporti e le scadenze in cui i soggetti operano».

Proprio per questi motivi l'estensione dei termini di presentazione delle liste elettorali con decreto-legge rientrerebbe nei limiti logici per i quali deve ritenersi che vi sia preclusione assoluta alla decretazione d'urgenza e si dovrebbe pertanto negare la conversione in legge del decreto.

Infine, in merito alla valutazione dei presupposti di necessità ed urgenza in sede di conversione, Leopoldo Elia evidenzia come vi sia stata per lungo tempo una disparità tra le due Camere, dovuta alle procedure previste nei Regolamenti parlamentari per la conversione del decreto legge²⁰.

¹⁹ Vicenda quanto mai attuale, poiché – in seguito alla erronea presentazione delle liste elettorali regionali per le elezioni della primavera 2010 – anche il Governo attualmente in carica è intervenuto mediante l'adozione del decreto-legge 5 marzo 2010, n. 29.

²⁰ Cfr. L. ELIA, *Sui possibili rimedi all'abuso della decretazione d'urgenza*, cit., 188; ID., Intervento alla Camera dei Deputati, durante la XII Legislatura, nel corso della seduta del 12 luglio 1994 n. 32, in cui si discuteva circa la conversione del decreto-legge 30 maggio 1994, n. 418, recante disposizioni urgenti per il risanamento ed il riordino della RAI-spa.

L'art. 78, IV comma, del Regolamento del Senato della Repubblica prevede infatti che se l'Assemblea si pronuncia per la non sussistenza dei presupposti richiesti dall'articolo 77, II comma, della Costituzione o dei requisiti stabiliti dalla legislazione vigente, il disegno di legge di conversione si intende respinto. Qualora tuttavia tale deliberazione riguardi parti o singole disposizioni del decreto-legge o del disegno di legge di conversione, i suoi effetti operano limitatamente a quelle parti o disposizioni, che si intendono soppresse.

Tale opportunità non era invece presente sin dall'inizio nel Regolamento della Camera dei Deputati. Prima infatti che l'art. 96*bis* fosse modificato²¹, esso non consentiva di negare la sussistenza dei requisiti di necessità ed urgenza per singole disposizioni del decreto-legge o del disegno di legge di conversione.

La differente regolamentazione tra le due Camere, oggi appianata²², ha sovente messo la Camera nella condizione di dover necessariamente scegliere per la sussistenza o meno del requisito della necessità ed urgenza in tutto il testo dei decreti-legge, senza poter espungere gli articoli che ne fossero carenti o che fossero considerati in violazione della normativa vigente, specie qualora il loro testo fosse fortemente disomogeneo rispetto alle restanti disposizioni del decreto-legge. Tale difformità comportava pertanto per la Camera una minore libertà di scelta nella valutazione circa tale requisito e può certamente aver contribuito, così come Elia pose in evidenza, all'abuso di decreti-legge.

Quanto alla disomogeneità del contenuto dei decreti-legge, in più occasioni Leopoldo Elia non ha mancato di condannarne l'uso²³ in evidente violazione non solo della Costituzione, ma soprattutto della normativa vigente e, in particolare, dell'art. 15, III co., della legge n. 400 del 1988, il quale sancisce che i decreti-legge «devono contenere misure di immediata applicazione e il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo».

In una delle prime ipotesi di applicazione dell'art. 15 della legge

²¹ Si tratta della modifica approvata dalla Camera il 30 settembre 1997.

²² L'attuale art. 96-*bis* del Regolamento della Camera prevede infatti che i disegni di legge di conversione dei decreti-legge siano assegnati al Comitato per la legislazione che, nel termine di cinque giorni, esprime parere alle Commissioni competenti, «anche proponendo la soppressione delle disposizioni del decreto-legge che contrastino con le regole sulla specificità e omogeneità e sui limiti di contenuto dei decreti-legge, previste dalla vigente legislazione».

²³ Il requisito dell'omogeneità sarebbe, secondo Elia, proprio «il più calpestato». Cfr. L. ELIA, Intervista in M. RAITERI e G. REBUFFA (a cura di), *I legislatori e il meccanismo parlamentare*, Padova, Cedam, 1995, 219.

n. 400 del 1988²⁴, Elia considerava infatti il requisito dell'omogeneità come «preliminare» rispetto a quelli disciplinati dalla normativa suddetta, «attinente non tanto al contenuto normativo del decreto in sé considerato, quanto al profilo indiretto e riflesso dell'appartenenza al contenuto normativo che nel decreto da convertire costituisce l'oggetto base o quantitativamente prevalente».

Egli si soffermava inoltre sulle origini della prescrizione contenuta nell'art. 15, III co., e ricordava molto opportunamente come nella relazione sui decreti-legge presentata al Senato dalla 1^a Commissione permanente il 10 novembre 1981, il senatore Francesco Paolo Bonifacio non solo si fosse pronunciato a favore di regole legislative per arginare il fenomeno dei decreti-legge pluricomprendivi, ma avesse anche precisato che l'art. 15, III co., avrebbe costituito certamente remora per il Governo nell'adozione di decreti a contenuto eterogeneo e come ciò «non avrebbe tuttavia impedito di soddisfare, ma con una pluralità di decreti, esigenze concomitanti e concorrenti».

Elia tiene dunque a puntualizzare che, qualora alcune disposizioni di un decreto-legge vengano soppresse in quanto eterogenee rispetto al contenuto complessivo del decreto stesso, ciò non significa che non possano venire riproposte con successivi decreti-legge. Ad esse non è infatti possibile applicare, secondo il suo autorevole pensiero, il disposto dell'art. 15, II co., della legge n. 400 del 1988, il quale stabilisce che il Governo non possa, mediante decreto-legge, rinnovare le disposizioni di decreti-legge di cui sia stata negata la conversione in legge con il voto di una delle due Camere.

Tale disposto non potrebbe essere applicato per due ordini di ragioni: la prima, ricavabile dal tenore letterale del testo, è che il divieto colpisce non disposizioni singole come tali, comunque non convertite, appartenenti ad un decreto-legge che invece venga convertito, ma tutte le disposizioni di un decreto-legge per il fatto che questo non è stato convertito in seguito al voto contrario di una delle Camere. La seconda è poi che il difetto di non omogeneità attiene con immediatezza non al contenuto normativo in quanto esso sia stato giudicato o privo dell'urgenza o della necessità ovvero degli altri requisiti previsti dall'art. 15 (mancanza della immediata applicabilità delle misure oppure la mancanza di specificità del loro contenuto).

²⁴ Situazione ancor più rilevante, secondo Elia, in quanto è proprio «nel periodo di operatività di nuove regole che si formano precedenti significativi».

Trattasi, in particolare, dell'intervento di L. ELIA al Senato della Repubblica, durante la X Legislatura, nel corso della seduta del 24 gennaio 1990 n. 335, in cui si discuteva circa la conversione del decreto-legge 28 dicembre 1989, n. 415, recante norme urgenti in materia di finanza locale e di rapporti finanziari tra lo Stato e le Regioni, nonché disposizioni varie.

Nessuno di questi motivi intrinseci alle disposizioni del decreto viene infatti preso in considerazione, essendo sottoposto inizialmente ad esame soltanto l'aspetto della loro collocazione in un contesto normativo considerato ad esse estranee. In relazione a tale motivazione la preclusione continuerebbe pertanto ad operare solo se le disposizioni venissero ripetute con una collocazione egualmente non omogenea, mentre non opererebbe invece in un corretto quadro di omogeneità di contenuti della normativa complessiva.

Peraltro, in altra occasione²⁵, Elia non ha mancato di precisare come in alcune ipotesi sia possibile riscontrare nel decreto-legge una «omogeneità particolare», tale da doverlo considerare del tutto legittimo. Durante l'XI Legislatura, in qualità di Ministro per le riforme elettorali e istituzionali, lamentando una complessa eredità da parte del Governo precedente di decreti-legge di particolare urgenza da reiterare, sottolineava infatti come un decreto-legge relativo al differimento di termini previsti da disposizioni legislative sia «certamente dotato di omogeneità molto particolare, cioè di tipo più che altro convenzionale. Pur riferendosi, infatti, a materie molto diverse, riguarda la proroga di tutta una serie di termini, e solo da questo punto di vista può quindi rivendicare una certa omogeneità di disposizioni».

Tale precisazione è particolarmente rilevante nel periodo attuale in cui si sta confermando la prassi della emanazione di decreti-legge c.d. «mille-proroghe», il cui contenuto è eterogeneo, ma accomunato dalla finalità di prorogare i termini previsti da altre disposizioni legislative.

Ma proprio in quell'occasione Elia ha tenuto a precisare come sia necessario limitare l'uso di questo tipo di decreto-legge²⁶, in maniera da eludere gli inconvenienti prodotti da un tale sistema di decretazione. «L'unico modo» per raggiungere questo obiettivo – sostiene – è «un monitoraggio che consenta (...) alle pubbliche amministrazioni, di intervenire tempestivamente in modo da evitare che si crei la necessità di tali proroghe. Ove infatti non si provvedesse agli interventi tempestivi in questione, si provocherebbe l'emanazione di troppi decreti-legge, che finirebbero per intasare ancora di più l'attività parlamentare».

La snellezza del procedimento e l'unicità di oggetto dei decreti-

²⁵ Cfr. L. ELIA, Intervento al Senato nella seduta del 20 maggio 1993 n. 184, in cui si discuteva circa la conversione del decreto-legge 28 aprile 1993, n. 130, recante disposizioni urgenti in materia di differimento di termini previsti da disposizioni legislative.

²⁶ Sul punto si veda anche G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Torino, Utet, 1988, 294, il quale sottolinea come si debbano comunque ritenere illegittime quelle «disposizioni che vanno al di là della ragione giustificativa del decreto-legge».

legge dovrebbe dunque contribuire a razionalizzare l'attività legislativa del Parlamento e le circostanze che consentono l'adozione di decreti-legge mille-proroghe dovrebbero costituire non una prassi governativa, bensì essere «non ulteriormente ripetibili, in modo da ovviare – così come suggerito da Elia – agli inconvenienti denunciati con interventi tempestivi».

Per quanto concerne la prassi della reiterazione dei decreti-legge, Elia ne ha condannato sovente l'abuso, ma vi si è soffermato, in particolare, in un'occasione. Durante la X Legislatura al Senato, nella seduta del 10 marzo 1988, nel corso della discussione circa la conversione in legge del decreto-legge sulla sanatoria edilizia²⁷, egli ha sottolineato quanto statuito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 302 del 1988, depositata quello stesso giorno e inerente proprio tale decreto-legge.

In quella sentenza la Corte non solo ha indirizzato un monito al Governo in materia di reiterazione dei decreti-legge, ma soprattutto «ha posto le premesse per un mutamento della propria giurisprudenza sul punto, con ciò rompendo la convenzione (in)costituzionale che precedentemente rendeva possibile la reiterazione»²⁸.

La Consulta ha infatti sancito come, «in via di principio, la reiterazione dei decreti-legge suscita gravi dubbi relativamente agli equilibri istituzionali, tanto più gravi allorché gli effetti sorti in base al decreto reiterato sono praticamente irreversibili (come, ad esempio, quando incidono sulla libertà personale dei cittadini) o allorché gli stessi effetti sono fatti salvi, nonostante l'intervenuta decadenza, ad opera di decreti successivamente riprodotti», auspicando dunque «che si ponga rapidamente mano alla riforma più opportuna, perché non venga svuotato il significato dei precetti contenuti nell'art. 77 della Costituzione»²⁹.

Elia poneva dunque in evidenza nell'aula del Senato come la Corte costituzionale non solo avesse auspicato l'osservanza dell'art. 77, ma, per la prima volta nella sua giurisprudenza, avesse statuito che dalla reiterazione di norme contenute in decreti-legge potesse discendere la violazione di ulteriori disposizioni costituzionali. Nel caso di specie, l'illegittima reiterazione dei decreti-legge aveva infatti prodotto

²⁷ Cfr. L. ELIA, Intervento in Senato nella seduta del 10 marzo 1988 n. 90, in cui si discuteva circa la conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge n. 12 gennaio 1988, n. 2, recante modifiche alla legge 28 febbraio 1985, n. 47, concernente nuove norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere abusive.

²⁸ Cfr. M. DOGLIANI, *Abuso della decretazione d'urgenza, interpreti e garanti della Costituzione*, in *Questione giustizia*, 1/1988, 127.

²⁹ Considerato in diritto 6.2.

«una indubbia interferenza nelle competenze amministrative regionali, nel senso che ne ha impedito il dovuto dispiegamento, pur legittimo in astratto, a causa del venir meno sin dall'inizio degli effetti provvisori del decreto, dopo la mancata conversione. In altre parole, dalla reiterazione del decreto è derivata la produzione dello svuotamento sostanziale degli articoli 117 e 118 della Costituzione»³⁰.

Nell'accogliere il monito della Corte al Governo e al legislatore, Elia coglieva inoltre l'occasione per ricordare come a breve si sarebbe dovuto «affrontare compiutamente il problema della reiterazione dei decreti-legge in sede di esame delle proposte di riforma istituzionale» in discussione proprio in quel periodo alle Camere e, in particolare, «a partire dall'esame del disegno di legge relativo all'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri».

Come noto, con l'art. 15, II co., lett. c), della successiva legge n. 400 del 1988 si è in effetti cercato di risolvere il problema della reiterazione, anche se è solo con la sentenza n. 360 del 1996 della Corte costituzionale che si è affermata definitivamente l'illegittimità della riproduzione in un nuovo decreto-legge del contenuto normativo di un precedente decreto-legge non convertito.

Quanto all'abuso della decretazione d'urgenza, si può dunque affermare conclusivamente che Elia ne ha da sempre condannato la prassi, sostenendo che per risolvere la complessa problematica è necessaria una svolta radicale sia da parte del Parlamento che del Governo. In particolare, «il primo deve garantire rapide deliberazioni di conversione per i decreti veramente urgenti; il secondo» – invece – «deve resistere alla tendenza di burocrazia, *lobbies* e quant'altri mai preferiscono estendere a molte disposizioni la coperta dell'atto avente forza di legge»³¹.

Elia ha infatti identificato più volte le cause dell'abuso della decretazione d'urgenza in alcune caratteristiche che paiono essere sintomatiche della nostra forma di governo, così come istituita in Costituzione e così come si è andata affermando nella prassi repubblicana di questi decenni.

Egli ha posto in evidenza il fatto che la riforma del sistema elettorale delle Camere e le modifiche ai regolamenti parlamentari «fanno sì che il diritto alla decisione della maggioranza governativa sia ora tutelato con una serie di strumenti regolamentari che lo fanno alla fine prevalere su qualsiasi altro diritto dell'opposizione ed anche sulle

³⁰ *Ibidem.*

³¹ Cfr. L. ELIA, *Proposte per un possibile riordino istituzionale*, relazione presentata al seminario di Villa Miani sulle riforme istituzionali, Roma, 11-12 gennaio 1988, in *Il Politico*, 4/1987, 573.

residue possibilità di ostruzionismo parlamentare»³². Pare dunque suggerire una riforma, quantomeno, dei regolamenti delle due Camere, in modo da introdurre, in un sistema maggioritario, più ampi diritti per l'opposizione, affinché possa avere, anche nell'ambito della decretazione d'urgenza, più rilevanti spazi di intervento.

Sempre in relazione al sistema parlamentare, Elia non mancava poi di sottolineare come anche il c.d. «bicameralismo perfetto» che caratterizza le nostre due Camere abbia certamente contribuito all'abuso del decreto-legge³³. Nella questione, oggi quanto mai urgente, del riordino delle fonti, gli pareva dunque prioritario prendere in considerazione una riforma del bicameralismo³⁴. Egli si è infatti sempre dimostrato favorevole ad una riforma che introducesse un «bicameralismo razionalizzato», mantenendo per le due Camere un'area ridotta di interventi paritari e differenziando invece, nelle attribuzioni, nell'intensità dei poteri o nelle modalità di tempi e procedure, gli altri tipi di intervento.

In questo modo, infatti, si potrebbero ad esempio evitare «le ripetizioni, le occasioni per gli interventi lobbisti, i ritardi e la ulteriore esposizione agli emendamenti dei testi emanati in sede di decretazione d'urgenza».

Quanto al ruolo del Governo nella decretazione d'urgenza, Elia è stato particolarmente critico e ha rilevato come vengano sovente presentati decreti-legge anche quando non ricorra la clausola della necessità ed urgenza. Tale attitudine celerebbe, in realtà, la volontà di «sottrarre ai TAR e al Consiglio di Stato il sindacato su discipline che dovrebbero essere assunte in atti regolamentari»³⁵. In questo modo, tuttavia, il Governo non solo «sceglie una via di facilità»³⁶, ma «intralcia il lavoro parlamentare», «legifera impropriamente»³⁷ e «cementifica il paesaggio normativo del nostro Paese»³⁸.

Il fatto di adottare ordinariamente decreti-legge comporta inoltre

³² Cfr. L. ELIA, *L'evoluzione della forma di governo*, cit., 51.

³³ Cfr. L. ELIA, *Proposte per un possibile riordino istituzionale*, cit., 569; Id., Intervento in Senato durante la seduta del 27 luglio 1989 n. 278, nella quale si faceva seguito alla discussione circa le comunicazioni all'aula dell'allora IV Governo Andreotti, insediatosi il 22 luglio di quello stesso anno.

³⁴ Cfr. L. ELIA, *La Costituzione aggredita*, cit., *passim*.

³⁵ Cfr. L. ELIA, *Proposte per un possibile riordino istituzionale*, cit., 573.

³⁶ L. ELIA, Intervento in Senato durante la seduta del 27 luglio 1989 n. 278 (vd. nt. 33).

³⁷ L. ELIA, Intervento in Senato durante la seduta del 3 ottobre 1989 n. 290, in cui si discuteva circa la conversione del decreto-legge 25 settembre 1989 n. 327, recante norme sulla dirigenza delle sezioni delle indagini preliminari e delle preture circondariali.

³⁸ Cfr. L. ELIA, *Proposte per un possibile riordino istituzionale*, cit., 573.

che, essendo essi un atto con forza di legge, per modificarne in futuro i contenuti normativi occorrerebbe una legge o un altro atto con forza di legge, giungendosi, in questo modo, a «raddoppiare la legislazione». Altro inconveniente gravissimo è il fatto di assistere da parte del Governo ad una «fuga continua dal regolamento e dalla giurisdizione», fuga che, ove questa non fosse bloccata nella sede parlamentare con un diniego di conversione da parte delle Camere, solo la Corte costituzionale – sempre qualora un giudice sollevi la questione di fronte ad essa – potrebbe fermare.

Quella della decretazione d'urgenza – concludeva dunque del tutto convincentemente Elia – è una «sfida particolarmente grave», affidata alla capacità dell'intero Parlamento (maggioranza e opposizione) di opporvisi e di collaborare per far fronte a una situazione, ormai consolidata e troppo prolungata, di abusi.

4. *I poteri del Presidente della Repubblica in sede di adozione del decreto-legge*

Altra questione sulla quale Leopoldo Elia non ha mancato di riflettere riguarda il ruolo del Presidente della Repubblica nel momento della emanazione di un decreto-legge.

Si tratta di un problema quanto mai attuale e dibattuto, in quanto è proprio su questa fase del procedimento di formazione del decreto-legge che si è discusso più di recente, a seguito di una vicenda³⁹ che ha diviso profondamente la dottrina.

Da sempre, infatti, ci si interroga sul fatto se al Presidente della Repubblica spetti, nell'atto dell'emanazione del decreto-legge, una sorta di veto sospensivo che, al pari della facoltà di rinvio delle leggi alle Camere nell'atto della promulgazione delle stesse, gli consentirebbe di intervenire qualora riscontrasse vizi formali o sostanziali nel decreto-legge.

A tal proposito Carlo Esposito⁴⁰ ritiene che la delibera governativa non vincoli il Capo dello Stato alla emanazione immediata del

³⁹ Ci si riferisce, in particolare, al decreto-legge relativo alla vicenda di Eluana Englaro, sul quale, tra i molti, cfr. P. CARNEVALE, *Emanare, promulgare e rifiutare. In margine alla vicenda Englaro*, in www.astrid-online.it; M. LUCIANI, *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)*, in www.astrid-online.it; A. RUGGERI, *Il caso Englaro e il controllo contestato*, in www.astrid-online.it; G. SERGES, *Il rifiuto di emanazione del decreto legge*, in www.astrid-online.it; A. SPADARO, *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto-legge? Le «ragioni» di Napolitano*, in forum dei Quaderni costituzionali, 10 febbraio 2009.

⁴⁰ Cfr. C. ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, cit., 854 ss.

decreto-legge e non esclude che, «in analogia con le disposizioni sulla promulgazione delle leggi ed in base ai principi generali sulla collaborazione personale tra Capo dello Stato e ministri, sia fatta richiesta di riesame del provvedimento pure già deliberato dal Governo». Non solo; egli sostiene anche che «rispetto ai provvedimenti necessitati ed urgenti manca la statuizione di un obbligo assoluto di emanazione, dopo l'eventualmente richiesto riesame del provvedimento. Perciò sussiste solo l'obbligo generico del Presidente della Repubblica di cedere di fronte alla proposta governativa di emanazione, a meno che egli, nella opinione che il provvedimento governativo sostanzi un alto tradimento o un attentato alla Costituzione, non rifiuti la emanazione, informando con messaggio personale (diretto a salvaguardare la propria persona da responsabilità) le Camere».

Ancora, Livio Paladin⁴¹ ritiene che non si possa negare l'emanazione «se non – eventualmente – per gravissime cause d'illegittimità, tenuto anche conto che i provvedimenti da emanare devono ancora venire sottoposti a conversione in legge». L'Autore aderisce dunque alla tesi di coloro che ritengono che un diniego assoluto di emanazione sia giustificabile solo laddove vi sia un'ipotesi di nullità dell'atto, per mancanza di presupposti essenziali alla sua perfezione, o in quanto esso concreti un alto tradimento o un attentato alla Costituzione⁴².

Altra posizione assume invece Federico Sorrentino⁴³, il quale, «muovendo da una configurazione del Capo dello Stato come magistratura d'influenza, riconduce ad esso un ampio potere di persuasione, esplicantesi prevalentemente in una serie di attività, per lo più informali, dirette a far conoscere le proprie valutazioni al Governo circa la legittimità e l'opportunità (anche politica) di adottare o di non adottare un determinato provvedimento».

⁴¹ Cfr. L. PALADIN, *Art. 77*, cit., 70 ss.

⁴² A sostegno di questa tesi si vedano inoltre, tra i molti, A. PIZZORUSSO, *I controlli sul decreto-legge in rapporto al problema della forma di governo*, in *Politica del diritto*, 1981, 306 ss.; G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica e l'emanazione degli atti con forza di legge*, Torino, Giappichelli, 2000.

Ancora, vi è chi non solo estende il controllo con richiesta di riesame all'emanazione dei decreti-legge, ma ritiene anche che tale controllo possa essere esercitato per motivi che trascendono la mera legittimità per investire «almeno il merito costituzionale, in quanto diretti ad evitare che da un atto possano scaturire conseguenze in grado di turbare, anche indirettamente, il buon funzionamento della Costituzione». Cfr. S.M. CICCONE, *Decreti-legge e poteri del Presidente della Repubblica*, in *Diritto e Società*, 3/1980, 559 ss.; G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto-legge*, Padova, Cedam, 1989, 227 ss.

⁴³ Cfr. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in G. SANTANIELLO (dir.), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XXXV, Padova, Cedam, 2007, 158.

Alla base della posizione sostenuta da Leopoldo Elia vi è anzitutto la convinzione che si debba «lasciare alla politica lo spazio che è proprio della politica»⁴⁴ e che il Presidente della Repubblica non possa intervenire nel merito della discrezionalità del Governo. Egli rifiuta una «concezione mistica della figura del Capo dello Stato» e, più in generale, sostiene la necessità di «spersonalizzare» il potere presidenziale nella forma di governo parlamentare⁴⁵.

Ritiene poi che, rispetto alla classica tripartizione degli atti presidenziali – atti formalmente e sostanzialmente presidenziali; atti formalmente presidenziali e sostanzialmente governativi; atti duali o duumvirali, nei quali le determinazioni finali del Capo dello Stato e del Presidente del Consiglio o del ministro proponente debbono convergere consentendo l'emissione dell'atto –, l'emanazione dei decreti legge rientrerebbe nel secondo gruppo⁴⁶. Rispetto agli atti formalmente presidenziali e sostanzialmente governativi afferma che «l'ultima parola deve restare al Governo mentre al Presidente, oltre alle facoltà del re inglese di consigliare i membri del Governo, senza che tali consigli siano nemmeno resi pubblici, rimane una funzione di controllo non sul merito politico, ma sulla legittimità dell'atto, specie per prevenire casi di contrasto con la Costituzione»⁴⁷.

Secondo Elia esiste dunque in capo al Presidente della Repubblica un «obbligo giuridico di firmare l'atto formalmente presidenziale ma sostanzialmente governativo (...) dopo aver esaurito tutte le possibilità di leale collaborazione mediante prove di interlocuzione formale». Tale obbligo verrebbe meno solo qualora «l'atto fosse seriamente contestabile di incostituzionalità»⁴⁸.

Il carattere formale dell'intervento del Presidente della Repubblica non va pertanto inteso «in senso decorativo o automatico, perché anche l'emanazione dà al Presidente la possibilità di controllare o sindacare che l'atto del Governo corrisponda a determinate condizioni e requisiti»⁴⁹. Al tempo stesso, tuttavia, tale potere di controllo ha, secondo Elia, limiti precisi. La *ratio* del potere di emanazione del Presidente della Repubblica risiederebbe infatti nel verificare che gli atti governativi siano privi di «vizi così gravi che il Parlamento non dovrebbe nemmeno prenderne visione».

⁴⁴ Cfr. L. ELIA, *Dibattito sulla controfirma ministeriale*, in *Giur. Cost.*, 1/2007, 487, nota alla sentenza n. 200 del 2006 della Corte costituzionale in tema di grazia e giustizia.

⁴⁵ *Ibidem*; ID., *I confini di un Presidente*, in *Corriere della sera*, 30 gennaio 2002.

⁴⁶ Cfr. L. ELIA, *Dibattito sulla controfirma ministeriale*, cit., 489.

⁴⁷ Cfr. L. ELIA, *Dibattito sulla controfirma ministeriale*, cit., 488.

⁴⁸ Cfr. L. ELIA, *Dibattito sulla controfirma ministeriale*, cit., 487.

⁴⁹ Cfr. L. ELIA, *I confini di un Presidente*, cit.

Tali vizi dovrebbero inoltre «dar luogo non a un semplice giudizio di inadeguatezza, ma di palese e radicale incostituzionalità, altrimenti il Presidente sarebbe coinvolto in questioni di gestione politica che sono nella esclusiva responsabilità del governo»⁵⁰.

5. *I possibili rimedi alla decretazione d'urgenza*

Di fronte ad un abuso evidente della decretazione d'urgenza, la dottrina da un lato e le forze politiche all'altro, si sono a lungo interrogate sulle possibili soluzioni da adottare per fare in modo di limitare quantitativamente il numero di decreti-legge approvati in ogni legislatura e, al contempo, di elevare la qualità normativa degli stessi.

Proprio in merito ai possibili rimedi all'abuso della decretazione d'urgenza è dato riscontrare più approfondite riflessioni di Elia.

Egli ritiene, anzitutto, che vi siano due strade percorribili.

La prima, sarebbe più immediata⁵¹ in quanto – così come in effetti è poi avvenuto – più facilmente perseguibile e troverebbe più agevolmente il consenso di tutte le forze politiche. Essa richiederebbe, da un lato, una riforma dei regolamenti parlamentari e, dall'altro, l'introduzione, con legge ordinaria, di limiti e vincoli per la decretazione d'urgenza.

Quanto alla revisione dei regolamenti parlamentari, Elia auspica, così come si è già osservato, che si introduca anzitutto una disciplina paritaria nelle due Camere per quanto concerne la valutazione della presenza nel decreto-legge del requisito della necessità ed urgenza. In particolare, suggerisce di consentire ad entrambe le Camere di giudicare non rispondenti a tali requisiti anche singole norme del decreto-legge, espungendo dal testo del decreto da convertire quelle che non vi corrispondano. In questo modo «ci sarebbe un mezzo per colpire l'eterogeneità, affermando che uno o più articoli non solo non c'entrano niente, ma sono addirittura del tutto disarmonici con il contenuto del decreto-legge»⁵².

Inoltre, secondo Elia, sarebbe opportuno modificare i regolamenti parlamentari di modo che gli emendamenti proposti in Commissione, e da questa fatti propri in sede di esame del disegno di legge di con-

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Cfr. L. ELIA, Intervento nella I Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati nella seduta del 12 ottobre 1994 n. 7, durante l'audizione del Ministro per i rapporti con il Parlamento, dott. Giuliano Ferrara, sui temi della decretazione d'urgenza.

⁵² *Ibidem*.

versione del decreto-legge, debbano essere presentati all'Assemblea come tali. In tal modo essi non sarebbero incorporati nel testo di base e in Assemblea apparirebbero, da un lato, il testo del decreto-legge, così come approvato dal Consiglio dei ministri e, dall'altro, gli emendamenti proposti in sede parlamentare. Anche questa modifica potrebbe contribuire, secondo Elia, «a distinguere meglio ciò che è omogeneo da ciò che non lo è»⁵³.

Inoltre egli ritiene essenziale, soprattutto in un sistema tendenzialmente maggioritario, che si introducano nei regolamenti parlamentari più ampie garanzie per l'opposizione per consentire un controllo reciproco tra le diverse forze politiche, senza che queste medesime garanzie si traducano in un ostruzionismo fine a se stesso.

Quanto alla adozione di una legge ordinaria, essa dovrebbe ovviare, anzitutto, alle problematiche della reiterazione e dell'eterogeneità del contenuto dei decreti-legge e, più in generale, ispirare criteri restrittivi nei confronti dell'uso del decreto-legge.

Elia propone inoltre l'introduzione di un vincolo di motivazione delle ragioni per cui si è deciso di adottare un decreto-legge, con il quale «superare la motivazione stereotipa del preambolo dei decreti-legge»⁵⁴.

Come noto, alcune di queste proposte sono state effettivamente realizzate nel tempo, sia, in parte, con la modifica dei regolamenti parlamentari, sia, in modo particolare, con l'approvazione della legge n. 400 del 1988 di disciplina dell'attività del Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio. Con l'art. 15 della suddetta legge si sono infatti voluti introdurre vincoli maggiormente restrittivi per correggere gli abusi verificatisi sino ad allora nella decretazione governativa con forza di legge.

Tuttavia, così come l'intera dottrina e lo stesso Elia hanno affermato, questo tipo di rimedi e, in particolare, l'istituzione di vincoli al governo attraverso una legge ordinaria, non hanno potuto «incidere significativamente su una interpretazione lassista»⁵⁵ dell'art. 77 della Costituzione. L'art. 15 ha infatti rappresentato sostanzialmente «un fallimento»⁵⁶ rispetto al tentativo di arginare l'abuso dei decreti-legge, poiché «quando una materia che interessa la Costituzione viene disciplinata con legge ordinaria, può accadere che le norme legislative siano private poi di ogni reale efficacia»⁵⁷. Premesso infatti che

⁵³ *Ibidem.*

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ Cfr. L. ELIA, *Sui possibili rimedi all'abuso della decretazione d'urgenza*, cit., 189.

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ Cfr. L. ELIA, *La Costituzione: i principi e gli strappi*, intervista con L. Elia e M. Colimberti, in *AREL rivista*, 2/2008, 8.

il regime giuridico di una fonte è determinato da fonti aventi efficacia superiore, sin da subito è apparso chiaro alla dottrina come fosse problematica la possibilità che una legge ordinaria, quale appunto la legge n. 400 del 1988, dettasse norme relative ad atti (quali i decreti-legge) aventi essi stessi uguale forza di legge.

Si è pertanto assistito, sul piano concreto, all'inefficacia di queste soluzioni – tanto è vero che anche la Corte costituzionale, nonostante il divieto di reiterazione del decreto-legge di cui all'art. 15, è dovuta intervenire con una sentenza «chiave» nel 1996⁵⁸ – e al perseverare dell'abuso del decreto-legge da parte di tutti i Governi e in tutte le legislature successive.

Si è dunque presa sempre maggiore coscienza, così come suggerito anche da Leopoldo Elia, della necessità di adottare un altro tipo di rimedio per porre un freno alla decretazione d'urgenza. Un rimedio che, certamente, richiede un più ampio consenso da parte delle forze politiche per essere attuato, e la cui realizzazione non può essere dunque immediata, richiedendo altresì maggiori approfondimenti dottrinali sulla sua praticabilità.

Si tratta della modifica dello stesso art. 77 della Costituzione, sulla quale, come si è già anticipato in apertura di questo scritto, vi è stato un ampio dibattito alle Camere durante la XII legislatura, dibattito al quale ha preso parte lo stesso Elia. Egli ha inoltre presentato, nella successiva legislatura, un proprio disegno di legge costituzionale volto proprio a modificare l'articolo 77 Cost.⁵⁹.

Secondo il suo pensiero, infatti, solo attraverso una revisione costituzionale sarebbe possibile conferire alla decretazione d'urgenza una tutela più adeguata e, soprattutto, sarebbe consentito garantire i «confini» della Costituzione⁶⁰.

Elia lamenta peraltro la disomogeneità dei più recenti tentativi di revisione costituzionale, ritenendo che si debba piuttosto procedere «su singoli disegni distinti per materie omogenee»⁶¹. Al tempo stesso, rileva come «non si tratti di fare piccoli passi, ma quelli giusti». «La

⁵⁸ Tra i molti commentatori di questa sentenza cfr. F. SORRENTINO, *La reiterazione dei decreti-legge di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1996, 3157 ss.; S.M. CICONETTI, *La sent. n. 360 del 1996 della Corte costituzionale e la fine della reiterazione dei decreti-legge: tanto tuonò che piovette*, ivi, 3162 ss.; R. ROMBOLI, *La reiterazione dei d.l. decaduti: una dichiarazione di incostituzionalità con deroghe per tutti i decreti in corso (tranne uno)*, in *Foro it.*, 1996, I, 3269 ss.; A. SIMONCINI, *L'impatto della sentenza n. 360 del 1996 sul sistema delle fonti e sui rapporti Parlamento/Governo: una prima valutazione*, in *Quad. Cost.*, 1997, 526 ss.

⁵⁹ Vedasi note nn. 2 e 3.

⁶⁰ Cfr. L. ELIA, *La Costituzione: i principi e gli strappi*, cit., 8.

⁶¹ Cfr. L. ELIA, *Il premierato assoluto*, cit., 2.

sfiga è» infatti «ardua e richiede un'etica appropriata che faccia prevalere l'abnegazione riformatrice sul calcolo delle convenienze di ciascun partito o di ciascun *leader*», in quanto «il successo» di ciascuna riforma «deve risolversi in una convenienza dell'intero sistema democratico»⁶².

Della modifica dell'art. 77 Cost. si è invero discusso in più circostanze e numerosi sono stati i disegni di legge costituzionale presentati⁶³. Si ricordano qui, in particolare, le proposte di modifica dell'art. 77 Cost. all'interno della Commissione parlamentare per le riforme costituzionali De Mita-Iotti, insediatasi nel 1992, e della Commissione parlamentare per le riforme costituzionali D'Alema, del 1997.

Nella prima, la proposta di riforma dell'art. 77 vedeva confermata la possibilità per il Governo di emanare in casi di necessità ed urgenza provvedimenti provvisori con forza di legge, ma il campo di intervento di tali atti era ridotto ad una serie di fattispecie definite: sicurezza nazionale, calamità naturali, introduzione di norme finanziarie che debbano entrare immediatamente in vigore o il recepimento e l'attuazione di atti delle Comunità europee, quando dalla mancata tempestiva adozione dei medesimi possa derivare responsabilità dello Stato per inadempimento di obblighi comunitari. Veniva inoltre costituzionalizzata la disposizione dell'art. 15 della legge n. 400 del 1988, a norma della quale i decreti debbono contenere misure di immediata applicazione e di carattere specifico ed omogeneo. Era anche prevista la non reiterabilità dei decreti non convertiti in legge e il divieto per i provvedimenti di urgenza di ripristinare l'efficacia di disposizioni dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale.

Per quanto concerne invece la decisione parlamentare sulla conversione in legge dei decreti, veniva introdotto l'obbligo per le Camere di deliberare sui relativi disegni di legge entro sessanta giorni dalla pubblicazione dei decreti e la non emendabilità dei decreti medesimi, salvo per quanto attiene alla copertura degli oneri finanziari.

Nella proposta di riforma costituzionale approvata dalla Commissione bicamerale D'Alema, il testo revisionato dell'art. 77 sanciva invece quanto segue: «In casi straordinari di necessità ed urgenza il Governo può adottare sotto la sua responsabilità provvedimenti provvisori con forza di legge, recanti misure di carattere specifico, di contenuto omogeneo e di immediata applicazione, concernenti sicurezza

⁶² Cfr. L. ELIA, *Proposte per un possibile riordino istituzionale*, cit., 575.

⁶³ In dottrina si vedano, tra i molti, A. BALDASSARRE e C. SALVI, *La decretazione d'urgenza. Tendenze istituzionali e proposte di riforma*, in *Democrazia e Diritto*, 1981, 42 ss.; A. DI GIOVINE, *La decretazione d'urgenza in Italia tra paradossi, osimori e prospettive di riforma*, cit., 11 ss.

nazionale, pubbliche calamità, norme finanziarie, al di fuori delle materie riservate alle leggi che devono essere approvate dalle due Camere.

Tali provvedimenti non possono rinnovare disposizioni di decreti non convertiti in legge, riportare in vigore disposizioni dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale salvo che per vizi del procedimento, conferire deleghe legislative, attribuire poteri regolamentari in materie già disciplinate con legge.

Il giorno stesso della sua emanazione il decreto è presentato per la conversione in legge alla Camera dei deputati che, anche se sciolta, è appositamente convocata e si riunisce entro cinque giorni.

I decreti perdono efficacia fin dall'inizio se entro quarantacinque giorni dalla pubblicazione non sono convertiti in legge dalla Camera dei deputati, il cui regolamento assicura che entro tale termine si proceda alla votazione finale. I decreti non possono essere modificati se non per la copertura degli oneri finanziari.

La Camera dei deputati può regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti».

Si prevedeva inoltre espressamente la possibilità, per il Presidente della Repubblica, di chiedere il riesame al Governo del decreto-legge in sede di emanazione dello stesso.

Elia nei propri interventi si sforza di operare una sintesi delle due posizioni maggioritarie profilatesi agli inizi degli anni Novanta.

Da un lato, a livello parlamentare, le proposte di riforma costituzionale consisteva in un'ipotesi di delimitazione «casistica» delle materie suscettibili di formare oggetto di decretazione d'urgenza⁶⁴. Esse tendevano peraltro a riprodurre, con lievi varianti, la modifica dell'art. 77 Cost. accolta dalla Commissione bicamerale nella XI Legislatura.

Più in particolare, il Governo sarebbe potuto intervenire soltanto in casi di necessità ed urgenza concernenti la sicurezza nazionale, le calamità naturali, l'introduzione di norme finanziarie che fossero dovute entrare immediatamente in vigore o il recepimento e l'attuazione di atti normativi comunitari quando dalla mancata tempestiva adozione dei medesimi sarebbe potuta derivare responsabilità dello Stato per inadempimento di obblighi comunitari. A questa limitazione del potere governativo, integrata da un divieto di reiterazione del decreto-legge non convertito, avrebbe fatto riscontro l'inemendabilità del de-

⁶⁴ Interventi di F. BASSANINI, G. CALDERISI e V. BIELLI nelle sedute del 6 ottobre e 12 ottobre 1994 nn. 5 e 7, nella I Commissione Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni della Camera dei Deputati.

creto-legge in sede di conversione, salvo per quanto fosse attenuto alla copertura degli oneri finanziari.

Dall'altro lato, era emersa da parte della dottrina⁶⁵ una soluzione che non riguardava le materie proprie del decreto-legge, quanto piuttosto la *procedura* di conversione dello stesso.

Essa suggeriva una modifica del terzo comma dell'art. 77 Cost., nel senso di prevedere che i decreti-legge avrebbero perso efficacia fin dall'inizio se le Camere, entro venti giorni dalla loro pubblicazione, non ne avessero riconosciuto, a maggioranza assoluta dei loro componenti, l'ammissibilità in base a quanto previsto dai precedenti commi dello stesso articolo, e se essi non fossero convertiti in legge entro novanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere avrebbero comunque potuto continuare a regolare gli effetti sorti sulla base dei decreti-legge non convertiti. Veniva inoltre proposta l'introduzione in Costituzione del divieto, a pena di nullità, di reiterazione, anche parziale, di decreti-legge dei quali non fosse stata riconosciuta l'ammissibilità o fosse stata negata la conversione con il voto di una delle due Camere.

Elia non mancava tuttavia di porre in evidenza, per entrambe le soluzioni, i profili maggiormente critici.

Quanto alla prima, gli parevano indiscutibili le difficoltà di circoscrivere per materie i casi di necessità ed urgenza, proprio perché, in quanto eccezionali, non del tutto prevedibili *a priori*. Inoltre, si sarebbe potuto anche obiettare che le maggioranze governative potrebbero convertire decreti-legge emanati al di là dei settori circoscritti. Al riguardo, tuttavia, replicava Elia stesso che la Corte costituzionale, al presentarsi di questa eventualità, potrebbe essere chiamata a intervenire assai più agevolmente ed efficacemente di quanto avvenuto sino ad ora, magari introducendo relativamente a questo profilo opportune modifiche previste nella stessa legge di revisione dell'art. 77 Cost. Si tratta pur sempre di una proposta che, come noto⁶⁶, ha suscitato ampie critiche in dottrina.

⁶⁵ Si tratta della proposta di M. LUCIANI e F. SORRENTINO, così come riportata da L. ELIA in *Sui possibili rimedi all'abuso della decretazione d'urgenza*, cit., 189 ss.

⁶⁶ Cfr., per tutti, L. PALADIN, *Art. 77*, cit. 63 ss., il quale ricorda come già i costituenti avessero intuito come non sia possibile, per definizione, predeterminare gli ambiti o le ipotesi della decretazione governativa. «Di conseguenza l'Assemblea respinse o trascurò le proposte intese a definire previamente le situazioni in cui sarebbe stato lecito servirsi dei decreti-legge (in particolar modo, per assicurare la difesa del Paese o per fronteggiare esigenze di natura tributaria o finanziaria), ed implicitamente riconobbe, invece, che qualunque Governo avrebbe potuto provvedere in qualunque materia, purché fossero invocabili i presupposti giustificativi della necessità e dell'urgenza».

Quanto alla seconda, Elia muoveva in particolare la critica di aver trascurato la relativa facilità, per una maggioranza parlamentare costituita sulla base di un sistema elettorale sostanzialmente maggioritario, di raggiungere il *quorum* della maggioranza dei componenti delle due Camere. «La diga» opposta sarebbe dunque, secondo il costituzionalista, «di dubbia tenuta».

Per superare queste obiezioni Elia proponeva una differente modifica dell'art. 77 Cost. Egli suggeriva infatti sia una riduzione delle materie in relazione alle quali sarebbe stata consentita la decretazione d'urgenza, sia un aggravamento della procedura di conversione in legge del decreto-legge.

Quanto alle materie, esse corrispondono *in toto* a quelle già individuate dalla Commissione bicamerale presieduta dall'on. Iotti durante l'XI Legislatura.

Inoltre, anche Elia suggeriva la costituzionalizzazione dei limiti alla decretazione d'urgenza già previsti dall'art. 15 della legge n. 400 del 1988 e, dunque, il divieto per il Governo di rinnovare disposizioni di decreti non convertiti in legge e di ripristinare l'efficacia di disposizioni dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale, nonché l'obbligo per i decreti-legge di contenere misure di immediata applicazione e di carattere specifico ed omogeneo.

Quanto alla conversione del decreto-legge, Elia proponeva invece l'inserimento di un obbligo per le Camere di pronunciarsi entro sessanta giorni dalla pubblicazione e il divieto di apportarvi emendamenti, salva la copertura degli oneri finanziari. Il decreto-legge, inoltre, avrebbe perso efficacia fin dall'inizio se le Camere, entro venti giorni, non ne avesse riconosciuto, a maggioranza dei due terzi dei loro componenti, l'ammissibilità in base a quanto previsto dallo stesso art. 77 Cost. e se non fossero stati convertiti in legge entro i sessanta giorni dalla pubblicazione. Le Camere avrebbero mantenuto la facoltà di regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti.

Attraverso queste modifiche dell'art. 77 Cost. Leopoldo Elia intendeva dunque garantire, da un lato, una sorta di «evidenza» della necessità ed urgenza e, dall'altro, isolare il provvedimento di conversione in legge del decreto-legge dal giudizio di ammissibilità o di sussistenza dei requisiti di necessità ed urgenza.

La proposta è stata oggetto di critiche da parte di una dottrina⁶⁷, la quale vi ha ravvisato un eccessivo «appesantimento procedurale»

⁶⁷ Cfr. A. DI GIOVINE, *La decretazione d'urgenza in Italia tra paradossi, ossimori e prospettive di riforma*, cit., 21.

che rischiava di risultare «contraddittorio rispetto alla stessa ragion d'essere del decreto-legge».

Tuttavia Elia stesso ha tenuto a precisare che la sua proposta di revisione dell'art. 77, pur potendo «apparire una specie di *overdose* garantista»⁶⁸, consentirebbe di rendere effettivamente «blindato il meccanismo dei decreti-legge», che verrebbero così restituiti alla straordinaria eccezionalità e urgenza che, secondo la prospettiva del costituente – doveva essere la loro «caratteristica insuperabile».

6. Conclusioni

Non è sfuggito a Leopoldo Elia, particolarmente attento allo studio delle forme di governo, come la questione della decretazione d'urgenza sia direttamente connessa con l'evoluzione della forma di governo e, quindi, con il problema più generale della riforma delle istituzioni.

Se dal punto di vista di giurista e, in particolare, di costituzionalista, egli ha cercato di individuare strumenti tecnico-giuridici volti a costituire un freno alla decretazione d'urgenza, non manca nelle sue riflessioni, grazie alla sua esperienza di parlamentare, la consapevolezza che è fondamentale il compito che spetta alle forze politiche, siano esse maggioranza od opposizione. Spetta ad esse, infatti, tentare di eliminare le cause di natura politica e funzionale cui si imputa prevalentemente l'abuso dei decreti-legge, quali, ad esempio, la lentezza dei lavori parlamentari, un eccessivo ostruzionismo in aula, l'apposizione della questione di fiducia persino sui disegni di legge di conversione dei decreti-legge, etc.

Tutto il suo pensiero è dunque percorso da una preoccupazione e da un'idea portante, volta a ritenere che il ricorso al decreto legge debba essere ricondotto ad una originaria situazione di eccezionalità, anziché ad una normalità emergenziale che appare oramai ordinaria.

Proprio per questo motivo, di fronte all'evidente e continuo abuso della decretazione d'urgenza ad opera dei differenti Governi che Leopoldo Elia ha visto susseguirsi, nell'ultimo periodo egli sembra aver perso fiducia nella correttezza del loro operato e, soprattutto, nella possibilità di un utilizzo legittimo da parte loro di uno strumento giuridico pensato per affrontare situazioni realmente eccezionali.

Durante il suo mandato alla Corte costituzionale si è tuttavia sempre mostrato favorevole alla teoria per cui la mancanza dei requisiti

⁶⁸ Cfr. L. ELIA, *Sui possibili rimedi all'abuso della decretazione d'urgenza*, cit., 190.

della necessità e dell'urgenza è elemento sindacabile esclusivamente dalle Camere, poiché trattasi di controllo esclusivamente politico. L'assenza di tali requisiti non sarebbe pertanto più giudicabile nel momento in cui il decreto-legge venga convertito in legge dalle Camere stesse⁶⁹.

Peraltro egli non ha mancato di accogliere con favore⁷⁰ il *revirement* che la Corte costituzionale ha operato con la sentenza n. 171 del 2007⁷¹. Come infatti ricordato da Elia stesso, la Consulta non solo ha meritoriamente impedito negli anni Novanta che continuasse la reiterazione dei decreti legge, ma nel 2007 è anche giunta ad escludere la sussistenza dei requisiti di necessità ed urgenza di un decreto-legge, malgrado l'avvenuta conversione in legge del decreto-legge da parte delle Camere.

Leopoldo Elia è infatti giunto alla conclusione che l'unica soluzione possibile per garantire il rispetto dei requisiti richiesti per la decretazione d'urgenza e, in particolare, per evitare che con essa si assista ad una 'sospensione legislativa' ordinaria, sia la revisione dello stesso articolo 77 della Costituzione e l'introduzione costituzionale

⁶⁹ Si vedano, ad esempio, nel periodo in cui Leopoldo Elia era membro della Corte costituzionale, le sentenze della Corte costituzionale n. 55 del 1977 e n. 34 del 1985, in cui si statuisce che qualora il decreto-legge venga convertito in legge dalle Camere, non potrà essere dichiarato illegittimo per assenza dei requisiti di necessità ed urgenza.

⁷⁰ Cfr. L. ELIA, *Discorso in occasione del sessantesimo anniversario della Costituzione della Repubblica italiana*, Roma, Palazzo della Consulta, 29 febbraio 2008, in www.cortecostituzionale.it, 10.

⁷¹ Si vedano, in proposito P. CARNEVALE, *Il vizio di «evidente mancanza» dei presupposti al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto-legge. Il caso della sentenza n. 171 del 2007*, in *Giur. It.*, 12/2007, 2677 ss.; A. CELOTTO, *C'è sempre una prima volta... (La Corte costituzionale annulla un decreto-legge per mancanza dei presupposti)*, in *Giustizia Amministrativa*, 3/2007, 513 ss.; R. ROMBOLI, *Una sentenza «storica»: la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto-legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità ed urgenza*, in *Foro it.*, 7-8/2007, 1986 ss.; A. RUGGERI, *Ancora una stretta (seppur non decisiva) ai decreti-legge, suscettibile di ulteriori, ad oggi per vero imprevedibili, implicazioni a più largo raggio*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, 4 giugno 2007.

Si veda, inoltre, anche la successiva sentenza della Corte costituzionale n. 128 del 2008, con note di P. CARNEVALE, *Considerazioni sulle più recenti decisioni della Corte costituzionale in tema di sindacato dei presupposti del decreto-legge. Per un tentativo di lettura combinata*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*; A. CELOTTO, *La «seconda rondine»: ormai c'è un giudice per i presupposti del decreto-legge*, in *Giustizia Amministrativa*, 2/2008, 167 ss.; R. ROMBOLI, *Ancora una dichiarazione di incostituzionalità di un decreto legge (e della legge di conversione) per evidente mancanza dei presupposti: qualche interrogativo sul significato e gli effetti di alcune affermazioni della corte*, in *Foro it.*, 11/2008, 3043; A. RUGGERI, *«Evidente mancanza» dei presupposti fattuali e disomogeneità dei decreti-legge*, *ivi*, 3048.

di più stringenti vincoli non solo contenutistici, ma anche procedurali.

Peraltro, egli riconosce anche come elemento positivo il fatto che alla «discontinuità delle vicende legislative e di governo abbia fatto riscontro il costante, continuo funzionamento degli organi di garanzia». Su piani diversi, infatti, in materia di decretazione d'urgenza, proprio in questi ultimi anni il Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale hanno «risposto pienamente alle aspettative che i costituenti più illuminati avevano riposto in queste strutture»⁷².

Più in particolare, per quanto concerne la Corte costituzionale, «è doveroso prendere atto», secondo Elia, del contributo evolutivo che la sua giurisprudenza ha dato alla vita costituzionale», in quanto essa ha «valorizzato nel legislatore l'inclinazione a orientarsi in senso conforme alla Costituzione»⁷³.

Elia appare quindi quanto mai realista delle evidenti difficoltà della politica di imporre non solo una limitazione nell'utilizzo della decretazione d'urgenza, ma anche il rispetto di quanto sancito relativamente a questo istituto dalla Costituzione e dalla normativa vigente. In attesa di una riforma costituzionale – senza dubbio necessaria – dell'art. 77 Cost., che peraltro non dovrebbe essere frutto della sola maggioranza governativa, ma dell'accordo e del consenso di tutte le forze politiche, Leopoldo Elia appare comunque fiducioso per la posizione assunta dalla Corte costituzionale, quale garante dell'ordinamento e dei principi sanciti in Costituzione, primo tra tutti quello della separazione dei poteri⁷⁴ e quello, «di cui si sta perdendo memoria», espresso nel secondo comma dell'art. 1 Cost., che «riguarda tutti i limiti e i confini stabiliti nel nostro ordinamento»⁷⁵: «La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione».

⁷² Cfr. L. ELIA, *Discorso in occasione del sessantesimo anniversario della Costituzione della Repubblica italiana*, cit., 9.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Cfr. L. ELIA, Audizione del 21 maggio 2004 nell'ambito dell'indagine conoscitiva disposta dalla Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati sulle tematiche riguardanti la modifica della Parte II della Costituzione, ora in *La Costituzione aggredita*, cit., 107.

⁷⁵ Cfr. L. ELIA, *La Costituzione: i principi e gli strappi*, cit., 13.

La separazione dei poteri nella forma di governo presidenziale: le riflessioni di Leopoldo Elia sul Presidente degli Stati Uniti nel procedimento legislativo

di Mia Caielli

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La separazione dei poteri nell'ordinamento costituzionale statunitense. – 3. La compartecipazione di Presidente e Congresso all'esercizio della funzione legislativa. – 4. La natura legislativa del potere presidenziale di veto. – 5. L'evoluzione dell'istituto del *veto power* e l'attualità della ricostruzione di Elia dei rapporti tra esecutivo e legislativo.

1. *Introduzione*

Il fascino della forma di governo presidenziale statunitense subito dagli studiosi europei impegnati nella riflessione sugli assetti istituzionali importabili per risolvere le disfunzioni tipiche di certi parlamentarismi ha fatto nascere in Elia il desiderio di approfondire il funzionamento di tale meccanismo di ripartizione dei poteri tra gli organi. Traspare nei suoi scritti in materia come uno dei fini della ricerca fosse quello di avvertire tanto il mondo accademico quanto quello politico della pericolosità di comparazioni affrettate cui parevano riconducibili alcuni fraintendimenti sull'effettivo ruolo degli organi costituzionali statunitensi chiamati alla determinazione dell'indirizzo politico. Lo studio di Elia su tale forma di governo inizia, infatti, proprio negli anni del dibattito francese sulle riforme costituzionali, che si era acceso con la crisi della IV Repubblica e che l'entrata in vigore della Costituzione del 1958 non era riuscita subito a spegnere, in cui particolare attenzione era stata rivolta al presidenzialismo statunitense. L'indagine sulle funzioni degli organi legislativo ed esecutivo porta con sé quella sul valore della separazione dei poteri nell'ordinamento costituzionale nordamericano e viene compiuta nella principale opera sul tema, risalente al 1961, tramite l'analisi del procedimento legislativo perché, come spiega l'Autore stesso, questo «è la forma di governo in azione»¹ e perché quello statunitense me-

¹ L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo negli Stati Uniti d'America*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 219.

rita particolarmente di essere approfondito per l'indipendenza e l'ampiezza di poteri riconosciuti ai diversi soggetti che vi sono coinvolti. A distanza di alcuni decenni Elia tornerà a riflettere sulla forma di governo statunitense e lo farà nuovamente spinto dall'esigenza di chiarire alcuni aspetti peculiari di tale modello, invocato, stavolta in Italia, soprattutto per le suggestioni della personalizzazione del potere presidenziale² e per la snellezza dell'*iter* legislativo³.

Lo scritto sul procedimento legislativo statunitense, su cui prevalentemente ci si concentrerà in questa sede, rappresenta una delle prime comparazioni giuspubblicistiche condotte con la consapevolezza della inscindibilità dei profili giuridico e politico: evidente è, infatti, il rifiuto di Elia per la separazione tra diritto e politica e la sua sensibilità al contesto partitico in cui si trovano a operare le istituzioni che, come è stato recentemente ricordato, già avevano caratterizzato alcuni suoi saggi del 1949 pubblicati su *Cronache sociali*, in un'epoca in cui nella dottrina costituzionalistica italiana perdurava un atteggiamento diffidente nei confronti di quanto esulasse dal dato normativo⁴. Nel celebre saggio sulle forme di governo Elia spiegherà, infatti, come queste, in seguito al processo di democratizzazione realizzatosi con l'estensione del suffragio, «non possono più essere né classificate né studiate, anche dal punto di vista giuridico, prescindendo dal sistema dei partiti; in effetti questo è esplicitamente o implicitamente presupposto dalle norme costituzionali vigenti»⁵. L'attenzione rivolta al dato extra-giuridico e, quindi, il rilievo attribuito al contesto politico, oltre che culturale e sociale, in cui le disposizioni costituzionali si trovano a spiegare la propria efficacia, riprende per alcuni versi sia l'approccio metodologico di Esposito, quanto il «realismo critico» di Mortati⁶. Vi si possono però anche scorgere intui-

² L. ELIA, *La presidenzializzazione della politica*, in *Teoria politica*, XXII, n. 1, 2006, pp. 5-11 (Il saggio riproduce la *Lectio magistralis* pronunciata il 29 novembre 2005 in occasione del conferimento della laurea *honoris causa* in Scienze Politiche dalla Università degli Studi di Torino).

³ L. ELIA, *Intervento*, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Il ruolo delle assemblee rappresentative nell'esperienza recente degli Stati Uniti e dell'Italia*, Atti del seminario, Palazzo Montecitorio, 21 marzo 2003, Roma, 2004, pp. 37 ss.

⁴ Cfr. A. PACE, *Leopoldo Elia: il metodo dello studioso, la fermezza dell'uomo pubblico*, Relazione letta il 3 febbraio 2010, in occasione della presentazione della raccolta di saggi nel volume: L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2009, che ricorda come la nascita, nel 1970, della rivista *Politica del diritto* rappresentasse, almeno in parte, una reazione alla separazione tra diritto e politica che la scienza giuridica continuava a mantenere netta.

⁵ L. ELIA, voce *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia dei diritto*, vol. XIX, 1970, p. 638.

⁶ Elia tornerà spesso sul ruolo dei partiti politici nella determinazione della forma

zioni sul metodo proprio del diritto pubblico comparato che alcuni anni dopo si ritroveranno nella nozione di «formula politica istituzionalizzata», particolarmente utile proprio per la comprensione della struttura costituzionale statunitense, che Lombardi elaborerà muovendo, in parte, sia dall'istituzionalismo di Romano che dall'elaborazione teorica sull'organizzazione del potere di Mosca⁷.

2. *La separazione dei poteri nell'ordinamento costituzionale statunitense*

Neustadt fu il primo studioso a chiarire con una formula efficace che la Convenzione di Filadelfia, preoccupata di garantire a «coloro che sono responsabili di ciascun settore i mezzi ed il personale interesse necessari a resistere ai soprusi ed agli abusi degli altri settori»⁸, non aveva creato una rigida separazione dei poteri, bensì aveva approvato una Costituzione fondata su un sistema di «*separate institutions sharing powers*»⁹. Elia non è mosso dall'intenzione di smentire questa definizione ma giunge ad arricchirla, descrivendo il sistema nordamericano come un sistema fondato su una «confusione di funzioni connesse alla realizzazione dell'indirizzo politico»¹⁰, per la quale il Presidente è parte del procedimento legislativo e il Congresso contribuisce in maniera rilevante all'*administrative process*: tale confusione, però, non si sarebbe realizzata nonostante la separazione dei poteri, ma proprio grazie a questa. Elia si impegna a spiegare ciò che non di rado è stato visto come un paradosso: la «rigida» separazione dei poteri nella forma di governo presidenziale avrebbe contribuito a creare una condivisione dei poteri più accentuata di quella realizzata nelle forme di governo parlamentari o semipresidenziali in cui, al dualismo re-parlamento caratterizzante la monarchia costituzionale

di governo anche con espliciti riferimenti al pensiero mortatiano: cfr., ad esempio, L. ELIA, *Appunti su Mortati e le forme di governo*, in M. GALIZIA e P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 245-257. Sull'attenzione di Elia per le situazioni che condizionano la dinamica delle istituzioni con particolare riguardo al funzionamento dei partiti oltre che per la storia si veda M. DOGLIANI, *Leopoldo Elia: dalla verità dei fatti alla verità nella scienza del diritto*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2008, pp. 899-910.

⁷ G. LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 69-89.

⁸ A. HAMILTON, J. MADISON e J. JAY, *Il Federalista*, trad. it., Bologna, il Mulino, 1997, Saggio n. 51, p. 458.

⁹ R.E. NEUSTADT, *Presidential Power. The Politics of Leadership*, New York, J. Wiley & Sons, 1960, p. 33.

¹⁰ L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo*, cit., p. 30.

da cui hanno avuto origine, è subentrato il legame strutturale tra gli organi esecutivo e legislativo. Sulla separazione dei poteri statunitense, intesa come separazione delle istituzioni, il meccanismo dei *checks and balances* non avrebbe dunque inciso, andando a instaurare un controllo reciproco delle istituzioni soltanto sugli atti e non sui titolari degli organi¹¹. In altre parole, il sistema dei pesi e contrappesi è stato costruito dai Padri Fondatori in modo tale da contemperare la netta ripartizione dei poteri, ma da garantire l'irrevocabilità dei componenti di ciascun organo costituzionale che non può influire sulla durata in carica degli altri¹². Ciò riuscirebbe a spiegare perché in nessun'altra democrazia il Parlamento partecipa in maniera così penetrante alla determinazione dell'indirizzo politico come negli Stati Uniti d'America, tanto da far ritenere a Elia attuali, nonostante l'innegabile espansione del ruolo legislativo del Presidente, le riflessioni del 1884 di Wilson sul *Congressional Government*¹³. L'assenza di rapporto strutturale tra esecutivo e legislativo voluta dai Costituenti avrebbe pertanto evitato ciò che si è invece verificato, ad esempio, nel sistema britannico come conseguenza dell'instaurarsi del rapporto fiduciario tra governo e parlamento: la creazione del «canale attraverso cui far operare il meccanismo di spostamento del potere di indirizzo politico, spostamento che in una democrazia moderna funzionalmente organizzata si verifica sempre a vantaggio del *Chief-executive*»¹⁴.

Per queste ragioni Elia non condivide le analogie tra il ruolo del Presidente degli Stati Uniti e quello del Primo Ministro britannico rinvenute, nella dottrina francese, da Vedel e Duverger, i quali non avrebbero colto appieno il vero ruolo dell'esecutivo nordamericano, soprattutto con riferimento ai rapporti che esso instaura con il Congresso, e, in quella italiana, non soltanto da Rizzo, ma anche da Mortati, il quale, spiega Elia, sembrerebbe aver voluto «ridurre il ruolo del Congresso a funzioni di controllo e critica rispetto a un Presidente che “assomma i massimi poteri di direzione politica”»¹⁵. Tali letture risentono evidentemente dell'estensione dei poteri presidenziali verificatasi durante il periodo del *New Deal*, che avrebbe indirizzato alcuni studiosi verso una assimilazione del sminuito ruolo del Congresso americano alla debolezza della Camera dei Comuni. La

¹¹ *Ivi*, p. 31.

¹² Pare opportuno ricordare che all'epoca in cui Elia scrive la procedura di *impeachment* era stata avviata una sola volta (nel 1868, nei confronti del Presidente Andrew Johnson), ragione che l'aveva indotto a limitarsi a un cenno a tale istituto per rilevarne la sostanziale inapplicabilità.

¹³ L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo*, cit., p. 30.

¹⁴ L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo*, cit., p. 33.

¹⁵ *Ivi*, p. 12.

dilatazione delle competenze presidenziali iniziata nel 1932 con la conquista della Casa Bianca da parte di Roosevelt, ricorderà in seguito Elia, «aveva indotto qualche autore a scoprire nel Presidente un *leader* di partito, in grado di trascinare, proprio in forza di questo titolo, la maggioranza del Congresso all'approvazione dei suoi progetti»¹⁶. Invece, riprendendo Corwin, Elia evidenzia il carattere puramente eventuale della *leadership* del Presidente degli Stati Uniti che appare, in quanto dipendente dalla personalità dello stesso più che dalla sua carica, «*discontinuous, not to say spasmodic*»¹⁷. Non si nega che il Presidente degli Stati Uniti possa riuscire, talvolta, ad accrescere il suo ruolo fino a somigliare al capo dell'esecutivo britannico, e si ammette che anche «il Parlamento più potente del mondo»¹⁸ non possa ritenersi immune dalla crisi che hanno subito gli organi legislativi delle altre democrazie, *in primis* quella inglese. Ma il potere del Presidente statunitense rimane essenzialmente quel «*power to persuade*», individuato da Truman e cui Neustadt ha dedicato tanta attenzione, essenzialmente in quanto l'evento elettorale non è di per sé idoneo a garantirgli quella posizione di «*uncompromising leader*»¹⁹ che, invece, le elezioni nel Regno Unito tendono ad assicurare al Primo Ministro. Ancora, la scelta del capo dell'esecutivo spettante in entrambi gli ordinamenti, in modo più o meno diretto, al popolo e il bipartitismo presente tanto negli Stati Uniti quanto, all'epoca in cui scrive Elia, nel Regno Unito, avevano contribuito a generare in parte della dottrina della prima metà del Novecento un grosso equivoco che l'Autore si impegna a sciogliere. Elia precisa quanto sostenuto da alcuni studiosi, tra i quali La Pergola, secondo cui la Costituzione non avrebbe del tutto precluso una evoluzione della forma di governo nel senso della instaurazione di una responsabilità politica dell'esecutivo, individuando nell'«avvento di un bipartitismo nazionalmente responsabile» l'unica possibilità di creazione di un legame strutturale tra governo e parlamento senza ricorrere a una revisione costituzionale formale²⁰. Il carattere prevalentemente locale dei partiti politici non era però venuto meno al momento in cui Elia si impegna a confutare quelle analogie frutto di comparazioni che avevano appiattito realtà costituzionali diverse²¹ e, oggi, rende le elezioni par-

¹⁶ L. ELIA, voce *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia dei diritto*, vol. XIX, 1970, p. 662.

¹⁷ L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo*, cit., p. 50, nota 89.

¹⁸ *Ivi*, p. 50.

¹⁹ L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo*, cit., p. 49.

²⁰ L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo*, cit., p. 33.

²¹ Spiega Elia come «il federalismo, battuto sul piano delle competenze statali (notevolmente ridotte dall'estensione di quelle del potere centrale), si è preso una ri-

lamentari ancora relativamente indipendenti dagli interventi presidenziali²²: il caso dell'elezione da parte del popolo del Presidente Eisenhower e la contestuale scelta di una maggioranza congressuale democratica portate ad esempio da Elia rappresentano, infatti, tutt'altro che un'eccezione. Pare quindi possibile sostenere l'attualità dell'affermazione secondo cui «il dato di partenza della separazione (come assenza di rapporto strutturale) è rimasto sostanzialmente intatto: la volontà del costituente di non regolare la relazione tra le due istituzioni ha in realtà assicurato un massimo di costanza pur nella variabilità dei cicli di attrazione e di avversione che registra la storia americana»²³. Non soltanto alle norme costituzionali che prevedono l'indipendenza delle istituzioni e che delineano una forma di governo separato, ma anche alla peculiare organizzazione partitica statunitense, spiega quindi Elia, va imputato il dualismo della titolarità del potere di indirizzo politico. La capacità del Congresso di resistere alla *leadership* presidenziale è, infatti, riconducibile alla scarsa forza unificante dei partiti che «impedisce all'ufficio presidenziale [...] di disporre di una forza responsabile sul piano parlamentare»²⁴ e da cui deriva anche il rilievo che assumono gli organi presenti all'interno delle due Camere, in particolare le Commissioni, il *Floor Leader*, lo *Speaker*, il *Committee on rules*. Innanzitutto, i partiti condizionano soltanto nella fase costitutiva la composizione delle Commissioni parlamentari che poi «godono di una indipendenza pressoché assoluta»²⁵, riuscendo a svolgere quella attività direttiva che nelle altre assemblee parlamentari viene generalmente esercitata dagli organi dell'esecutivo. Sul potere politico di cui dispongono le Commissioni parlamentari statunitensi Elia si era già soffermato quando, nei suoi studi sul diritto parlamentare italiano, aveva prestato attenzione alle esperienze straniere più significative, tra cui quella statunitense, evidenziando, tra l'altro, l'assenza durante i lavori delle Commissioni dei membri dell'amministrazione, i quali possono soltanto servirsi di altri parlamentari per far valere il proprio punto di vista nella discussione dei te-

vincita storica sul piano dell'organizzazione partitica» (L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo cit.*, p. 18, nota 25).

²² Cfr. però M. COMBA, *Gli Stati Uniti d'America*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE e G.F. FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 127 ss., il quale evidenzia la tendenza alla nazionalizzazione dei partiti politici americani soprattutto in conseguenza dell'istituzionalizzazione delle elezioni primarie e della disciplina federale unitaria sul finanziamento delle campagne elettorali (pp. 145-146).

²³ L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo*, cit., p. 33.

²⁴ *Ivi*, p. 17.

²⁵ L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo*, cit., p. 69.

sti di legge²⁶. In secondo luogo, il Presidente, nella sua attività di conquista del Congresso, si rivolge a una pluralità di organi che godono di una significativa indipendenza e non «a un organismo unitario il quale presto o tardi cadrebbe non soltanto sotto la *leadership* presidenziale intesa come iniziativa, ma piuttosto sotto una guida di tipo britannico»²⁷. Ancora, una dimostrazione del ruolo di primo piano che l'organo parlamentare riesce a svolgere è data, per Elia, dalla circostanza per cui, anche come conseguenza del debole vincolo di partito, i *congressmen* risultano essere i destinatari privilegiati delle attenzioni delle *lobbies* che altrove, invece, preferiscono esercitare la loro attività sui membri del governo oppure sui partiti: la direzione cui rivolgono lo sguardo i gruppi di pressione, del resto, non può che essere quella in cui si trova il potere²⁸.

3. *La compartecipazione di Presidente e Congresso all'esercizio della funzione legislativa*

La Costituzione statunitense assegna interamente al Congresso il potere legislativo stabilendo, all'art. I, sez. I, che «di tutti i poteri legislativi qui concessi sarà investito un Congresso degli Stati Uniti che consisterà di un Senato e di una Camera dei Rappresentanti», al quale non è conferita esplicitamente la possibilità di delegare l'esercizio della funzione legislativa ad altri organi²⁹. Inoltre, nel silenzio della Costituzione, le norme regolamentari delle due Camere hanno escluso che l'iniziativa legislativa possa essere esercitata da organi diversi dai sin-

²⁶ Cfr. soprattutto L. ELIA, voce *Commissioni parlamentari*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. III, Milano, 1960, pp. 895-910, spec. pp. 908-910, su cui si rinvia alle riflessioni di F. LONGO, *Commissioni ed organizzazione dei lavori parlamentari negli scritti di Leopoldo Elia*, in *Questo volume*, che opportunamente evidenzia il carattere «disincantato» dei riferimenti di Elia a ordinamenti stranieri (p. 15). Con riferimento alla attività delle commissioni parlamentari, vengono, infatti, messi in luce tanto i limiti in termini di snellezza del procedimento legislativo conseguenti alla pratica dei *public hearings*, che iniziano a essere visti non più soltanto come possibili strumenti di rafforzamento del ruolo dei singoli parlamentari, sia la diminuzione della loro efficacia in seguito al fenomeno dell'eccessivo proliferare delle sottocommissioni (L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo cit.*, pp. 83-84).

²⁷ L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo*, cit., p. 56.

²⁸ *Ivi*, p. 52.

²⁹ Elia non si sofferma nell'opera in esame sulla delega legislativa con ogni probabilità perché nel 1961 la *non delegation doctrine* era ancora prevalente e solo successivamente la Corte Suprema cessò di dichiarare incostituzionali le leggi di delegazione che il Congresso aveva iniziato ad adottare con frequenza a partire dal periodo rooseveltiano.

goli Senatori e Rappresentanti. A differenza di quanto avviene nelle democrazie parlamentari o semipresidenziali, non è quindi contemplata negli Stati Uniti, né a livello costituzionale, né a livello legislativo, la facoltà del Presidente di presentare progetti di legge né, tantomeno, è stabilita alcuna riserva di iniziativa legislativa a favore dell'esecutivo, ad eccezione di quella prevista nel *Budget and Accounting Act 1921* per il disegno di legge di bilancio federale. Ciononostante, il Presidente è riuscito a conquistarsi gli appellativi di «grande iniziatore» e di «*chief legislator*». Elia concentra la sua indagine sui poteri presidenziali connessi con l'esercizio della funzione legislativa stabiliti in Costituzione: quello di «*recommendation*»; quello di «*advocacy*» e, infine, il più noto potere di veto. L'art. II, sez. 3, consente al Presidente degli Stati Uniti di «raccomandare alle considerazioni del Congresso quelle misure che ritiene necessarie e opportune»: questo potere di impulso, pur non essendosi trasformato, secondo Elia, in un potere formale di iniziativa legislativa³⁰, si distingue notevolmente dalla possibilità che hanno tutti i cittadini di inoltrare, in via privata, ai singoli *congressmen* le proprie proposte³¹, configurandosi senz'altro come un potere di iniziativa legislativa materiale grazie ai mezzi efficaci di cui dispone il Presidente per indurre il Congresso a prendere in considerazione le sue proposte normative. Innanzitutto, il Presidente, i Dipartimenti e le agenzie esecutive sono in grado di presentare alle Camere proposte le quali, grazie agli uffici legislativi di cui dispongono che, per competenze e organizzazione molto somigliano a quelli congressuali, vengono già predisposte come disegni di legge che necessitano soltanto della *sponsorship* di un senatore o di un rappresentante per trasformarsi in iniziative legislative formali³². Tali proposte vengono formulate, innanzitutto, nel messaggio sullo stato dell'Unione che il Presidente è tenuto a effettuare ai sensi dell'art. II, sez. 3 Cost.: messaggio questo, presentato all'inizio del mese di gennaio, che è attualmente utilizzato dal Presidente proprio per il-

³⁰ Come invece, ricorda Elia, era stato sostenuto nel 1951 da Pinto, secondo cui «*Le Congrès et le Président se partagent, en droit, l'initiative des lois*» (L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo*, cit., p. 140, nota 177).

³¹ *Ibidem*.

³² Insiste Elia sulle prassi hanno contribuito a qualificare il Presidente come «il grande iniziatore»: quando il partito del Presidente ha la maggioranza al Congresso sarà il *Chairman* a presentare il disegno di legge di origine presidenziale, mentre nei casi di governo diviso saranno gli altri parlamentari a contendersi l'onore di farsi *sponsor* di quei *bills* presidenziali di particolare rilevanza; ancora, non trascurabile è la prassi di far dichiarare da un apposito ufficio della Casa Bianca la c.d. *must legislation*, ovvero le proposte presidenziali più importanti e urgenti (L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo*, cit., p. 140, nota 177).

lustrare al Congresso le leggi che desidera vengano approvate durante l'anno, di fatto stabilendo una sorta di agenda dei lavori parlamentari³³. Questo e tutti gli altri messaggi di cui il Presidente si serve per raccomandare alle Camere i provvedimenti normativi che ritiene opportuni sono accompagnati da una costante e intensa attività di promozione del suo programma legislativo. È questa l'*advocacy*, che viene svolta tramite l'incontro almeno settimanale con i *leaders* dell'organo parlamentare, tra i quali spiccano il *Floor Leader* presente in entrambe le Camere e lo *Speaker* eletto soltanto alla Camera dei Rappresentanti che, come spiega Elia, hanno man mano sostituito gli organi collegiali di organizzazione del *Congressional Party*, rivestendo un ruolo di primo piano tanto nella direzione dell'attività legislativa quanto nei rapporti con la Presidenza³⁴. È soprattutto in questa fase iniziale dell'*iter* legislativo che il carattere prevalentemente organizzativo dei partiti politici statunitensi determina l'efficacia dell'azione presidenziale sui *congressmen*, la cui libertà di autodeterminarsi, ricorda Elia, aveva attratto Einaudi e Sturzo³⁵. Il Presidente riesce, infatti, a entrare in contatto con i parlamentari direttamente, senza incontrare barriere di partito, al fine di cercare, di volta in volta, il consenso sul suo programma politico sia tra i compagni di partito che tra gli avversari che ben può sperare di conquistare per particolari iniziative. Infatti, «la priorità assoluta che ogni membro del Congresso accorda al suo rapporto con gli elettori, rapporto che quasi sempre prescinde da ogni direttiva partitica, sia perché in molti settori una scelta di partito manca, sia perché, negli altri, la disciplina del gruppo non è praticamente sanzionata»³⁶, facilita il voto trasversale dei parlamentari³⁷.

Soprattutto negli studi immediatamente successivi al secondo conflitto mondiale, era stato rilevato come «*the prime function of the*

³³ Cfr. al riguardo M.A. KRASNER e S.G. CHABERSKI, *La forma di governo degli Stati Uniti d'America. Profili istituzionali*, Prefazione di A. Reposo, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 74-75. Salvo poche eccezioni, fino alla Presidenza Nixon il messaggio sullo stato dell'Unione aveva mantenuto le caratteristiche di una relazione sull'attività governativa e non di strumento di impulso legislativo.

³⁴ L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo*, cit., pp. 143-152.

³⁵ L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo*, cit., p. 2 e ID., *Intervento*, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Il ruolo delle assemblee rappresentative*, cit., p. 39.

³⁶ L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo*, cit., p. 66.

³⁷ Pare opportuno, al riguardo, rinviare alle successive riflessioni di S. FABBRINI, *Il presidenzialismo americano. Governare gli Stati Uniti*, Roma-Bari, Laterza, 1993, spec. pp. 132-140, il quale ha evidenziato il progressivo rafforzamento dei partiti congressuali sulla base di studi sul livello del *party vote* nelle legislature della seconda metà del Novecento.

President is not executive at all. It is legislative»³⁸: la ricostruzione di Elia del ruolo presidenziale nel procedimento di formazione della legge non è tesa a smentire tale affermazione. Le pagine dedicate all'istituto del *veto power*, come si vedrà, vogliono, anzi, far emergere l'incisività dell'azione presidenziale nella politica legislativa federale ma, contemporaneamente, intendono mettere in luce la capacità di resistenza dell'organo parlamentare alle invasioni dell'esecutivo, dovuta in parte alla già menzionata peculiare struttura del Congresso, in parte al ruolo svolto della Corte Suprema in veste di giudice dei poteri che si è (quasi) sempre spesa per salvaguardare quell'equilibrio fra i poteri che ancora oggi caratterizza la forma di governo statunitense.

4. *La natura legislativa del potere presidenziale di veto*

Nel saggio n. 73 del Federalista, Hamilton spiegava che «Il potere di veto rappresenta un necessario sistema di controllo sulle azioni degli organi legislativi, atto a salvaguardare la società dai possibili funesti effetti della faziosità, della precipitazione, e di ogni altro impulso che mal si concilia col bene comune, e potrebbe invece prevalere nelle maggioranze di quelle assemblee»³⁹. Tale prerogativa presidenziale era dunque stata concepita dai Padri Fondatori come strumento volto a prevenire quel temuto predominio di un potere sugli altri alla base della creazione del noto sistema dei *checks and balances*.

L'interpretazione del *veto power* come istituto di mera autodifesa dell'esecutivo non tarda a essere messa in discussione quando l'intervento presidenziale nel procedimento legislativo inizia a intensificarsi, anche, e soprattutto, tramite il rifiuto, sempre meno occasionale, di firmare i testi legislativi usciti dalle Camere non raramente motivato con argomenti di carattere meramente politico. Il veto posto nel 1832 dal Presidente Jackson sul nuovo statuto della Seconda Banca degli Stati Uniti approvato dal Congresso aveva sollevato aspre critiche, tra cui quelle di Henry Clay espresse nel celebre discorso al Senato nel quale si rinvergono importanti considerazioni sulla *ratio* del potere di veto: «*The veto is an extraordinary power, which, though tolerated by the Constitution, was not expected, by the convention, to be used in ordinary cases. It was designed for instances of precipi-*

³⁸ H.L. MCBAIN, *The Living Constitution*, New York, MacMillan, 1948, p. 115.

³⁹ A. HAMILTON, J. MADISON e J. JAY, *Il Federalista*, cit., p. 596.

tate legislation, in unguarded moments»⁴⁰. Le finalità esclusivamente di controllo (giuridico) del rinvio presidenziale sulle quali aveva insistito il leader dei *Whigs* continuano a essere sostenute da una parte della dottrina per ancora molti decenni. Elia ricorda l'avversione di Luce nei confronti di quelle Costituzioni statali che avevano ampliato in modo considerevole il potere di veto dei Governatori, derivante da una interpretazione del *veto power* non dissimile da quella che emerge in alcuni passaggi dell'opera di Von Holst sulla Costituzione americana, in cui si nega che la funzione esplicata dal Presidente con l'approvazione o il rinvio di un *bill* possa assumere carattere legislativo⁴¹. Elia riconosce che il *veto power* era stato originariamente concepito «con caratteristiche strettamente «difensive» (essenzialmente come un *check*)»⁴². Ma, accogliendo l'interpretazione proposta, tra gli altri, da Wilson, il quale, già in un'epoca caratterizzata dalla primazia del Congresso e da un esercizio sporadico del potere di veto, aveva sostenuto che «*in the exercise of the power of veto, the President acts not as the executive but as a third branch of legislature*»⁴³, nonché, in Italia, da Biscaretti di Ruffia e Cuocolo, Elia sviluppa alcuni argomenti per giungere a dimostrare come il potere di veto si sia trasformato in un istituto che non soltanto ha natura legislativa ma che svolge una funzione legislativa.

Prima di iniziare l'analisi delle pagine di Elia dedicate a tale intervento presidenziale nella fase finale del procedimento legislativo, pare utile ricordare la disciplina costituzionale del potere di veto e delinearne i tratti essenziali. L'art. I, sez. VII, della Costituzione prevede che «ogni progetto di legge che sia stato approvato dalla Camera dei Rappresentanti e dal Senato dovrà, prima di diventare legge, essere presentato al Presidente degli Stati Uniti» e che questi possa approvarlo, firmandolo, oppure restituirlo alla Camera dalla quale esso ha avuto origine con le sue osservazioni. La stessa disposizione costituzionale contempla, inoltre, la facoltà del Presidente di astenersi dal prendere posizione in merito al progetto che, decorsi dieci giorni dalla presentazione, diventerà legge anche senza la firma del Presidente. Se però, in tale periodo, il Congresso si aggiorna, così impedendo il rinvio, quest'effetto non si produce e il silenzio del Presi-

⁴⁰ H. CLAY, *On President Jackson's Veto of the Bank Bill*, Discorso al Senato del 2 luglio 1832, pubblicato in C. COLTON (a cura di), *The Works of Henry Clay*, New York, G. P. Putnam's Sons, 1904, vol. VII, pp. 523-535. Tale discorso è ricordato da Elia: L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo*, cit., p. 185.

⁴¹ L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo*, cit., p. 186.

⁴² *Ivi*, p. 185, nota 49.

⁴³ *Ibidem*.

dente vale a impedirne la trasformazione in legge: è questo il cosiddetto *pocket veto*, sulla cui natura non sono mancate controversie dottrinarie e giurisprudenziali. Elia indaga innanzitutto su tale peculiare modalità di arresto del procedimento di formazione della legge, soprattutto ripercorrendone la storia travagliata, non soltanto per chiarire che esso configura un vero e proprio veto, a differenza di quanto aveva affermato nel 1929 la Corte Suprema⁴⁴, ma, perché ritiene che il *pocket veto* metta particolarmente in risalto il ruolo legislativo del Presidente. Infatti, l'esercizio del potere di veto attraverso il rinvio della legge al Congresso non esclude che il procedimento possa avere un esito positivo, dal momento che la Costituzione prevede l'entrata in vigore della legge senza la firma del Presidente nel caso in cui le Camere riescano a riapprovarla con la maggioranza dei due terzi, mentre l'utilizzo del *pocket veto* determina inevitabilmente l'estinzione del procedimento. Estinzione che, insiste Elia, sarebbe errato imputare a forza maggiore anziché al *disapproval* presidenziale, soprattutto se si considera che il Presidente può approvare le leggi che gli sono state trasmesse firmandole anche dopo l'aggiornamento della sessione congressuale⁴⁵ e che, talvolta, le ragioni del dissenso che hanno determinato l'utilizzo del *pocket veto* vengono comunicate dal Presidente con apposito messaggio alle Camere⁴⁶. Elia si sofferma sul forte potere che l'istituto del *pocket veto* attribuisce all'esecutivo non tanto per contrastare quelle interpretazioni restrittive dell'intervento presidenziale nella attività normativa del Congresso che gli paiono ormai tramontate, quanto per dimostrare il carattere legislativo del *veto power* con argomenti ulteriori rispetto a quelli utilizzati da altri studiosi, derivanti da caratteristiche meno note del procedimento legislativo statunitense⁴⁷. Di particolare interesse pare l'osservazione della assenza di quella fase del procedimento legislativo che, ad esempio nel nostro ordinamento, viene qualificata come «integrativa dell'efficacia», in cui sono comunemente inserite sia la promulgazione che la pubblicazione⁴⁸: la fase perfetta del procedimento legislativo nordamericano si chiuderebbe, invece, con l'approvazione presidenziale, presentando questa evidenti

⁴⁴ *Pocket Veto Case*, 279 U.S. 655 (1929).

⁴⁵ La costituzionalità di tale prassi, non infrequente, è stata riconosciuta dalla Corte Suprema con la sentenza *Edwards v. United States*, 286 U.S. 482 (1932).

⁴⁶ L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo*, cit., p. 193.

⁴⁷ *Ivi*, p. 186.

⁴⁸ Non sono trascurati, a questo riguardo, riferimenti al potere di rinvio delle leggi del Presidente della Repubblica italiano, la cui funzione di controllo su un atto già perfetto, sostenuta dalla dottrina pressoché unanime, non pare a Elia così scontata (*Ivi*, p. 197).

analogie con il *royal assent* prima che questo cadesse in disuso con la trasformazione della monarchia costituzionale in monarchia parlamentare. La posizione del Presidente statunitense nel procedimento legislativo quando interviene sui *bills* approvati dalle Camere non è pertanto quella di un controllore, ma quella di un legislatore: qualificare il potere presidenziale come mero *pouvoir d'empêcher*, sarebbe del resto una forzatura se si considera che la Costituzione utilizza il termine *bill* e non *law* per indicare l'atto approvato dalle Camere e presentato al Presidente. Inoltre, spiega Elia, l'irrevocabilità del testo della legge si raggiunge soltanto con la firma del Presidente: prima che questa intervenga, per correggere eventuali errori o apportare integrazioni, si ricorre, infatti, ad atti bicamerali non sottoposti all'approvazione presidenziale, mentre dopo questa si è soliti utilizzare delle *joint resolutions*, provvedimenti che, rivestendo natura legislativa, sono a loro volta sottoposti all'*approval*⁴⁹. Ancora, l'approvazione o il veto di una legge da parte del Presidente paiono a Elia il punto di arrivo di quella serie di interventi da lui compiuti nel procedimento legislativo già ricordati, tra cui l'iniziativa legislativa materiale e l'*advocacy*, rispetto ai quali sono omogenei, qualificandosi tutti «per la loro strumentalità rispetto all'attuazione dell'indirizzo politico del Presidente»⁵⁰.

Da ultimo, contribuisce a qualificare il veto presidenziale come atto legislativo la possibilità, indiscussa, di una sua apposizione per ragioni non solo di incostituzionalità o riconducibili al c.d. merito costituzionale, ma per motivi di *expediency*, ovvero di opportunità politica⁵¹. La valutazione della convenienza del *bill* approvato dalle Camere è interamente rimessa alla discrezionalità del Presidente ma, ricorda Elia, sulla sua scelta incide non poco la differenza delle *constituencies* da cui originano l'esecutivo e i membri dell'organo legislativo⁵². Infatti, nonostante l'Autore rilevi come «si stia attenuando la netta contrapposizione cara a molti autori tra il Presidente «rappresentante della Nazione» di fronte ai rappresentanti e ai senatori,

⁴⁹ *Ivi*, p. 189.

⁵⁰ L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo*, cit., p. 192.

⁵¹ La Costituzione tace sulle ragioni che devono guidare il Presidente nella scelta tra la firma e il veto. Nel *Federalista* Hamilton aveva spiegato il *veto power* riferendosi alle leggi «ingiuste»: Elia osserva come la differenza tra queste e quelle «inopportune» non è così forte, lasciando così intendere che, da questo punto di vista, la *ratio* dell'istituto del veto non è stata travisata dall'utilizzo che ne è stato fatto subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione: già il primo Presidente degli Stati Uniti, Washington, aveva in un'occasione esercitato il potere di veto adducendo ragioni meramente politiche.

⁵² L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo*, cit., p. 137.

gli eletti di un distretto o di uno Stato»⁵³, la decisione presidenziale sull'approvazione di una legge non di rado dipende dalla necessità di far prevalere gli interessi nazionali su quelli localistici o statali difesi dai parlamentari in vista della loro rielezione⁵⁴.

Ai fini della comprensione del ruolo svolto dall'esecutivo nella formazione delle leggi, non paiono, infine, trascurabili le conseguenze dell'utilizzo della minaccia di veto. Elia, non condividendo la tesi di coloro che, come Ravà, avevano negato il valore costruttivo del potere di veto, insiste, infatti, sulla capacità del Presidente di ottenere l'inclusione nel *bill* di quelle norme che ritiene necessarie per convincerlo a recedere dalla già manifestata intenzione di esercitare il veto⁵⁵.

5. *L'evoluzione dell'istituto del veto power e l'attualità della ricostruzione di Elia dei rapporti tra esecutivo e legislativo*

La Costituzione non contempla la possibilità per il Presidente di apporre il veto soltanto su alcune disposizioni di una legge, possibilità di cui invece dispongono i governatori statali. All'epoca dello scritto di Elia sul procedimento legislativo statunitense la questione del veto selettivo non si era ancora posta: soltanto Roosevelt aveva insistito sulla necessità dell'introduzione per via legislativa del potere presidenziale di veto parziale, ma era riuscito a ottenere il voto favorevole soltanto della Camera dei rappresentanti. Durante la presidenza Clinton, invece, si giunse all'approvazione del *Line-Item Veto Act 1996* con il quale si attribuì al Presidente la facoltà di stralciare dalla legge approvata dalle Camere quelle parti contenenti voci di spesa considerate contrastanti con l'obiettivo di riduzione del *deficit* pubblico. Elia trova l'occasione per accennare a tale legge durante un seminario dedicato alla riflessione sul ruolo dei parlamenti statunitense e italiano, sostenendo che questa «aggravava in parte il principio della separazione dei poteri sancito in Costituzione»⁵⁶: tale interpretazione prevalse poi nella Corte Suprema che, nel 1998, ha dichiarato il *Line Item Veto Act* incostituzionale con la sentenza *Clinton*

⁵³ *Ivi*, p. 15. L'Autore spiega, al riguardo, come anche il Presidente non possa essere a pieno titolo considerato rappresentante dell'intera Nazione a causa della sovrarappresentazione, nel suo collegio elettorale, dei cittadini delle grandi metropoli.

⁵⁴ Ricorda infatti Elia, citando Bailey e Samuel, come «*the «next election» is an omnipresent consideration in the legislative process»* (*Ivi*, p. 71, nota 22).

⁵⁵ *Ivi*, pp. 138-139.

⁵⁶ L. ELIA, *Intervento*, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Il ruolo delle assemblee rappresentative*, cit., p. 42.

v. *City of New York*⁵⁷. Questa pronuncia, pare opportuno ricordare, non ha incontrato il consenso unanime della dottrina ed è stata criticata da chi ha ritenuto che la legge sul voto selettivo, nonostante il suo nome, conferisse alla Presidenza poteri che, non esercitandosi all'interno del procedimento legislativo, sarebbero stati di natura diversa dal *veto power*, in quanto riconducibili al già esistente, e spesso esercitato, potere presidenziale di congelare i fondi stanziati dal Congresso per un particolare programma⁵⁸. La legge contemplava un intervento presidenziale circoscritto alle leggi di spesa di cui poteva casare specifiche disposizioni finanziarie informando preventivamente le Camere al fine di dar loro la possibilità di bloccare il veto del Presidente con una riapprovazione entro il termine di trenta giorni: tale eventuale provvedimento di censura era, a sua volta, soggetto al *veto power*, quindi superabile soltanto con la maggioranza qualificata dei due terzi dei due rami del Parlamento. È stato così sostenuto che con questo nuovo istituto si erano attribuiti al Presidente nuovi poteri nell'ambito del procedimento di bilancio, strettamente ancorati alla politica *antideficit* e si era quindi alterato «solo in modo marginale l'equilibrio costituzionale esistente tra potere legislativo e potere esecutivo»⁵⁹. Elia, come si è detto, ha soltanto avuto modo di sfiorare la questione del voto selettivo e ne ha fornito un'interpretazione che ha privilegiato il profilo della tutela del Congresso da quelle espansioni dei poteri presidenziali effettuate in deroga all'assetto costituzionale originario senza ricorrere alla procedura di revisione costituzionale. In altre parole, Elia sembra avere accolto con favore questo intervento della Corte Rehnquist in veste di giudice dei poteri che non ha esitato a porre un freno alle limitazioni delle funzioni congressuali dopo alcuni anni in cui aveva assecondato l'accrescimento del ruolo dell'esecutivo, non soltanto nella politica estera, ma anche in quella interna, soprattutto nelle occasioni in cui non aveva censurato il sempre più frequente ricorso alla legislazione delegata. Proprio con riferimento a quest'ultima, vale la pena ancora ricordare che

⁵⁷ 524 U.S. 417 (1998).

⁵⁸ Nella dottrina italiana cfr. G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 244 e A. ZORZI GIUSTINIANI, *A proposito del potere di veto selettivo del Presidente degli Stati Uniti d'America*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2001, fasc. 1, spec. p.101. Ricorda l'Autore come, nella dottrina statunitense, diversi studiosi (tra cui Calabresi e Sunstein), alla vigilia dell'approvazione della legge sul voto selettivo, avevano caldeggiato la previsione di uno strumento nelle mani dell'esecutivo per arginare il «potere della borsa» troppo spesso esercitato dai *congressmen* ai fini della propria rielezione e a scapito dell'interesse nazionale (pp. 118-119).

⁵⁹ A. ZORZI GIUSTINIANI, *op. cit.*, p. 102.

Elia aveva accennato all'allora emergente istituto del c.d. veto legislativo, con cui il Congresso, nell'approvare quelle leggi contenenti deleghe di esercizio del potere normativo all'esecutivo non contemplate dalla Costituzione ma affermatesi in via di prassi, riserva a se stesso il diritto di annullare, tramite risoluzioni che, non avendo forza di legge, non sono soggette al veto presidenziale, i provvedimenti successivamente adottati dall'autorità delegata. Tale prassi è stata dichiarata incostituzionale dalla Corte Suprema con la pronuncia *Immigration and Naturalization Service v. Chada*⁶⁰, in quanto ritenuta contraria alla ripartizione dei poteri voluta dalla Convenzione di Filadelfia adducendo motivazioni che, è facile presumere, Elia avrebbe condiviso. Egli aveva, infatti, criticato le *concurrent resolutions*, provvedimenti bicamerali che costituiscono una delle forme che può assumere il veto legislativo⁶¹, ritenendole «un mezzo ingegnoso ma incostituzionale per fornire al Presidente taluni poteri nel campo amministrativo facendone dipendere la durata dal mero beneplacito delle Camere»⁶².

Nell'analisi del procedimento legislativo statunitense Elia dedica ampio spazio alle dinamiche della compenetrazione di funzioni tra Congresso e Presidente, rivolgendo particolare attenzione all'istituto del *veto power* che, per la sua efficacia e per il suo frequente utilizzo, è in grado di far emergere importanti aspetti dell'effettivo svolgimento dei rapporti tra gli organi costituzionali cui è demandata la determinazione dell'indirizzo politico, soprattutto nei casi, non rari, di governo diviso. Si è cercato, in queste poche pagine, di mettere in luce come Elia abbia affrontato l'indiscussa trasformazione del potere di veto in istituto con funzione e natura legislativa e l'espansione dei poteri normativi dell'esecutivo avvenuta al di fuori della Costituzione con l'intento di dimostrare che il valore della separazione dei poteri nella forma di governo statunitense non è stato alterato. A Elia non erano, infatti, parse compromesse l'autonomia e l'indipendenza del Congresso costituzionalmente garantite: il cenno ad alcune vicende del costituzionalismo americano successive al 1961, in particolare la menzione di alcune significative pronunce della Corte Suprema, mi è parso utile per dimostrare l'attualità di tale impressione.

Al governo congressuale che ha caratterizzato il primo secolo re-

⁶⁰ 462 U.S. 919 (1983).

⁶¹ Sulle altre forme del veto legislativo nonché sulla storia di tale istituto e sulle problematiche connesse al suo utilizzo si rinvia, nella dottrina italiana, a G. CARAVALE, *Il Governo legislatore. Esecutivo ed attività normativa in Gran Bretagna e negli Stati Uniti*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 211-250.

⁶² L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo*, cit., pp. 198-199.

pubblicano (seppure con le eccezioni di alcune forti presidenze – quella di Jefferson, di Jackson e di Lincoln-), si è andato sostituendo quello c.d. presidenziale, inevitabile, come è stato autorevolmente spiegato, in seguito alla fine dell'epoca liberale e al processo di democratizzazione⁶³, che è iniziato nel periodo rooseveltiano e culminato nella presidenza imperiale di Nixon⁶⁴. Negli ultimi anni ci si è riferiti alla forma di governo presidenziale come forma di governo «congressualpresidenziale»⁶⁵, per sottolineare come, nonostante l'espansione del ruolo dell'esecutivo, il Congresso non si sia trasformato in organo di mera registrazione delle volontà presidenziali. Il dualismo tendenzialmente paritario tra esecutivo e legislativo che nel 1961 Elia aveva sostenuto e spiegato partendo dalla analisi del procedimento legislativo e insistendo su quella confusione di funzioni che la separazione dei poteri ha contribuito a creare, si rivela quindi ancora, a distanza di mezzo secolo, la formula più idonea a descrivere il funzionamento del sistema di governo statunitense. Nemmeno la nuova espansione dei poteri del Presidente seguita agli attacchi terroristici del 2001, del resto, pare aver messo in discussione la capacità di «resistenza» dell'organo parlamentare. Negli ultimi anni, infatti, la Corte Suprema è intervenuta più di una volta a tutela del principio della separazione dei poteri tra esecutivo e legislativo, ritenendolo violato, ad esempio, nelle pronunce con cui sono state dichiarate incostituzionali alcune misure emergenziali adottate del Presidente Bush⁶⁶.

⁶³ G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano* cit., spec. pp. 235-283.

⁶⁴ Secondo la nota definizione di A. SCHLESINGER, *The Imperial Presidency*, Boston, Houghton Mifflin Company, 1973.

⁶⁵ Cfr. A. DI GIOVINE, *Le forme di governo*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE e G.F. FERRARI, *op. cit.*, p. 722.

⁶⁶ Ci si riferisce alle tre sentenze c.d. «*Guantanamo*» del 2004 e alla pronuncia *Hamdan v. Rumsfeld* del 2006.

Il pensiero di Leopoldo Elia sul processo d'integrazione europea

di Tanja Cerruti

SOMMARIO. 1. Gli interventi di Elia in materia d'integrazione europea. – 2. Le tre «fasi» del suo pensiero sull'integrazione europea. – 3. Le riflessioni del 1960. – 4. Gli albori della fase europea dei «nuovi Trattati». a. *Il ddl sul referendum consultivo*. b. *La relazione del 92*. – 5. La «partecipazione» alle vicende comunitarie del 2000. – 6. La Convenzione europea del 2002-2003. – 7. Il Trattato costituzionale europeo. – 8. Due temi «europei»: la CED e i valori dell'Europa (cenni). – 9. Riflessioni conclusive.

1. Gli interventi di Leopoldo Elia in materia d'integrazione europea

Il processo d'integrazione comunitaria cui l'Europa ha assistito a partire dalla seconda metà del secolo scorso non ha mancato di «entrare» sia nella vasta produzione letteraria di Leopoldo Elia, sia nei suoi interventi di tipo politico.

Nell'ambito delle «tematiche europee» si possono individuare due filoni principali verso i quali si sono diretti gli interessi del Professore: il primo concerne l'attuazione e, più in generale, il valore del diritto comunitario nell'ordinamento interno; il secondo è rivolto all'osservazione e allo studio di che cosa si verificava a livello comunitario e quindi di come si evolveva la natura delle Comunità e poi dell'Unione, di quali aspetti dell'integrazione fra i Paesi europei progredissero di più e quali di meno e, infine, di come sarebbe stata la nuova Unione europea disegnata dal Trattato costituzionale, con particolare riferimento alla sua forma di governo.

Nel corso di questo lavoro ci si concentrerà sul secondo dei due sopracitati aspetti.

In riferimento al primo ci si limita qui a ricordare, oltre alla produzione di alcuni scritti, il contributo di Elia, allora Presidente della Corte costituzionale, alla redazione della nota sentenza «La Pergola»¹.

¹ La sentenza La Pergola è la sentenza della Corte cost. n. 170 del 1984. Per gli scritti sul rapporto fra diritto comunitario e diritto interno v., fra le prime opere, *Il*

2. Le tre «fasi» del pensiero sull'integrazione europea

Il concetto di «integrazione europea» è notoriamente di per sé molto ampio e di difficile definizione, dal momento che vi si possono far rientrare vicende e fenomeni ascrivibili a settori e discipline diverse. È quasi superfluo precisare che nel lavoro in oggetto per «integrazione europea» s'intenderà l'integrazione «comunitaria», cioè il graduale processo di costruzione delle Comunità europee e, nell'ambito dell'integrazione «comunitaria», l'accento sarà posto sull'integrazione politica e istituzionale, cioè su quei passi avanti (compiuti o tentati) che hanno portato al rafforzamento dei legami fra gli Stati membri della Comunità e alla conseguente trasformazione della natura della Comunità stessa.

Rispetto all'ambito d'indagine sopra delineato, gli studi o interventi di Elia possono essere simbolicamente ricondotti a tre diverse fasi.

Nella prima fase, che coincide con l'inizio degli anni 60, gli aspetti su cui Egli è intervenuto concernono principalmente: la natura delle Comunità europee – a proposito della quale prende posizione nell'annosa disputa fra federalisti e non², esprimendo una certa cautela sull'eventualità che la Comunità si avvicini ad una federazione –; l'importanza della creazione di una politica estera e di difesa comune agli Stati membri; i valori e i confini della Comunità.

Una seconda fase può poi essere ravvisata negli scritti e interventi che vanno dalla fine degli anni 80 al 2000. Questa seconda fase, caratterizzata da un forte entusiasmo verso il disegno comune europeo, può essere suddivisa in due momenti che abbracciano, uno, il periodo immediatamente precedente e successivo all'adozione del Trattato di Maastricht, l'altro il periodo precedente i lavori della Convenzione incaricata di redigere una Costituzione per l'Europa.

La terza fase del suo pensiero si esprime in quegli scritti che, essendo intervenuti nella fase di elaborazione del Trattato costituzionale europeo, si interrogano sulla direzione verso cui sta andando Bruxelles, riflettendo altresì sulla sua democraticità, e sulle caratteristiche di quell'Unione europea che, se il Trattato fosse entrato in vi-

Trattato di Roma è incostituzionale?, Intervista con L. Elia, in *Comunità europee*, 1973, 13-15 e, fra quelle degli anni 90, l'intervento ad un seminario del 1990 su *La Corte costituzionale fra diritto interno e diritto comunitario* ed il contributo al Congresso annuale dei costituzionalisti del 1992, entrambi citati nei paragrafi successivi.

² Per una ricostruzione della contrapposizione delle due «anime» delle Comunità europee (quella federalista e quella basata sull'idea della cooperazione fra Stati indipendenti), v. ad esempio H. MIKKELI, *Europa. Storia di un'idea e di un'identità*, Bologna, Il Mulino, 2002, 112.

gore, si sarebbe venuta a delineare (forma di governo, cooperazioni rafforzate).

3. *Le riflessioni del 1960*

Uno degli interrogativi che Elia affronta in quella che si è qui delineata come «prima fase» della sua produzione in materia d'integrazione europea concerne la natura delle Comunità.

A tale tema è in gran parte riservato uno scritto del 1960 (pubblicato sulla rivista *Nord Sud*), in cui interviene nel dibattito concernente la natura delle Comunità ricostruendo le diverse posizioni sul punto.

Egli premette che il momento in cui scrive non è caratterizzato da un particolare favore verso l'integrazione europea. Afferma infatti che «la traiettoria percorsa dall'europesismo in questi ultimi anni» ha conosciuto vicende analoghe a quelle dell'uso del termine «sopranazionale» che, dopo essere stato «*tarte à la crème*» di tutto l'europesismo ufficiale dal 1952 in poi», nei primi anni 60 veniva considerato in termini negativi.

Sulla natura delle Comunità, Elia ritiene che queste non rappresentino un *tertium genus* fra un'unione internazionale di Stati e uno stato federale, ma rientrino nella prima di tali categorie, costituendo «la forma più sviluppata e più complessa delle unioni o organizzazioni internazionali di Stati». Tale affermazione trova conferma nelle successive riflessioni sul sistema di adozione delle decisioni nell'ambito della CECA e della CEE, in riferimento al quale Egli sostiene che «i due organi più tipicamente comunitari» (Alta Autorità e Commissione) non dispongono di poteri ampi e, anzi, sino al momento in cui scrive, non hanno potuto adottare decisioni di rilievo senza il benessere del Consiglio, rappresentante dei governi nazionali.

Elia ripercorre le posizioni dottrinarie di quel tempo sulle Comunità e torna a sottolineare come sino a quel momento lo spirito della cooperazione fosse prevalso su quello della federazione³.

³ Nella ricostruzione delle posizioni dottrinarie sulla natura giuridica delle Comunità Elia individua due passaggi. Nel 1954 si concordava sull'«attribuzione della natura giuridica originaria all'ordinamento interno o territoriale della Comunità»; nell'anno in cui scrive, Egli tende a ravvisare la prevalenza della componente internazionalistica («anche chi vuole attribuire un contenuto specifico alla natura di ente sopranazionale, cioè una formazione sociale costituita da due grandi istituzioni: unione di Stati e comunità di nazioni, ne ammette la derivazione dal diritto internazionale»), dando atto però della presenza di posizioni differenziate (Reuter ad esempio ritiene che i concetti di cooperazione internazionale e quello di federalismo non siano sem-

Complessivamente, però, Egli ritiene che i tempi non siano maturi per un'ulteriore «evoluzione» della Comunità. Il contesto storico-politico che aveva ispirato i Trattati CECA e CED, nel quale emergeva la «volontà politica di giungere rapidamente all'unità federale dell'Europa», era infatti diverso da quello del 1960, in cui, complice l'avvento di De Gaulle, anche i federalisti più ottimisti coglievano i «limiti della situazione» e l'opinione pubblica europeistica era «sempre più intimidita quando si trattava di sfiorare i diritti di sovranità».

Il messaggio che emerge dal suo scritto è l'esigenza di «ridimensionare» le Comunità, per evitare che l'erronea convinzione di aver raggiunto dei traguardi per i quali i tempi non sono maturi, possa invece pregiudicare l'effettivo ottenimento degli stessi in un momento più opportuno. Elia mette però ancora in guardia sul fatto che la giusta considerazione del «peso» delle Comunità non deve implicare il mancato riconoscimento dei loro «valori» comuni, sui quali si avrà modo di riflettere ancora (v. § 8)⁴.

Negli anni, anzi nei decenni, successivi Elia non si sofferma spesso sulle tematiche europeistiche.

Nel 1990, in un seminario sulla Corte costituzionale, in relazione al ruolo della giurisprudenza nel processo d'integrazione europea, Egli scrive che «La Corte di Giustizia è stata finora all'avanguardia di un esercito comunitario che non è mai arrivato sulle sue stesse posizioni» e auspica che un giorno «l'esercito» le si ricongiunga⁵.

L'augurio sopraccitato, che sembra chiaramente denotare il favore verso una maggiore integrazione a livello europeo, arriva in un momento particolarmente significativo per la vita istituzionale dell'Unione.

4. *Gli albori della fase europea dei «nuovi Trattati»*

Gli anni 80 e 90 si sono rivelati un vero e proprio «laboratorio» di progetti di atti comunitari volti ad «accentuare» l'integrazione, anche politica, europea. Fra questi, alcuni testi, soprattutto quelli ap-

pre in opposizione; gli altri due autori citati sono Quadri e Morelli, il quale parla di «unione superindividuale», anziché sopranazionale).

⁴ L. ELIA, *Struttura giuridica e realtà politica della Comunità europea*, in *Nord e Sud*, 11-12 (72-73), 1960, 89-97.

⁵ L. ELIA, *Considerazioni sul tema*, in Corte costituzionale (cur), *La Corte costituzionale fra diritto interno e diritto comunitario*, Seminario, 15-16.10.1990, Milano, Giuffrè, 1991, 138.

provati in seno al Parlamento europeo, sono rimasti per lo più sulla carta; si pensi in proposito al cd. Trattato Spinelli (1984), alle due risoluzioni del Parlamento europeo del 1990, intitolate rispettivamente «sugli orientamenti del Parlamento europeo relativi a un progetto di costituzione per l'Unione europea» e «sulle basi costituzionali dell'Unione europea» e al progetto Herman (dal nome del deputato belga che lo propose, 1994)⁶. L'elaborazione e la discussione di tali testi, benché non sfociata nella loro adozione, denotava la volontà di far evolvere le organizzazioni che facevano capo a Bruxelles in un sistema dai legami politici interni più stretti di quelli che le avevano unite sino ad allora.

Nello stesso periodo, altri atti sono invece entrati in vigore, modificando così taluni aspetti di quelle Comunità che nel frattempo stavano mutando anche nella loro composizione, con l'entrata o la prospettiva dell'entrata di diversi nuovi membri; sono di questi anni l'Atto Unico europeo (1986) e i Trattati di Maastricht (1992) e Amsterdam (1997)⁷.

Elia non rimase estraneo a nessuno di questi fenomeni, prendendo posizione sia nella sua attività di politico, sia in quella di studioso.

In riferimento a questo periodo, rimanendo nell'ambito degli interrogativi sulla «natura» delle Comunità europee, occorre menzionare gli interventi di Elia al Senato del 1988-1989 ed uno scritto del 1992, che contribuiscono a costituire quella che si è qui delineata come la prima parte della seconda fase dei suoi interventi europei.

a. *Il ddl sul referendum consultivo*

Nel 1988 e 1989 Elia, membro della Commissione Affari costituzionali del Senato, è relatore del ddl 1465 «Indizione di un *referendum* d'indirizzo sul conferimento di un mandato costituente al Parlamento europeo che sarà eletto nel 1989». Com'è noto, il progetto venne poi approvato come legge costituzionale 3.4.1989, n. 2, e sulla sua base si tenne il referendum consultivo del 18.6.1989. In tale oc-

⁶ La risoluzione sul progetto di Trattato che istituisce l'Unione europea (che contiene il c.d. Trattato Spinelli), adottata dal Parlamento europeo il 14.2.1984, è reperibile in *Boll. CE* 2-1984, 7, ss.; la risoluzione del Parlamento su un progetto di Costituzione per l'Unione europea in *GUCE* C 231, del 17/9/1990, 91, ss.; quella sulle basi costituzionali dell'Unione europea in *GUCE* C 19, del 28/1/1991, 65, ss e il Progetto Herman (Risoluzione sulla Costituzione dell'Unione europea) in *GUCE* C 61, del 28.2.1994, 155 ss.

⁷ Le date tra parentesi si riferiscono all'approvazione. L'Atto Unico è invece entrato in vigore nel 1987; il Trattato di Maastricht nel 1993 e quello di Amsterdam nel 1999.

casione, gli elettori italiani parteciparono in alta percentuale alla consultazione ed espressero a grande maggioranza voto favorevole⁸.

Nel corso del dibattito parlamentare che precede l'adozione della legge, Elia mira a convincere i colleghi ad approvare la previsione del referendum attraverso una legge costituzionale. Come argomentazione, Egli indica alcuni «punti di rilievo» dell'iniziativa, fra cui quello di «trasformare la Comunità europea in un'Unione in cui il governo è responsabile davanti al Parlamento»: Parlamento che sarà chiamato a preparare «una proposta di Costituzione da sottoporre agli Stati membri». Tale indicazione rileva anche ai fini di questo studio in quanto fornisce le linee guida di quell'Unione verso la cui creazione Elia è favorevole (un esecutivo responsabile davanti al legislativo; un legislativo che si faccia autore di un progetto di Costituzione; l'esistenza di una Costituzione)⁹.

L'assunto è ribadito poco dopo, quando sottolinea l'importanza politica di «riprendere in forme più aggiornate», dopo quanto previsto dall'Atto Unico e tenendo conto dei progressi realizzati soprattutto per impulso della Commissione Delors, «i passi compiuti procedendo in una direzione che li renda veramente irreversibili»¹⁰.

⁸ Il 18 giugno si recarono alle urne circa l'80% degli aventi diritto e l'88% di essi votò per il sì. Al momento della discussione citata nel testo, il 1465 era già stato approvato alla Camera.

⁹ Le altre due motivazioni, sulle quali si avrà modo di tornare nei paragrafi successivi, vengono individuate nell'esigenza di incrementare il tasso di democraticità dell'intero organismo comunitario e di favorire un aumento di poteri degli organi comunitari e, in particolare, del Parlamento. Elia si sofferma anche sul motivo per cui propende per l'adozione di una legge costituzionale «per realizzare questo deciso salto di direzione in senso comunitario». Sostiene infatti che il referendum di cui al ddl sarebbe illegittimo se previsto da legge ordinaria in quanto non rientrante nelle categorie disciplinate dagli artt. 75 e 138 Cost. Il suo valore, qualora introdotto con legge costituzionale, sarebbe invece meramente «promozionale» nei confronti dei parlamentari europei, che non hanno vincolo di mandato, mentre servirebbe, nel nostro ordinamento interno, a Governo e Parlamento a «dar forza a future modifiche dei Trattati europei, in senso federale o comunque in senso comunitario forte, rispetto all'organizzazione attuale», senza ricorrere al procedimento di revisione costituzionale.

¹⁰ Com'è noto, l'Atto Unico era stato il – per molti, deludente – compromesso cui le Comunità erano approdate dopo il ben più ambizioso tentativo di far approvare il Trattato Spinelli. Jacques Delors è stato invece a capo della Commissione europea per tre consecutivi mandati, dal 1985 al 1995 ed è ricordato, fra le altre cose, per i suoi studi e l'impegno politico verso l'integrazione europea e, in particolare, verso la previsione dell'unione monetaria. Nel momento in cui Elia parla, Delors era però anche stato preposto ad un comitato ad hoc che avrebbe dovuto occuparsi di valutare il deficit democratico dell'Unione, in modo da conferire il prima possibile un mandato costituente al Parlamento europeo. V. Senato della Repubblica, X Legislatura, 206° seduta pubblica, resoconto stenografico, 20.12.1988, 25-28.

Il sostegno verso la promozione di una maggiore integrazione dell'UE è riaffermato alcuni mesi dopo quando, intervenendo in seconda deliberazione sullo stesso disegno di legge costituzionale, Elia ritiene che si debba procedere in fretta alla sua approvazione, dati gli ampi consensi ottenuti dal progetto in entrambe le Camere. Egli si sofferma però su un episodio verificatosi nel frattempo a Bruxelles e che gli fornisce il pretesto per offrire nuovamente la sua visione in tema di Europa.

Un deputato belga aveva presentato al Parlamento di Strasburgo la proposta di sottoporre a referendum, «a livello europeo o negli Stati membri», i principi su cui si basava il progetto di costituzione dell'Unione europea ovvero direttamente il testo della Costituzione, al momento della ratifica. Il Parlamento aveva accolto la proposta adottando una risoluzione¹¹.

Elia afferma che occorre tener conto della possibilità di tale referendum, che si sovrapporrebbe parzialmente a quello di cui al ddl in discussione, ma ritiene che questo non ponga dei problemi ai fini dei lavori del Senato. La proposta europea deporrebbe anzi ulteriormente a favore del progetto, in primo luogo in quanto farebbe sì che «l'iniziativa del Parlamento italiano, anche se non accompagnata dall'iniziativa di altri Parlamenti della Comunità, non rappresenterebbe una fuga in avanti né un atto da primi della classe, poiché in qualche modo s'inquadra in una strategia che è stata approvata a larghissima maggioranza dal Parlamento europeo» e, in secondo luogo, il referendum europeo «conterrebbe» quello italiano, in virtù del principio per cui il «più» contiene il «meno»¹².

Nel suo discorso, Elia delinea i tratti salienti dell'Unione cui si vorrebbe dare vita – e che dovrebbe basarsi sul Trattato Spinelli – illustrandone i seguenti aspetti:

- il riparto delle competenze in base al principio di sussidiarietà;
- la prevalenza del diritto dell'Unione su quello degli Stati membri;
- il rispetto, da parte dell'Unione, del principio democratico («ogni potere dev'essere legittimato, controllato e sanzionato secondo regole certe da coloro, cittadini o Stati, sui quali si esercita»).

Le modalità di adozione del nuovo testo costituzionale dovreb-

¹¹ Si tratta della *Resolution on the strategy of the European Parliament to achieving European Union*, del 16.2.1989, in *OJEC C 69* del 20.3.1989, 145 ss.

¹² Il referendum italiano pone infatti una formula concisa che allude a due aspetti: la creazione di un esecutivo europeo responsabile davanti al Parlamento; il conferimento del mandato costituente al Parlamento europeo e la trasformazione delle Comunità in Unione.

bero differenziarsi da quelle cui si è fatto ricorso per l'Atto Unico (art. 236 del Trattato CE), atto che una serie di ragioni politiche hanno reso «timido».

Egli invita infine i colleghi ad approvare il testo del ddl anche come riconoscimento del ruolo attivo assunto «non da oggi» dall'Italia «in tutta la vicenda dell'unificazione europea»¹³.

b. *La relazione del 92.*

Nel 1992 Elia partecipa al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti che è dedicato proprio al tema «Le prospettive dell'Unione europea e la Costituzione» e lì interviene con la relazione di sintesi.

La relazione, che tocca le diverse tematiche affrontate nella discussione, contiene un messaggio apparentemente contraddittorio. Ad un incipit caratterizzato da una certa delusione, segue infatti, dopo la rassegna delle posizioni emerse al Convegno sulla natura delle Comunità, una conclusione contrassegnata da un maggiore ottimismo.

Nell'esordio Elia constata il «fallimento della formula federalista» sia a livello nazionale (l'esperienza della Bicamerale) che a livello europeo. Per quanto riguarda l'Europa, nel Trattato di Maastricht non si è potuto inserire alcun riferimento al federalismo (benché fosse stata proposta «un'espressione molto generica e attenuata») non solo a causa della resistenza inglese, ma anche di quella di altri popoli (in Francia aveva vinto il sì al referendum sul Trattato di Maastricht grazie all'insistenza di Mitterand sul fatto che tale atto non avrebbe introdotto alcuna forma di federalismo).

Egli ripercorre quindi le posizioni emerse al Convegno sulla natura della CEE suddividendole in due gruppi:

1. la CEE come unione internazionale, legittimata in Italia non ex art. 11 ma ex art. 10

2. la CEE come portato di un processo ambiguo, al cui interno gli studiosi hanno ravvisato fenomeni diversi¹⁴.

La sua posizione personale muove da una constatazione negativa,

¹³ Senato della Repubblica, X Legislatura, 236^o seduta pomerid., resoconto stenografico, 30.3.1989, 4-6.

¹⁴ Elia riferisce i principali orientamenti emersi al Convegno in questo secondo settore: La Pergola sosteneva che la CEE fosse una confederazione in senso simile agli USA, ed avesse quindi la prospettiva di arrivare al superamento della Confederazione stessa; Sorrentino sottolineava l'ambiguità del processo, a livello di fonti e di giurisdizione, e Bartole la sua complessità; Motzo e Guarino parlavano di un processo non lineare che oltrepassava gli schemi tipici delle organizzazioni internazionali ed erano sostenuti da Scudiero e, pur su presupposti diversi, da Caretti.

cioè che il processo lineare innescato da Spinelli si è arrestato bruscamente, ma prende le distanze dalle teorie del primo gruppo. Egli ritiene infatti che, sia nella giurisprudenza della Corte costituzionale, sia in sede di ratifica, la CEE sia sempre entrata nel nostro ordinamento ex art. 11.

Elia affronta poi alcuni altri temi emersi al Convegno, fra cui il rapporto fra diritto interno e diritto comunitario nelle sentenze del 1973, 1977 e 1984 della Corte costituzionale, le modalità di ratifica del Trattato di Maastricht e il principio di sussidiarietà, facendo riferimento al riparto di competenze fra gli Stati e l'Unione¹⁵.

La conclusione dell'intervento riprende i riferimenti, contenuti in due relazioni, sul limite della condizione di parità fra gli Stati che «partecipano alle vicende comunitarie»: dopo essersi soffermato sulla concezione che del principio maggioritario ha dato Rousseau, Elia afferma che la formula della parità denota in realtà che la tendenza in corso è verso una comunità non più confederale ma sempre più vicina ad essere federale.

Da ultimo, Elia invita a non adagiarsi nell'attesa passiva nei confronti dell'obiettivo federale e termina con l'augurio che «il processo in senso comunitario federalista continui»¹⁶.

5. *La «partecipazione» alle vicende comunitarie del 2000*

La fine degli anni novanta e i primi anni 2000 vedono l'attuazione di passi molto importanti per il cammino d'integrazione europea.

Sono in corso di elaborazione sia la Carta dei Diritti che il Trattato di Nizza e si prospetta la necessità di adeguare l'Unione all'ingresso dei membri dell'Europa centro-orientale.

Si può così individuare un nuovo periodo della seconda fase del

¹⁵ In generale, Egli invita per il futuro a «prepararsi meglio agli sviluppi comunitari». In particolare, Elia afferma che dopo Maastricht si pone un'alternativa: o l'art. 11 non è sufficiente a coprire le innovazioni e allora la ratifica è incostituzionale; o l'art. 11 è sufficiente a coprire le innovazioni e allora sono tacitamente abrogate alcune norme costituzionali sulla cittadinanza e il diritto di voto. Sulla necessità di «inquadrate meglio», a livello costituzionale, l'appartenenza dell'Italia all'UE, Elia prende posizione anche nei lavori parlamentari che svolge all'interno della Commissione Jotti, ove – parlando dei rapporti fra Regioni e Unione europea – deplora l'assenza di riferimenti, nella nostra Carta, al Parlamento europeo. V. Camera dei Deputati-Senato della Repubblica, XI Legislatura, Commissione parlamentare per le riforme istituzionali (sede referente), Presidenza Jotti, seduta del 15.10.1993, p. 2010.

¹⁶ L. ELIA, *Relazione di sintesi*, in AA.Vv., *Le prospettive dell'Unione europea e la Costituzione*, Convegno, Milano, 4-5.12.1992, CEDAM, Padova, 1995, 297-306.

pensiero europeo di Elia, che comprende alcune sue prese di posizione nei dibattiti a Palazzo Madama.

Il contesto in cui Egli interviene di nuovo in Senato sul tema dell'integrazione politica europea è dato dalla comunicazione del Governo sul Consiglio europeo di Feira (giugno 2000). Nel corso dell'incontro di Feira, i Capi di Stato e di Governo avevano preso posizione su alcuni aspetti importanti per il futuro dell'Unione europea, tra cui i lavori della Conferenza intergovernativa sulla riforma istituzionale, la Carta dei Diritti, la politica europea comune in materia di sicurezza e difesa e l'allargamento¹⁷.

In seguito alla comunicazione del Governo, il senatore Migone aveva presentato una mozione, chiedendo all'esecutivo di lavorare, all'interno della Conferenza intergovernativa in corso, in modo che venissero adottate delle scelte «favorevoli» all'integrazione europea¹⁸.

Elia chiede d'intervenire con dichiarazione di voto sulla mozione e, affermando il proprio sostegno, svolge alcune considerazioni sul processo d'integrazione europea, esprimendo in particolare l'auspicio che la Conferenza approvi le riforme necessarie sia per risolvere i problemi lasciati aperti dal Trattato di Amsterdam, sia quelli presentatisi successivamente.

A tal fine, Egli prende le mosse da uno scritto, che aveva avuto modo di conoscere in un recente soggiorno a Bruxelles, del Ministro francese per gli Affari Europei, Moscovici, nel quale il Ministro mette in guardia i politici europei sul fatto che se si pongono degli obiettivi troppo distanti o troppo difficili per l'integrazione europea si rischia di «spaventare» qualche Paese e di bloccare così i lavori della Conferenza di Nizza e pregiudicare le mete prefissate. Moscovici in-

¹⁷ Gli aspetti citati nel testo costituiscono i titoli di autonomi paragrafi della prima parte delle Conclusioni del Consiglio europeo, intitolata «Preparare il futuro». V. Conclusioni del Consiglio europeo di Feira, 19-20.6.2000, punti 1-18, in *www.consilium.europa.eu*. Occorre ancora ricordare che pochi anni prima, nel 1997, Elia si era espresso in Senato su un'altra questione legata all'integrazione – questa volta economica – europea, cioè la moneta unica, dichiarando l'opportunità che l'Italia vi aderisse, in Senato, XIII Legislatura, Aula, resoconto stenografico, 286° seduta del 10.12.1997, in *www.senato.it*.

¹⁸ La Conferenza intergovernativa di cui alla mozione è quella, apertasi nel febbraio 2000, che ha portato all'adozione del Trattato di Nizza. Fra le molte richieste che nella mozione vengono avanzate al Governo c'è innanzitutto quella di «sostenere tutte le riforme funzionali al processo d'integrazione europea»; si chiede poi di promuovere le cooperazioni rafforzate, inserire una Carta dei Diritti fondamentali nei Trattati, favorire la creazione di nuove strutture nell'ambito della PESC e l'adesione dei Paesi candidati alle stesse, appoggiare le proposte sull'estensione del voto a maggioranza e altro. La mozione Migone, n. 1-00559 del 14.6.2000, approvata nella stessa seduta del 13.7.2000, è reperibile in *www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/6318.pdf*.

vita a dissociare i momenti della fase precedente Nizza da quelli della fase successiva e considera «visionari» i discorsi tenuti in quei mesi sull'Europa da alcuni personaggi politici come Fischer, Chirac e Ciampi¹⁹.

Elia dissente dalla linea ispirata ai «piccoli passi» proposta da Moscovici e ritiene invece che «se non mostriamo una fortissima determinazione ad andare avanti nella costruzione dell'Europa con chi condivide il progetto, senza farci bloccare da chi vorrà stare fermo, rischiamo di chiudere la partita rimasta aperta ad Amsterdam con una conclusione al ribasso che lascerebbe scontenti innanzitutto i nostri amici dell'Est».

Da questa asserzione derivano due obiettivi che Elia pone come fondamentali.

Il primo è che il processo di integrazione prosegua e che s'intensifichi, come dice poco dopo, già a partire dai lavori di Nizza, portando ad un nuovo Trattato che limiti, rispetto a quelli precedenti, alcuni aspetti tipici delle organizzazioni sovranazionali («più siamo determinati a procedere nella costruzione dell'Europa, più faremo prevalere in sede intergovernativa la sostituzione del principio della maggioranza qualificata al principio dell'unanimità»).

Il secondo è di favorire l'allargamento ai Paesi dell'Europa centro-orientale – allargamento che in un altro punto definisce come la «riunificazione» dell'Europa – rendendo «appetibile», per tali Paesi, l'entrata nell'Unione. E in proposito Egli riporta una frase del politico polacco Mazowiecki, secondo il quale sono i Paesi candidati i primi ad essere interessati ad un'Europa forte (e Mazowiecki allude all'Europa politica).

La sua comunicazione è quindi in favore sia dell'integrazione politica sia dell'integrazione territoriale dell'Unione europea, ma si spinge anche oltre, offrendo talune considerazioni sul tipo di Unione cui si dovrebbe dare vita.

Egli prende spunto dai discorsi di Chirac, Fischer e Ciampi sopracitati, per sottolinearne alcuni tratti fondamentali. Per quanto riguarda quello del Presidente francese, il concetto su cui Elia pone

¹⁹ Il riferimento di Elia è ai seguenti noti discorsi: *From Confederacy to Federation: thoughts on the finality of European integration*, Speech by Joschka Fischer at the Humboldt University in Berlin, 12.5.2000, in http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/00/joschka_fischer_en.rtf; *Allocution du Président de la République, Jacques Chirac, devant le Bundestag*, 27.6.2000, in www.elysee.fr; *Discorso del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi in occasione del conferimento della laurea «honoris causa» dell'Università di Lipsia*, 6.7.2000, in www.quirinale.it. Pierre Moscovici è stato Ministro per gli Affari Europei negli anni 1997-2002.

l'accento concerne la «scelta di esercitare la sovranità in comune», operata dai Paesi dell'Europa in quanto di loro interesse. Elia riporta gli esempi fatti in proposito da Chirac e concernenti l'adozione dell'Euro, la Corte europea, le decisioni a maggioranza qualificata, ma non il voto all'unanimità, contro il quale ancora una volta prende posizione.

Del discorso di Fischer, invece, Elia sottolinea la presa di distanza dalle posizioni espresse dal *Bundesverfassungsgericht* nel 1993. Dalla nota sentenza sul Trattato di Maastricht emergeva infatti, ricorda, «un collegamento quasi indissolubile fra democrazia e Stato nazionale», mentre dal discorso di Fischer – discorso pronunciato a titolo personale, ma sicuramente fatto prima leggere al Cancelliere tedesco – si evince il superamento di tale collegamento e la convinzione che si possa costituire un ordinamento democratico che non si riconosca in uno Stato nazionale²⁰.

A suffragio di questa teoria, Elia richiama anche il discorso pronunciato a Lipsia dal Presidente Ciampi, per riprenderne l'esortazione ad immaginare ordinamenti sopranazionali con una Costituzione democratica, dando vita così ad una «dissociazione tra Stato-nazione e regime democratico, che ci rende più liberi».

Elia prende poi posizione contro alcune argomentazioni contrarie alla previsione di un'Unione «federale».

Non è vero, dice infatti, che il federalismo implicherebbe una concentrazione di poteri nel livello superiore, perché il vero federalismo porterebbe anzi ad una forte distribuzione delle funzioni. Non è vero poi che la diversità delle lingue europee costituirebbe un ostacolo, in quanto alcune esperienze federali contemporanee dimostrano il contrario (Sud Africa, Belgio, Canada, India). L'ostacolo è forse dato dal voler utilizzare le «vecchie» impostazioni del diritto internazionale anziché quelle del diritto comunitario.

La sua visione dell'Unione sembra quindi ora chiaramente ispirata al modello federale: «il nostro problema – afferma ancora Elia – è rendere democratica l'Unione, il che significa anche renderla federale nel senso in cui il livello superiore del federalismo non espropria il livello inferiore».

Elia riconosce, riprendendo un'obiezione del Ministro degli Esteri francese Védrine, che l'integrazione dell'Europa è più difficile di quella degli Stati Uniti, in quanto oltre Oceano non c'erano gli Stati-nazione come nel vecchio continente, ma ritiene che questo ostacolo

²⁰ La sentenza «Maastricht» del BVG del 12.10.1993 è pubblicata in italiano in *Giur. cost.*, 1994, 677-710.

possa essere superato dalla «riconciliazione» fra il senso di identità nazionale e quello di appartenenza alla comunità sopranazionale²¹.

Egli raccomanda all'Europa di non eccedere dai propri poteri (come invece fanno gli Stati nazione) ed auspica che sia le funzioni, sia il «potere politico vero» trovino una sede sopranazionale, in quanto la loro «dispersione atomistica» si rivelerebbe negativa, come insegna l'esperienza dei Paesi dell'Est²².

Tutto il discorso sopra richiamato è significativo per alcuni aspetti.

Innanzitutto, esso conferma il superamento, già anticipato nella relazione al Convegno del 92, della visione dell'Unione europea come organizzazione di diritto internazionale.

In secondo luogo, esso denota l'auspicio per l'evoluzione dell'Unione verso una forma democratica di federalismo, in cui lo «stato centrale» non invada le competenze degli Stati membri ma la sovranità sia ben ripartita fra i due in modo da evitare «parcellizzazioni». A tal fine, Elia auspica che i lavori della Conferenza si concludano portando alla maggiore integrazione possibile e alla creazione di un ente che invogli gli aspiranti membri ad entrarne a far parte²³.

6. *La Convenzione europea del 2002-2003*

Il discorso di Elia al Senato in occasione del voto sulla mozione Migone chiude quella che si è qui individuata come la «seconda fase» dei suoi interventi sull'integrazione europea. L'approvazione del Trat-

²¹ Addirittura, Egli parla di appartenenza all'unione più alta in cui «è soprattutto il principio della lealtà, del patriottismo costituzionale verso l'Europa che solo può salvarci nell'epoca della globalizzazione». Hubert Védrine è stato Ministro degli Esteri francese negli anni 1997-2002.

²² Ancora a questo proposito, Elia dice che è il nuovo costituzionalismo che non deve essere atomistico né statalistico ma che deve riuscire a sostenere ideologicamente lo sforzo per la costruzione dell'Europa. Egli richiama infine due aspetti a lui cari e sui quali si avrà modo di tornare, cioè la Comunità europea di Difesa (il cui Trattato prevedeva l'Europa come ordinamento politico) e le cooperazioni rafforzate.

²³ V. Senato, XIII Legislatura, Assemblea, resoconto stenografico, 887° seduta ant. del 18.7.2000, 18-21. Nello stesso anno, Elia interviene anche sulla Carta dei Diritti e, in particolare, sul suo valore all'interno degli ordinamenti nazionali (ognuno dei quali la può «superare» con le proprie leggi). Elia auspica che la trasfusione della Carta nel Trattato elimini l'ambiguità del suo valore giuridico ed il conseguente rischio di conflitto fra Corti (Lussemburgo, Strasburgo e nazionali) e che nella stessa occasione venga posto rimedio alle lacune sui diritti di nuova generazione. V. Senato, XIII Legislatura, Assemblea, resoconto stenografico, seduta n. 929 pom. del 17.10.2000 (Comunicazione del Governo sul rafforzamento delle Istituzioni europee e la Carta dei Diritti), 9.

tato di Nizza inaugura quindi una terza fase, in cui i suoi interessi si dirigono verso i lavori della Convenzione e il progetto di Costituzione europea, ma nella quale ancora diverse considerazioni vengono spese sulla «natura» dell'Unione europea.

Il primo contributo di questo periodo è un saggio pubblicato nel 2002, nel quale, alla luce dell'intervenuto Trattato di Nizza, i toni entusiastici delle sue posizioni dei mesi precedenti subiscono un *revirement*.

Elia constata infatti che a Nizza non è stato ottenuto il federalismo e che l'«aura federalista» che aveva ispirato l'Europa nella prima metà del 2000 era successivamente «evaporata». Ricorda a questo proposito che il Ministro francese Moscovici e, in maniera più indiretta, il Presidente del Consiglio italiano avevano definito «visionari» i federalisti.

Nizza doveva raggiungere due obiettivi: risolvere i problemi lasciati aperti da Amsterdam e dare delle regole ai Paesi che aspiravano ad entrare nell'UE. Il modo in cui tali obiettivi sono stati perseguiti dal Trattato ha sicuramente deluso i federalisti, soprattutto per le modalità di voto previste (il mantenimento dell'unanimità in molte aree) e il numero di seggi e voti assegnati agli Stati. Un possibile rimedio al «freno» dell'unanimità viene ravvisato nelle cooperazioni rafforzate (auspicabili soprattutto davanti alla prospettiva dell'allargamento e al conseguente rischio che l'Unione diventi solo zona di libero scambio); una speranza per una nuova evoluzione delle riforme viene individuata invece nella «tappa» del 2004, alla quale Elia spera si pervenga attraverso l'esperienza della Convenzione.

A questo proposito, sulla scia del pensiero di alcuni studiosi, Egli introduce uno dei temi più dibattuti del periodo, cioè l'esistenza di un *demos* europeo. Il *demos* costituisce un elemento di discriminazione fra l'esperienza europea e quella statunitense, così come un altro elemento di discriminazione è dato dalla presenza, solo in Europa, degli Stati-nazione, benché la loro esistenza come Stati «pienamente sovrani» sia già terminata in seguito alle due guerre mondiali.

Elia si chiede quindi se il patriottismo costituzionale possa sopravvivere alla mancanza del *demos* europeo portando alla costruzione di uno.

La conclusione del suo saggio è di nuovo all'insegna dell'ottimismo. Benché alcuni Stati europei abbiano dato dimostrazioni di chiusura verso il progetto europeo (cita le dichiarazioni di stampo nazionalista di Blair e Aznar), altri si sono invece posti in modo favorevole ad esso (Belgio e Italia). La prospettiva federalista diverrebbe a sua volta più rosea se si adottasse la visione espressa da Chirac a Berlino (v. *supra*) e si superasse così il principio per cui la democrazia è legata allo Stato-nazione.

A questa previsione aggiunge il suo auspicio personale con cui, sperando che «la formula di Delors per l'Europa – «una federazione di stati-nazione» – non resti un ossimoro e possa diventare una realtà», sembra ricongiungersi alle posizioni che aveva espresso alcuni mesi prima in Senato²⁴.

Un altro scritto dello stesso anno pone nuovamente l'accento sull'importanza dell'integrazione europea. Parlando delle riforme istituzionali che il nostro Paese deve affrontare, Elia vi annovera la definizione delle relazioni con l'Unione europea, con particolare riferimento «ai progetti d'integrazione in un soggetto politico autorevole». È necessario, secondo lui, specificare meglio le intenzioni dell'Italia, in quanto emerge una sorta di contraddizione dall'atteggiamento del Presidente del Consiglio che da un lato parla di «impegno europeista dello Stato *sovrano*», dall'altro dichiara di accettare la formula di Chirac secondo cui gli «Stati nazione dovranno gestire in comune quote di sovranità conferite all'Unione»²⁵.

Nello stesso periodo, le riflessioni sulla natura dell'Unione costituiscono oggetto di un intervento di Elia a un convegno sul governo europeo i cui atti vengono pubblicati nel 2003²⁶.

In tale occasione, esordisce dichiarando di condividere l'opinione di alcuni altri relatori sulla «necessità di superare atteggiamenti euro-scettici perché sono prioritarie le ragioni che spingono ad andare avanti» e ad appoggiare il progetto di Costituzione europea.

Egli si sofferma poi, ancora una volta, sull'opportunità di definire «federale» l'Europa. In proposito Elia afferma che, passato il periodo in cui, sotto l'influenza del pensiero di Spinelli, il riferimento del termine «federale» all'Europa aveva avuto più fortuna, nel momento in cui scrive esso è invece quasi «esorcizzato», anche per la sopravvenuta prevalenza di timori legati alla sopravvivenza dello Stato-nazione. Elia tenta di «far luce» su tali problematiche ribadendo le caratteristiche che – in apparente antitesi fra loro – dovrebbero contrasse-

²⁴ L. ELIA, *La prospettiva dell'Unione europea dopo Nizza*, in E. PANUNZIO e E. SCISO, *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'UE*, Milano, Giuffrè, 2002, 3-10.

²⁵ L. ELIA, *Le prospettive dell'assetto costituzionale*, in *Rassegna parlamentare*, 2002, 151. Oltre alla definizione della posizione italiana in seno all'Unione europea, Elia ritiene che altre questioni sulle quali il Governo del momento debba intervenire siano l'attuazione del Titolo V e la presentazione di alcune chiarificazioni a proposito della forma di governo, oggetto di diversi progetti di revisione.

²⁶ Si tratta del Convegno *Problemi costituzionali dei processi di decisione politica nell'Unione europea*, svoltosi a Trento il 17-19.10.2002. Il Convegno era suddiviso in 4 sezioni. Elia interviene nella IV, dedicata ad una Tavola rotonda sul tema *La Convenzione europea sul futuro dell'Europa e la questione del governo europeo*.

gnare i sistemi federali e cioè l'assenza di accentramento e la natura unitaria. La compresenza dei due elementi si riflette efficacemente nella formula di Delors («federazione di Stati-nazione che esercitano insieme le quote di sovranità messe in comune»), più volte citata da Elia, la quale, «prestandosi a molte varianti di attuazione», «può essere considerata una base comune» e non contrasta con le «visioni» di Fischer, Chirac e Ciampi. Elia riprende poi l'obiezione di Védrine sulle differenze fra Europa e Stati Uniti (v. § 5) ribadendo che la maggior omogeneità che caratterizza i secondi rispetto alla prima non vi impedisce lo scoppio della guerra civile. D'altro canto, però, la grande eterogeneità che contraddistingue l'Europa rende problematica l'applicazione della formula di Delors per quanto riguarda l'esercizio condiviso delle quote di sovranità. A questo proposito, risultano particolarmente negative «l'incertezza circa la divisione delle competenze» e la più volte menzionata previsione dell'unanimità.

Partendo dalle competenze, prende in esame alcuni aspetti su cui il nuovo Trattato costituzionale in corso di elaborazione era chiamato a operare delle scelte per esprimere le proprie vedute in proposito (il riparto di competenze; il principio di sussidiarietà; la differenza fra competenza esclusiva e concorrente e le diverse possibilità di intendere la seconda; la Seconda Camera e, più in generale, il ruolo delle Istituzioni) e conclude augurandosi che, data la problematicità dei nodi da risolvere, la Convenzione v'infonda il dovuto impegno²⁷.

7. *Il Trattato costituzionale europeo*

Mentre Elia elabora le riflessioni di cui al paragrafo precedente, sono in corso i lavori della Convenzione europea, che nell'estate del 2003 presenta il testo del «Trattato che istituisce una Costituzione per l'Unione».

Elia non manca d'intervenire sul nuovo atto prendendo in esame alcuni aspetti dell'Unione cui questo dà vita, e contribuendo a delineare, attraverso tali considerazioni, la sua visione complessiva dell'organizzazione.

Nel 2003 vengono pubblicati due scritti dedicati alla forma di governo dell'Unione europea. Da tutti e due trapela una certa delusione sia verso alcune delle soluzioni adottate dal Trattato, sia verso il tra-

²⁷ L. ELIA, intervento alla tavola rotonda su *La Convenzione europea sul futuro dell'Europa e la questione del governo europeo*, in G. GUZZETTA (a cura di), *Questioni costituzionali del governo europeo*, Padova, CEDAM, 2003, 283-288.

guardo complessivo cui tale atto è pervenuto nel cammino verso la «federalizzazione» dell'Unione.

La prima perplessità sulla natura della «nuova» Unione emerge nella stessa premessa di uno dei due lavori, dedicato alla sua forma di governo. Si può parlare di forma di governo, dice Elia, solo convenzionalmente, in quanto quello cui il nuovo Trattato dà vita è un «ordinamento in cui si disconosce l'esistenza di uno Stato e, in particolare, di uno Stato federale»²⁸.

La successiva analisi di alcuni aspetti fondamentali della nuova Unione spinge a sottolineare la «svalutazione» dell'ordinamento disciplinato dal Trattato costituzionale.

In primo luogo, il riparto del potere fra le Istituzioni, a proposito del quale Egli si sofferma soprattutto sul ruolo della Commissione europea. Nella scelta fra autorità amministrative indipendenti e organi costituzionali, la Commissione, nei suoi primi 50 anni di esperienza, poteva più facilmente essere ricondotta alle prime, dice Elia, in quanto concentrava in sé poteri normativi, esecutivo amministrativi e sanzionatori; la scelta di una prospettiva costituzionale avrebbe invece implicato la divisione dei poteri fra più Istituzioni, in posizione di parità fra loro. Il nuovo testo dispone il rafforzamento di tutt'e tre le Istituzioni (Consiglio, Parlamento e Commissione), nonché la previsione di nuovi organi (il Ministro degli Esteri, un Presidente del Consiglio europeo – organo a sua volta istituzionalizzato – di lunga durata). Il rafforzamento del Consiglio dei Ministri, in particolare, «è l'unica scelta compatibile per mantenere la natura «duale» dell'Unione (di cittadini e di Stati)». Benché associate anche ad un aumento delle competenze dell'esecutivo europeo, tali modifiche porterebbero a «ridimensionare» il ruolo politico della Commissione e, insieme, la componente sovranazionale del sistema.

In secondo luogo le competenze, in riferimento alle quali la situazione non è molto differente. Elia ricorda che la visione di Delors dell'Europa come di una «federazione di Stati-nazione» avrebbe comportato una gestione comune delle competenze che gli Stati membri conferivano all'Unione, con delle importanti implicazioni sulla scelta del criterio di maggioranza ovvero dell'unanimità. In merito, il

²⁸ Elia si era interessato alle dinamiche della «forma di governo» europea anche nella sua attività politica. In occasione delle dimissioni della Commissione del 1999, Egli era intervenuto al Senato chiedendo al Ministro che riferiva sul punto se era possibile coinvolgere il Parlamento nella nomina della nuova Commissione secondo quanto previsto dal Trattato di Amsterdam, sebbene questo non fosse ancora entrato in vigore. V. Senato, XIII Legislatura, Seduta n. 578 del 23.3.1999 (*Comunicazione del Governo sulle dimissioni della Commissione europea*), 29.

nuovo Trattato continua a prevedere la maggioranza in riferimento ad ambiti molto importanti (fiscale, politica estera, difesa), rendendo così difficile, in primo luogo, la «*governance* economica». Elia si augura che venga utilizzata spesso la possibilità, prevista dal Trattato per determinate ipotesi, di passare dall'unanimità alla maggioranza, sperando che così l'Unione acquisti «maggiore capacità deliberativa».

In terzo luogo, la procedura di revisione, che si avvicina di più a quella prevista per i Trattati che a quella tipica delle Carte costituzionali, è ritenuta a sua volta una scelta infelice.

Nonostante tali perplessità, in conclusione, pur affermando che «Filadelfia è lontana dall'Europa», Elia riconosce la validità del testo elaborato dalla Convenzione, individuandone diversi aspetti positivi e si augura che la Costituzione – non ulteriormente «erosa» dalla Conferenza intergovernativa – venga percepita e vissuta come una vera Costituzione dai cittadini europei²⁹.

Il secondo scritto del 2003 è incentrato sulle Istituzioni. A questo proposito Elia si sofferma nuovamente sulla «venuta meno» del monopolio della sopranazionalità in capo alla Commissione europea grazie all'introduzione di altri due organi destinati a divenire «sopranazionali» (il Presidente del Consiglio europeo di lunga durata e il Ministro degli Esteri) e si pone diversi interrogativi sulle modalità con cui tale nuovo sistema potrà funzionare³⁰.

Come già in passato, Elia sottolinea che ulteriori dubbi sul nuovo testo concernono le modalità con cui sarà disposto il superamento del voto ponderato in Consiglio previsto dal Trattato di Nizza e le cooperazioni rafforzate.

Le questioni sopracitate, afferma, rimandano agli interrogativi sul tipo di atto che la Convenzione ha approvato (per cui ricorre alla

²⁹ Elia sottolinea che la valutazione positiva del nuovo atto debba derivare dal suo raffronto non con progetti che miravano ad una maggiore integrazione politica, ma con la situazione di partenza. Fra gli aspetti positivi introdotti dalla nuova Costituzione annovera: l'inserimento della Carta dei Diritti, il superamento dei pilastri, la personalità giuridica unica dell'UE, la gerarchia delle fonti, la riconduzione delle fonti primarie ad un procedimento legislativo, l'estensione, pur non totale, del metodo della maggioranza qualificata. L. ELIA, *Prime osservazioni sulla forma di governo nella Costituzione per l'Europa*, in *Diritto pubblico*, 2003, 757-769.

³⁰ Il monopolio del sistema precedente era emblematicamente rappresentato da alcuni Presidenti di Commissione, fra cui Monnet e Delors. Gli Stati avevano comunque sempre avuto la possibilità di far udire la propria voce attraverso altri organi influenti, come il COREPER, le diplomazie, il Consiglio. La condizione necessaria per far funzionare la *troika* prevista dal Trattato costituzionale (Ministro degli Esteri, Presidente del Consiglio europeo, Presidente della Commissione) è invece data dal fatto che i tre «operino «di concerto» per fare politica e non ordinaria amministrazione».

metafora del Trattato maschio-Costituzione femmina) e, ancora una volta, sulla legittimazione dell'organizzazione che questo deve disciplinare e sui suoi collegamenti con le già citate categorie dello Stato-nazione e del *demos*. Come si può, infatti, ritenere che ci sia democrazia nell'assenza sia dell'uno che dell'altro? Spinelli diceva che c'è una Costituzione se c'è uno Stato federale, ma in Europa si avverte il timore verso la creazione di un super-stato. Come giustificare allora la presenza di una Costituzione senza uno Stato e di una democrazia slegata da un ordinamento statale e da un *demos*³¹?

Nonostante le perplessità espresse, la conclusione di entrambi gli scritti del 2003 contiene un augurio ancora una volta favorevole all'integrazione, formulato attraverso il ricorso, in tutti e due i casi, al termine «erosione»: Elia spera che i lavori della Conferenza intergovernativa che seguiranno quelli della Convenzione non «erodano» ulteriormente la Costituzione né gli aspetti di maggiore integrazione che questa prevede.

8. *Due temi «europei»: la CED e i valori dell'Europa (cenni)*

Trattando delle varie fasi del pensiero di Elia sul tema dell'integrazione europea, si è visto come a margine delle considerazioni sulla natura delle Comunità e poi dell'Unione europea, siano affiorate alcune tematiche collaterali ma strettamente connesse a quella in esame.

Una di queste riguarda la Comunità Europea di Difesa o CED, il cui progetto d'istituzione naufragò nel 1954 in conseguenza della bocciatura da parte dell'Assemblea Nazionale francese.

In momenti e contesti diversi, Elia esprime rammarico verso l'abbandono del progetto che ispirava la CED e soprattutto di quello di Unione politica che esso sottendeva.

Lo fa nello scritto del 1960, cronologicamente molto vicino al mo-

³¹ L. ELIA, *La forma di governo dell'Unione. Le novità strutturali*, in E. PA-CIOTTI, *La Costituzione europea. Luci e ombre*, Roma, Meltemi, 2003, 53-57. Le considerazioni che Elia spende in alcuni suoi scritti o interventi sulla necessità di associare ovvero sulla possibilità di dissociare i concetti di Costituzione, Stato e *demos* s'inseriscono in un acceso dibattito, avviato negli anni della redazione del Trattato costituzionale europeo sia a livello europeo, sia a livello nazionale. Per quanto riguarda il fronte nazionale, v. ad esempio, J.H.H. Weiler, *Federalismo e costituzionalismo*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari, Laterza, 2004, 24; A. Cantaro, *La disputa sulla Costituzione europea*, in AA.Vv., *Verso la Costituzione europea*, Atti dell'Incontro di Studio, Urbino, 17.6.2002, Milano, Giuffrè, 2003, 67; A. CARRINO, *L'Europa e il futuro delle Costituzioni*, Torino, Giappichelli, 2002, 122-123.

mento in cui la Comunità di Difesa è stata ideata e «bocciata», ove in realtà attribuisce agli «europeisti» la forte delusione per la sua caduta e la speranza – abbandonata con l'avvento di De Gaulle – che gli elementi della CED non ripresi dall'Euratom possano essere portati avanti in un altro atto.

Lo fa poi nella sua veste di politico, prendendo posizione in favore del tentativo di prevedere una politica estera e di difesa europee. L'occasione è data dalla crisi dei Balcani della fine del secolo scorso.

Nella primavera del 1999 taluni Stati dell'Europa sud-orientale sono scossi da eventi politici di gravità tale (la «pulizia etnica» degli albanesi del Kosovo da parte delle forze armate serbe) che spingono la Comunità internazionale ad intervenire. Nel dibattito parlamentare che si tiene in Italia sulla legittimità dell'uso della forza da parte della NATO, il senatore Elia interviene asserendo che le gravi violazioni dei diritti umani che si verificano nella regione lo rendono assolutamente legittimo³².

Nel corso di una discussione tenutasi durante lo svolgimento delle operazioni militari, Elia esprime la preoccupazione che il fallimento dell'azione in corso, oltre alle gravi ripercussioni sul piano della tutela dei diritti umani che si sono andati a difendere, pregiudicherebbe nuovamente la prospettiva della «ripresa di un'autonoma iniziativa dell'Unione europea nella politica estera e in quella di difesa», così com'era avvenuto dopo la bocciatura della CED. Egli mette in guardia i colleghi sul pericolo che ciò avvenga e, pur ravvisando delle differenze fondamentali fra i due contesti politici e internazionali, sottolinea un'analogia fra la situazione del momento in cui parla e quella del 1954. Nel 1999 non ci si può richiamare più all'esigenza di affrontare la guerra fredda (come nel 1954), ma permangono gli stessi obiettivi e la necessità di non riservare agli Stati Uniti la condizione di «gendarmeria del mondo»³³.

Riferimenti sporadici alla CED compaiono anche nella relazione del 92, nell'intervento al Senato del 2000, nel primo dei due saggi del 2002.

Un secondo aspetto molto rilevante, soprattutto per il periodo in cui è stato sviluppato, riguarda il riferimento a «valori» europei e in particolare a valori come parametro per la determinazione dei «con-

³² Senato, XIII Legislatura, Assemblea, resoconto stenografico, 584° seduta pom. del 26.3.1999, 60-62.

³³ Senato, XIII Legislatura, Assemblea, resoconto stenografico, 594° seduta del 13.4.1999, 54-56. Al termine del discorso, Elia esprime il voto favorevole del suo gruppo alla missione italiana in Albania.

fini» europei. Espresso nel suo scritto del 1960 ed utilizzato in realtà come contrappeso dell'invito a «sminuire» il ruolo delle Comunità, il concetto di valori comuni europei che determinano una situazione di omogeneità riconosciuta dagli operatori politici ed economici, i quali avrebbero «già tracciato i confini di uno Stato europeo» prima della sua esistenza, risulta particolarmente significativo alla luce di tutti gli studi e i dibattiti che si sono svolti sul punto molti anni dopo. Si pensi emblematicamente, per citare solo alcuni fra i momenti più importanti di tale dibattito, allo studio della Commissione europea del 1992, che si è poi tradotto nei noti criteri di adesione elaborati dal Consiglio europeo di Copenaghen l'anno successivo (e successivamente recepiti nei Trattati europei)³⁴; alla progressiva codificazione, negli atti istitutivi dell'Unione, dei «principi» o «valori» cui la stessa s'ispira (e alle diatribe che li hanno preceduti); alle difficoltà di segnare i confini dell'Europa davanti alle richieste di adesione alla stessa di Paesi di cui possono essere poste in dubbio l'appartenenza geografica al vecchio continente, l'adesione ad alcuni dei valori di cui questo si fa portatore o entrambi questi aspetti.

9. Riflessioni conclusive

Nelle pagine che precedono si è cercato di porre in luce il pensiero di Elia sul tema dell'integrazione europea attraverso la riflessione su alcuni suoi scritti o interventi parlamentari che, a vario titolo, si sono soffermati sull'argomento.

Sicuramente, l'evoluzione delle Comunità che facevano capo a Bruxelles non ha lasciato mai indifferente Elia, che si è posto molti interrogativi sia sui loro sviluppi, sia sulle modalità attraverso le quali il nostro Paese vi si dovesse adeguare.

Il primo aspetto – il «cammino» delle Comunità europee – si è riflesso negli anni in un'evoluzione del suo pensiero, che si è qui suddiviso simbolicamente in tre fasi.

La fase iniziale si basa sostanzialmente sulle considerazioni espresse nel più volte citato saggio del 1960, ed è ispirata ad una certa «cautela» sul fenomeno europeo: l'organizzazione di Bruxelles altro non è che un'organizzazione internazionale, verso la quale gli Stati membri sono ancora perplessi a devolvere la propria sovranità e in relazione alla quale occorre procedere per tappe graduali.

³⁴ V. Commissione europea, *L'Europa e la sfida dell'allargamento*, in *Bullettin EC, Suppl.*, 1992-3, 12 e Conclusioni del Consiglio europeo di Copenaghen, 21-22.6.1993, punto 7, in www.consilium.europa.eu.

Elia non è di per sé contrario ad un'evoluzione dell'integrazione politica (anche se «le prospettive di unificazione politica dell'Europa appaiono per ora sfumate») ed esprime anzi dei rimpianti per l'abbandono del progetto di Trattato CED e del disegno di unificazione politica che questo racchiudeva, ma invita a non «dare nomi grossi» o «volere più di quello che avviene».

Molti anni dopo, a fronte degli sviluppi che stavano interessando il processo d'integrazione europea, i suoi interventi sono caratterizzati da un maggiore entusiasmo verso la prospettiva della costruzione dell'Unione. Il mutato atteggiamento si ravvisa innanzitutto, nel primo periodo di questa seconda fase, nel sostegno espresso nel 1988 e 1989 alla proposta di predisporre, anche a livello nazionale, degli strumenti utili per conferire un «mandato costituente» al Parlamento europeo, e nella delusione, che trapela dal suo scritto del 1992, verso i poco ambiziosi risultati cui è approdato il Trattato di Maastricht.

La diversità delle sue idee sull'Europa emerge in modo ancor più visibile nel secondo periodo di questa fase, nel quale, forse sulla scia del clima complessivo del momento (si pensi ai già citati discorsi di alcuni importanti politici europei, al progetto di redigere un nuovo Trattato comunitario che prevedesse maggiori livelli d'integrazione e «adattasse» l'Unione all'ingresso di molti nuovi Paesi, all'elaborazione della Carta dei Diritti, al ricorso al metodo della Convenzione, etc), Elia esprime pensieri di convinto sostegno alla costruzione europea.

È di questo tempo il discorso al Senato sull'approvazione della mozione Migone, dal quale trapela forse la visione più «federalista» e più «europeista» mai espressa da Elia. Egli auspica che la Comunità prenda il più possibile le distanze dal modello dell'organizzazione internazionale, abbandonando ad esempio l'unanimità come criterio di decisione, e che assuma una struttura vicina a quella di uno Stato federale, muovendo dai presupposti della non necessaria associazione fra i concetti di Stato-nazione e democrazia e riflettendo su quello di esercizio «in comune» della sovranità. L'imminente allargamento dell'Unione all'Europa centro-orientale è non solo appoggiato, ma anche visto come una spinta verso maggiori livelli d'integrazione.

L'adozione del Trattato di Nizza smorza però l'entusiasmo manifestato da Elia (e da molti altri) nella fase precedente la sua redazione, lasciando il campo ad una certa amarezza per la modestia dei risultati. Elia parla di «evaporazione dell'aura federalista» che aveva animato l'Europa all'inizio del 2000. In questa terza fase del suo pensiero europeistico, che abbraccia anche i commenti sul progetto di Costituzione, torna ad esprimere rammarico verso la scelta di mantenere l'unanimità, operata a Nizza e ripresa per taluni ambiti anche nel Trattato costituzionale, individuando però come possibile rime-

dio – soprattutto in riferimento al Trattato di Nizza – il ricorso alle cooperazioni rafforzate. Inserendosi poi in un dibattito molto vivo in quel periodo, Egli introduce un nuovo elemento di perplessità nei confronti dello «Stato europeo», cioè la mancanza di un *demos* ad esso corrispondente e si pone con atteggiamento critico verso molte delle scelte operate da quella che avrebbe dovuto divenire una sorta di assemblea costituente europea, deplorando il mantenimento – nel Trattato del 2003 – di alcuni tratti caratteristici del sistema precedente.

Anche in questo caso, però, la conclusione è all'insegna dell'ottimismo e l'auspicio è favorevole al perseguimento di maggiori livelli d'integrazione.

La presenza di un augurio o esortazione finale verso il proseguimento del cammino dell'integrazione europea è un aspetto caratteristico di tutti gli scritti o interventi sul punto:

1960: «[non bisogna] scambiare le tappe con le mete»³⁵;

1988: «occorre riprendere, dopo quanto previsto nell'Atto Unico, i passi compiuti in modo da renderli irreversibili in senso comunitario»³⁶;

1992: «[l'augurio è che] il processo in senso comunitario federalista continui»³⁷;

1999: «se l'Europa supererà questa crisi potrà percorrere certe prospettive» (sulla previsione di una politica estera e di difesa comune)³⁸;

2000: «bisogna essere determinati nel voler costruire l'Europa, sennò si raggiungerà una conclusione al ribasso che scontenterebbe i Paesi dell'Est»³⁹;

2002: «[dobbiamo augurarci che] la Federazione di Stati-nazione diventi realtà»⁴⁰: «[e chiederci] come far sì che la federazione di Stati nazione non diventi un ossimoro, sinonimo d'impotenza»⁴¹;

2003: «[dobbiamo auspicare che] la Convenzione prenda coscienza dell'altezza della sfida; se la sfida è molto alta, bisogna che lo sforzo sia maggiore»⁴²; «[dobbiamo augurarci che] la Costituzione non sia

³⁵ L. ELIA, *Struttura giuridica e realtà politica della Comunità europea*, cit., 96.

³⁶ V. Senato della Repubblica, X Legislatura, 206° seduta pubblica, resoconto stenografico, 20.12.1988, 26.

³⁷ L. ELIA, *Relazione di sintesi*, in AA.Vv., *Le prospettive dell'Unione europea e la Costituzione*, cit., 306.

³⁸ V. Senato della Repubblica, XIII Legislatura, 594° seduta pubblica, resoconto stenografico, 13.4.1999, 55.

³⁹ V. Senato della Repubblica, XIII Legislatura, 887° seduta pubblica, resoconto stenografico, 18.7.2000, 19.

⁴⁰ L. ELIA, *La prospettiva dell'Unione europea dopo Nizza*, cit., 10.

⁴¹ L. ELIA, *Le prospettive dell'assetto costituzionale*, cit., 151.

⁴² L. ELIA, intervento alla tavola rotonda su *La Convenzione europea sul futuro dell'Europa e la questione del governo europeo*, cit., 288.

erosa dalla Conferenza ma che rappresenti un aiuto a un'integrazione ulteriore»⁴³, [e che] «le novità che tendono ad accrescere l'integrazione non siano erose nella Conferenza intergovernativa»⁴⁴.

Letti in successione cronologica, tali brevi ma significativi messaggi riassumono in modo efficace il pensiero di Elia e denotano soprattutto il fatto che, pur con il rilevamento di notevoli aspetti di criticità e di margini di oscillazione dovuti anche alle contingenti vicende storico-politiche, la sua propensione verso il disegno europeo è sempre stata favorevole.

Non resta che l'interrogativo su quale sarebbe stato il suo «messaggio finale» sul recente Trattato di Lisbona che, pur essendo per alcuni aspetti approdato a posizioni più «arretrate» rispetto al Trattato costituzionale del 2004, ha costituito, per l'integrazione europea, un punto di ri-partenza dopo un lungo periodo critico.

Un interrogativo che purtroppo non possiamo ormai più soddisfare.

⁴³ L. ELIA, *Prime osservazioni sulla forma di governo nella Costituzione per l'Europa*, cit., 769.

⁴⁴ L. ELIA, *La forma di governo dell'Unione. Le novità strutturali*, cit., 57.

Il finanziamento elettorale nel pensiero di Leopoldo Elia

di Riccardo De Caria

SOMMARIO: 1. Gli scritti oggetto di attenzione. – 2. Il commento ai progetti di legge relativi al finanziamento elettorale pendenti al Bundestag nel 1965. – 3. L'analisi della legge tedesca sui partiti del 1967, con particolare riferimento al finanziamento elettorale. – 4. La lezione di Elia.

1. *Gli scritti oggetto di attenzione*

La materia elettorale, insieme con le regole sull'ordinamento interno dei partiti, è stata com'è noto un tema costante di tutta la produzione di Leopoldo Elia. In questo lavoro, ci si concentrerà in particolare sui suoi scritti in merito alla disciplina del finanziamento elettorale. Si darà conto del contenuto di tali opere, cercando di mettere in evidenza il pensiero dell'autore¹, e si cercherà di confrontare le situazioni e i temi descritti da Elia con analoghi problemi manifestatisi in diverse circostanze di tempo e di spazio, ponendo particolare attenzione all'ordinamento italiano, ma anche a quello statunitense, cui Elia fa più volte riferimento nelle opere considerate, e che del resto era stato oggetto di una sua celebre monografia pochi anni prima dei testi qui considerati².

Il principale oggetto di attenzione saranno due introduzioni scritte da Elia, rispettivamente nel 1965 e nel 1970, ad altrettanti volumi a cura del Servizio Studi e Documentazione del Senato della Repubblica (di cui Elia, all'epoca ordinario di Diritto Costituzionale all'Università di Torino, era stato Vice Direttore), dedicati l'uno a *I pro-*

¹ Anche se l'autore precisa che, quando, come si vedrà, egli prende in esame le diverse posizioni avanzate nella dottrina tedesca sull'argomento, non intende esprimere «adesione o dissenso nei loro confronti» (nota 55 a p. 41 del primo dei testi che si esamineranno). In alcuni casi, però, Elia manifesta in modo esplicito la propria opinione, come ad es. a p. XV e seguenti del secondo testo preso in considerazione.

² L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo negli Stati Uniti d'America*, (1961).

getti di legge sull'ordinamento e finanziamento dei partiti nella Repubblica Federale Tedesca, e l'altro alla *Disciplina dell'ordinamento e finanziamento dei partiti nella Repubblica federale tedesca*³. Per brevità, chiameremo il primo lavoro *Introduzione 1965* e il secondo *Introduzione 1970*.

2. Il commento ai progetti di legge relativi al finanziamento elettorale pendenti al Bundestag nel 1965

Nell'*Introduzione 1965*, Elia commenta i progetti di legge a quel tempo pendenti davanti al *Bundestag* (e riportati nel volume in traduzione italiana) per l'attuazione dell'art. 21 (*I partiti*), paragrafo (3) della Legge fondamentale tedesca (L.F.). Questa disposizione prevede una riserva di legge a favore del legislatore federale per la disciplina da un lato dell'ordinamento interno dei partiti e dell'obbligo loro imposto di «rendere conto pubblicamente dell'origine e dell'utilizzazione dei loro mezzi finanziari e del loro patrimonio»⁴ (paragrafo (1)), e dall'altro del principio di «democrazia militante» (*Streitbare Demokratie*), espresso nell'incostituzionalità dei partiti «antisistema»⁵ (paragrafo (2)). In questa sede, viene in rilievo il paragrafo (1).

Come si vedrà, la legge sui partiti prevista appunto dal paragrafo (1) dell'art. 21 fu approvata il 24 luglio 1967, sotto l'impulso di un'importante sentenza del Tribunale costituzionale tedesco, del 19 luglio 1966, relativa proprio al finanziamento elettorale. Nell'*Introduzione 1970*, Elia darà conto di queste fondamentali innovazioni (a loro volta riportate in traduzione nel testo), che nello scritto del 1965 erano ancora allo stadio dei progetti di legge.

Incominciando con l'analisi del primo scritto, l'autore spiega che l'interesse per i progetti tedeschi derivava dal fatto che «il tentativo

³ Per completezza, si segnalano inoltre in argomento i seguenti articoli di giornale: *Sì al finanziamento pubblico*, in *Corriere della Sera*, 11 marzo 1969; *Finanziamento dei partiti - Che cosa ne dice la Costituzione?*, in *Il giorno*, 19 febbraio 1974; *Elia: firme senza controllo, ma la vergogna sono le spese* (intervista di Daria Gorodisky), in *Corriere della Sera*, 3 aprile 2005; *I costi della politica: una proposta* (scritto con Franco A. Grassini), in *Europa*, 5 gennaio 2006.

⁴ Traduzione tratta da E. PALICI DI SUNI, F. CASSELLA e M. COMBA (a cura di), *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea* (2001²), p. 342.

⁵ Per usare la terminologia di Giovanni Sartori (v. ad es. *Parties and Party System: a Framework for Analysis*, pp. 122 ss.). Il paragrafo (2) dell'art. 21 fa riferimento, com'è noto, ai partiti che «tentano di pregiudicare od eliminare l'ordinamento fondamentale democratico e liberale o di minacciare l'esistenza della Repubblica Federale di Germania» (traduzione tratta da DI SUNI, CASSELLA e COMBA (a cura di), *Le Costituzioni*, cit., p. 342).

germanico rappresenta il più rilevante precedente di elaborazione a livello pubblico tendente a dare una disciplina *globale* al fenomeno partitico» (p. 11); inoltre – aggiunge Elia, con l'attenzione per i profili di diritto comparato che sin dalla tesi di laurea⁶ caratterizzò la sua opera – «tra l'articolo 49 della nostra Costituzione e l'articolo 21 L.F., entrambi dedicati ai partiti, sono notevoli le differenze, ma ancora più forti, per ciò che concerne il 1° comma di quest'ultima disposizione, appaiono le somiglianze» (p. 11). Studiare il tentativo tedesco di organica disciplina del diritto dei partiti era quindi particolarmente utile nell'ottica di una possibile attuazione dell'art. 49 della Costituzione italiana⁷.

Le considerazioni svolte da Elia in quella sede conservano oggi gran parte della loro attualità, quando, a distanza di quasi cinquant'anni, ancora manca in Italia una «globale» disciplina del diritto dei partiti paragonabile a quella tedesca oggetto delle due *Introduzioni* qui considerate, e la stessa materia del finanziamento è oggetto di frequenti novelle e di ricorrenti critiche e ulteriori proposte di modifica⁸. Vale quindi la pena anticipare subito la conclusione raggiunta da Elia al termine del primo scritto in esame, e cioè che trova conferma l'ipotesi che i temi dell'ordinamento democratico interno dei partiti e del finanziamento pubblico «si presentano in termini largamente coincidenti nell'ordinamento italiano e in quello tedesco» (p. 43), stante l'analogia tra art. 49 Costituzione italiana e art. 21 (1) L.F.: entrambe le disposizioni, infatti, considerano i partiti in definitiva come associazioni di diritto privato. Certamente, però, i partiti sono al contempo pienamente inseriti nella vita costituzionale dello Stato, il che determina una continua tensione tra «la tendenza alla *fuga dal diritto* (...) e la tendenza opposta verso la *istituzionalizzazione*», e costituisce «uno dei momenti più difficili del difficilissimo rapporto tra Stato e società» (p. 44).

Nell'*Introduzione 1965*, Elia ricorda che la Costituzione di Weimar (1919) non conteneva riferimenti significativi al «fenomeno partitico» (p. 13), parificando i partiti a tutte le altre associazioni, di cui all'art. 124 del testo costituzionale. Tuttavia, l'esperienza degli anni

⁶ Dedicata a «L'avvento del potere parlamentare in Francia».

⁷ Anche se, a p. XII, nota 4, dell'*Introduzione 1970*, Elia precisa che «ogni valutazione circa la possibilità di trasferire o di adattare all'ordinamento italiano istituti e discipline accolte dal legislatore della Repubblica federale è lasciata in questa sede all'apprezzamento del lettore».

⁸ Ad esempio, nella XVI legislatura, mentre si scrive sono attualmente all'esame del Parlamento i seguenti disegni di legge che si occupano a vario titolo del finanziamento elettorale: S-78, S-110, S-313, S-707, S-824, S-1508, S-1586, S-1737, C-17, C-244, C-318, C-653, C-996, C-1067, C-1721, C-1722, C-2471.

successivi, prima e durante il regime nazionalsocialista, mostrò come i partiti «influissero in modo decisivo sulla vicenda costituzionale del Paese» (p. 14). Perciò il Consiglio parlamentare (*Parlamentarischer Rat*), incaricato di redigere il testo di una nuova Legge fondamentale, scelse di introdurre una disposizione (l'art. 21) che disciplinasse espressamente i partiti, e sul cui testo vi fu da subito il sostanziale accordo dei rappresentanti dei maggiori partiti (salvo per ciò che concerne l'obbligo di rendiconto, come si dirà).

Elia osserva dunque che il ritardo nell'attuazione dell'art. 21 non fu dovuto ad una sua «ambiguità» o ad una sua «origine compromissoria», bensì a cause «sopravvenute» (p. 16), fra le quali principalmente il dissenso tra i partiti sul tema del proprio finanziamento (oltre al fatto che l'opinione maggioritaria in dottrina e nella giurisprudenza, segnatamente costituzionale⁹, riteneva tutte le norme dell'art. 21 di natura precettiva e quindi direttamente applicabili anche senza l'intervento del legislatore, salva solo quella sul rendiconto).

Elia passa poi a considerare la legislazione sino a quel momento emanata dal Parlamento federale in materia di partiti politici, relativa alla disciplina delle candidature, al procedimento per la dichiarazione di anticostituzionalità di un partito, e appunto al finanziamento pubblico. Tralasciati i primi due aspetti, ci soffermiamo su quest'ultimo.

A tal proposito, Elia ricorda che anche in questo caso una pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* fu determinante per sbloccare l'*impasse* politica che si era determinata al *Bundestag*: si tratta della sentenza del 24 giugno 1958¹⁰, con cui era stata dichiarata illegittima una disposizione tributaria che permetteva di detrarre dall'imposta sul reddito i versamenti di denaro fatti dai privati ai partiti.

Come spiega Elia in un paragrafo successivo, dove considera per esteso il ruolo della giurisprudenza costituzionale nell'evoluzione della materia, questa pronuncia fece seguito ad una precedente¹¹ in cui il BVerfGE aveva dichiarato illegittima l'applicazione di una simile detrazione, per violazione del principio di uguaglianza (art. 3 (1)) in connessione con l'art. 21 (1), ai soli partiti che avessero ottenuto almeno un rappresentante al *Bundestag* o in un *Landtag*.

La sentenza del 1958 invece dichiara illegittima la detrazione in

⁹ V. in particolare le due sentenze sull'incostituzionalità rispettivamente del Partito Socialista del Reich e di quello Comunista: 23 ottobre 1952 (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, di seguito BVerfGE 2, pp. 1 ss.) e 17 agosto 1956 (BVerfGE 5, p. 85 ss.). Cfr. S. ORTINO, *L'esperienza della Corte Costituzionale di Karlsruhe* (1966), p. 69.

¹⁰ BVerfGE 8, pp. 51 ss. Tale pronuncia verrà nuovamente richiamata più avanti.

¹¹ Sentenza 21 febbraio 1957, BVerfGE 6, pp. 273 ss.

ogni caso, per violazione del principio di uguaglianza sotto due diversi profili. Da un lato, la sentenza osserva che, poiché la detrazione sarà tanto maggiore quanto più denaro il contribuente potrà donare, i contribuenti più ricchi ne saranno avvantaggiati: ciò contrasta appunto con il principio di uguaglianza, e in particolare con quello, da esso ricavabile, di progressività dell'imposizione fiscale, che pur non avendo rango costituzionale (a differenza che nell'art. 53, comma 2 della Costituzione italiana), è comunque il tradizionale criterio a cui è improntata in Germania l'imposta sul reddito¹².

Quanto al secondo aspetto, la sentenza applica al caso di specie il principio della uguaglianza di possibilità di successo (*Chancengleichheit*) dei partiti politici, che sin dalla sentenza 5 aprile 1952 sugli *Überhangmandate*¹³ il BVerfGE ricavò dall'art. 3 L.F., e che è tuttora uno dei più importanti canoni della giurisprudenza costituzionale tedesca in materia elettorale¹⁴. In particolare, spiega Elia, secondo la Corte la legge dichiarata illegittima violava questo principio perché avvantaggiava i partiti sostenuti dai finanziatori più ricchi, così falsando la competizione elettorale.

A seguito della pronuncia del 24 giugno 1958, l'anno successivo il *Bundestag* approvò l'inserimento nello stato di previsione del 1959 di uno stanziamento di cinque milioni di marchi a favore dei partiti «per la promozione del lavoro di formazione politica» («*Zur Förderung der politischen Bildungsarbeit der Parteien*») (p. 21). Tale somma doveva poi essere divisa tra i partiti in proporzione al numero dei propri deputati, e il rendiconto doveva essere effettuato solo al Presidente della Corte dei conti federale¹⁵. L'importo venne quadruplicato nel 1962 e portato a 38 milioni due anni dopo, e venne inoltre eliminato l'originario vincolo del fine di formazione politica.

È interessante riflettere su un dato riportato da Elia, ovvero che

¹² Cfr. P. FISCHER, *La razionalità del prelievo*, relazione al Convegno di Studio «Le ragioni del diritto tributario in Europa» (Bologna, 26-27 settembre 2003), dattiloscritto, disponibile su http://www.jura.uni-bielefeld.de/Lehrstuehle/Fischer/Veroeffentlichungen_Vortraege/Le_ragione.pdf, p. 5.

¹³ BVerfGE 1, pp. 208 ss.

¹⁴ Sul tema dell'uguaglianza delle opportunità in materia elettorale e politica, va quanto meno ricordata, se pur solo *en passant*, la riflessione di Carl Schmitt, nella seconda parte del saggio *Legalità e legittimità*, in *Le categorie del 'politico'* (ed. it. 1972, p. 211 ss.; la seconda parte, dal titolo *Legalità e uguaglianza di chances per l'accessione al potere politico*, è alle pagine 234 e seguenti di questa edizione), cui fa cenno lo stesso Elia, a p. 22, nt. 18.

¹⁵ Più avanti, a p. 43, Elia osserva che tale controllo appare «di scarso rilievo», per la mancata specificazione dei poteri e delle competenze del Presidente della Corte dei conti in questa sede, e soprattutto per l'assenza di sanzioni in caso di riscontrate irregolarità.

tali aumenti dei contributi pubblici vennero approvati col voto dei democristiani della CDU-CSU¹⁶ e dei liberaldemocratici dell'FDP, mentre i socialdemocratici dell'SPD erano contrari. Ci si può interrogare sulle ragioni del favore delle forze moderate e conservatrici per una misura di aumento della spesa pubblica, e della speculare contrarietà dello schieramento progressista, e la ragione di tale apparente paradosso si può probabilmente ricercare nella diversa natura dei partiti in questione: mentre l'SPD era un partito di iscritti, la CDU-CSU e l'FDP erano più tipicamente partiti di elettori, ovvero gli elettori del primo tendevano a partecipare molto alle sue attività e ad iscriversi al partito in percentuale assai significativa, mentre gli elettori dei secondi manifestavano la propria adesione tipicamente nel solo (pur determinante) momento del voto, iscrivendosi in misura assai ristretta ai partiti per cui pure votavano con convinzione¹⁷.

Chiaramente, in questo quadro un finanziamento pubblico favoriva le destre, aiutandole a riequilibrare lo svantaggio rispetto all'SPD, che grazie al maggior numero di iscritti aveva a disposizione maggiori risorse per finanziare la propria attività e le proprie campagne elettorali; ecco dunque la ragione della contrarietà dei socialdemocratici a un aumento del contributo pubblico, e invece il favore di democristiani e liberali.

A proposito di *regolarità della politica*¹⁸, si osserva come questa

¹⁶ In un altro scritto, *Realtà e funzioni del partito politico: orientamenti ideali, interessi di categoria e rappresentanza politica* (contenuto, alle pagine 107 e seguenti, negli Atti del terzo convegno nazionale di studio della Democrazia Cristiana, svoltosi a S. Pellegrino Terme nel 1963, pubblicati nel 1964 con il titolo *Partiti e democrazia* dalle Edizioni 5 Lune), Elia, a p. 141, ricorda che il tema fu discusso a un incontro di giovani democristiani tedeschi a Costanza nel 1958, e solo una minoranza degli intervenuti si disse contraria ad un contributo proporzionale al numero di eletti, temendo che ciò portasse inevitabilmente con sé «un certo grado di controllo sull'ordinamento interno del partito, controllo ritenuto pericoloso per il libero sviluppo della vita politica». Tale concetto figura anche in Elia, *L'attuazione della Costituzione in materia di rapporti tra partiti e istituzioni* [estratto da: *Atti del Convegno di studio su «Il ruolo dei partiti nella democrazia italiana», promosso dalla DC Lombardia, Cadenabbia, 18-19 settembre 1965* (1966)], p. 12.

¹⁷ Questa distinzione si collega ad un tema ricorrente nella produzione di Elia, quello della crisi dei grandi partiti di militanti o di massa e delle sue conseguenze: v. ad es. gli accenni nella nota voce *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, XIX (1970), p. 634 ss., e in particolare p. 670 ss.; in *La forma di governo e il sistema politico italiano*, in A. BALDASSARRE e A.A. CERVATI (a cura di), *Critica dello stato sociale* (1982), p. 103 ss., e in particolare p. 118; in *Appunti su Mortati e le forme di governo*, in M. GALIZIA e P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati* (1990), p. 243 ss., e in particolare p. 248-249; in *Per una legge sui partiti*, in AA.Vv., *Studi in memoria di Franco Piga*, vol. 1 (1992), p. 405 ss., e in particolare p. 411.

¹⁸ Su cui vedi in particolare, in questo volume, i contributi di J. LUTHER, *Il con-*

tendenza dell'elettorato di sinistra a partecipare maggiormente alla vita dei propri partiti e ad iscriversi al partito prediletto in maggior numero rispetto all'elettorato liberal-conservatore sia un dato comune a diversi luoghi e a diverse epoche. In Italia, che pure è un caso particolare vista la *conventio ad excludendum* del PCI, e il tipo di coalizioni che hanno retto il governo per tutta la Prima Repubblica, gli iscritti ai partiti di sinistra nel loro complesso sono sempre stati in numero superiore agli iscritti della Democrazia Cristiana, e in numero macroscopicamente superiore a quelli del Partito Repubblicano e del Partito Liberale¹⁹.

In tutt'altro contesto, la campagna presidenziale americana del 2008 ha mostrato un fenomeno simile: infatti il candidato repubblicano, McCain, si è avvalso del finanziamento pubblico, mentre quello democratico, Obama, ha ritenuto più conveniente per lui fare affidamento su contributi privati, in quanto prevedeva di poter raccogliere una somma largamente superiore, così come poi è stato, e ha pertanto rinunciato al contributo pubblico a sua disposizione (la legislazione elettorale per le campagne presidenziali obbliga infatti i candidati a scegliere tra l'uno e l'altro tipo di finanziamento²⁰).

Tornando all'analisi dell'*Introduzione 1965*, Elia muove poi a considerare nel dettaglio i disegni di legge presentati al *Bundestag* per disciplinare l'ordinamento interno dei partiti, il procedimento di designazione dei candidati, la divulgazione, da parte dei partiti, dei dati sui finanziamenti ricevuti, il loro finanziamento da parte della federazione, e i controlli. Anche in questo caso, ci si soffermerà soltanto su ciò che attiene specificamente ai finanziamenti, cioè sulla rendicontazione e sul carattere pubblico o privato degli stessi.

Quanto al primo punto, Elia osserva che nei disegni di legge esaminati vi erano regole dettagliate per disciplinare l'obbligo per i partiti, di cui all'articolo 21 L.F., di render conto pubblicamente delle proprie fonti di finanziamento²¹. Sul modo di attuare questo obbligo, però, i progetti divergevano: quello governativo del 1959 e quello dei

tributo di Leopoldo Elia al bicameralismo, e F. LONGO, *Commissioni ed organizzazione dei lavori parlamentari negli scritti di Leopoldo Elia*.

¹⁹ V. i dati riportati da L. FASANO e N. PASINI, *Nuovi cleavages e competizione partitica nel sistema politico italiano*, *Working papers del Dipartimento di Studi sociali e politici* dell'Università di Milano, 2/2003, p. 12, e le fonti ivi citate.

²⁰ 26 U.S.C. § 9003 (b) 2. Inoltre i candidati che accettano il contributo pubblico non possono spendere fondi propri oltre 50,000 dollari (26 U.S.C. § 9004 (d)).

²¹ Nel già citato *Realtà e funzioni del partito politico*, p. 35, Elia aggiunge che questo obbligo è analogo a quello previsto dalla Costituzione italiana all'articolo 21, in base al quale il legislatore può imporre «che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica».

gruppi di maggioranza (CDU/CSU e liberali) del 1964 prevedevano una registrazione delle entrate nel rendiconto secondo l'importo totale, quindi senza l'indicazione nominativa dei finanziatori. Invece il progetto socialdemocratico del 1965 stabiliva la classificazione dei singoli contributi in base all'importo, e la pubblicazione del nome di tutti coloro che contribuirono per più di 10.000 marchi l'anno²².

Su questo punto inizia la riflessione di Elia. La maggioranza sosteneva che l'indicazione nominativa violasse il principio di segretezza del voto di cui all'art. 38 (1) L.F., nonché la libertà di manifestazione del pensiero nella sua accezione negativa (cioè di *non* manifestare le proprie opinioni: *negative Meinungsfreiheit*); e sosteneva inoltre che ove la Costituzione avesse voluto prescrivere l'indicazione nominativa, lo avrebbe dovuto dire in modo espresso.

Elia ritiene però più persuasiva l'argomentazione opposta, sostenuta invece dall'opposizione, che s'imperviava sui seguenti punti: innanzitutto, i lavori preparatori inducono a ritenere non fondata la tesi dell'*ubi voluit, dixit*, se si considera che il deputato che propose l'emendamento sulla pubblicità delle fonti di finanziamento, poi sostanzialmente ripreso dall'art. 21 L.F., lo giustificò espressamente con l'esigenza di evitare che si potesse ripetere il finanziamento occulto di un partito come quello nazista, ad opera di importanti industrie²³. In secondo luogo, quanto all'argomento relativo alla libertà di parola negativa, l'obiezione era che «includendo il finanziamento una positiva manifestazione del pensiero, si sarebbe già fuori dalla sfera della libertà negativa» (p. 34). Infine, si osservava che l'obbligo di indicazione nominativa non violerebbe affatto la *Chancengleichheit*, «svantaggiando i partiti di elettori rispetto ai partiti di iscritti, perché la Legge fondamentale non ha inteso cristallizzare un determinato equilibrio tra le forze politiche» (p. 34).

Elia conclude quindi sul punto osservando che ciò non significa

²² In *Realtà e funzioni del partito politico*, pp. 35-36, Elia ricorda che il medesimo problema dell'indicazione nominativa si era posto anche nei dibattiti svoltisi in Svezia e Inghilterra nei decenni precedenti, e che in Inghilterra nessun obbligo di render pubbliche le fonti di finanziamento era stato infine introdotto, neppure quando il governo fu in mano ai laburisti, favorevoli a questo obbligo in quanto era noto a tutti che i loro finanziamenti provenivano in larga misura dalle *Trade Unions*.

²³ Fenomeno già richiamato da Elia in *Realtà e funzioni del partito politico*, pp. 36-37, dove si legge: «nel secondo dopoguerra il ricordo dei fondi messi a disposizione di Hitler da alcuni capitalisti tedeschi – che salvarono ad un certo momento il partito nazionalsocialista da una profondissima crisi finanziaria – costituì una spinta per far inserire nella costituzione di Bonn la disposizione circa la pubblicità dei fondi, ma soprattutto per giustificare poi, nelle intenzioni dei propugnatori, un sistema di finanziamento che prescindesse da contributi privati».

affermare che l'indicazione nominativa sia, in Germania, una soluzione costituzionalmente necessitata e quindi l'unica legittima; al contrario, vi è soltanto un più ampio spazio per «giudizi di convenienza» (p. 34) delle forze politiche. L'autore lascia infine trasparire il proprio interesse per una terza via, proposta nella dottrina tedesca²⁴, che tralascia l'indicazione nominativa, troppo controversa, ma impone «la classificazione per categorie di finanziatori (industrie, banche, istituti assicurativi, eccetera)», soluzione che pare estremamente interessante ancor oggi *de iure condendo*, considerato che è oggetto di polemica frequente nel dibattito politico, non certamente solo italiano, l'influenza che questi ed altri gruppi riescono ad esercitare sul decisore pubblico, tramite la c.d. attività di *lobbying*.

Un'ultima notazione: Elia osserva che questa proposta maturò anche alla luce delle «esperienze negative delle disposizioni statunitensi in tema di indicazione nominativa dei finanziatori elettorali e delle elusioni molteplici cui esse hanno dato luogo» (p. 34)²⁵. A questo proposito, è opportuno notare come in quell'ordinamento (che peraltro è quello dove il tema della pretesa indebita influenza dei c.d. gruppi di pressione sul legislatore e sull'esecutivo è più sentito e studiato ancor oggi e anzi con sempre maggior intensità), il problema del bilanciamento tra diritto a mantenere riservata la propria appartenenza ad un'associazione (*privacy of association*), e segreto il proprio pensiero (*privacy of belief*), da un lato, ed esigenze di trasparenza, dall'altro, è stato affrontato nella decisione più importante in materia di finanziamento elettorale sinora pronunciata negli Usa dalla Corte Suprema, *Buckley v. Valeo*²⁶, successiva ad entrambi gli scritti che si stanno considerando.

In questa pronuncia, la Corte Suprema ribadì l'affermazione di principio, costante nei suoi precedenti, secondo cui le disposizioni che impongono l'indicazione nominativa dei finanziatori presentano un rischio di per sé molto elevato di violare (*infringe on*) la *privacy of association and belief*²⁷, che a sua volta è ricondotta nell'ambito della libertà di manifestazione del pensiero²⁸ (nella sua versione ne-

²⁴ U. DÜBBER, *Parteifinanzierung in Deutschland*, 1962, 68. Si tratta di uno dei testi più citati nell'*Introduzione 1965*.

²⁵ Rinviando sul punto a R. FUSLIER, *Les finances des partis politiques*, in *Revue politique et parlementaire*, 1953, 154 ss. Analogo richiamo ai fallimenti della legislazione statunitense in tema di pubblicità delle fonti di finanziamento era contenuto in *Realtà e funzioni del partito politico*, p. 36.

²⁶ 424 U.S. 1 (1976). V. in particolare pp. 60 ss.

²⁷ *Ibid.*, p. 64.

²⁸ A partire dall'importante caso *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), in cui il giudice Douglas, scrivendo per la Corte, introdusse un concetto poi ripreso

gativa, «*freedom not to speak*»), la quale gode storicamente nell'ordinamento americano di una tutela particolarmente forte tramite il Primo Emendamento della Costituzione. Tuttavia, la Corte ha riconosciuto in via mai più revocata in dubbio che «*there are governmental interests sufficiently important to outweigh the possibility of infringement [of the exercise of First Amendment Rights], particularly when the «free functioning of our national institutions» is involved*»²⁹.

Quanto all'Italia, la legge 10 dicembre 1993, n. 515 impone in via generale un regime di pubblicità dei contributi (art. 7, comma 4, e 12, comma 1), ma non è mai stato sollevato alcun rilievo di legittimità costituzionale di tali disposizioni, non avendo del resto la libertà di manifestazione del pensiero nel sistema italiano un ruolo paragonabile a quello di cui essa gode nel sistema costituzionale degli Stati Uniti, dove è un autentico architrave dell'intero ordinamento.

Veniamo ora alla natura pubblica o privata del finanziamento. In *Realtà e funzioni del partito politico*³⁰, Elia aveva già espresso l'opinione per cui non si dovesse «assumere una posizione pregiudizialmente negativa» (p. 32) ad una disciplina del finanziamento elettorale, ma occorresse piuttosto procedere valutando con rigore scientifico vantaggi e svantaggi delle diverse opzioni teoriche, guardando anche il più possibile all'esperienza straniera per trarne utili indicazioni (e le due *Introduzioni* hanno proprio questo scopo, analizzando nel dettaglio la vicenda tedesca).

In quella sede, Elia aveva già fatto degli accenni, molto più brevi, all'ordinamento statunitense, ricordando che il Presidente Theodore Roosevelt nel 1907 aveva chiesto ufficialmente al Congresso di introdurre un sistema di finanziamento pubblico dei partiti, ma che tale richiesta era rimasta inevasa. Addirittura, la Corte Suprema del Co-

costantemente: anche se la *privacy* non è protetta dalla Costituzione in modo espresso, comunque è da essa tutelata, rientrando nella «penombra» del Primo Emendamento: «*the First Amendment has a penumbra where privacy is protected from governmental intrusion*».

²⁹ *Ibid.*, p. 66. La Corte confermò così il proprio precedente di quindici anni prima (non relativo ad un caso di finanziamento elettorale) *Communist Party v. Subversive Activities Control Bd.*, 367 U.S. 1 (1961); la *ratio* dell'esigenza di salvaguardare il «*free functioning of our national institutions*» è tratta appunto da questo caso, a p. 97. Perfino nella recente pronuncia, *Citizens United v. FEC* (2010), successivamente citata, con cui la Corte ha dichiarato illegittime delle importanti restrizioni al finanziamento elettorale da parte delle *corporations*, così prendendo nettamente posizione per la deregolamentazione del sistema, ha comunque confermato la legittimità delle disposizioni che impongono la *disclosure*, cioè la pubblicità dei mezzi di finanziamento. In quest'ultima decisione, solo il giudice Thomas ha dissentito su questo punto.

³⁰ ELIA, *Realtà e funzioni*, cit.

lorado dichiarò illegittima una legge di quello stato, del 1909, che aveva tentato di recepire le istanze di Roosevelt³¹. In effetti, un sistema di finanziamento pubblico fu introdotto solo alcuni anni dopo rispetto a quando scriveva Elia (molti anni dopo, rispetto al primo tentativo del Colorado), precisamente nel 1974³², sull'onda dello scandalo *Watergate*, e comunque solo per le campagne presidenziali.

In un testo contemporaneo a quello che si sta considerando, *L'attuazione della Costituzione in materia di rapporti tra partiti e istituzioni*,³³ emerge comunque il favore di Elia per un finanziamento dei partiti ad opera dello Stato, e merita riportare interamente le sue parole sul punto: pur avendo il finanziamento pubblico degli inconvenienti, tra cui la produzione di «apparati burocratici spesso inutili, ma sempre costosi, [...] è tale il vantaggio di liberare i partiti da alcuni condizionamenti più pesanti e più stringenti sul piano delle scadenze, mettendoli in grado di assumere decisioni esenti da ipoteche di gruppi di pressione, è così forte il beneficio, in termini di moralità e di buona amministrazione, che si ottiene esonerando taluni dirigenti di enti pubblici dalla necessità di far fronte in qualche misura agli oneri della vita democratica in una società moderna, che val pure la pena di andare incontro ad inconvenienti sempre minori degli attuali; purché sia sempre salvaguardata da una parte, l'esigenza della piena libertà di struttura e di movimento interno dei partiti, e dall'altra l'assoluta insindacabilità delle loro decisioni politiche. Non vi è dubbio che sarebbe altamente contraddittorio riconoscere nei partiti un elemento essenziale della vita democratica, e nello stesso tempo negare ad essi i mezzi necessari allo svolgimento dei loro compiti».

In ogni caso, in *Introduzione 1965*, Elia inizia la trattazione del tema del finanziamento pubblico notando come su di esso si era riscontrata in Germania una profonda divergenza di vedute tra le forze politiche, anche alla luce della completa libertà d'azione lasciata al le-

³¹ Il testo della legge, *The Colorado law for payment of campaign expenses by the people (An Act Concerning campaign expenses of political parties and contributions thereto, approved April 27, 1909)* è reperibile nel *Congressional Serial Set*, vol. 61, p. 93. Invece la pronuncia della Corte Suprema del Colorado che dichiarò illegittimo il sistema di finanziamento pubblico stabilito da questa legge (nel caso *The People upon the relation of the State Chairman v. William J. Galligan, State Treasurer*) è un'opinione non scritta: v. John S. Bottomly, *Corrupt Practices in Political Campaigns*, 30 *Boston University Law Review* (1950), p. 380; J.K. POLLOCK, *Party Campaign Funds* (1926), p. 90.

³² Public Law 93-443. Tale provvedimento emendò a sua volta il *Federal Election Campaign Act*, Public Law 92-225.

³³ ELIA, *L'attuazione della Costituzione*, cit. V. in particolare p. 13 ss.

gislatore dal costituente, che all'art. 21 L.F. non aveva previsto alcuna indicazione in materia.

In realtà, pur in assenza di prescrizioni costituzionali, il Tribunale di Karlsruhe, nella già ricordata sentenza 24 giugno 1958³⁴, aveva chiaramente indicato al legislatore come scelta costituzionalmente preferibile (se pur non obbligata) la via del finanziamento pubblico, non solo per le elezioni, ma anche per la vita ordinaria dei partiti, visto il ruolo centrale dei secondi nella realizzazione delle prime, a loro volta momento principe della vita democratica dello Stato. Elia ricorda poi che la successiva ordinanza 15 marzo 1961³⁵ aveva aggiunto che il finanziamento pubblico garantirebbe ai partiti l'indipendenza da sorgenti di finanziamento di altro tipo, e con esse dai relativi condizionamenti, cosa che andrebbe in direzione di un miglior perseguimento dell'interesse generale.

In entrambe queste pronunce, peraltro, un argomento centrale a sostegno della preferibilità costituzionale del finanziamento pubblico è la natura di organi della vita costituzionale riconosciuta ai partiti dallo stesso *Bundesverfassungsgericht*, nelle sentenze che avevano affermato la loro legittimazione a proporre il ricorso diretto di costituzionalità per far valere lesioni dei propri diritti, ove collegati alle proprie funzioni costituzionali³⁶ (e quindi tipicamente nel procedimento elettorale).

In questo quadro, come si è visto, dal 1959 i gruppi di maggioranza avevano deliberato a favore di tutti i partiti rappresentati al *Bundestag* un finanziamento annuale (senza peraltro che una legge ordinaria ne precostituisse il titolo di spesa, requisito sulla cui necessità Elia torna più volte); ciò però sembrava violare in modo evidente la *Chancengleichheit* delle liste non rappresentate. Elia ricostruisce a questo punto le diverse opzioni prospettate in dottrina per risolvere tale questione, mettendo in rilievo l'estrema difficoltà di trovare una soluzione costituzionalmente accettabile per realizzare in concreto il finanziamento pubblico.

Infatti un criterio che attribuisse i fondi in proporzione al numero di iscritti avvantaggerebbe i partiti di iscritti a danno di quelli di elettori; uno che facesse riferimento ai risultati delle ultime elezioni ten-

³⁴ BVerfGE 8, pp. 51 ss.

³⁵ BVerfGE 12, pp. 276 ss. V. anche le pronunce 22 giugno 1960 (BVerfGE 11, p. 239 ss.) e 11 maggio 1964 (BVerfGE 18, p. 34 ss.).

³⁶ A partire dalla pronuncia del *plenum* del Tribunale Costituzionale 20 luglio 1954, n. 2 (BVerfGE 4, p. 27 ss.). Elia rinvia poi a M. MAZZIOTTI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, 1962, I, «per l'indicazione analitica delle sentenze e per interessanti osservazioni»: v. in particolare p. 289, nt. 15.

derebbe a «cristallizzare lo *status quo* e a danneggiare i nuovi partiti» (p. 39); ma anche la soluzione che Elia definisce più «originale», che prevedeva di lasciare ogni anno la scelta ai cittadini in sede di dichiarazione fiscale, si scontrava con i seguenti elementi: «la difficoltà di evitare, senza congegni troppo macchinosi, una classificazione politica dei cittadini in sede fiscale»; «non tutti i cittadini politicamente attivi sono anche dei contribuenti»; «sottoporre ad un plebiscito permanente lo schieramento delle forze politiche» presenta gravi inconvenienti, perché provoca «instabilità o diminuzione di autorità al vertice dello Stato» (p. 39).

Elia conclude questa parte della sua argomentazione con questa significativa affermazione: «sembra che, sia a proposito di eguaglianza delle possibilità di successo, sia riguardo all'aderenza dell'istituto alla mobilità sociale dei partiti, vi siano difficoltà strutturali e praticamente insuperabili che mettono in pericolo, dal punto di vista della parità di *chances*, qualsiasi tentativo di attuare concretamente il finanziamento pubblico» (p. 39), tant'è che diversi autori tedeschi avevano concluso circa l'impossibilità di prevedere un sistema di finanziamento pubblico conforme a Costituzione.

Sullo sfondo di questo dibattito dottrinale vennero presentati i già ricordati disegni di legge del governo e dei partiti. Il progetto governativo era estremamente laconico sul tema, mentre quello di maggioranza prevedeva la creazione di un fondo in cui la federazione avrebbe dovuto versare un marco per ogni voto ricevuto da ciascun partito nell'ultima elezione, e che – detratto un 5% fisso per ciascuno dei partiti rappresentati – sarebbe stato diviso tra i partiti sulla base dei rispettivi voti ottenuti all'ultima tornata. Inoltre, questo progetto prevedeva altresì la creazione di un complesso sistema di buoni di donazione (anch'essi riservati alle sole forze presenti al *Bundestag*), che davano titolo ai finanziatori privati per ottenere dal *Bund* il rimborso del 40% delle somme versate: si trattava di un'alternativa alla detrazione fiscale dichiarata illegittima dalla sentenza 24 giugno 1958.

Il progetto socialdemocratico, invece, per le ragioni che si sono già esaminate, stabiliva che i partiti dovessero autofinanziarsi, potendo ricevere contributi solo per scopi di educazione civica, e in ogni caso le disponibilità proprie dovessero essere significativamente maggiori del finanziamento pubblico ricevuto³⁷.

Nel maggio 1965 il Ministro-Presidente dell'Assia ricorse contro la legittimità della legge di bilancio di quell'anno, nella parte in cui

³⁷ Questo sistema ricorda in parte quello dei *matching funds* previsto per le primarie presidenziali negli Stati Uniti dal *Presidential Primary Matching Payment Account Act*, 2 U.S.C. § 9031 e ss.

stabiliva il finanziamento pubblico a favore dei partiti, adducendo, come ricorda Elia³⁸, i seguenti argomenti: non rientra nella competenza del *Bund* finanziare i partiti; il finanziamento, tanto più in misura elevata e sganciata dal perseguimento di fini specifici, tradisce lo spirito dell'art. 21, trasformando i partiti, da associazioni private come vuole l'art. 21, in partiti di Stato. Elia definisce «particolarmente brillante» il ragionamento svolto su questo punto, riassunto nell'enunciato per cui i partiti «debbono sostenere lo Stato e non essere essi stessi sostenuti dallo Stato» (p. 40); inoltre, la concessione ai soli partiti rappresentati pregiudica la possibilità di creare altri partiti, e per di più attribuisce alla maggioranza il potere di sottrarre il finanziamento all'opposizione; ancora, il finanziamento pubblico «pregiudica la formazione democratica della volontà all'interno dei partiti e favorisce l'allargamento e il rafforzamento della burocrazia centrale» (p. 40); infine, il finanziamento ai soli partiti presenti al *Bundestag* viola la *Chancengleichheit* dei partiti, derivante dall'art. 3 L.F.

Elia conclude osservando che in definitiva la questione ruota tutta attorno alla contrapposizione tra «la natura associativa, libera, essenzialmente privatistica del partito e il risultato di istituzionalizzazione a cui, almeno parzialmente, perverrebbe il proposto finanziamento» (p. 40), e precisando come in effetti la Legge fondamentale presupponga sì l'esistenza dei partiti, ma non contenga «una garanzia di sopravvivenza per questo o quel partito, e tanto meno per quelli che non traggano dalla società le forze per svolgere in modo libero la propria azione» (p. 41), al punto che alcuni autori hanno ritenuto preferibile agli inconvenienti del finanziamento pubblico la perdita di autonomia derivante dal sistema privato di finanziamento, cosicché sia il popolo «a giudicare finanziati e finanziatori quando fosse realizzato il precetto costituzionale sul rendiconto» (p. 41).

L'*Introduzione 1965* rimane così in sospeso sul punto, in attesa dell'importantissima pronuncia su questo ricorso, e sui ricorsi analoghi presentati da alcuni partiti non presenti al *Bundestag*, per asserita violazione della loro *Chancengleichheit*. Elia precisa che il punto chiave sarà il parametro impiegato dal Tribunale Costituzionale in caso di declaratoria di illegittimità: se sarà l'art. 3, nell'accezione della *Chancengleichheit* dei partiti, si potrebbero comunque immaginare sistemi (come un aiuto ai nuovi partiti) che salvaguardino la possibi-

³⁸ Che precisa che in alcuni casi, per la verità, più che di motivi di illegittimità si tratta forse più che altro di meri inconvenienti pratici. Si può forse leggere dietro questa precisazione un ammonimento, quanto mai attuale, a non confondere i due piani, quello dell'opportunità pratica o della preferenza politica e quello della legittimità costituzionale.

lità del finanziamento pubblico, correggendone le distorsioni incostituzionali; se invece sarà l'art. 21, in tal caso si tratterà di un completo *revirement* del Tribunale, e la strada per (re)introdurre finanziamento pubblico sarà assai più impervia.

Prima di passare all'*Introduzione 1970*, dove la sentenza – che sarà la già citata 19 luglio 1966³⁹ – viene esaminata in modo approfondito, resta un'ultima considerazione da svolgere: in chiusura dell'*Introduzione 1965*, Elia sottolinea il notevole ritardo, rispetto ai tempi consueti, con cui tale sentenza è stata pronunciata, a conferma «insieme (del)l'importanza della materia e (del)la molteplicità delle esigenze, talora contraddittorie, che emergono dal sistema» (p. 41).

Ebbene, ancora a proposito di regolarità e similitudini storico-politiche, è singolare confrontare l'aspettativa creata da questa sentenza con quella generata da una assai più recente in tutt'altro ordinamento. Qualcosa di sorprendentemente simile è in effetti avvenuto in tempi molto recenti per una pronuncia della Corte Suprema americana sempre in materia di finanziamento elettorale (*Citizens United v. FEC*, 130 S.Ct. 876, 558 U.S. 50, 2010). La soluzione del caso era già attesa da tempo, ma con una decisione del tutto inusuale nel giugno 2009 la Corte ordinò un nuovo *hearing* del caso, cosicché la sentenza fu pubblicata solo dopo un ulteriore lasso di tempo, nel gennaio 2010. E come per la sentenza tedesca, anche in questo caso l'attesa era proporzionata all'impatto della pronuncia, avendo la sentenza in questione della Corte Suprema fatto crollare porzioni molto significative dell'impianto legislativo e giurisprudenziale consolidato da decenni, sottoponendo ad *overturn* due propri importanti precedenti e dichiarando così illegittimi i limiti alla contribuzione diretta ai partiti da parte di *corporations* e *unions*.

Evidentemente, la materia elettorale, e quella del finanziamento in modo specifico, a dispetto del loro carattere tecnico si confermano decisive sul piano delle scelte di politica costituzionale perseguite da un ordinamento, anche per via dei loro chiari riflessi sulla forma di governo.

3. *L'analisi della legge tedesca sui partiti del 1967, con particolare riferimento al finanziamento elettorale*

Veniamo così all'*Introduzione 1970*. Finalmente in questo testo Elia ha la possibilità di commentare la sentenza tanto attesa cinque

³⁹ BVerfGE 20, p. 56 e ss.

anni prima, che costituisce insieme il culmine del processo di creazione del diritto ad opera del giudice costituzionale tedesco in materia elettorale e la premessa per gli ulteriori sviluppi della materia stessa. In effetti, con riferimento alla legge sui partiti che fu infine approvata l'anno dopo la sentenza, e su cui si tornerà in seguito, Elia osserva che «poche volte nella storia delle istituzioni si trova un legame così diretto ed evidente tra la pronuncia di un organo di giustizia costituzionale e le deliberazioni di un corpo legislativo» (p. XII); e soggiunge che, con la pronuncia del 1966, «dalla legislazione negativa (riconosciuta da Kelsen come il potere caratteristico delle Corti costituzionali) si passa ad una legislazione «positiva» che non lascia spazio veruno a scelte sia pure consequenziali del Parlamento: la Corte non crea vuoti che per riempirli contestualmente, traendo dal principio di eguaglianza applicazioni che sembrerebbero rimesse (anche in seconda battuta!) alle deliberazioni delle Camere legislative» (p. XX).

In via introduttiva, Elia riepiloga brevemente le ragioni dell'improprietà del sistema di finanziamento così come si era evoluto in Germania: su tutte, come si è visto, l'assenza di una legge di autorizzazione alla spesa, così come di una legge organica sui partiti, nonostante essa fosse imposta dall'art. 21. Dopo di che, l'autore riferisce i contenuti principali della pronuncia: è costituzionalmente illegittimo il sistema di finanziamento pubblico fino ad allora in vigore, perché la Legge fondamentale, all'art. 21, pone i partiti, in quanto associazioni di diritto privato, al di fuori dell'ordinamento statale, mentre il finanziamento pubblico ve li fa necessariamente rientrare; in altri termini, la formazione della volontà popolare dev'essere un processo ascendente⁴⁰ e a senso unico, mentre la disciplina vigente determinava inevitabili interferenze e distorsioni. Pertanto, in assenza di un loro specifico fondamento costituzionale, il Tribunale Costituzionale dichiara l'illegittimità del finanziamento dell'«attività politica complessiva» («*gesamte Tätigkeit im Bereich der politischen Meinungs*») dei partiti, ma aggiunge che il ruolo fondamentale dei partiti per il funzionamento della democrazia consente (ma non impone) al legislatore di introdurre un sistema di finanziamento pubblico, fondato su un meccanismo di rimborso delle spese elettorali. La sentenza dichiara quindi l'incostituzionalità per violazione dell'art. 21 (considerando assorbito ogni altro profilo, quelli di cui all'art. 3 compresi),

⁴⁰ Sulla contrapposizione tra concezione ascendente e discendente «del governo e della legge», v. M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale* (1994), p. 114 e ss., e i riferimenti ivi contenuti (in particolare a W. ULLMANN, *Principi di governo e politica nel Medioevo* (1972, ed. originale 1966), 14 ss.

ma ha comunque cura di precisare che un sistema di finanziamento pubblico non è in sé illegittimo, rendendo così possibile la sua reintroduzione, che altrimenti avrebbe incontrato seri ostacoli, come si è visto aveva intuito con anticipo Elia.

In ogni caso, la materia del finanziamento elettorale ha costituito oggetto di ricorrente attenzione in Germania da parte del legislatore, che ha ripetutamente novellato la disciplina di questo settore⁴¹ (peraltro anche in questo Paese col contorno di alcuni scandali di grande impatto politico⁴²).

A questo proposito, va ricordato che con la sentenza 14 luglio 1986⁴³ il *Bundesverfassungsgericht* dichiarò la non illegittimità delle disposizioni del 1984 che avevano previsto la deducibilità delle donazioni private fino al 5% delle entrate, e l'attribuzione di un contributo pubblico compensativo ai partiti con minor sostegno popolare (*Chancenausgleich*). Forte di questa pronuncia, nel 1989 il *Bundestag* aumentò ulteriormente il finanziamento pubblico dei partiti, introducendo un nuovo rimborso per i partiti che ottenessero almeno il 2% dei voti e aumentando il *Chancenausgleich*. A questo punto, intervenne nuovamente il Tribunale Costituzionale, che, con la sentenza 9 aprile 1992⁴⁴ dichiarò la quasi completa illegittimità del sistema allora vigente, ma soprattutto, con un evidente *revirement* rispetto alle precedenti pronunce, affermò la conformità a costituzione di un sistema di finanziamento generale dei partiti ad opera dello Stato, non più limitato al solo meccanismo dei rimborsi.

Questa pronuncia sollecitò un nuovo intervento del legislatore, che il 28 gennaio 1994 emanò la sesta legge di riforma della disciplina dei

⁴¹ Per la ricostruzione delle diverse tappe normativo-giurisprudenziali, riportate di seguito nel testo, v. A. DE PETRIS, *Finanziamento della politica e corruzione: il caso tedesco*, in *Nomos*, 1999, f. 1, p. 89 ss., e in particolare p. 91 ss., nonché C. PANARA, *Il rapporto tra il finanziamento pubblico dei partiti politici ed il principio di eguaglianza delle chances: i casi tedesco ed italiano*, in *DPCE*, 2006, f. 1, p. 181 ss.

⁴² I principali sono il noto caso dei fondi neri alla CDU che travolse l'ex Cancelliere Kohl, e il caso Flick (sul quale v. ad es. A.B. GUNLICKS, *Campaign and Party Finance in the West German «Party State»*, in *The Review of Politics*, Vol. 50, No. 1, *Special Issue on German Politics* [Winter, 1988], p. 30 ss., e in particolare p. 39, nonché M. MORLOCK, *Finanziamento della politica e corruzione: il caso tedesco*, in *Quad. cost.*, 1999, n. 2, p. 257 ss., e in particolare p. 268 ss.). Più in generale, sul tema, v. Fulco Lanchester (a cura di), *Finanziamento della politica e corruzione* (2000). Merita di essere ricordato infine anche il *dissent* del giudice Stevens nella ricordata recente sentenza *Citizens United v. FEC*: l'opinione di Stevens è tutta fondata sull'esigenza di limitare il finanziamento ad opera delle *corporation* per via dei rischi di corruzione e «*undue influence*» sul decisore pubblico che esso comporta.

⁴³ BVerfGE 73, p. 40 ss.

⁴⁴ BVerfGE 85, p. 264 ss.

partiti⁴⁵, prevedendo sostanzialmente un contributo per i partiti commisurato ai voti ottenuti più un altro legato ai finanziamenti privati ricevuti. Infine, a seguito dei richiamati episodi di corruzione politica, intervenne l'ottava legge di riforma della legge sui partiti, del 28 giugno 2002⁴⁶, che limitò l'accesso al finanziamento pubblico ai partiti che, oltre ad avere ottenuto lo 0,5% dei voti alle politiche, avessero ottenuto almeno l'1% nelle ultime tre elezioni dei parlamenti regionali, o almeno il 5% in una di esse. Ma nel 2004, con la sentenza del 26 ottobre, BVerfGE 111, p. 382 ss., il Tribunale Costituzionale dichiarò contraria alla *Chancengleichheit* tale novella⁴⁷.

Tornando all'*Introduzione 1970*, le pagine che seguono la descrizione dei contenuti principali della sentenza sono di particolare rilievo perché Elia vi esprime il proprio pensiero in merito alla controversa pronuncia in questione. Prima, però, egli prende in esame le principali critiche sollevate in dottrina⁴⁸ nei confronti della stessa; procediamo dunque con ordine.

In sostanza, l'obiezione più rilevante consisteva nel sottolineare la contraddizione tra l'affermazione di principio per cui lo Stato doveva astenersi dall'intervenire sulla vita dei partiti, e la previsione della possibilità di una deroga (sotto forma di rimborso) proprio con riferimento ad una fase della vita democratica (quella elettorale) in cui più forte sembrerebbe l'esigenza di astensione proclamata in via generale. Del resto, si aggiungeva, sarebbe comunque impossibile distinguere l'attività rivolta a fini strettamente elettorali (e quindi finanziabile dallo Stato) dall'attività comune (non finanziabile), e in ogni caso tale distinzione sarebbe stata da considerarsi anacronistica, dal momento che i partiti erano ormai una presenza costante «sulla scena costituzionale» (p. XV).

A questo punto seguono le interessantissime considerazioni di Elia. In primo luogo, egli nota che la sentenza, quand'anche se ne vogliano condividere le critiche, in effetti almeno in apparenza fondate, è comunque «in piena armonia con il carattere puramente rappresentativo del sistema della Legge fondamentale, che, escludendo ogni forma

⁴⁵ BGBI. I, p. 142 ss.

⁴⁶ BGBI., I, p. 2268 ss.

⁴⁷ V. V. LOSCO, *L'incostituzionalità del «drei Lander quorum» della legge tedesca sul finanziamento pubblico ai partiti politici*, in DPCE, 2005, f. 2, p. 816 ss.

⁴⁸ A p. XIV, nt. 8, Elia rinvia in particolare alle pagine 59 e seguenti del volume, e a E. FRIESENHAHN, «Status» e finanziamento dei partiti tedeschi. *La legge federale 24 luglio 1967*, in *Studi parlamentari*, 1968, f. 2, p. 85 ss., e in particolare 108 ss. («Non posso esaminare nei dettagli questa sentenza, ma vorrei rilevare che la critica degli esperti la rigetta all'unanimità»), e alla bibliografia ivi contenuta alla nt. 33. V. anche ORTINO, *op. cit.*, p. 62 ss.

di *referendum*, valorizza al massimo il momento elettivo». Viene così messa in luce l'influenza che la disciplina del finanziamento elettorale ha sulla forma di governo: tale influenza è evidente per il sistema elettorale in senso stretto, ma forse non è sempre percepita in tutta la sua portata per quanto attiene alle regole sul finanziamento. Qui Elia mette in luce questo nesso in modo chiarissimo.

Altra osservazione più generale che va ripresa è una preziosa lezione sul modo di leggere le sentenze costituzionali, anche italiane, di qualunque tipo. Vale la pena riportare le parole stesse di Elia: «bisogna sempre più mettere l'accento sul dispositivo: non già che la motivazione non sia importante, ma quello che conta nella dinamica dei rapporti con gli organi di vertice è pur sempre il punto d'arrivo» (p. XV).

In applicazione di questo canone, Elia giunge a esprimere un giudizio positivo in merito alla sentenza *de qua*. Il problema è quello consueto di dove collocare una soglia quantitativa: un finanziamento pubblico integrale dell'attività partitica è unanimemente considerato illegittimo, ma un contributo troppo basso rischia d'essere inutile. La difficoltà sta quindi nel collocare in modo adeguato il discrimine al di sotto del quale il finanziamento pubblico risulti legittimo, e al di sopra del quale diventi incostituzionale; proprio per questo, bene ha fatto il *Bundesverfassungsgericht* ad indicare un criterio, per quanto imperfetto, che consente quanto meno di contenere la discrezionalità del legislatore, in questo caso possibile fonte di degenerazioni particolarmente gravi a danno delle minoranze o del contribuente.

Il passo successivo è l'analisi di come il legislatore stesso ha recepito le indicazioni della sentenza del 1966, cosa che esso ha fatto con la legge sui partiti del 24 luglio 1967: il giudizio complessivo di Elia è quello di un sostanziale rispetto dei *dicta* del *Bundesverfassungsgericht* (sarà interessante confrontare questa vicenda con l'attuazione di un'altra importante sentenza costituzionale tedesca in materia elettorale, molto più recente, ovvero quella del 3 luglio 2008 che ha dichiarato in parte illegittimo il meccanismo dei c.d. mandati aggiuntivi o *Überhangmandate*, assegnando al legislatore il termine del 30 giugno 2011 per provvedere alla correzione delle distorsioni rilevate⁴⁹:

⁴⁹ Nel sistema elettorale tedesco, gli *Überhangmandate* sono quei seggi che vengono assegnati ad un partito quando il numero di seggi maggioritari da esso vinti in un *Land* è superiore al numero di seggi che in tale *Land* gli spetterebbero sulla base del voto proporzionale. Quando ciò accade, l'art. 6 (5) del *Bundeswahlgesetz* stabilisce che il partito ha diritto di conservare quei seggi in più (appunto gli *Überhangmandate*), con il conseguente incremento del numero totale dei parlamentari. La sentenza del BVG 3 luglio 2008 ha dichiarato illegittima questa regola nella misura in cui, in determinate circostanze e per complesse ragioni matematiche, fa sì che il seg-

nel momento in cui si scrive, non sembra esservi accordo su come dare attuazione alla pronuncia tra le forze politiche, che anzi sembrano aver decisamente accantonato, almeno per ora, l'incombenza).

Sotto l'impulso della sentenza del 1966, la legge del 1967 intervenne a disciplinare non solo il tema del finanziamento elettorale, ma più in generale la materia dei rendiconti e dell'ordinamento interno dei partiti, dando così finalmente attuazione all'art. 21 L.F. Per ciò che attiene specificamente al finanziamento, la legge ha seguito l'indicazione del Tribunale Costituzionale, stabilendo un sistema di rimborsi (alimentato con contributi di 2,5 marchi per ogni elettore iscritto nelle liste), e parametrando alle spese per la campagna elettorale precedente (Elia precisa che la legge permette anche ai partiti che abbiano ottenuto almeno una certa percentuale di voti alle precedenti elezioni di ottenere acconti sulle spese, e ritiene che questa previsione non tradisca lo spirito della pronuncia, né violi la *Chancengleichheit* dei partiti nuovi, in quanto fondata su un effettivo elemento di distinzione, ovvero la durata nel tempo di una forza politica, indice rilevante della sua importanza).

Nuovamente, però, si presenta il problema delle soglie quantitative: dove porre il livello minimo di voti da ottenere per aver diritto al rimborso? La sentenza del 1966 aveva stabilito al riguardo che la soglia in questo caso dovesse essere «notevolmente inferiore» rispetto al 5% della clausola di sbarramento (*Sperrklausel*). La legge si attestò così al 2,5% di secondi voti che una forza politica doveva ottenere per aver titolo al finanziamento.

Su questo punto, però, intervenne una nuova sentenza del *Bundesverfassungsgericht*, del 3 dicembre 1968⁵⁰, che dichiarò illegittima perché troppo alta la soglia del 2,5%, precisando che anche solo uno 0,5% di voti è idoneo «ad attestare un serio impegno» (p. XX) di quel partito: secondo il Tribunale Costituzionale, le esigenze di governabilità e riduzione della frammentazione erano già adeguatamente servite dalla *Sperrklausel*, e pertanto occorreva fare particolare attenzione a salvaguardare le uguali opportunità di successo dei partiti minori ed evitare di rendere loro impossibile affacciarsi sulla scena politica.

gio aggiuntivo venga ottenuto se il partito resta *al di sotto* di una certa soglia di voti, mentre se ottiene *più voti* non ottiene quel seggio (si tratta del fenomeno del c.d. *negatives Stimmgewicht*, o «peso negativo dei voti»). In argomento, sia consentito rinviare a R. DE CARIA, *La sentenza costituzionale tedesca sugli Überhangmandate: anche in materia elettorale non c'è diritto senza rimedio giurisdizionale*, in *Dir. Pub. Comp. Eur.*, 2009, f. I, p. 207 ss.

⁵⁰ BVerfGE 24, p. 300 ss.

Nuovamente, però, Elia porta l'attenzione su quello che ritiene un «arbitrio quantitativo» che sembra rientrare piuttosto nelle prerogative del legislatore: perché 0,5 per cento e non uno?» (p. XX). Seguono una domanda e una riflessione anch'esse quanto mai istruttive e attuali: «Può una Corte costituzionale imporre una quota rigida [...]? [L]'intreccio tra interventi del giudice costituzionale e interventi del legislatore non è mai apparso tanto fitto; e, guardando più d'appresso, ci si accorge che "l'ultima parola" del giudice diventa, quasi *omisso medio*, la parola della legge». Non si può fare a meno di notare quanto i decenni successivi abbiano accentuato questa tendenza, e come in realtà il problema della legittimazione della funzione nomopoietica del giudice costituzionale sia tutt'altro che risolto dal punto di vista teorico⁵¹.

Vanno ancora ricordate alcune osservazioni di Elia in merito al sistema di controlli istituito dalla legge, che egli ritiene carente. In effetti, egli osserva che la Corte dei Conti ha il compito di verificare soltanto che la liquidazione dei rimborsi, effettuata dal Presidente del *Bundestag* direttamente ai partiti, avvenga secondo le procedure stabilite, ma non vi è alcun controllo di merito sul modo in cui i partiti hanno speso le cifre attribuite loro (e qui gioca anche una differenza, rilevata da Elia, nelle competenze attribuite alla Corte dei Conti dall'art. 114 L.F., rispetto per esempio all'art. 100 Costituzione italiana, nel senso che la Corte tedesca non ha tra i suoi compiti il «controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce»; sotto altro punto di vista, l'autore ricorda anche che il ricorso del *Land* Assia metteva in luce un paradosso, ovvero che l'art. 114 L.F. imponeva in realtà un controllo sulle modalità di spesa, ma che tale controllo era incompatibile con la libertà dei partiti, garantita dall'art. 21).

In ogni caso, Elia ravvisa una serie di rilevanti correttivi, che compensano l'assenza di controlli, e che risultano da un'interessante analisi sistematica dell'ordinamento tedesco: il divieto di partiti anticonstituzionali, che evita se non altro che il contributo finanzi attività di messa in pericolo dell'ordinamento democratico dello Stato; la disciplina sul funzionamento democratico interno dei partiti, prevista dalla stessa legge del 1967, che pur non essendo assistita da alcuna sanzione in caso di violazione (tanto meno da una perdita del diritto al rimborso), permette comunque l'intervento del giudice su sollecita-

⁵¹ Non è possibile in questa sede dar conto di una bibliografia straordinariamente ricca sul punto. Ci si limita a richiamare uno scritto di Elia specificamente dedicato al tema: *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, in AA.Vv., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica, stile* (1988), p. 21 ss.

zione di un iscritto; infine, le regole sulla presentazione del rendiconto, previste dalla stessa legge sui partiti, in attuazione del precetto costituzionale sulla pubblicità delle entrate dei partiti, di cui all'art. 21.

In particolare, su quest'ultimo punto, la legge aveva previsto l'obbligo di registrare nominativamente il donatore solo oltre una soglia annuale, diversa però per persone fisiche (20.000 marchi) e giuridiche (200.000): ma anche su questo intervenne la citata sentenza del BVG del 3 dicembre 1968, dichiarando illegittimo questo *favor* per le persone giuridiche. Elia commenta che l'opinione del Tribunale Costituzionale sul punto era del tutto condivisibile, dal momento che le donazioni delle persone giuridiche sono anzi quelle con l'influenza potenzialmente maggiore sul decisore pubblico, e per di più per società e associazioni non vi sono neppure le particolari esigenze di segretezza che vi potrebbero essere per i donatori individuali.

Da ultimo, Elia ricorda come la legge del 1967 reintrodusse anche una detrazione fiscale per i contribuiti, ma solo quelli fino a 600 marchi. Come sopra ricordato, la detrazione dei contribuiti privati ai partiti era stata dichiarata illegittima nella sentenza 24 giugno 1958, e ora il Tribunale Costituzionale, sempre con la sentenza 3 dicembre 1968, fu richiamato a pronunciarsi sulla questione. In questo caso ritenne però che la nuova detrazione, in quanto limitata ad importi di bassa entità, non violasse la *Chancengleichheit* tra partiti né favorisse i cittadini più ricchi.

4. La lezione di Elia

Elia giunge così al termine del proprio discorso, riprendendo la distinzione tra partiti di iscritti (o di massa) e partiti di elettori, e osservando come già allora l'organizzazione del primo tipo fosse in crisi, così delineando una tendenza che non ha fatto che accentuarsi nei decenni successivi. Egli torna ancora una volta, con un'ultima nota di carattere comparatistico, sull'ordinamento americano, osservando come questa tendenza non conduca necessariamente a riprodurre «la situazione statunitense che vede i *congressmen* ed i senatori esercitare il mandato con una libertà che a noi sembra di tipo ottocentesco», ma sia comunque ben compresa da una legge, come quella tedesca, che lega il finanziamento al risultato elettorale, così permettendo anche ai sempre più frequenti partiti di elettori di trarre le fonti necessarie al proprio funzionamento, cosa che non avverrebbe invece legando i contributi agli iscritti.

In conclusione, come si è cercato di mostrare, gli scritti di Elia

sul finanziamento elettorale sono estremamente ricchi di sollecitazioni su temi anche molto diversi: dalla giustizia costituzionale alle forme di governo; dal modo corretto di leggere le sentenze costituzionali alla legittimità della creazione del diritto da parte dei giudici costituzionali; dalla discussione sulla natura precettiva (e quindi immediatamente applicabile) o meno delle disposizioni costituzionali all'importanza di distinguere gli argomenti sulla (il)legittimità costituzionale di una legge da quelli sulla sua mera preferibilità pratica o politica; dall'importanza del principio di legalità in materia fiscale ai rischi insiti nell'ingerenza dello Stato nella vita delle libere associazioni e dei gruppi privati; dall'esercizio del giudizio di bilanciamento tra opposti principi alla pratica del ragionamento sistematico; dalla differenza tra partiti di iscritti e di elettori all'utilità di un approfondito studio comparato per evitare frettolose imitazioni.

Questa ricchezza di spunti su argomenti talvolta apparentemente distanti da quello originario del finanziamento conferma da un lato che questa materia è fortemente legata a temi più «classici» come la forma di governo o la giustizia costituzionale ed è, quasi al pari di essi, uno dei tratti distintivi fondamentali di un ordinamento; dall'altro, che il pensiero di Leopoldo Elia, il quale nei testi considerati mette in luce in modo chiarissimo questi legami e in generale l'importanza del finanziamento elettorale, rimane un punto di riferimento imprescindibile per lo studio anche di questa materia.

Leopoldo Elia costituzionalista militante: la battaglia contro il «premierato assoluto»

di Alfonso Di Giovine

SOMMARIO: 1. Quasi un padre costituente. – 2. Il nucleo forte del costituzionalismo. – 3. Forma di governo e forma di Stato. – 4. Il premierato assoluto. – 5. La personalizzazione del potere. – 6. Democrazia d'investitura e democrazia d'indirizzo.

1. *Quasi un padre costituente*

Se è vero che la scienza del diritto costituzionale è scienza militante¹ e che il diritto costituzionale, come insegnato da Leopoldo Elia nella sua lezione di «realismo critico»², è il luogo in cui la politica incontra il diritto e il diritto la politica³, non stupisce che un costituzionalista integrale come Elia – capace di coniugare indissolubilmente impegno scientifico e passione civile⁴ – abbia anche assunto le vesti di costituzionalista militante, nel nome di quell'*affectio Constitutionis*⁵ che è stata una delle stelle polari della sua vita, al punto da vedersi affibbiata da qualche frettoloso novitista la noeme di «nobile conservatore». Una fama di cui andare orgoglioso, peraltro, visto che a dover essere conservati – nella sua visione di «giurista classico»⁶, aperto alla storia e alle scienze sociali – erano, come vedremo, i prin-

¹ G. ZAGREBELSKY, *Leopoldo Elia. Lo scienziato che ha servito la Costituzione*, in *la Repubblica* del 7 ottobre 2008.

² Così definisce il suo metodo L. ELIA, *Premessa a Studi di diritto costituzionale (1958-1966)*, Milano, Giuffrè, 2005, p. IX.

³ G. BUSIA, *L'eredità di un maestro*, in *Europa* del 7 ottobre 2008.

⁴ G. ZAGREBELSKY, *Introduzione* al volume *supra cit.*, in nota 2, p. XXXIII; A. DI GIOVINE, *Laudatio del professor Leopoldo Elia*, in *Teoria politica*, 2006, n. 1, p. 13.

⁵ L. ELIA, *Premessa cit. supra* in nota 2, p. X; un'appassionata dichiarazione di affetto può leggersi nell'intervento nel dibattito sui temi contenuti nel messaggio del Presidente Cossiga sulle riforme istituzionali (seduta del Senato del 24 luglio 1991), ora in L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2009, p. 417.

⁶ M. DOGLIANI, *Elia, giurista classico*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 1482.

cipi portanti del costituzionalismo, come recepiti nella nostra Carta, di cui egli – come pochi altri della generazione *Constitution native*, ossia nata nella Costituzione e che si sentiva identificata nella Costituzione⁷ – è come se fosse stato un padre costituente⁸, «osservatore partecipante»⁹, come fu, a cominciare dai suoi primi scritti su *Cronache sociali* della fine degli anni '40, della vita e dell'attuazione della Costituzione.

2. Il nucleo forte del costituzionalismo

L'Elia costituzionalista militante (tanto più costituzionalista e tanto più, insieme, uomo politico) ha trovato un punto di emersione particolarmente importante nella battaglia, infine vittoriosa, di cui è stato il capofila contro il testo di revisione costituzionale approvato dalla maggioranza di centrodestra il 16 novembre 2005, pubblicato notizialmente sulla Gazzetta Ufficiale del 18 novembre e spazzato via dal referendum del 25-26 giugno 2006.

Di questa battaglia è vivida testimonianza il libro *La costituzione aggredita* (il Mulino-Arel 2005), uscito qualche mese prima del referendum¹⁰, e concepito come strumento di informazione e di lotta politica in vista del voto: si può peraltro notare come l'attitudine critica di Elia nei confronti di quel testo non ha nulla di contingente o di estemporaneo, ma muove da presupposti di carattere generale che trovano nei *fundamentals* del costituzionalismo i loro riferimenti di base.

Questo comporta che, a voler ricostruire sistematicamente il pensiero di Elia, occorre muovere dalla matrice di fondo, dalle sue considerazioni cioè in ordine ai principi essenziali del costituzionalismo contemporaneo, costituendo essi la griglia di valori sulla base dei quali egli mette alla prova la tenuta del testo di revisione: si tratta – come ricorda il nostro Autore – di una tradizione di pensiero incarnata nelle dottrine di Locke, Montesquieu, Constant, Tocqueville, nonché nei saggi di Hamilton e di Madison nel *Federalist*.

Questo nucleo forte di costituzionalismo coerentemente accolto

⁷ Così F. PIZZETTI, *La democrazia come equilibrio*, in AA.VV., *Leopoldo Elia costituzionalista e uomo politico rigoroso e innovatore*, Reggio Emilia, Diabasis, 2009, p. 20.

⁸ V. ONIDA, *Elia difese e attuò la Carta come un padre costituente*, in *Il Sole* 24 ore del 7 ottobre 2008.

⁹ J. LUTHER, *Il contributo di Leopoldo Elia al bicameralismo*, in *Rass. parlam.*, 2009, p. 1056.

nella nostra Costituzione veniva da Elia individuato nel personalismo, nel pluralismo, nello Stato democratico, nella libertà, nella giustizia sociale, nell'organizzazione «diffusa» dei poteri in grado di assicurare equilibrio e controllo reciproco, nel sistema di garanzie¹¹. Dall'elenco esaustivo Elia poteva agevolmente trarre due conseguenze: la prima è che i principi fondamentali – ritenuti imm modificabili dalla Corte costituzionale anche con la procedura dell'art. 138 Cost. – non vanno ricercati solo nella prima parte della Costituzione (come aveva osservato Dossetti nel 1995) ma anche nella seconda parte¹², laddove si prescrive un'architettura dell'esercizio del potere in chiave di equilibrio tra i vari organi costituzionali, a nessuno dei quali può essere accordata una concentrazione esorbitante di potere; la seconda è che i principi che riguardano le modalità di esercizio del potere «possono avere effetti indiretti anche sulla tenuta della prima parte della Costituzione», in particolare là dove tutela i diritti economico-sociali, «ritenuti da esponenti dell'attuale maggioranza come residuati di ideologie collettiviste, che avrebbero contagiato i costituenti del 1947»¹³.

3. Forma di governo e forma di Stato

Non a caso Elia ricordava che i principi supremi sono stati ritenuti imm modificabili dalla Corte anche con la procedura del 138: posto che fra essi va collocato anche quello del «bilanciamento e della limitazione di tutti i poteri, Primo ministro compreso»¹⁴, ne consegue che utilizzare l'art. 138 Cost. per violarlo conduce – per dirla con Sartori – all'approvazione di una «costituzione incostituzionale»¹⁵.

Questa espressione può essere presa come paradigmatica per chiarire l'atteggiamento intellettuale di Elia nei confronti dell'ingegneria

¹⁰ V., ad esempio, la recensione di N. TRANFAGLIA, *Nessuno difende la Costituzione*, in *La Stampa* del 30 gennaio 2006.

¹¹ V. Discorso del Presidente emerito della Consulta, prof. Leopoldo Elia, in occasione del sessantesimo anniversario della Costituzione della Repubblica italiana (Roma, Palazzo della Consulta, 29 febbraio 2008), in www.cortecostituzionale.it, 2008.

¹² L. ELIA, *La costituzione aggredita. Forma di governo e devolution al tempo della destra*, Bologna, il Mulino, 2005, p. 172; v. anche L. ELIA, *I principi supremi presi sul serio*, ripubblicato postumo in *Giur. cost.* 2009, dove parla, a pp. 2148-2149 dei principi supremi come attinenti ai limiti del principio di maggioranza e ai fondamenti del costituzionalismo.

¹³ L. ELIA, *La costituzione aggredita*, cit., p. 8.

¹⁴ *Ivi*, p. 195.

¹⁵ L. ELIA, *La presidenzializzazione della politica*, in *Teoria politica*, 2006, n. 1, p. 10; a p. 11 nota 5 viene citato G. SARTORI, *Verso una costituzione incostituzionale?*, in *Id.*, *Ingegneria costituzionale comparata*, Bologna, il Mulino, 2004, p. 221 ss.

costituzionale: non di pregiudiziale avversione¹⁶, ma certamente critica nei confronti dei suoi eccessi, sia quando vuole surrogare la politica, sia quando misconosce la supremazia del costituzionalismo. Elia, nella consapevolezza che «la realtà si vendica degli schemi»¹⁷, distingue – quanto al rapporto ingegneria costituzionale-politica – fra situazioni strutturali e sovrastrutturali¹⁸: l'ingegneria costituzionale – suggerisce tenendosi lontano da approcci illuministici alla politica costituzionale – «è di aiuto se siamo in una fase, anche se il linguaggio non è proprio, abbastanza sovrastrutturale. Ma quando ci troviamo di fronte a fenomeni di struttura, l'ingegneria costituzionale non può dare che un aiuto limitato». Nella critica al progetto di revisione prevale in un primo momento la difesa della supremazia del costituzionalismo: egli fa un cenno critico alla Bicamerale D'Alema in quanto in essa si è fatta valere «troppa ingegneria costituzionale e troppo poco costituzionalismo»¹⁹ e rivendica come essenziale lo «stabilire una sicura gerarchia tra principi del costituzionalismo e soluzioni ingegneristiche», sottolineando – sulla scorta di Dossetti – che «prima viene il costituzionalismo (a salvaguardia dei principi di fondo sugli equilibri tra i poteri e della garanzia di un controllo democratico su chi esercita funzioni di governo) e poi viene l'ingegneria costituzionale»²⁰, che comunque opera in una situazione in cui il motore del potere costituente è ormai spento²¹. Date queste premesse, ne consegue un giudizio che salda i due aspetti d'intrinseca debolezza dell'ingegneria costituzionale (voler surrogare la politica, voler prescindere dal costituzionalismo): «non è temerario ritenere – egli afferma in un passo particolarmente risentito – che si sia approfittato del timore di «ribaltoni», esagerato ad arte, per blindare il Premier, intendendosi in realtà supplire con protesi di ingegneria costituzionale, di audacia tecnologica mai sperimentata, a difetti di leadership politica e a carenze di capacità governativa»²².

Tale audacia tecnologica – avverte con una punta di angoscia il nostro Maestro – porta in sé il germe di un grave rischio: che radicali «mutamenti nella forma di governo possano trasmodare in in-

¹⁶ «Io non disprezzo certo l'ingegneria» dice a p. 20 di *La costituzione aggredita*, cit.

¹⁷ Così nella replica al Convegno di San Pallegriano del 13-16 settembre, ora in L. ELIA, *Costituzione*, cit., p. 116.

¹⁸ V. p. 270 del libro citato alla nota precedente.

¹⁹ *La costituzione aggredita*, cit., p. 57.

²⁰ *Ivi*, p. 21.

²¹ *Ivi*, p. 195.

²² *Ivi*, p. 15.

voluzioni che incidono sulla forma stessa di Stato»²³; che la democrazia del capo (tanto più di un capo che assume in sé una «straordinaria concentrazione di potere politico, economico e mediatico-culturale»²⁴) incida sulla «qualità della democrazia»²⁵, in quanto affossa – potremmo aggiungere, sulla scorta di Kelsen – il concetto stesso di rappresentanza. Questa possibile fagocitazione della forma di Stato da parte della forma di governo porta a una sconsolata conclusione: «Beati i popoli che, come quello svedese nel periodo precedente la riforma del 1974, hanno potuto discutere di forma di governo in sicura distinzione dai problemi attinenti alla forma di Stato, e cioè al grado e alla qualità della concentrazione del potere tollerabile nelle democrazie maggioritarie»²⁶.

Proprio riflettendo sulla concentrazione monocratica del potere, senza limiti e contrappesi, Elia si mostra critico nei confronti del binomio monocrazia-democrazia²⁷ e formula, negli ultimi mesi della sua vita, una distinzione che ora sta a noi sviluppare in tutte le sue implicazioni: quella tra forme di governo che assicurano equilibrio, tra le quali inserisce il presidenzialismo americano con i *checks and balances*, il sistema direttoriale svizzero, le forme parlamentari razionalizzate, e le forme di governo squilibrate, quelle del premierato, del semipresidenzialismo francese e anche quella del parlamentarismo estremo²⁸.

4. Il premierato assoluto

Muovendo da una simile intelaiatura concettuale (per ricapitolare: supremazia del costituzionalismo, inteso come tecnica di limitazione e di deconcentrazione del potere²⁹; subordinazione ad esso dell'ingegneria costituzionale; classificazione delle forme di governo in equi-

²³ *Ivi*, p. 25.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ivi*, p. 57.

²⁷ L. ELIA, *Prefazione* a M. OLIVETTI, *Nuovi statuti e forma di governo delle regioni*, il Mulino, Bologna, 2002, p. XIV.

²⁸ Traggo questa ricostruzione del pensiero di Elia, formulato ad un seminario di Astrid non pubblicato, da F. PIZZETTI, *La democrazia come equilibrio*, cit. retro in nota 7, p. 26.

²⁹ Osserva ELIA, a p. 107 di *La costituzione aggredita*, cit., che il principio caratterizzante il costituzionalismo moderno e contemporaneo è più ancora che quello della separazione dei poteri legislativo ed esecutivo, quello della limitazione e della distribuzione del potere politico, con il divieto di concentrarlo in un solo organo o nel solo titolare di un organo individuale.

librate e squilibrate; rifiuto del binomio monocrazia-democrazia con conseguente denuncia della tentazione di ridurre la complessità in forme semplificate, e di immaginare la decisione politica come processo unidirezionale ed esclusivamente gerarchico³⁰), Elia si ricongiunge idealmente al pensiero di Bobbio – un altro «uomo della prima Repubblica», secondo gli impenitenti novitisti³¹ – laddove il Maestro torinese individua l'elemento unificante di democrazia, costituzionalismo e pluralismo nel comune obiettivo di contrapporsi alla concentrazione e all'unificazione del potere in un unico soggetto³²: e, forte di queste ragioni, può muovere una critica serrata e articolata al testo di riforma citato all'inizio di queste pagine.

Di quella critica l'apoteigma militante³³ che è rimasto impresso (come altre sue espressioni particolarmente felici: si pensi alla *conventio ad excludendum*) nella memoria di molti è quello che bolla il suddetto testo come propugnatore di un *premierato assoluto*³⁴ «che contrasta con il principio cardine del costituzionalismo elaborato in più di due secoli dopo le rivoluzioni di fine Settecento: il principio che si oppone alla concentrazione di troppi poteri in un solo titolare di un ufficio pubblico»³⁵.

Elia, che già nel 1961 aveva polemizzato duramente con il «governo delle meraviglie» ipotizzato da Duverger³⁶, consistente nell'i-

³⁰ Così, ricostruendo il pensiero di Giovanni Marongiu, L. ELIA, *Le radici culturali ed ideali del pensiero di Giovanni Marongiu*, in *Atti del Convegno di studi in ricordo di Giovanni Marongiu* (Roma, 10 novembre 1994), Milano, Giuffrè, 1997, p. 91, che, proseguendo, parlava anche della «illusorietà delle riforme che puntano verso un eccesso di semplificazione o di riduzione della complessità attraverso sistemi elettorali e forme di Governo che tagliano drasticamente la rappresentatività del corpo sociale e trasformano la decisione in decisionismo».

³¹ Mi riferisco in particolare a un articolo (citato in *La Costituzione aggredita*, p. 86) di M. SALVATI, *L'uomo di passioni segnato e plasmato dai drammi del '900*, in *Corriere della Sera* del 10 gennaio 2004, ove si afferma che «nelle posizioni del Bobbio passionale c'è anche conservatorismo, un attaccamento primario ai valori e alle istituzioni della Prima Repubblica, una visione «mitico-ideale» della Resistenza. Bobbio non si avvede fino in fondo di quanto il mondo sia cambiato dopo l'89 e di quanto le nostre stesse istituzioni debbano cambiare per adattarsi compiutamente ad una democrazia dell'alternanza. Non se ne può avvedere perché resta un uomo della Prima Repubblica...».

³² N. BOBBIO, *Pluralismo*, in *Il Dizionario di politica* (a cura di Bobbio - Matteucci - Pasquino), Torino, Utet Libreria, pp. 700-701.

³³ E. BALBONI, *Leopoldo Elia, costituzionalista e cittadino cattolico*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 446.

³⁴ L. ELIA, *La costituzione aggredita*, cit., p. 62 e 70.

³⁵ *Op. e loc. ult. cit.*

³⁶ L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo negli Stati Uniti d'America*, Milano, Giuffrè, 1961, ora in ID., *Studi*, cit., p. 214.

bridazione fra il modello nordamericano e quello inglese, torna a ribadire il suo rifiuto contro una forma di governo – come quella prevista nel progetto di revisione costituzionale del novembre 2005 – che vorrebbe costruire un «cangatto»³⁷, una forma di governo cioè che, superando ogni confine fra la modellistica costituzionale (Londra, Parigi, Washington), finisce per creare un impresentabile modello Arcore³⁸, frutto di una «psicosi costituente» e di un «duvergerismo a scoppio ritardato»³⁹.

Di tale modello a Elia non sfugge nessuna delle vistose criticità che lo caratterizzano quando venga messo alla prova della griglia di valori del costituzionalismo. Innanzitutto a ferire a morte i principi del costituzionalismo sono l'onnipotenza e l'invulnerabilità del Primo ministro: la realtà monocratica – spiega Elia – è evidenziata dalla sottrazione al Consiglio dei ministri di relevantissimi interventi quali la decisione di scioglimento *ad nutum* della Camera (che comporta dunque su di essa un potere di vita e di morte, indipendentemente, per di più, dal consenso del partito, sempre necessario in Inghilterra) e quella di porre la questione di fiducia⁴⁰.

Quanto all'invulnerabilità di fatto assicurata al Primo ministro per l'intera legislatura – non riscontrabile, come non si stanca di ripetere Elia, né in Inghilterra né in Germania –, essa trova nella cd. sfiducia costruttiva interna alla maggioranza il meccanismo per farsi valere: frutto di una vera e propria ossessione antiribaltista⁴¹, essa impone che la mozione di sfiducia, con la designazione di un nuovo Primo ministro, sia presentata e approvata (a differenza di quanto avviene nei paesi nei quali la sfiducia costruttiva è prevista, come Germania, Spagna e Belgio), «da parte dei deputati appartenenti alla maggioranza espressa dalle elezioni in numero non inferiore alla maggioranza dei componenti della Camera» (art. 32 del testo normativo *supra* cit.). In tal modo – commenta Elia – si verifica «una sottospecie della questione impossibile»⁴², essendo sufficiente una frazione anche molto minoritaria della maggioranza fedele al Primo ministro per renderlo inamovibile: una tale ingessatura integrale del rapporto tra Premier e maggioranza – fa notare Elia⁴³ – contraddice alcuni principi

³⁷ L. ELIA, *La presidenzializzazione*, cit., p. 10.

³⁸ Così si espresse L. Elia in una conferenza tenuta a Lucca il 21 febbraio 2006, raccolta successivamente in un *paper* dal titolo *La Costituzione, sessant'anni*, Lucca, dicembre 2008.

³⁹ Le espressioni fra virgolette sono in *La costituzione aggredita*, cit., p. 182.

⁴⁰ *La costituzione aggredita*, cit., p. 14 e p. 9.

⁴¹ *Ivi*, p. 8.

⁴² *Ivi*, p. 145.

⁴³ V. il libro più volte citato, alle pagine 12 e 13.

cardine del costituzionalismo. «Innanzitutto si esalta il principio di minoranza, anziché quello di maggioranza: si osa prescrivere che, allo scopo di stabilizzare il Premier, una minoranza di blocco prevale sulla maggioranza nell'ambito dello schieramento autosufficiente dei deputati collegati al Premier prima e dopo le elezioni»⁴⁴.

Non meno grave, poi, dal punto di vista dei principii del costituzionalismo, è «la divisione dei deputati in due categorie: quelli di maggioranza (serie A) e quelli di opposizione (serie B), violandosi il principio della parità di *status* dei parlamentari, i quali rappresentano alla pari la Nazione e la Repubblica ed esercitano le proprie funzioni senza vincolo di mandato»⁴⁵.

Questi «sbregghi» alla dignità del parlamento sono del resto in sintonia con un più generale suo *écrasement*, che lo pone in balia del primo ministro: si è già accennato al potere di scioglimento *ad nutum* in capo al premier⁴⁶.

Ma la critica di Elia si concentra con forza anche sulle altre due ipotesi di annientamento del ruolo del parlamento previste dal testo di revisione: la prima è quella che Elia – mutuando l'espressione di Amato – definisce una «bomba nucleare»⁴⁷, consistente nel coniugare (per giungere all'automatismo dello scioglimento) una sorta di *vote bloqué* alla francese, la questione di fiducia e l'effetto *simul simul*⁴⁸, incrocio dal quale nasce «un sistema a tenuta stagna».

⁴⁴ *La costituzione aggredita*, cit., p. 12; nella pagina precedente Elia aveva osservato che, ipotizzando che la maggioranza di sostegno al Premier sia del 57% dei deputati, sarà sufficiente, per mantenerlo in carica, che il 7% dei parlamentari della sua coalizione continui ad appoggiarlo, anche se il 50% dei suoi gli ritira la fiducia: si realizza così «una blindatura integrale per stabilizzarlo e per garantirgli di restare al vertice del potere governativo nel corso di un'intera legislatura senza nemmeno il fastidio di mantenere il consenso di una quota maggioritaria dei suoi deputati».

⁴⁵ *La costituzione aggredita*, cit., p. 12.

⁴⁶ L'art. 27 del testo di revisione disciplinava il potere di scioglimento nei termini seguenti:

«Il Presidente della Repubblica decreta lo scioglimento della Camera dei deputati ed indice le elezioni nei seguenti casi:

- a) su richiesta del Primo ministro, che ne assume l'esclusiva responsabilità;
- b) in caso di morte del Primo ministro o di impedimento permanente accertato secondo le modalità fissate dalla legge;
- c) in caso di dimissioni del Primo ministro;
- d) nel caso in cui all'art. 94, terzo comma» (tale comma è riportato subito dopo nel testo).

⁴⁷ *La costituzione aggredita*, cit., p. 63 e p. 110.

⁴⁸ «Il Primo ministro può porre la questione di fiducia e chiedere che la Camera dei deputati si esprima, con priorità su ogni altra proposta, con voto conforme alle proposte del Governo, nei casi previsti dal suo regolamento. La votazione ha luogo per appello nominale. In caso di voto contrario, il Primo ministro si dimette» (art.

In tal modo – osserva Elia nell’audizione parlamentare del 21 maggio 2004 – si determina «una torsione della questione di fiducia del tutto anomala. Prima la questione di fiducia obbligava, ove non fosse stata approvata dalla Camera, a dimettersi il Presidente del Consiglio mentre qui il risultato principale della reiezione è lo scioglimento.

La seconda ipotesi è quella che, a seguito dell’approvazione di una mozione di sfiducia, determina lo scioglimento automatico: disponeva infatti l’art. 32, III co. (che sarebbe dovuta diventare il terzo comma dell’art. 94), che «in qualsiasi momento la Camera dei deputati può obbligare il Primo ministro alle dimissioni, con l’approvazione di una mozione di sfiducia... Nel caso di approvazione, il Primo ministro si dimette e il Presidente della Repubblica decreta lo scioglimento ed indice le elezioni».

Mutatis mutandis, è la situazione di totale ingessatura presente negli enti locali italiani, ma Elia non si fa certo incantare dalla risibile mitologia, fatta incautamente circolare da Mario Segni, del «sindaco d’Italia»: polemizzando con l’allora presidente del Senato Marcello Pera che si domandava con mistificante ingenuità perché mai il Presidente del Consiglio dovrebbe avere meno poteri del sindaco di Cernobbio osservava che non è difficile rispondere che «l’automatismo del *simul simul* è appena tollerabile dove si assumono deliberazioni certo importanti e tuttavia condizionate da leggi della Repubblica o da principi dell’ordinamento repubblicano. Ma il Parlamento nazionale... delibera su leggi che disciplinano diritti e libertà fondamentali dei cittadini, l’ordinamento delle magistrature e l’indipendenza dei magistrati, il pluralismo dell’informazione, i sistemi elettorali, i rapporti tra politica ed economia. E allora, come si può ammettere che la Camera, su problemi di tale rilievo, possa essere jugulata dal perverso congegno che fonde voto bloccato e questione di fiducia posta dal Primo ministro?... Come si può consentire che su temi di tale rilevanza, il deputato sia costretto a scegliere tra una difesa di quei diritti, col rigetto della proposta del Premier, e lo scioglimento dell’Assemblea? Così si trascura la differenza che distingue organi parlamentari e organi consiliari»⁴⁹.

32, II co., del testo di revisione): scatta dunque, ai sensi dell’art. 27 lett. c) prima riportato, lo scioglimento automatico.

⁴⁹ *La costituzione aggredita*, cit., p. 102; v. anche pp. 108-109 (dove parla di «salto di quota che separa organi consiliari ed organi parlamentari; ciò che può essere accettabile negli organi di rappresentanza territoriale può non essere ammissibile nel Parlamento nazionale») e p. 134.

5. *La personalizzazione del potere*

Il complesso delle soluzioni «incostituzionali» richiamate nelle pagine precedenti convergono tutte verso l'obbiettivo di delineare al vertice della forma di governo un vero e proprio «uomo solo al comando»⁵⁰, autentico *unicum* nel panorama comparatistico (se si eccettua la figura del presidente francese quando non si verifichi la – remota, ma pur sempre possibile – eventualità della coabitazione): si va ben oltre la razionalizzazione richiesta – e ormai attuata grazie al notevolissimo rafforzamento del potere governativo e alla sterilizzazione dell'ostruzionismo parlamentare ottenuti negli ultimi anni – dall'ordine del giorno Perassi del 5 settembre 1946⁵¹ e si passa alla parola d'ordine della governabilità che diviene «il passepartout non per soluzioni di efficienza costituzionale, ma di estrema personalizzazione del potere e di impoverimento dell'ispirazione democratica»⁵².

L'accento critico alla personalizzazione e all'impoverimento dell'ispirazione democratica merita due diversi ordini di considerazioni.

Quanto alla prima, è stato rimproverato ad Elia una certa incapacità di percepire la novità – tipica delle democrazie contemporanee – dell'avvento della leadership carismatica e del carisma democratico di ascendenza weberiana⁵³, ma si tratta di un'osservazione che non tiene conto dell'attenta consapevolezza, perfino partecipe, che Elia ha mostrato nei confronti di questo fenomeno. Fin da una giovanile monografia⁵⁴ Elia osservava che l'instabilità ministeriale «impedisce quella «personalizzazione del potere» che è un elemento necessario della vita democratica odierna». Cinque anni dopo, nella relazione di San Pellegrino (settembre 1963), egli mostrava attenzione per il fatto che «la vita politica moderna, con i mezzi di comunicazione di massa, tende alla personalizzazione del potere; sicché l'elettore... è condotto a concretare l'immagine di una forza politica per il tramite della figura del suo *leader* stabilendo con essa un rapporto diretto. Per rispondere a queste esigenze e per valorizzare al massimo la figura del *leader* si presenta sempre accettabile e preferibile per i governi normali a maggioranza organica la coincidenza della figura del *leader* del partito con la figura del Presidente del Consiglio. Questa unione... contri-

⁵⁰ L'espressione è usata da Elia nella conferenza di Lucca *retro cit.*, in nota 38.

⁵¹ *La costituzione aggredita*, cit., pp. 50, 57, 64, 73, 104.

⁵² La frase tra virgolette è tratta dall'intervento di Elia al «seminario delle Fondazioni» del luglio 2008.

⁵³ G. QUAGLIARIELLO, intervento alla seduta in memoria di Leopoldo Elia (Senato della Repubblica, 7 ottobre 2008).

⁵⁴ L. ELIA, *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali* (1958), ora in *Id.*, *Studi*, cit., p. 15.

buisce in misura notevole a instaurare e mantenere quel circuito di fiducia che nelle democrazie moderne corre tra elettori e partito di maggioranza assoluta o di maggioranza relativa; ed è quindi una giustapposizione di figure che deve essere accettata dai partiti che eventualmente collaborino con il partito di maggioranza relativa, perché corrisponde alle esigenze di fondo di avvicinare la democrazia rappresentativa alla democrazia diretta, anche nei Paesi in cui il Parlamento occupa una posizione centrale nel sistema costituzionale»⁵⁵. E ancora qualche anno dopo, nella voce sulle forme di governo (1970), Elia richiamava l'attenzione su una tendenza – quella, appunto, della personalizzazione del potere – «che sembra determinata da una causa di straordinario rilievo: e cioè dalla percezione diffusa che nei grandi Paesi la democrazia politica (in regime poliarchico) tende a funzionare sempre più come democrazia d'investitura», le formule presidenziali o neo parlamentari rappresentando «una delle tendenze modellistiche immanenti alla vita costituzionale contemporanea»⁵⁶.

Dunque Elia mostra di aver introiettato la lezione di Weber: quello che lo inquieta negli ultimi anni (sicuramente anche al cospetto del micidiale «fattore B») e lo porta a una posizione di intransigente critica nei confronti del progetto di revisione costituzionale della destra è la considerazione che un'ingegneria costituzionale definita – come si è visto – «di audacia tecnologica mai sperimentata»⁵⁷, concentrando tutto il potere in una sorta di «monarca repubblicano»⁵⁸, porterebbe alla verticalizzazione in chiave monocratica e plebiscitaria dell'esercizio del potere, incompatibile con il principio della limitazione del potere proprio del costituzionalismo. In una democrazia strutturata in partiti e programmi, della rappresentanza politica e non della mera incarnazione identitaria – come quella che aveva in mente Elia, sempre attento alla necessità di evitare i pericoli della deriva plebiscitaria con conseguente dittatura della maggioranza e del suo leader⁵⁹ – va certo preso atto della personalizzazione del potere come di un fenomeno ineliminabile delle democrazie contemporanee, «ma senza in-

⁵⁵ La citazione è tratta da L. ELIA, *Costituzione* cit., p. 99.

⁵⁶ Le citazioni sono tratte da L. ELIA, *Costituzione* cit., p. 240.

⁵⁷ V. *retro*, nota 22.

⁵⁸ *La costituzione aggredita*, p. 126.

⁵⁹ *Ivi*, p. 32: osserva A. BALDASSARRE, intervento in *Corte costituzionale, Atti della giornata in ricordo del Presidente emerito della Corte costituzionale Leopoldo Elia*, Roma, 2009, p. 36, che Elia ha sempre tenacemente avversato il berlusconismo, posto che in quel fenomeno vedeva l'antitesi del suo modo di concepire la democrazia, la costituzione e lo stesso partito politico. Ed invero – continua Baldassarre – il liderismo e il «partito personale» «sono l'opposto della idea di pluralismo e di costituzione del pluralismo sostenuta da Elia».

centivarlo, specialmente come personalizzazione extra-parlamentare nel rapporto diretto col corpo elettorale. Bisogna... favorire invece una parlamentarizzazione della personalizzazione, cioè fare in modo che, come in Germania, si possa arrivare a una situazione in cui c'è anche un'investitura parlamentare»⁶⁰, capace di ridimensionare il dato inquietante di una mera «autocrazia elettiva»⁶¹.

6. *Democrazia d'investitura e democrazia d'indirizzo*

Passando al secondo ordine di considerazioni – quello sull'impo-
verimento dell'ispirazione democratica – va notato come Elia si ri-
faccia frequentemente alla distinzione (da lui elaborata fin dal 1988)
fra democrazia d'investitura e democrazia d'indirizzo⁶², fra una de-
mocrazia – potremmo dire – dell'incarnazione identitaria che trova
nell'*election day* la sua olistica espressione e una democrazia struttu-
rata in partiti e programmi, che s'impegna a essere una «democrazia
d'esercizio»⁶³, nella quale, nel corso della legislatura, «partiti e citta-
dini partecipano senza eccessive alienazioni e frustrazioni alla vita po-
litica»⁶⁴. Orbene, mentre i nostri costituenti «vullero una democrazia
che non fosse semplicemente *di investitura*, di delega in bianco ad
autorità presidenziali, governative o parlamentari ma piuttosto una
forma di governo che riunisse potere elettorale di investitura e in-
sieme potere popolare *di indirizzo* nel senso di una influenza deci-
siva sia sulla formula relativa al vertice del potere esecutivo sia sulle
linee di fondo del suo programma»⁶⁵, la progettata riforma della de-
stra rompe questo equilibrio tra le due forme di democrazia⁶⁶, tutto
risolvendo nel fatto plebiscitario dell'elezione (visualizzato con l'in-
dicazione del candidato premier sulla scheda elettorale) e svalutando
ogni controllo tra un'elezione e l'altra. C'è insomma – osserva Elia

⁶⁰ *La costituzione aggredita*, cit., p. 37; v. anche – in polemica con l'on. D'A-
lema - L. ELIA, *Politica e costituzione*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003, pp. 17-
18.

⁶¹ L'espressione «autocrazia elettiva» è stata di recente usata da M. BOVERO, *De-
mocrazia al crepuscolo?*, in M. BOVERO e V. PAZÈ (a cura di), *La democrazia in nove
lezioni*, Roma-Bari, Laterza, pp. 12 e 17.

⁶² La prima formulazione di questa distinzione si può leggere in L. ELIA, *Da
una democrazia d'investitura ad una d'indirizzo*, in «*Dc parlamento*», supplemento
a *Il popolo* del 21 febbraio 1988.

⁶³ L. ELIA, *Costituzione*, cit., p. 254.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ivi*, p. 371.

⁶⁶ Sul necessario equilibrio fra di esse v. anche L. ELIA, *Dinamica «esclusione/in-
tegrazione» e forma di governo italiana*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 1488.

– una cattiva «filosofia» dietro la riforma: «quella secondo cui la storia e la vita politica sospendono il loro corso all'*election day*, affrancando per una legislatura i detentori del potere politico da una effettiva responsabilità cui non sono assuefatti perché i loro partiti sono spesso un «seguito» personale, del tutto incapaci di controllarli»⁶⁷. In una democrazia di mandato estremisticamente recepita, del resto, l'impoverimento dell'ispirazione democratica del sistema verrebbe a intaccare il ruolo stesso del corpo elettorale, se è vero che il principio democratico, «a differenza di quanto è avvenuto in passato, impedisce ogni delega da parte degli elettori di carattere integrale che espropri il popolo per la durata di una legislatura dell'esercizio di quella sovranità che gli spetta in base agli artt. 1 e 49 della Costituzione»⁶⁸: ci sarebbe, per un verso, il rischio di passare da una delega ad una oligarchia partitica al trasferimento di un potere senza limiti ad una sola persona⁶⁹, così tradendo l'ispirazione del pensiero repubblicano madisoniano⁷⁰; per un altro, quello di una sorta di surrogazione del parlamento nei confronti del popolo (e – citando il saggio n. 71 del *Federalist* – Elia richiama Hamilton laddove afferma che «possono diventare pericolosi i rappresentanti del popolo quando fantasticano di essere essi stessi il popolo») ⁷¹.

È dunque anche contro l'onnipotenza parlamentare (o meglio della maggioranza, posto che la nuova divisione dei poteri passa per la contrapposizione tra maggioranza e opposizione) che Elia muove la sua critica, nulla essendo più lontano dalla sua cultura – che è una cultura delle garanzie, proprio quella che manca nel testo di revisione della destra – dell'affermazione secondo cui l'indirizzo politico premiato dal voto popolare non trova nelle democrazie maggioritarie ostacoli istituzionali alla sua più completa attuazione⁷². Egli rimane invece ben saldo nella convinzione che i principi del costituzionalismo non ammettono un potere dominante, pur se democraticamente espresso, ma una pluralità di poteri, tutti limitati, di pari valore e dignità costituzionale⁷³.

Una affermazione – si può concludere – che induce a concordare

⁶⁷ *La costituzione aggredita*, cit., p. 187. In altra parte del libro (p. 90) ribadisce la sua inquietudine nei confronti del «carattere personale dei partiti che, allo stato, non danno affidamento di controllare i leader investiti della *premiership*».

⁶⁸ *La costituzione aggredita*, cit., p. 108.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ivi*, p. 80.

⁷¹ *Ivi*, p. 34.

⁷² Così A. BARBERA e C. FUSARO, *Il governo delle democrazie*, Bologna, il Mulino, 2009, p. 18.

⁷³ *La costituzione aggredita*, cit., p. 54.

con chi ha osservato⁷⁴ che a Elia si può applicare la stessa definizione che egli ebbe a dare del suo maestro Mortati⁷⁵, del quale condivideva la provenienza dalle due grandi scuole del cristianesimo democratico e del realismo costituzionale⁷⁶. «Giurista politico, sì: ma al servizio di tutto il sistema».

⁷⁴ P. POMBENI, *Leopoldo Elia: un costituzionalista e la questione della «forma partito»*, relazione – consultabile sul sito di Astrid – svolta in occasione della presentazione del volume di L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni* (Roma, 3 febbraio 2010).

⁷⁵ L. ELIA, *Costituzione*, cit., p. 394.

⁷⁶ E. CHELI, *Ricordo di Leopoldo Elia*, apparso nel Dossier della Corte costituzionale «Leopoldo Elia», pubblicato in occasione del ricordo del Presidente emerito della Corte costituzionale (Roma, Palazzo della Consulta, 13 febbraio 2009).

*Il rapporto tra politica e diritto nelle riflessioni
di Leopoldo Elia sulla forma di governo
e sui diritti sociali*

di Andrea Giorgis

SOMMARIO. 1. Per comprendere il contenuto e gli effetti degli istituti giuridici è necessario ricostruire i processi storici ed analizzare le caratteristiche del contesto politico e culturale. - 1.1. La forma di governo. - 1.2. I diritti sociali. - 2. I limiti (che il contesto politico e culturale pone) al potere conformativo del diritto costituzionale positivo. - 2.1. La forma di governo. - 2.2. I diritti sociali.

Leopoldo Elia – per riprendere l'efficace immagine utilizzata dal Cardinal Silvestrini in occasione della sua scomparsa – ha molto «seminato nel bene e ciò non potrà soccombere alla morte» (primo libro dei Re 19, 9-13).

Del molto seminato nel terreno della scienza costituzionale, vorrei provare a soffermarmi su di un profilo, con il quale è costretto a confrontarsi ogni costituzionalista: quello del rapporto tra politica e diritto, tra essere e dover essere.

Si tratta di un tema che Leopoldo Elia ha affrontato, con una straordinaria coerenza, sia come studioso, sia come attivo protagonista delle istituzioni politiche e giurisdizionali, e in relazione al quale mi sembra ci abbia lasciato un insegnamento tra i più importanti e attuali.

1. *Per comprendere il contenuto e gli effetti degli istituti giuridici è necessario ricostruire i processi storici ed analizzare le caratteristiche del contesto politico e culturale*

I tratti salienti di questo insegnamento emergono, innanzitutto, dal «metodo» (storico e fattuale) del suo argomentare. È questo uno degli aspetti che caratterizza la sua vastissima attività scientifica, su cui in molti si sono soffermati, a partire da quegli allievi, come Gustavo Zagrebelsky¹

¹ G. ZAGREBELSKY, *Elia a Torino*, in *Omaggio a Leopoldo Elia*, in *Giur cost.*, 1999, II, 1466 ss.

e Mario Dogliani², che ebbero la fortuna di seguire, anche da studenti, le sue lezioni.

E in effetti è impossibile leggere uno scritto di Elia senza rimanere colpiti dalla ricchezza e dalla profondità delle considerazioni di carattere storico, politico, culturale e, quindi, dall'invito a non considerare mai il diritto come un fenomeno autosufficiente, che può essere analizzato attraverso la sola logica e il principio di non contraddizione. Nessun istituto giuridico, nessuna proposizione normativa – sottolineano con efficacia pressoché tutti i contributi di Leopoldo Elia – possono essere compresi dallo studioso se non vengono posti in relazione con il contesto che sono chiamati a disciplinare e dal quale traggono la loro origine.

1.1. *La forma di governo*

Per quanto riguarda le forme di governo dello Stato democratico – uno dei temi sui quali Elia, com'è noto, ha incentrato buona parte della sua riflessione³ – ad esempio, occorrerà anzitutto esaminare la struttura e il ruolo dei partiti, e le norme convenzionali che disciplinano i rapporti tra questi ultimi.

Le forme di governo dello Stato democratico – come si legge nella celebre voce *Governo (forme di)* dell'Enciclopedia del diritto⁴ – «non possono più essere né classificate né studiate, anche dal punto di vista giuridico, prescindendo dal «sistema dei partiti... Ogni forma di governo include oggi un contesto partitico che la qualifica almeno in parte, sia dal punto di vista strutturale sia, più ancora, da quello funzionale: e da ciò deriva che la classificazione delle forme stesse si fonderà su dati normativi e insieme su dati insuscettibili di essere in via

² M. DOGLIANI, *Elia, giurista classico*, in *Omaggio a Leopoldo Elia*, in *Giur cost.*, 1999, II, 1477ss.; ID., *Leopoldo Elia: dalla verità dei fatti alla verità nella scienza nel diritto*, in *Diritto Pubblico* 2008, 901 ss.

³ Sulle forme di governo e sul ruolo dei partiti e dei sistemi di partiti Elia non ha mai smesso di interrogarsi: cfr., tra gli ultimi scritti, L. ELIA, *La forma di governo*, in *La Costituzione aggredita. Forma di governo e devolution al tempo della destra*, Bologna, il Mulino, 2005, 33 ss.; ID., *L'evoluzione della forma di governo*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, Giappichelli, 2005, vol. II, 251 ss.; ID., *La presidenzializzazione della politica*, in *Teoria Politica*, I, 2006, 5ss.; ID., *Discorso in occasione del sessantesimo anniversario della Costituzione della Repubblica italiana*, in *www.Cortecostituzionale.it* 2008; ID., *La forma di governo*, in AA.VV. (a cura di M. Fioravanti), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Bari-Roma, Laterza, 2009, 65 ss. Sull'argomento cfr. in questo volume A. ALGOSTINO, *Leopoldo Elia e la forma di governo italiana fra democrazia di investitura e di indirizzo*.

⁴ L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970.

diretta disciplinati con norme della Costituzione, ma tuttavia a più di un titolo giuridicamente rilevanti».

Per comprendere i tratti salienti di una forma di governo (degli ordinamenti costituzionali pluralistici contemporanei) – secondo Elia – occorrerà perciò considerare, oltre alle norme giuridiche che disciplinano il procedimento di formazione e le attribuzioni dei diversi organi che partecipano del potere di indirizzo politico, se vi è un sistema di bipartitismo rigido, di multipartitismo temperato oppure di multipartitismo esasperato; e nell'ambito delle forme di governo parlamentare a multipartitismo esasperato occorrerà considerare l'assenza o la presenza di convezioni per stabilizzare le alleanze di governo, nonché l'assenza o la presenza di «convenzioni in base alle quali uno o più partiti sono considerati al di fuori dell'area utilizzabile per il sostegno parlamentare ad un Gabinetto»⁵.

Inoltre occorrerà considerare le caratteristiche strutturali dei diversi partiti, il loro radicamento territoriale, il loro profilo identitario, la loro storia⁶: i partiti democratici francesi, ad esempio – osservava nella Relazione al III Convegno Nazionale della Democrazia Cristiana nel settembre 1963, mettendo in guardia da comparazioni superficiali o meccaniche trasposizioni degli istituti giuridici da un Paese all'altro – «erano *les partis de jadis* nel periodo della liberazione, *les grands partis décadents*... e, a parte le speranze suscitate

⁵ L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., Considerazioni analoghe si trovano peraltro già in L. ELIA, *L'attuazione della Costituzione in materia di rapporto tra partiti e istituzioni*, Relazione al Convegno di Cadenabbia, pubblicato in *Il ruolo dei partiti nella democrazia italiana*, in Atti del Convegno di studi promosso dal Comitato regionale della Democrazia Cristiana lombarda, Cadenabbia, 18-19 settembre 1965, ora in L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2009 (a cura di V. Onida e M. Olivetti), 115 ss.

⁶ Su ciascuno di questi aspetti (la struttura territoriale, il ruolo dei funzionari e del personale politico, l'organizzazione interna, il sistema delle correnti, le modalità di scelta dei candidati, il rapporto tra i gruppi parlamentari e gli organi direttivi dei partiti, il finanziamento pubblico e privato, la funzione del leader ecc.) Leopoldo Elia ha dedicato una parte significativa dei propri studi, riconsiderando e aggiornando precedenti contributi. Tra gli scritti che più organicamente hanno analizzato le caratteristiche strutturali dei diversi partiti, cfr. L. ELIA, *Realtà e funzioni del partito politico: orientamenti ideali, interessi di categoria e rappresentanza politica*, Relazione al III Convegno nazionale di studio della Democrazia cristiana, tenutosi a S. Pellegrino Terme 13-16 settembre 1963, in AA.Vv., *Partiti e democrazia*, in Atti del III Convegno di San Pellegrino, Roma, 1964; ID., *L'attuazione della Costituzione in materia di rapporto tra partiti e istituzioni*, Relazione al Convegno di Cadenabbia, pubblicato in *Il ruolo dei partiti nella democrazia italiana*, in Atti del Convegno di studi promosso dal Comitato regionale della Democrazia Cristiana lombarda, Cadenabbia, 18-19 settembre 1965, ora in L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, a cura di V. Onida e M. Olivetti, il Mulino, 2009, 115 ss.

dal Mouvement Républicain e Populaire in vari ambienti, ed in altri dal Partito comunista, è certo che i vecchi partiti apparivano tutti corresponsabili del crollo della terza Repubblica; e non a caso uno dei più lucidi consiglieri politici di De Gaulle, il Brossolette... era nettamente contrario a far entrare i rappresentanti dei partiti nel Consiglio nazionale della Resistenza... In Francia, [inoltre], la Resistenza stessa appariva opera più demiurgica che collettiva; in Italia invece, a prescindere dal contributo dato dai partiti alla lotta di liberazione nazionale, le forze politiche erano meno logore e più fresche perché il crollo del regime prefascista, pur non essendo mancati errori da parte dei nuovi partiti di massa, ricadeva quasi esclusivamente sulla vecchia classe politica liberale».

Il rendimento degli istituti giuridici, e in modo particolare il rendimento degli istituti giuridici che aspirano a regolare i processi di integrazione politica, come dimostrano gli studi comparatistici e l'esperienza storica, non è, insomma, mai automatico ed univoco, ma dipende, per una gran parte, dal contesto in cui operano e, in primo luogo, dalle caratteristiche dei partiti e dei loro rapporti.

Anche per questa ragione – secondo Elia – occorre rifuggire dalla tentazione di risolvere i problemi del sistema politico di un Paese ricorrendo alla pura e semplice introduzione di modelli stranieri: «se c'è un terreno su cui bisogna andare cauti – scrive Elia – è quello delle analogie tra partiti e tra sistemi di partiti: non si può parlare di partiti in astratto, ma bisogna arrivare al *parti situé*, al partito situato nel quadro particolare in cui storicamente vive ed opera»⁷.

1.2. I diritti sociali

Analoga attenzione al «contesto» e alla storia caratterizza le analisi che Leopoldo Elia ha condotto sul ruolo e sulla giurisprudenza della Corte costituzionale e (nell'ambito di queste analisi e di quelle sulle forme di Stato e di governo)⁸ le riflessioni che ha svolto sui diritti sociali.

⁷ L. ELIA, *Realtà e funzioni del partito politico: orientamenti ideali, interessi di categoria e rappresentanza politica*, Relazione al III Convegno nazionale di studio della Democrazia cristiana, tenutosi a S. Pellegrino Terme 13-16 settembre 1963, in AA.VV., *Partiti e democrazia*, in Atti del III Convegno di San Pellegrino, Roma, 1964, 111, ora in L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, il Mulino, 2009, a cura di V. Onida e M. Olivetti, 76 ss.

⁸ Leopoldo Elia non ha dedicato alcuno studio specificamente al tema dei diritti sociali. Tuttavia (come viene evidenziato da M. Losana e da C. Tripodina, in questo volume), i diritti sociali accompagnano gran parte della riflessione di Elia e contribuiscono a illuminare il significato più profondo di alcuni istituti giuridici, come,

La funzione della giustizia costituzionale (e, in particolare, l'affermarsi di alcune tecniche decisorie non formalmente previste, come le sentenze additive), la forma di Stato democratico, nonché la forma di governo delineata dalla Costituzione, per essere correttamente analizzate – secondo Elia – debbono infatti essere messe in reciproca relazione e collocate in quel processo storico che, passando per l'introduzione del suffragio universale, il progressivo allargamento dei sistemi assicurativi pubblici, l'esperienza della Repubblica di Weimar e del secondo conflitto mondiale, ha condotto all'inserimento dei diritti economici-sociali nei testi costituzionali, e dunque all'attribuzione allo Stato, e alle sue diverse articolazioni, del compito di garantire, insieme all'astratto diritto di proprietà, l'allocazione ugualitaria di alcuni beni, così da rendere possibile a ciascun individuo – come recita l'art. 3, comma 2, Cost. – il pieno sviluppo della propria personalità e l'effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

2. I limiti (che il contesto politico e culturale pone) al potere conformativo del diritto costituzionale positivo

L'attenzione al contesto per Elia non ha però solo una funzione euristica.

Ricostruire i processi storici ed esaminare le caratteristiche della realtà materiale e culturale non serve solo a meglio comprendere il contenuto e gli effetti degli istituti giuridici, ma a definire i limiti che incontra il potere conformativo del diritto positivo.

Per Elia, infatti, il diritto costituzionale e la giurisprudenza della Corte costituzionale e dei giudici comuni possono molto, ma non tutto: l'ingegneria costituzionale e l'attuazione dei precetti costituzionali per via giudiziaria, da sole, non sono in grado di realizzare quelle condizioni sostanziali di unità (nel rispetto della pluralità), di uguaglianza e di partecipazione politica e sociale che costituiscono il compito fondamentale e fondante dello Stato democratico costituzionale e delle forze politiche che in esso operano.

2.1. La forma di governo

Per quanto riguarda la forma di governo e, più specificamente, il tema del buon funzionamento dei processi decisionali democratici,

ad esempio, lo Stato democratico, o il funzionamento concreto di taluni organi costituzionali, come la Corte costituzionale.

Elia, fin dai primi anni sessanta⁹, con sorprendente lucidità, osserva come i partiti e, in particolare, «i partiti che sono al Governo» stiano progressivamente perdendo la «capacità di rappresentare e mediare». Alla crescente «disaffezione degli iscritti, degli elettori, dei lettori della stampa (di partito e di quella ad esso ispirata)» e all'«allontanamento di alcuni dei migliori e [al]l'appesantimento delle... file da parte di arrivisti senza scrupoli e senza prospettive politiche», si accompagnano una preoccupante «occupazione» dello Stato, da parte dei partiti medesimi, in violazione dei confini (dell'attività di indirizzo politico) tracciati dall'art. 49 Cost., ed una altrettanto seria e preoccupante «crisi di autorità del potere esecutivo» che significa instabilità dei governi e, dunque, difficoltà di decisione.

Il rimedio alle difficoltà in cui versano i partiti e alle difficoltà in cui, di conseguenza, si vengono a trovare gli organi politici dello Stato – secondo Elia – non può però essere rintracciato in misure legislative che dall'esterno, sulla base di un approccio illuministico (del tipo di quello proposto dalla dottrina francese nel secondo dopoguerra) riorganizzino il sistema dei partiti, «provocando [in ipotesi] la riduzione del loro numero, fino al bipartitismo o al dualismo di schieramenti»¹⁰, oppure la loro sostituzione, nello svolgimento del compito di mediare e rappresentare, con una autorità statale (come avvenne in Francia durante la quinta Repubblica)¹¹.

Quanto la riflessione di Elia sia attuale è inutile dire.

Le ragioni per cui – secondo Elia – occorre rifuggire da un approccio illuministico di politica costituzionale sono di due ordini: innanzitutto perché i partiti politici, specie nelle società pluraliste in cui le divisioni sono profonde e radicate, come è nella società italiana e in gran parte delle società europee, sono «un elemento essenziale della vita democratica». In Italia, per il tipo di pluralismo sociale – scrive Elia – «c'è bisogno... – e ce ne sarà per molto tempo – di un tipo

⁹ L. ELIA, *Realtà e funzioni del partito politico: orientamenti ideali, interessi di categoria e rappresentanza politica*, Relazione al III Convegno nazionale di studio della Democrazia cristiana, tenutosi a S.pellegrino Terme 13-16 settembre 1963, in AA.VV., *Partiti e democrazia*, in Atti del III Convegno di San Pellegrino, Roma, 1964, 111, ora in L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, il Mulino, 2009 (a cura di V. Onida e M. Olivetti), 86 s.; ID., *L'attuazione della Costituzione in materia di rapporto tra partiti e istituzioni*, Relazione al Convegno di Cadenabbia, pubblicato in *Il ruolo dei partiti nella democrazia italiana*, in Atti del Convegno di studi promosso dal Comitato regionale della Democrazia Cristiana lombarda, Cadenabbia, 18-19 settembre 1965, ora in L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, il Mulino, 2009, a cura di V. Onida e M. Olivetti, 130 s.

¹⁰ L. ELIA, *Realtà e funzioni del partito politico*, cit., 84.

¹¹ L. ELIA, *L'attuazione della Costituzione in materia di rapporto tra partiti e istituzioni*, cit., 131.

di mediazione da svolgere da parte dei partiti che non smobilitano dopo le elezioni, ma mantengono col Paese un contatto formativo della pubblica opinione»¹².

Occorre inoltre rifuggire da un approccio illuministico perché – si legge nella Relazione tenuta a Cadenabbia nel 1965 – «in un partito politico, o la riforma viene dall'interno o altrimenti non viene, giacché è vano attenderla dal di fuori». I partiti politici sono identità collettive che originano dalle particolari condizioni storiche, economiche, culturali di un determinato contesto sociale, mai il prodotto artificiale e razionale della sola volontà.

Ma questo, per Leopoldo Elia, non significa che debba essere escluso ogni tipo di intervento legislativo, ma piuttosto che occorra cautela¹³ e, soprattutto, che le misure legislative debbano essere volte a promuovere (oltre che stabilità, in particolare governativa, e continuità) la costruzione (e mai la demolizione) di quell'insieme di presupposti materiali che sono condizione di effettività degli stessi principi costituzionali: quali sono appunto i corpi intermedi, nella strutturazione del legame sociale, e i partiti politici (della tradizione europea), nella rivitalizzazione della partecipazione (effettiva e permanente) alla vita pubblica e nella costruzione di unità, attraverso la legittimazione delle istituzioni rappresentative e della loro capacità di mantenere le promesse della «democrazia emancipante»¹⁴

In questa prospettiva ben si comprende il senso delle diverse proposte di riforma delle norme costituzionali e delle leggi elettorali che Elia, nel corso degli anni, ha suggerito o condiviso; e ben si comprende come quelle che potrebbero apparire delle inversioni di rotta siano invece il frutto della costante e coerente ricerca di un equilibrio tra «democrazia di investitura» e «democrazia di indirizzo»¹⁵ nell'ambito del contesto storico, politico e culturale volta per volta esistente, ovvero il risultato, come egli stesso scrisse negli ultimi con-

¹² L. ELIA, *L'attuazione della Costituzione in materia di rapporto tra partiti e istituzioni*, cit., 140.

¹³ L. ELIA, *Realtà e funzioni del partito politico*, cit., 85 s.

¹⁴ L'espressione «democrazia emancipante» è di ALFONSO DI GIOVINE e di MARIO DOGLIANI, *Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?*, in *Questione giustizia*, n. 2, 1993, 321 ss. ma credo che non sia molto lontana dall'idea che Leopoldo Elia aveva della funzione di alcuni principi costituzionali e, più in generale, della Costituzione italiana nel suo complesso.

¹⁵ L. ELIA, *Per una democrazia di investitura e di indirizzo. Proposta per un riordino istituzionale possibile*, in *La questione morale come riconciliazione cittadini-istituzioni*, in Atti convegno di studi gruppo parlamentare DC Camera dei Deputati, Roma 11.12 gennaio 1988, ora in L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2009 (a cura di V. Onida e M. Olivetti), 363 ss.

tributi, di un costante «processo di attuazione-ritorno alla Costituzione e insieme di sviluppo-adequamento di essa»¹⁶.

2.2. I diritti sociali

Una analoga cautela nel prospettare rimedi giuridici «esterni» alle carenze e alle omissioni della politica la si ritrova nelle riflessioni sulla struttura e sulle condizioni di effettività dei c.d. diritti sociali (a prestazioni positive).

Criticando quelle più recenti ricostruzioni che tendono a ridurre (e a circoscrivere a profili secondari) le differenze «strutturali» tra i diritti sociali e i diritti di libertà e ad argomentare di conseguenza l'immediata tutelabilità anche dei primi, sulla base del solo precetto costituzionale, dinanzi al giudice comune, Elia insiste sul particolare compito che tali diritti prescrivono al legislatore di svolgere¹⁷. Come è stato ben evidenziato¹⁸, secondo Elia, la decisione sui presupposti materiali che uno Stato democratico deve garantire a quanti sono sottoposti alla sua sovranità deve essere una decisione essenzialmente politica, che compone interessi generali e «disarma» (così) un con-

¹⁶ Negli scritti più risalenti (L. ELIA, *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1958, 13 ss.; ID., *Governo (forme di)* in *Enc. dir.*, 1970, 672), in presenza di una situazione di multipartitismo esasperato e di forte instabilità governativa, l'attenzione era infatti volta ad evidenziare, soprattutto, l'esigenza di una maggiore legittimazione politica dell'esecutivo, finanche attraverso una «maggiore personalizzazione del potere». Di fronte alle derive maggioritarie e alle tentazioni presidezialiste degli anni successivi, pur senza abbandonare il riferimento alla governabilità, la riflessione di Elia si sposta sui rischi dell'elezione diretta del Capo dello Stato e di ogni scorciatoia plebiscitaria e, in particolare, sui rischi che comporta il risolvere «tutta la dinamica costituzionale in una democrazia di investitura in cui il popolo, e più di preciso il corpo degli elettori, giovandosi delle leggi elettorali vigenti, designa come Presidente del Consiglio una certa persona con una larga maggioranza di parlamentari» (L. ELIA, *La forma di governo*, in AA.VV., *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2009, 43 s.; L. ELIA, *Per una democrazia di investitura e di indirizzo. Proposta per un riordino istituzionale possibile*, in *La questione morale come riconciliazione cittadini-istituzioni*, in Atti convegno di studi gruppo parlamentare DC Camera dei Deputati, Roma 11.12 gennaio 1988, ora in L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, a cura di V. Onida e M. Olivetti, Bologna, il Mulino, 2009, 363 ss.; ID., *L'evoluzione della forma di governo*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, Giappichelli, 2005, 56).

¹⁷ Cfr. L. ELIA, *Relazione di sintesi*, in *I diritti fondamentali oggi*, Atti del V Convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Taormina, 30 novembre-1 dicembre 1990, Padova, Cedam, 1995, 305; ID., *Il giudice delle leggi nello Stato sociale*, in *Lavoro la giurisprudenza costituzionale 1956-1986*, vol. I, Ist. Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1987, 3 ss.

¹⁸ M. LOSANA, *Leopoldo Elia e i «diritti sociali»*, in questo volume

flitto sociale, e non una decisione giurisdizionale che compone interessi particolari e «disarma» un conflitto tra parti: «bisogna che il Parlamento – scrive Elia – risolva, andando oltre le clausole generali, le situazioni di conflitto sociale. [È infatti] politicamente pericoloso che il giudice debba risolvere conflitti di interesse che andrebbero regolati dal legislatore per categorie generali e non in sede di singole fattispecie»¹⁹.

Le norme che riconoscono i diritti sociali a prestazioni positive, per Elia, sono dunque innanzitutto «norme programmatiche», norme cioè che si rivolgono al legislatore prescrivendogli di trasformare i principi di giustizia che in esse sono contenuti in pretese giuridiche tutelabili in sede giurisdizionale.

Pur muovendo da queste premesse, Elia non giunge affatto – come alcuni sostenitori del carattere programmatico di tali norme – ad argomentare una sorta di minorità giuridica dei diritti sociali, né giunge ad escludere la possibilità di qualche rimedio giurisdizionale alle eventuali omissioni del legislatore. Anzi, interrogandosi sul ruolo della Corte costituzionale nello Stato sociale²⁰, e sull'importanza dei diritti sociali nel definire la forma di Stato²¹, considera le decisioni additive come una evoluzione fisiologia della giurisprudenza costituzionale, e si adopera per una loro giustificazione teorica osservando come le sentenze additive censurino una «esclusione implicita», una norma cioè esclusiva implicita che il giudice *a quo* ha tratto dal testo ragionando a contrario ed escludendo così una classe di soggetti dall'accesso a un beneficio che la Costituzione prescrive venga (anche) a loro assicurato²².

Anche in questo campo, tuttavia, occorre prudenza ed occorre evitare, in particolare, che la Corte costituzionale, per il tramite delle norme sui diritti sociali, invada il terreno che la stessa Costituzione riserva alla politica e al legislatore: da qui la necessità – suggerisce Elia²³ – che il giudice delle leggi circoscriva il proprio intervento (ag-

¹⁹ L. ELIA, *Effettività della tutela giudiziaria*, Relazione al Convegno (organizzato dal Centro Riforma dello Stato) *Diritto e giustizia. Un programma e un'azione per le riforme*, in *Democrazia e diritto*, 1986, 139 s.

²⁰ L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, in *La sentenza in Europa / metodo, tecnica e stile*, Padova Cedam, 1988, 223 ss.

²¹ Cfr. L. ELIA e G. BUSIA, *Stato democratico*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, vol. XV, Torino, Utet, 1999, 71 s.

²² L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81 - luglio 85)*, in *Scritti su la Giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, Padova, Cedam, 1985, 303 ss.

²³ Cfr. L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, cit., 223 s.; ID., *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in AA.Vv. (a cura di P. Barile, E. Cheli e

giuntivo) al nucleo «veramente essenziale» delle prescrizioni costituzionali e che tale intervento avvenga solo per porre rimedio a «omissioni assolute», ovvero a violazioni di norme materiali di giustizia che riconoscono direttamente a determinati soggetti la pretesa di accedere ad alcuni beni o servizi (e non anche, come spesso è accaduto, per rimediare a delle «omissione relative» che derivano dalla violazione del solo principio di uguaglianza formale, ovvero dall'aver previsto un determinato beneficio – che non è costituzionalmente dovuto – soltanto a favore di qualcuno anziché di tutti coloro che si trovano in una situazione che appare ragionevolmente analoga).

Le norme costituzionali sui diritti sociali possono dunque molto, ma non tutto; come le norme che disciplinano la forma di governo hanno bisogno di un atteggiamento politico ad esse conforme. Possono rimediare a singole e specifiche omissioni della politica e possono così indurre il legislatore a maggiore attenzione, ma non possono realizzare, per il tramite della sola giurisprudenza, gli obiettivi democratici ed ugualitari delle Costituzioni europee contemporanee.

Predicare prudenza nelle riforme e nella giurisdizionalizzazione dei conflitti sociali, ed evidenziare (muovendo da una attenta analisi dei fatti, della storia, degli *exempla*) i limiti del diritto posto – nella riflessione di Elia – non significa mai peraltro prospettare una concezione cinica e pessimistica del diritto costituzionale e dell'argomentazione giuridica; al contrario – come ha efficacemente evidenziato da ultimo Mario Dogliani²⁴ – significa prendere sul serio i principi costituzionali, così sul serio da ricercare (con «realismo critico» e senza mai perdere fiducia nella possibilità di un esito positivo²⁵) le condizioni della loro effettiva realizzazione, definendo, volta per volta, in concreto, ciò che compete, rispettivamente, all'azione politica e all'interpretazione giuridica.

S. Grassi), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, il Mulino, 1982, 532 s.; Id., *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 321 s.

²⁴ M. DOGLIANI, *Leopoldo Elia: dalla verità dei fatti alla verità nella scienza del diritto*, cit.

²⁵ Tra i molti passi che si potrebbero citare, cfr. le parole con cui Elia ha concluso il proprio intervento in occasione della presentazione degli Studi in Suo onore: *Dinamica «esclusione/integrazione» e forma di governo italiana*, in *Giur cost.*, 1999, II, 1488.

L'uso della storia nella Lezione di Leopoldo Elia

di Enrico Grosso

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I fatti storici come strumenti dell'argomentazione: il passato che illumina l'interpretazione giuridica del presente. – 3. Storia e *Historie*: il passato come miniera di *exempla*. – 4. Tra «metodo giuridico» e normativismo positivista: i fatti come «situazioni condizionanti». – 5. Il ruolo della storia nell'ultima fase della Lezione di Elia: storia e legittimazione della Costituzione repubblicana.

1. *Premessa*

Che Leopoldo Elia fosse dotato di una straordinaria erudizione storica è un fatto assai noto, quasi un luogo comune, messo in evidenza costantemente e concordemente da tutti coloro che hanno analizzato il suo pensiero, approfondendone, nel corso degli anni, la Lezione. Basterebbe ricordare i continui riferimenti alla straordinaria capacità di Elia di «calare il diritto costituzionale nella storia»¹, o di «usare la storia (grazie alla sua stupefacente conoscenza di eventi e dettagli) anche nella trattazione di questioni squisitamente giuridico-positive»².

Tuttavia, al di là delle numerose – e scontate – attestazioni circa la centralità dell'uso della storia nel suo pensiero, pochi hanno indagato a fondo sullo specifico ruolo argomentativo che Elia assegnava, nei suoi scritti, ai riferimenti storici anche minuti cui faceva continuamente ricorso. Si tratta di una caratteristica del suo insegnamento, che non va soltanto (e riduttivamente) considerata come il semplice portato di quella che Livio Paladin ha definito la «connaturale storicità del suo modo di ragionare»³, e non può dunque essere derubricata a mera modalità (esteriore) di esposizione dei suoi ragionamenti.

¹ A. PACE, *Elia e la «Giurisprudenza costituzionale»*, in *Giur. cost.*, 1999, 1460.

² L. PALADIN, *Elia e il «metodo giuridico»*, in *Giur. cost.*, 1999, 1456.

³ L. PALADIN, *Presentazione*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, Giuffrè, 1999, I, XIX.

Si tratta al contrario, molto spesso, del fondamento stesso di quei ragionamenti, o comunque di un ingranaggio essenziale del suo argomentare, di cui è essenziale cogliere la specifica valenza. Quell'apparato di nozioni e di informazioni di cui egli, attraverso un uso sapiente ed equilibrato della sua erudizione, infarciva i suoi scritti, non costituivano infatti quasi mai gli elementi di una semplice e banale ricognizione preliminare rispetto alle singole questioni che sarebbero poi state trattate, ma il «puntello» e solitamente la vera e propria chiave interpretativa delle ragioni giuridiche da lui esposte.

Si proverà dunque a proporre qualche riflessione sulle ragioni dell'uso della storia nella Lezione di Leopoldo Elia, ossia sulla funzione da lui assegnata alle vicende del passato nell'interpretazione giuridica del presente. Si cercherà pertanto di andare al di là della mera constatazione di un'erudizione fuori dal comune e di una «attitudine» particolare, per interrogarsi sul significato che, nei suoi scritti, assume – sul piano del metodo – il continuo riferimento a fatti storici anche minuti, anche apparentemente secondari, fatti che – come affettuosamente ho sentito una volta chiosare da Gustavo Zagrebelsky – nella comunità dei giuristi era talvolta «l'unico a conoscere».

2. *I fatti storici come strumenti dell'argomentazione: il passato che illumina l'interpretazione giuridica del presente*

Fare riferimento all'uso della storia come a un problema di metodo non significa, ovviamente, pretendere di affrontare *funditus* la complessa questione del metodo nel pensiero di Elia. Come noto, egli non ha mai dedicato specifica attenzione a considerazioni di metodo, anzi era scettico sulla stessa possibilità che l'esplicitazione di un metodo fosse utile, e che attraverso *un* metodo – e in particolare il metodo giuridico – si potesse «ingabbiare» il diritto costituzionale, materia troppo complessa e comprensiva di oggetti assai diversi tra loro, soprattutto quando affronta le tematiche del sistema politico e delle forme di governo⁴. Come è stato giustamente ricordato, per lui la realtà era troppo complessa perché qualsiasi teoria potesse contenerla⁵. Tanto meno Elia ha mai teorizzato la necessità di adottare un «metodo storico», né può essergli attribuita una qualche compiuta «filosofia della storia». Forse solo nello scritto che riporta la rela-

⁴ Sul punto si vedano le considerazioni di L. PALADIN, *Elia e il «metodo giuridico»*, cit., 1456 ss.; ID., *Il metodo nella storia costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, cit., I, spec. 1155 ss.

⁵ Cfr. F. LANCHESTER, *Il legato di Leopoldo Elia*, in *Consultaonline*, 2008.

zione tenuta al convegno di Messina del 1981 su «Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia»⁶ – su cui si tornerà – si possono trovare alcune esplicite indicazioni sulla sua idea circa il ruolo della storia nel rapporto tra fatto e diritto.

I fatti storici, nella maggior parte dei suoi lavori, sembrano parlare direttamente al lettore, sgorgando naturalmente, come per energia propria, dalle pagine, senza che ad essi venga direttamente affidata alcuna esplicita funzione «programmatica». Prendiamo in esame, per iniziare, due «scritti minori», due piccole note a sentenza pubblicate su *Giurisprudenza Costituzionale* nel 1968.

Il primo è un commento alla decisione n. 111/1968 della Corte, concernente la revoca della concessione di decorazioni al valore militare e dell'Ordine militare di Savoia a favore di appartenenti alla disciolta milizia volontaria per la sicurezza nazionale in dipendenza di atti compiuti nella guerra di Spagna⁷. Elia ne trae l'occasione per elevare, pur nei consueti toni pacati che gli erano propri, una durissima critica al giudice costituzionale, il quale aveva respinto la questione concernente l'incostituzionalità della legge che, nel 1945, aveva revocato la concessione di medaglie al valore – nonché «pensione e soprassoldi» – a favore di chi, arruolatosi nella milizia volontaria per la sicurezza nazionale, aveva partecipato sotto tale inquadramento alla guerra di Spagna. Scorretto, per Elia, sarebbe il modo in cui il giudice costituzionale aveva liquidato la questione, senza entrare nel merito delle singole contestazioni, ma evocando sbrigativamente la discrezionalità politica del legislatore del 1945 nel giudicare quella guerra un «fatto ideologico» incompatibile con il nuovo ordinamento costituzionale. Proprio sulla plausibilità dell'affermazione che la guerra di Spagna fosse stata – per tutti i militi della MVSN che l'avevano combattuta e a differenza delle truppe inquadrato nell'esercito regolare – un «fatto ideologico», si incentra l'argomentazione di Elia. Egli critica l'affermazione della Corte. Ma per giustificare la sua contrarietà a quel modo di ragionare non si limita genericamente a ricordare lo *status* giuridico delle truppe inviate in Spagna tra il 1936 e il 1939. Compie invece una dettagliatissima ricostruzione delle specifiche modalità con cui i singoli corpi erano stati formati; raccoglie le dichiarazioni pubbliche dei protagonisti, da Mussolini, a Ciano, a Vittorio Emanuele III; cita in nota tutti gli storici che si erano occupati della

⁶ L. ELIA, *Diritto costituzionale*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Atti del convegno di Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981, Milano, Giuffrè, 1981, 347 ss.

⁷ L. ELIA, *La guerra di Spagna come «fatto ideologico»: un caso di «political question»?*, in *Giur. cost.*, 1968, 1741 ss.

Guerra di Spagna (da Salvatorelli a Deakin, da Sforza a Thomas). Analizza nel dettaglio singoli eventi, compresa la dinamica della battaglia di Guadalajara, con la composizione delle truppe che vi presero parte. Prende in considerazione l'episodio dei reparti aerei messi a disposizione di Franco da Mussolini per il trasbordo delle truppe dal Marocco nel giugno del 1936. Ricostruisce il ruolo dei generali Roatta, Bastico, Berti e Gambara. Analizza il diverso apporto che al sostegno italiano a Franco diedero i volontari e gli inquadrati in truppe regolari, si spinge a descrivere la struttura dei complementi, delle salmerie, delle linee di collegamento, analizza le diverse ragioni che spinsero all'arruolamento i singoli volontari (incentivi economici, disoccupazione, miseria). Tutto ciò gli serve per motivare l'affermazione secondo cui sarebbe impossibile distinguere *sul piano giuridico*, all'interno del corpo di spedizione, tra elementi davvero volontari (per i quali la guerra avrebbe effettivamente rappresentato un «fatto ideologico») ed esercito regolare. Assurda sarebbe dunque la pretesa della Corte di motivare l'infondatezza della questione a partire dal giudizio politico sulle presunte ragioni ideali dei combattenti che presero parte al conflitto. Il giudice costituzionale, in tal modo, non si renderebbe conto di avvallare un trattamento discriminatorio dei presunti «volontari» rispetto ai soldati inquadrati nelle truppe regolari, cui le onorificenze non erano state revocate.

La conclusione dell'autore è assai illuminante: «L'intervento militare italiano in Spagna ha carattere unitario e non si presta per le sue caratteristiche di base ad essere scomposto in fatti ideologici e non: ed è motivo di rammarico che la Corte, di fronte ad un fatto storico di grande portata, quale la guerra spagnola del 1936-39, non si sia impegnata in un giudizio nel quale l'imparzialità del giudice doveva coincidere con l'imparzialità dello storico», utilizzando anche la «vasta ancorché non sempre soddisfacente letteratura» in argomento⁸. È in quest'ultimo passo che sembra potersi rintracciare il senso profondo del ruolo che l'autore affida agli eventi storici per la riflessione del giurista. Si tratta quasi di un invito, che egli rivolge al giudice, a farsi storico, a utilizzare la storiografia per ricavare elementi utili alla sua ricostruzione giuridica e alla soluzione in concreto del caso a lui sottoposto, a non limitarsi a dare per scontata *una* lettura (tra le tante possibili) degli eventi, magari alla moda in quel momento, ma a scavare, utilizzando appunto gli strumenti propri dello storico (la «imparzialità dello storico» è quella che si realizza attraverso l'applicazione del metodo scientifico alla

⁸ L. ELIA, *La guerra di Spagna*, cit., 1748.

sua attività) e a trovare, proprio dall'evocazione di eventi storici, risposte giuridiche.

Il secondo scritto, risalente allo stesso periodo, è un commento alla sentenza n. 96/1968, sull'elezione dei consigli provinciali siciliani⁹. Qui ci troviamo di fronte a una struttura completamente diversa. Nessuna lunga nota a piè di pagina, nessun dettagliato richiamo a singoli eventi storici, ma solo alcuni brevi e precisi riferimenti di storia e di cronaca costituzionale (o, per meglio dire, di storia e cronaca costituzionale *comparata*). Proprio da quei riferimenti Elia trae l'ossatura dell'argomentazione proposta. La nota trae ispirazione da un *obiter dictum* contenuto all'interno di una decisione che si occupa per la verità di tutt'altro¹⁰, secondo cui anche l'elezione del Presidente della Repubblica disciplinata dall'art. 83 Cost. sarebbe un'elezione di secondo grado. Allo scopo di smontare tale perentoria affermazione, e di distinguere le vere e proprie elezioni di secondo grado da quelle «genericamente» indirette, in cui tale qualificazione andrebbe tutt'al più riferita «alla legittimazione degli elettori», Elia «va alla caccia» delle singole vicende storiche inerenti a diversi tipi di elezione indiretta di Capi dello Stato, per mettere in luce l'assoluta diversità delle singole situazioni considerate.

Ovviamente non interessa qui il merito delle considerazioni di Elia, ma il modo con cui sono presentate. Dopo aver fatto riferimento al pensiero di Hamilton e alla genesi dell'elezione di secondo grado del Presidente degli Stati Uniti, egli ricostruisce (sia pur brevemente) le vicende storiche sottese all'evoluzione dell'istituto, progressivamente trasformatosi da un vero e proprio sistema elettorale a doppio grado in un meccanismo sostanzialmente diretto, attraverso l'impegno (e il *vincolo*) degli elettori presidenziali a votare un candidato «nominato» nelle commissioni nazionali. Da tale vincolo scaturisce oggi la natura propriamente indiretta (o, meglio, di secondo grado) di tali elezioni. Riferisce l'autore, in particolare, che l'originario meccanismo (il cui impianto formale non è mutato pur nell'evoluzione in senso «democratico» dell'elezione presidenziale) era diretto, nell'ottica di Hamilton, a impedire ogni possibilità di intrigo, di corruzione, di manovra, ossia a scongiurare il rischio che si manifestassero quelle forme non corrette di formazione del consenso che egli sembra aspramente criticare – implicitamente riferendole all'elezione parlamentare – quando

⁹ L. ELIA, *Una formula equivoca: l'elezione indiretta del Presidente della Repubblica*, in *Giur. cost.*, 1968, 1530 ss.

¹⁰ La sentenza n. 96/1968 aveva ad oggetto la questione concernente la legittimità costituzionale dell'elezione dei consiglieri provinciali siciliani ad opera dei consiglieri dei comuni della provincia, anziché dell'intero corpo elettorale provinciale.

in conclusione afferma che la repubblica (italiana), quando vi è l'elezione del presidente, «non è mai tanto, come in quel momento, una repubblica di mandarini»¹¹.

Ciò che soprattutto colpisce è l'argomentazione mediante la quale viene sviluppata la critica alle ricostruzioni dottrinali che, per ragioni prettamente ideologiche, qualificerebbero come «di secondo grado» l'elezione parlamentare del Presidente italiano (e non, ad esempio, quella dei giudici costituzionali, o dei membri laici del CSM). L'obiettivo, secondo Elia, sarebbe quello di far risalire al popolo la preposizione alla carica di Capo dello Stato, quasi che il suo carattere «rappresentativo» derivasse dalle modalità di elezione anziché dal fatto di essere «inscritto nella Costituzione». Egli fa qui riferimento alle specifiche modalità con cui erano eletti i presidenti nella Terza Repubblica francese, nonché alle vicende delle elezioni presidenziali in Italia, per giungere alla conclusione che la qualificazione giuridica «di secondo grado» dell'elezione non è ammissibile, nei due casi, proprio in quanto «se c'è un atto che i parlamentari compiono al di fuori di ogni collegamento con orientamenti e tendenze emerse nel corpo elettorale, questo è l'atto elettivo del Presidente della Repubblica»¹². Il che equivale a dire: il diritto non consente di qualificare come «indirette» quelle elezioni in quanto la storia ci dice che non è mai stato così, ossia in quanto storicamente non si è mai data alcuna diretta connessione tra la volontà dei parlamentari-elettori del Capo dello Stato e quella dei loro rappresentanti.

3. *Storia e Historie: il passato come miniera di exempla*

Ci si è dilungati su due scritti apparentemente «minori», poiché da essi sembra trasparire una possibile chiave interpretativa del ruolo che assume la storia nel pensiero giuridico di Elia. Storia come *exemplum*, o meglio, come miniera di *exempla*, così come lo erano le *Historie* di Tito Livio. Fatti sempre ricostruiti con una maniacale esattezza e precisione, tratti dalla storia politica o da quella istituzionale, idonei a fornire argomenti – che l'autore il più delle volte presenta come auto-evidenti – per la corretta interpretazione degli istituti giuridici di volta in volta trattati. Fatti cui occorre sempre fare riferimento, perché qualsiasi lettura del testo (e dunque qualsiasi decisione del giudice che quel testo interpreta e applica) non può prescindere

¹¹ Cfr. L. ELIA, *Una formula equivoca*, cit., 1537.

¹² *Ivi*, 1537.

dalla ricostruzione degli specifici orientamenti storico-politici che a quel testo hanno dato origine. Fatti che «interrogano la coscienza morale suscitando sentimenti e intuizioni»¹³, che possono essere postulati come «veri», contro ogni tentazione di deriva relativistica e contro ogni soggettivismo (in morale e in politica). Fatti, quindi, che possono in qualche modo costituire un aggancio, e anche una garanzia, contro le derive possibili di quell'attitudine, che pure Elia presenta come connaturata al modo di pensare dello studioso di diritto costituzionale, ad essere inevitabilmente esposto al condizionamento della «situazione storica in cui opera più di qualsiasi altro ricercatore nel campo delle scienze sociali»¹⁴.

Tale ultimo punto merita un approfondimento. Lo stesso Elia, nella prefazione al libro di Franco Pizzetti e Gustavo Zagrebelsky del 1972 su «non manifesta infondatezza e rilevanza»¹⁵, cita una famosa «*opinion*» del giudice Frankfurter, per esprimere ciò che, a suo parere, deve valere nell'atteggiamento dello studioso del diritto verso l'oggetto del suo studio: un atteggiamento che deve essere «fondato su qualcosa di molto più profondo e di più plausibile della preferenza personale... *deve basarsi su premesse fondamentali radicate nella storia*». Mario Dogliani, a tale proposito, ha parlato di una generale attitudine di Elia ad «affrontare i problemi giuridici a partire dal loro contesto storico (o meglio, storico-geografico) e alla luce delle loro possibili soluzioni archetipe (formulate dalla teoria e tramandate dalla storia o dalla prassi)»¹⁶. Un'attitudine che si riflette nelle singole modalità con cui l'autore conduce il ragionamento giuridico di volta in volta proposto, e che finisce per costituire l'asse portante della sua argomentazione. Da qui, per tornare all'esempio sopra ricordato, lo

¹³ Così M. DOGLIANI, *Leopoldo Elia: dalla verità dei fatti alla verità nella scienza del diritto*, in *Diritto pubblico*, 2009, 904.

¹⁴ Così scrive Elia, citando una frase di Mario Galizia, nella già citata relazione messinese; (L. ELIA, *Diritto costituzionale*, cit., 348). In altra occasione, ma sempre nel medesimo periodo, in un intervento al convegno di Aix-en-Provence del 1981 su «*Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, egli sostanzialmente argomenta come le congiunture storiche (ad esempio l'«emergenza» nell'Italia degli anni '70) abbiano una forte influenza condizionante non soltanto sulle *institutions politiques* – sul «*government*» secondo la bipartizione degli studi costituzionali da lui stesso proposta – ma anche sui *droits fondamentaux*, e sulla interpretazione della *constitutional law* su cui questi ultimi si radicano (cfr. L. ELIA, *Communication orale*, in L. FAVOREU (cur.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Economica, 1982, 335 ss.).

¹⁵ L. ELIA, *Premessa*, in F. PIZZETTI e G. ZAGREBELSKY, «*Non manifesta infondatezza*» e «*rilevanza*» nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, Milano, Giuffrè, 1972, VI.

¹⁶ M. DOGLIANI, *Elia, giurista classico*, in *Giur. Cost.*, 1999, 1478.

sforzo di inquadrare storicamente le diverse esperienze di elezione del capo dello Stato in diversi contesti storici e geografici, allo scopo di trarne utili argomenti a sostegno della sua teoria circa la natura non «indiretta» dell'elezione del Presidente della Repubblica.

Nel domandarsi le ragioni di tale attitudine, Dogliani evoca la «lealtà», il «riconoscimento e l'accettazione», oltre che la mera constatazione della sua esistenza, verso il dato istituzionale che il costituzionalista fa oggetto del suo studio. È quindi proprio attraverso il riferimento agli *exempla* storici, ai precedenti, ossia attraverso l'implicita riaffermazione della loro persistente prescrittività, che Elia si sottrae a quell'eclettico pragmatismo, proprio del giuspubblicista che si limita a prestare acquiescenza alle strutture istituzionali del momento¹⁷. In questo senso appare particolarmente significativa, nella più volte menzionata relazione del 1981, la citazione di un'opinione di Giuseppe Capograssi, secondo il quale il giuspubblicista manifesterebbe necessariamente *adesione*, accettazione dei fatti e delle forze, ossia della forma politica dello Stato. Attraverso tale accettazione egli «obbedisce, si voglia o no, all'imperativo richiamo della realtà, cioè delle forze politiche»¹⁸. Elia usa le parole di Capograssi con esplicito riferimento all'atteggiamento dei giuristi durante il fascismo, ma è evidentemente consapevole (quando parla della «accettazione di segno positivo» del 1948, in contrapposizione a quella acquiescenza negativa includente «un riflesso di carattere difensivo» che aveva invece caratterizzato l'atteggiamento culturale dei giuristi durante il Ventennio) che il problema è più generale e persistente. Ed è il problema del rischio – sempre in agguato quando il giurista è inevitabilmente condizionato dalla situazione storica in cui opera – di una verticale caduta di prescrittività della Costituzione. Il richiamo alla storia, agli *exempla*, alle prassi del passato, diventa così per Elia un modo per sopperire a quella «mancanza nel paese di una tradizione costituzionale» da lui denunciata nello scritto messinese, un modo per costruire un *sensus constitutionis* meno effimero e meno esposto alle temperie del presente (di ogni presente). Ciò equivale a dire che l'accettazione dei valori sottesi alla Costituzione risiede anche nella consapevolezza che quei valori stanno scritti in un'esperienza storica capace di fornire loro elementi di stabilità. Sottintendendo naturalmente che se si comincia a dimenticare (o, peggio, a smantellare) i singoli mattoni di quell'esperienza e di quella tradizione, si finisce per perdere anche il senso dei principi iscritti nella Costituzione e per minacciare la sopravvivenza del valore normativo di quest'ultima.

¹⁷ M. DOGLIANI, *Ibid.*, 1480.

¹⁸ L. ELIA, *Diritto costituzionale*, cit., 349.

Ebbene. Qui si manifesta, come è stato notato, una (non saprei dire quanto consapevole) influenza crociana, nella considerazione che (come scrive Croce nel saggio sulla storia come pensiero e come azione¹⁹) «ogni vera storia è storia contemporanea», che cioè nella storia si può andare alla ricerca di risposte per comprendere l'attualità e anche di una guida per il nostro impegno quotidiano. Ma c'è anche qualcosa di più. Si potrebbe forse dire che Elia, notoriamente scettico nei confronti delle suggestioni normativistiche, affidasse alla storia (o meglio, a quegli *exempla* attraverso i quali faceva costante richiamo agli eventi del passato) il compito di realizzare ciò di cui i normativisti – con il loro sofisticato apparato di induzioni, interferenze, deduzioni, principi di non contraddizione – non sono capaci: ossia stabilizzare e radicare un fondamento al diritto, anche al diritto costituzionale. Un fondamento che, ovviamente, va ricercato fuori di esso. Proprio il costituzionalista che più di tutti ha saputo collegare, in modo interdisciplinare, il diritto costituzionale con la politologia (e con la politica *tout court*, fondendo in un *unicum* inscindibile le due esperienze anche sul piano del suo ruolo personale di studioso e contemporaneamente di uomo pubblico impegnato nelle più diverse sedi), che ha saputo tenersi lontano «dai fiori di ghiaccio del formalismo giuridico»²⁰, è tutt'altro che il pragmatico pronto a cedere alle lusinghe di un razionalismo senza colori, di un diritto figlio delle volontà politiche e della forza, cioè di un diritto subordinato al fatto (il fatto politico, la razionalità politica produttrice della decisione). È invece il giurista che si rifugia nella storia per trarre quella fonte di stabilizzazione del diritto che la teoria normativa, per lui insoddisfacente, non può dare (perché, come scrive Gustavo Zagrebelsky, «il diritto per Elia non era un esercizio mentale»²¹).

Consapevole che (come scrisse nel lavoro sulla continuità nel funzionamento degli organi costituzionali citando parole di Georges Vedel) «le regole giuridiche sono impotenti a creare le condizioni del loro funzionamento»²², aveva bisogno di trovare un qualche approdo cui aggrappare il diritto, un po' più solido della mera constatazione che le regole di diritto, create dalla politica e nelle condizioni politiche date, tentano di fornire una regolazione ai fenomeni politici e so-

¹⁹ Cfr. B. CROCE, *La storia come pensiero e come azione* (1938), ora in *Edizione nazionale delle opere di Benedetto Croce*, vol. IX, a cura di M. Conforti, Roma, Bibliopolis, 2002.

²⁰ L'espressione è di Alfonso Di Giovine: cfr. A. DI GIOVINE, *Laudatio del professor Leopoldo Elia*, in *Teoria politica*, 2006, n. 1.

²¹ G. ZAGREBELSKY, *Elia a Torino*, in *Giur. Cost.*, 1999, 1469.

²² L. ELIA, *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1958, 76.

ciali (i quali però finiscono per determinarle), e che esse possono tutt'al più aspirare a condizionare. Insomma, per Elia la dinamica politica, o per meglio dire la «ragion politica», cui pure è affidato un ruolo essenziale nella determinazione dell'esperienza giuridica, ha bisogno di un forte radicamento nelle vicende storiche, nei precedenti e addirittura nelle specifiche atmosfere spirituali dei diversi periodi storici (si pensi, ancora, alla questione sopra ricordata su chi fosse «volontario» e chi «coscritto» ai tempi della Guerra di Spagna, e sull'atteggiamento complessivo del paese di fronte a quell'evento). Senza una forte visione storica, senza un solido ancoraggio a quelle vicende, quei precedenti, quelle atmosfere, cui con grande erudizione egli faceva sovente riferimento, il rischio è che il diritto si dissolva e si confonda in una indistinta scienza sociale. Il rischio è, come Elia paventava, che lo studio del diritto costituzionale si riduca a studio della prassi, e questa a «*bricolage* costituzionale».

4. *Tra «metodo giuridico» e normativismo positivista: i fatti come «situazioni condizionanti»*

Si è sempre detto che in Elia è essenziale «l'immediata rilevanza giuridica del fatto»²³, sottolineandosi pertanto il suo tributo al realismo. Si può forse dire che per lui valesse soprattutto l'immediata rilevanza giuridica del fatto storico, derivante dalla consapevolezza dell'imprescindibile storicità del diritto costituzionale. E quindi, ad esempio, se l'assetto del sistema dei partiti rileva per la distinzione tra le forme di governo, la comprensione degli eventi storici che ne hanno caratterizzato l'evoluzione contribuisce a qualificarne la struttura giuridica. Struttura che, tuttavia, rimane giuridica, idonea a produrre normatività²⁴.

²³ L. PALADIN, *Presentazione*, cit., XV. Cfr. L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, spec. 640.

²⁴ Proprio nella voce sulle forme di governo, Elia puntualizza che la convinzione secondo cui sarebbe da considerare questione «di mero "fatto"» l'influenza storicamente esercitata dai partiti su parlamento, governo ed organi deliberativi di enti locali, avrebbe «comportato già in passato equivoci non indifferenti», mentre al contrario l'osservazione delle concrete relazioni (e degli equilibri storicamente raggiunti nelle diverse fasi e realtà) tra forze politiche contribuisce alla costruzione giuridica delle forme di governo, dal momento che «ogni forma di governo include un contesto partitico che la qualifica almeno in parte, sia dal punto di vista strutturale sia, più ancora, da quello funzionale: e da ciò deriva che la classificazione delle forme stesse si fonderà su dati normativi e insieme su dati insuscettibili di essere in via diretta disciplinati con norme della Costituzione, *ma tuttavia a più di un titolo giuridicamente rilevanti*» (L. ELIA, *Governo*, cit., 640, corsivo non testuale).

Occorre precisare che, tra il normativismo positivista e il vecchio «metodo giuridico» degli Orlando e dei Romano, Elia intravedeva un pertugio stretto, quello da lui stesso individuato quando, nella premessa al volume che ripubblica le quattro «edizioni provvisorie», manifestava il suo tributo di riconoscenza a Costantino Mortati, scrivendo che «Mortati mi insegnò a comprendere e a non sottovalutare le situazioni che condizionano la dinamica delle istituzioni... un metodo di “realismo critico”»²⁵. Ma di tale metodo egli riconosceva anche tutti i rischi e sottolineava con forza (ancora nella relazione del 1981) che comunque il diritto costituzionale, per quanto possa entrare in rapporto con le «situazioni condizionanti», ha – in quanto diritto – un *proprium* non discutibile: quell'elemento normativo che consente «di distribuire patenti e qualificazioni in nome del diritto stesso»²⁶. E ciò vale anche per le forme di governo, le cui tipizzazioni, se si vuole continuare a pensare al diritto come scienza, non possono che avere funzioni normative.

Lo stesso Elia, nella già citata prefazione al libro di Pizzetti e Zagrebelsky, sottolinea la necessità di «tenere alto il tono del dibattito scientifico», e ammonisce, citando parole di Uberto Scarpelli, circa il rischio «che il troppo facile e immediato realismo distolga dallo sforzo di comprendere realisticamente come il metodo giuridico si forma e si evolve in una società, i fattori e le forze che lo influenzano, gli effetti che produce»²⁷.

È allo scopo di dare forza, puntellandolo, a quel *proprium* del diritto costituzionale rispetto all'indistinto operare delle forze politico-sociali, che Elia rivolge lo sguardo verso il passato, con atteggiamenti di vera e propria «spigolatura» storico-comparatistica. Particolarmente significative, tra i tanti esempi che si possono trarre dalla sua produzione, alcune note a piè di pagina nella voce sulle forme di governo, come quella sullo «scioglimento MacMahon» a proposito del potere presidenziale di scioglimento nelle forme di governo parlamentari²⁸, quelle sulle vicende del «War cabinet» a proposito delle irregolarità nel sistema dell'alternanza proprio del modello Westminster²⁹, quella sui casi di «*rebellion*» parlamentare alle iniziative del *leader/premier*, a proposito della naturale tendenza del sistema britan-

²⁵ L. ELIA, *Premessa*, in ID., *Studi di diritto costituzionale, 1958-1966*, Milano, Giuffrè, 2005, IX.

²⁶ L. ELIA, *Diritto costituzionale*, cit., 350. Cfr. M. DOGLIANI, *Elia, giurista classico*, cit., 1481.

²⁷ L. ELIA, *Premessa*, in F. PIZZETTI e G. ZAGREBELSKY, «*Non manifesta infondatezza*», cit., V.

²⁸ L. ELIA, *Governo*, cit., 642, n. 34

²⁹ *Ivi*, 647, n. 57.

nico a garantire la supremazia del *cabinet*³⁰, quella sulla richiesta di Coty a Mitterrand di non includere voti comunisti se incaricato di formare un governo nell'aprile 1958, a proposito della *conventio ad excludendum*³¹, oppure, nello scritto sulla «ordinaria amministrazione degli organi costituzionali», il riferimento (ricordato da Mario Dogliani nel suo «omaggio» in occasione della presentazione romana degli studi in onore) all'atteggiamento del re in occasione della mancata firma del decreto sullo stato d'assedio da parte di Facta il 28 ottobre 1922³².

Naturalmente, in questo continuo riferimento a eventi, anche i più minuti, della storia politica e di quella costituzionale non manca una buona dose di eclettismo. Si tratta di un modo di «utilizzare» le vicende storiche che potrebbe richiamare alla memoria il costume proprio dei grandi intellettuali dell'*Ancien Régime*, i quali non ambivano a comporre una specifica e «scientifica» opera storiografica, ma sapevano usare sapientemente i singoli materiali messi a loro disposizione dallo sviluppo storico, per «leggere» con più solide basi interpretative le questioni poste nel presente.

In questo fondamentale eclettismo si rispecchia la sua concezione del *continuum* storia-politica-diritto dove, come è stato scritto, «anche esperienze di un passato più lontano si riconnettono (per quanto in modo mediato) al nucleo di valore che forma il contenuto dell'accettazione di oggi»³³. Vi è, nel pensiero di Elia, un *continuum* che lega indissolubilmente ieri e oggi, come lo stesso autore sottolinea nella presentazione alla nuova edizione della «Storia costituzionale del Regno d'Italia» di Gaetano Arangio Ruiz. In questo brevissimo scritto Elia insiste in particolare sul valore culturale (anzi, per usare le sue parole, «ad un tempo scientifico e civile») di quella ripubblicazione, valore che risiede a suo dire non in una assurda pretesa di «attualizzazione» di quella *Storia*, la cui ispirazione ottocentesca e liberale non è di per se stessa «attualizzabile», bensì nel riconoscimento che esiste quel *continuum*, nella riaffermazione che vi sono «tratti di significativa continuità nella storia della nostra letteratura e delle nostre istituzioni»³⁴.

Naturalmente Elia non ha mai fatto oggetto di una specifica teo-

³⁰ *Ivi*, 646, nn. 51 e 52.

³¹ *Ivi*, 655, n. 89.

³² L. ELIA, *Sulla «ordinaria amministrazione» degli organi costituzionali*, in *Archivio giuridico «F. Serafini»*, 1958, 154 ss., cit., in M. DOGLIANI, *Elia, giurista classico*, cit., 1481.

³³ M. DOGLIANI, *Elia, giurista classico*, cit., 1481.

³⁴ L. ELIA, *Presentazione*, in G. ARANGIO-RUIZ, *Storia costituzionale del Regno d'Italia*, Napoli, Jovene, 1985, V.

rizzazione il modo per individuare il punto di equilibrio tra politica e storia, tra osservazione delle dinamiche prodotte dall'incontro/scontro tra forze politico-sociali e riferimento alle correnti profonde fatte di tradizione («prudente e selettiva tradizione»), di portato storico, di cultura. Anzi, era consapevole che tale equilibrio è per sua natura mobile, insuscettibile di essere fissato una volta per tutte.

Tuttavia questa era la funzione da lui attribuita, forse non del tutto consapevolmente, alle sue «*historiae*». Concetto Marchesi, nella sua storia della letteratura latina, individua la «funzione della storia» nell'opera di Tito Livio proprio nell'individuazione di *exempla* significativi, capaci di parlare al presente, e di spiegarlo. La irriducibile unità (e continuità) di fondo dei «tempi lunghi» rispetto alla frammentata discontinuità del presente, la continua interrogazione del passato è per Livio lo strumento idoneo a ricostruire le ragioni di un presente che lo amareggia³⁵. Anche gli *exempla* di Elia sono talvolta giocati in funzione di interrogazione del presente. Ma nel senso che egli, convinto della lezione mortatiana che in definitiva la Costituzione non è il prodotto della coscienza morale bensì della decisione politica, ha bisogno di *exempla* che aiutino l'interpretazione, che la sottraggano, appunto, all'arbitrio della mera decisione, che la aggancino, come è stato scritto, «a una dimensione cognitiva»³⁶.

5. *Il ruolo della storia nell'ultima fase della Lezione di Elia: storia e legittimazione della Costituzione repubblicana*

È soprattutto nell'ultima fase della sua parabola scientifica, quella assai attiva e impegnata sul fronte «conservativo» della difesa della Costituzione durante la stagione delle suggestioni palingenetiche da «grande riforma», che il richiamo alla storia, con il ricorso frequente alla sua «miniera di *exempla*», diventa un vero e proprio strumento di battaglia affilato ed incisivo. Nel corso dei suoi appassionati interventi alle numerose riunioni seminariali organizzate in quel periodo dall'associazione Astrid, Elia esprimeva aspre critiche nei confronti delle proposte di riforma degli anni 2002-2004 (è sua, come noto, l'invenzione dell'appellativo «premierato assoluto» per definire la forma di governo abbozzata nel progetto dei c.d. «saggi di Lorenzago»³⁷) facendo con-

³⁵ Cfr. C. MARCHESI, *Storia della letteratura latina*, Messina, Principato, 1930 (2° ed.), spec. 9 ss.

³⁶ Cfr. M. DOGLIANI, *Leopoldo Elia: dalla verità dei fatti alla verità nella scienza del diritto*, cit., 907.

³⁷ L. ELIA, *Il premierato assoluto*, relazione al Seminario ASTRID sul progetto

tinuo riferimento alle specifiche vicende che avevano caratterizzato (soprattutto) le trasformazioni della forma di governo francese, nel corso della Terza Repubblica e poi, più recentemente, nella fase di assestamento della Quinta³⁸.

Qui il richiamo a episodi del passato è lo strumento per lanciare un monito contro scelte riformatrici da lui non condivise, per argomentarne la pericolosità, o per dimostrarne l'inutilità. La strenua attività pubblica di difesa della Costituzione che ha caratterizzato gli ultimi anni della sua vita è condotta – senza la pretesa assurda di fermare la storia – anche in nome della storia, contro il riformismo improvvisato e le sue pretese «esasperatamente illuministiche», nella consapevolezza della necessità dei tempi lunghi, di quel beneficio che la Costituzione può trarre «dalla venerazione che il tempo accorda ad ogni cosa», secondo le parole di Madison che Elia ricorda nell'incipit del discorso pronunciato davanti alla Corte costituzionale in occasione del sessantesimo anniversario della Costituzione³⁹.

Nell'ultima fase della sua produzione scientifica, in effetti, la storia costituzionale repubblicana viene apertamente utilizzata in chiave legittimatoria. Programmaticamente, egli sottolinea la necessità, nel

governativo di riforma della Seconda Parte della Costituzione, Roma, lunedì 22 settembre 2003, in *www.astrid-online.it*, ora anche in L. ELIA, *La Costituzione aggredita*, Bologna, Il Mulino, 2005. Come ha acutamente osservato E. BALBONI, *Leopoldo Elia, costituzionalista e cittadino cattolico*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2009, 441, l'espressione «premierato assoluto», come le precedenti, e altrettanto famose, «*conventio ad excludendum*» e «partito di occupazione», sono assurde a veri e propri «apoftegmi», frasi celebri entrate con facilità nel novero delle citazioni famose, e che segnalano «una capacità non comune tra i giuristi, ma più consueta ai politici di rango... di riuscire a condensare un pensiero articolato in un concetto/immagine, così da facilitarne la comprensione e la trasmissione».

³⁸ Rimase impressa a tutti i partecipanti a quella riunione, in particolare, una lucida descrizione della vicenda che aveva portato alla richiesta di dimissioni del primo ministro Chaban-Delmas da parte di Pompidou nel 1972 (benché il primo ministro avesse appena richiesto e ottenuto un voto di fiducia) in conseguenza della volontà, manifestata dal primo ministro, di chiedere comunque lo scioglimento dell'Assemblea Nazionale, in spregio alla volontà della stessa maggioranza gollista, rea di non aver supportato efficacemente Presidente e governo durante la campagna elettorale relativa al referendum sull'allargamento della Comunità europea alla Gran Bretagna. Il referendum era stato fortemente voluto da Pompidou, ma aveva avuto un risultato (sia pur positivo) molto inferiore alle attese. L'episodio era richiamato da Elia allo specifico fine di criticare la disposizione, contenuta nel progetto dei c.d. «saggi di Lorenzago», diretta ad introdurre un potere permanente di scioglimento delle camere in capo al premier – ad indirizzo solitario e dotato di effetto automatico – senza la previsione di alcun controllo discrezionale da parte del Capo dello Stato.

³⁹ L. ELIA, *Discorso del presidente emerito della Corte costituzionale prof. Leopoldo Elia, in occasione del sessantesimo anniversario della Costituzione della Repubblica italiana*, in *Giur. cost.*, 2008, 629 ss.

«considerare con criteri storici le vicende costituzionali nel lungo periodo che ci separa dal 1° gennaio 1948» di affrontare «i problemi della periodizzazione e della scelta dei materiali da utilizzare: che non possono essere solo leggi e sentenze ma sono anche gli eventi in grado di influire sulla Costituzione vivente, dalla approvazione di un ordine del giorno in sede parlamentare all'esito di una consultazione referendaria»⁴⁰.

Si tratta del resto di uno dei lasciti più duraturi e più significativi del suo pensiero, di un concetto sul quale egli è più volte ritornato, nel corso del suo lungo insegnamento, fino all'ultimo suo scritto, pubblicato postumo, su «Elezioni e partiti politici in Italia», nel quale una minuta analisi delle tappe più significative della storia costituzionale italiana è l'occasione per un'aspra critica all'ipotesi di introdurre in Italia forme di concentrazione del potere «alla francese», alla quale egli oppone modelli «più adatti per l'Italia» come quelli tedesco e spagnolo⁴¹. Vale la pena, a tale proposito, richiamare di nuovo all'attenzione il breve discorso che Elia pronunciò nel 1999, a conclusione della cerimonia di presentazione degli scritti in suo onore, nell'Aula Magna della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza. Dopo aver delineato sinteticamente alcune fondamentali tappe della storia costituzionale repubblicana, Elia fece propria la tesi già espressa da Livio Paladin, di una storia che non può essere interpretata come «un processo lineare e fondamentalmente volontario, costruito su catene causali che non esistono o non sono determinanti», schierandosi quindi «contro le razionalizzazioni *ex post* e contro le critiche dettate dal «senno di poi»⁴².

Questa era la sua idea della «complessità» della storia, e della sua ricchezza, cui rivolgersi contro ogni tentazione liquidatoria e semplificatoria, e cui aggrapparsi nei momenti di crisi delle istituzioni, con l'obiettivo di capire meglio il passato, ma soprattutto di segnare la via da seguire nel futuro. Un futuro, come egli ammoniva già allora (nel 1999, vale a dire prima che iniziasse la fase più acuta di quella deriva che ha condotto ad una progressiva degenerazione della vita pubblica e del tessuto civile del paese, nella quale siamo sempre più drammaticamente immersi), nel quale dovremo risolvere molti problemi «senza lasciarci fermare dagli errori compiuti» ma consapevoli

⁴⁰ *Ivi*, 629.

⁴¹ L. ELIA, *Elezioni e partiti politici in Italia: introduzione*, in *Il Politico*, 2009, 15 ss. Lo scritto riproduce il testo di una conferenza tenuta da Elia il 13 novembre 2007 presso l'Università di Pavia.

⁴² Cfr. L. ELIA, *Dinamica «esclusione/integrazione» e forma di governo italiana*, in *Giur. cost.*, 1999, 1483.

che quei problemi «non li supereremo napoleonicamente, con la dichiarazione famosa “la rivoluzione è finita”», anche se sarebbe «sperabile che ad un certo momento di un processo non breve possiamo lasciarci alle spalle questa lunga transizione»⁴³.

Nei tristi tempi che stiamo vivendo, mi piace ricordare le ultime parole di quella lezione, che per me è la sua principale Lezione: «L'importante è, malgrado le delusioni e le regressioni, non perdere la volontà di battersi per le cause che si ritengono giuste, seguendo il monito alto di Machiavelli: “Gli uomini debbono sperare sempre e non si debbono abbandonare mai, in qualunque fortuna ed in qualunque travaglio si trovino”»⁴⁴.

⁴³ *Ivi*, 1488.

⁴⁴ *Ivi*, 1488.

Gli interventi normativi nelle materie eticamente controverse nelle riflessioni di Elia: tra Catone e Pilato la strada di un pluralismo «preso sul serio»

di Luca Imarisio

SOMMARIO: 1. Un punto di partenza: la nozione di laicità. – 2. Il legame tra laicità e pluralismo. – 3. Le declinazioni del pluralismo nelle riflessioni di Elia. – 4. Le norme facoltizzanti come riflesso giuridico di una nozione (anche) sostanziale di laicità e di pluralismo. – 5. Le norme facoltizzanti e la deriva del nichilismo: il timone dei principi costituzionali (e personali).

1. *Un punto di partenza: la nozione di laicità*

Un'analisi dei contributi e delle riflessioni di Elia in ordine a un tema tanto ricco di articolazioni e implicazioni quale quello relativo alla natura e alla struttura degli interventi normativi nelle materie eticamente controverse, entro il contesto di uno Stato di democrazia pluralista, impone, con evidenza, qualche preliminare indicazione circa la definizione del tema stesso.

In primo luogo, le considerazioni che si formuleranno saranno circoscritte al piano degli interventi normativi volti a definire una disciplina giuridica, avendo dunque ad oggetto primariamente le elaborazioni dalle quali emerga un giudizio circa i caratteri e i limiti di tali interventi.

Corollario di tale assunto risulta il riferimento alle «materie eticamente controverse» quale oggetto dell'analisi. Dalla scelta di concentrarsi sul piano delle norme poste dall'ordinamento giuridico statale, discende infatti la conseguenza di una limitazione dell'indagine al piano delle «materie» di intervento normativo, non già a quello, più ampio, dei «temi» di riflessione non solo propriamente giuridica, ma anche etica, filosofica, religiosa. Tale oggetto, inoltre, si pone in termini di «problema» quando tali materie risultino «eticamente controverse», non già, puramente «eticamente sensibili»: è dall'esistenza di una pluralità di opzioni etiche, da cui discende una pluralità di diversi modelli di disciplina giuridica, che emerge la «problematicità» dell'intervento normativo. Una materia pure eticamente sensibile, ma in ordine alla quale, in un certo ordinamento, si registri un generale

consenso, non manifesta necessariamente, infatti, tale ordine di problemi: si pensi, ad esempio, al caso della pena di morte. Essa si può configurare come una materia eticamente controversa in un dato ordinamento (si pensi al caso degli USA) e non, invece, in un altro, quale quello italiano. «Materie eticamente controverse», quindi, come *species*, come manifestazione, circoscritta sotto i due profili indicati, del più ampio *genus* dei «temi eticamente sensibili»¹.

Un primo elemento che occorre sottolineare è il legame che, nelle riflessioni di Elia, si riscontra tra la problematica indicata e quelle relative alle nozioni di laicità e di pluralismo.

E in effetti le considerazioni che saranno di seguito svolte traggono in qualche modo spunto e origine dalle riflessioni formulate da Elia in uno dei suoi più recenti interventi sul tema della laicità, la relazione introduttiva tenuta al convegno di Napoli dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti del 2007².

La nitidezza della sintesi ricostruttiva delineata si manifesta, in tale contributo, già a partire dalla definizione della stessa nozione di laicità accolta. Afferma, infatti, Elia che: «per laicità intendiamo, grosso modo, una situazione in cui lo Stato si atteggia come «neutrale» e imparziale rispetto alle Chiese, dalle quali prende, per così dire, le stesse distanze, con una separazione che può presentarsi come indifferente, ostile o cooperativa, ma che tutela comunque la libertà religiosa». Una prima considerazione che si può svolgere è che questa definizione di un concetto così controverso e spesso oggetto di approcci marcatamente prescrittivi, viene invece proposta in termini sobri e quasi sommessi (quel «grosso modo» appare in questo senso eloquente), rifuggendo da un lato dall'ambizione di indicare quale sia la «buona» o «autentica» laicità³, ma d'altra parte non rinunciando a

¹ Volendo ipotizzare, con le parole di Elia, una prima generalissima perimetrazione di questa più ampia nozione, si può osservare come con l'espressione «temi eticamente sensibili» «oggi si usa indicare gli argomenti della bioetica (della vita dal concepimento alla sua fine), della famiglia e dei comportamenti rilevanti per la c.d. questione antropologica» (L. ELIA, *Valori, laicità, identità*, relazione al seminario dei gruppi parlamentari dell'Ulivo, Frascati, 11 settembre 2006, in www.astridonline.it).

² L. ELIA, *Introduzione ai problemi della laicità*, in *Problemi pratici della laicità agli inizi del XXI secolo - Atti del XXII Convegno Annuale dell'AIC*, Padova, Cedam, 2008, 3 ss.

³ Come esempio di tale ambizione ELIA rinvia ad altri approcci, quali quello di G. DELLA TORRE (*L'autentica laicità è necessaria*, in *Avvenire*, 14/09/2007), secondo cui per parlare di «autentica laicità» devono ricorrere alcuni requisiti necessari, quali «un'idea di sovranità che non giunge a svincolare lo Stato dal doveroso riferimento alle norme morali oggettivamente intese e ai diritti umani quali incarnazione del diritto naturale», e che «non si estenda fino alla pretesa di disciplinare anche ciò che attiene all'ordine spirituale». La «sana laicità dello Stato» comporterebbe inoltre «la

stabilire alcune coordinate essenziali, quali i principi di neutralità, di imparzialità e di necessaria «presa di eguale distanza» dello Stato rispetto alle Chiese, nonché di finalizzazione della laicità alla tutela della libertà religiosa: l'accento pare dunque posto non già sui contenuti del peculiare rapporto tra «ordini» statale ed ecclesiastici, bensì sui limiti a tale rapporto, limiti connessi all'eguale libertà da garantirsi alle diverse confessioni religiose attraverso la neutralità dello Stato.

Tale nozione di laicità appare, sotto tale profilo, se si vuole fare ricorso a una abusata (ed eccessivamente semplificante) dicotomia, di accento più «statunitense» che «francese»: una nozione che presenta in effetti più assonanze con quella di una *religious freedom*, che non esclude una dimensione pubblica del fenomeno religioso, pur in un contesto di garanzia di neutralità e di «eguale libertà», che non con quella di una *laïcité* che conduca ad una sua irriducibile privatizzazione. Ed in effetti, nella più complessiva vicenda costituzionale statunitense, sin dai suoi albori, Elia coglie un momento fondamentale e imprescindibile di un processo di «positivizzazione dei diritti naturali», che ha i suoi cardini nella costituzionalizzazione dei diritti fondamentali (in primo luogo il diritto alla libertà religiosa), intesa come sottrazione degli stessi, e della loro disciplina positiva, all'arbitrio delle contingenti maggioranze parlamentari⁴. E infatti «anche se le colonie del Nordamerica non avevano vissuto direttamente l'esperienza delle guerre di religione, esse vollero sottrarre taluni beni, considerati più alti, al dominio delle «passioni» suscettibili di prevalere nelle maggioranze delle assemblee legislative ed in generale nelle future generazioni»⁵.

2. Il legame tra laicità e pluralismo

Nel formulare tale rilievo occorre peraltro ricordare come all'elaborazione di tale nozione di laicità abbia indubbiamente anche concorso il fondamentale legame che Elia coltivò, sin dai suoi primi la-

sussistenza nell'ordinamento statale di un *favor religionis*». Con evidenza si tratta di un modello definitorio più penetrante di quello proposto da ELIA, dal quale sono assenti i riferimenti a norme morali «oggettivamente intese», a diritti «incarnazione del diritto naturale» e che, soprattutto, non implica uno specifico «favor religionis» ma una separazione che può variamente tradursi in indifferenza, ostilità, o cooperazione.

⁴ L. ELIA, *I diritti dell'uomo, fondamento di convivenza civile e politica*, in AA.Vv., *Diritti dell'uomo e società internazionale*, Milano, Giuffrè, 1983, 250 s., con particolare riferimento all'esperienza della vicenda costituzionale della Virginia.

⁵ L. ELIA, *I diritti umani nella politica, una politica per i diritti umani*, in AA.Vv., *Diritti umani e politica*, Roma, Ave, 1983, 104.

vori⁶, col personalismo di matrice francese e in particolare con il pensiero di Maritain: già in alcune giovanili osservazioni apparse negli anni della Costituente emerge l'adesione alla visione di un pluralismo che prima ancora che giuridico o politico è essenzialmente «culturale», che rifugge dal conformismo e, sul presupposto per cui «non basta credere, non basta obbedire, bisogna anche pensare», indica un itinerario che per essere percorso richiede di fermarsi «a tutti i porti della sapienza antica e moderna, pagana, razionalista e comunista e ritornando infine nel porto della saggezza cristiana»⁷. Tornando in anni seguenti sul contributo del pensiero di Maritain alla fase di rinascita degli ordinamenti democratici nel secondo dopoguerra, e in particolare alla fase di elaborazione della Costituzione italiana⁸, Elia richiama in primo luogo il rifiuto, da parte del filosofo francese, dell'idea di un diritto, di un «bene comune temporale», informato alla tutela delle istanze di un unico punto di vista religioso, di un «bene comune particolare»: ciò infatti, fosse anche l'istanza «della vera religione, la quale reclamasse [...] una situazione privilegiata nello Stato, sarebbe introdurre un principio di divisione nella società politica e venir meno, pertanto, al bene comune temporale. È una concezione pluralistica che, sulla base dell'uguaglianza dei diritti, assicura le libertà proprie delle diverse famiglie religiose, istituzionalmente riconosciute, e lo statuto del loro inserimento nella vita civile»⁹. Parimenti risulta evidenziato e condiviso l'approccio proposto circa il rapporto da tenersi col movimento comunista nella definizione di un rinnovato quadro costituzionale, poiché occorre comprendere «che i comunisti non sono il comunismo, e che essi hanno altamente meritato, a prezzo del sangue versato per la liberazione comune, il diritto di partecipare al lavoro di ricostruzione, come compagni di combattimento; ma nello stesso tempo rifiutare ogni fronte politico unico, ogni irregimentarsi e ogni sottomettersi alle manovre di partito»¹⁰. Le consonanze col pensiero di Maritain si colgono dunque sia sul piano

⁶ Il che, come ancora si sottolineerà, concorre a testimoniare la possibilità di individuare un quadro di coordinate fondamentali del pensiero giuridico, etico e politico di Elia, tanto solidamente quanto precocemente definito.

⁷ L. ELIA, *Esempio di Maritain*, in *Ricerca*, 01/05/1947. Occorre peraltro segnalare come il Maritain a cui si fa riferimento in tale scritto è inevitabilmente quello animato da preoccupazioni rivolte soprattutto verso i rischi dell'individualismo e delle ideologie totalitarie, non ancora dalle istanze più spiccatamente anti-relativistiche che caratterizzeranno maggiormente gli apporti più tardi del filosofo francese.

⁸ L. ELIA, *Maritain e la rinascita della democrazia*, in *Stadium*, 1977, 579 ss.

⁹ J. MARITAIN, *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, 1942, trad. it. *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, Milano, Vita e pensiero, 1977, 82.

¹⁰ J. MARITAIN, *Christianisme et démocratie*, 1943, trad. it., *Cristianesimo e democrazia*, Milano, Edizioni di comunità, 1950, 50 s.

dei fondamenti (la centralità della persona umana, della sua dignità e dei suoi diritti) sia nel metodo (una democrazia pluralista che procede più per integrazioni che per contrapposizioni, un diritto che, a partire dalle sue norme fondamentali, non ricerca prove di forza e rifugge l'idea di farsi braccio secolare di una specifica opzione etica o religiosa)¹¹ e conducono Elia a ricercare le «tracce» di tali assunti nella genesi della Costituzione italiana. Sotto tale profilo vengono sottolineati non solo gli influssi più visibili, quali quelli riscontrabili nel pensiero dei costituenti di orientamento cattolico, di La Pira, di Lazzati e dei «dossettiani» (come pure, in forme diverse, di De Gasperi), ma anche, più complessivamente, quelli ravvisabili nella sintesi complessiva operata nella prima parte della costituzione col concorso anche delle parti politiche social-comuniste, ispirata a una comune «concezione personalista e pluralista»¹².

Come già accennato, proprio il legame tra la nozione di laicità dello Stato e la nozione di pluralismo appare in effetti, nelle riflessioni di Elia, centrale in relazione alla problematica della definizione del ruolo e dei limiti degli interventi giuridici autoritativi in ordine a materie eticamente controverse, rappresentando dunque un profilo che merita di essere particolarmente evidenziato.

È stato del resto rilevato come, guardando alla sua stessa formazione, Elia «aveva assorbito dall'insegnamento di Costantino Mortati l'attenzione al rapporto fra la costituzione e le forze politiche, portandovi tuttavia una visione più aperta delle dinamiche pluralistiche, alla quale il pensiero del suo maestro appariva meno incline, vuoi per le forti suggestioni dell'organicismo e del decisionismo schmittiano, vuoi per il peso che su di lui ancora esercitava la *allgemeine Soziallehre des Staates* di Georg Jellinek»¹³. Tale pluralismo non appare evidentemente percepito come un ostacolo da rimuovere per conseguire un fine di coerenza e compiutezza dell'ordinamento giuridico, o come il luogo e il momento dello scontro tra interessi e del dispiegarsi di «prove di forza» tra gruppi sociali e politici, che esaurisce le proprie ragioni di interesse giuridico quando, attraverso le procedure democratiche, tale scontro si è tradotto in normazione di diritto positivo.

Per molti versi è, all'opposto, il diritto positivo, con le sue procedure e i suoi istituti, ad apparire posto al servizio della tutela e della valorizzazione di tale pluralismo. Sotto tale profilo appare, peraltro, necessario sottolineare, da un lato, come questo atteggiamento

¹¹ Su tali profili, v. soprattutto J. MARITAIN, *Man and the State*, 1951, trad. it. *L'uomo e lo stato*, Milano, Vita e pensiero, 1982.

¹² L. ELIA, *Maritain e la rinascita*, cit., 588.

¹³ P. RIDOLA, *Leopoldo Elia, il profilo dello studioso*, in *www.Astrid-online.it*

non si risolve certamente in un'acritica valorizzazione di tutto ciò che proviene da una idealizzata «società civile» che si distingue e contrappone, in quanto tale, allo Stato. Nel suo intervento al convegno *I cattolici italiani nei nuovi tempi della cristianità*, del 1967¹⁴, Elia osservava come, benché fosse di moda contrapporre una società civile in pieno vigore a uno Stato decrepito e inadeguato, in realtà «ai vizi e ai difetti dello Stato corrispondono largamente vizi e difetti della società civile». Si notava, in particolare, che «fanno difetto, al nostro pluralismo, almeno due dimensioni fondamentali (...) anzitutto la dimensione del civismo o della virtù civica, che attiene appunto al giusto rapporto fra società civile e Stato (...). Ma soprattutto manca alla nostra società civile la dimensione dell'opinione pubblica». E a tale debolezza della società civile non è affatto estranea, nel giudizio di Elia, la società religiosa, col rischio di condurre alla perdita da parte dei cattolici del senso del sociale, il che porta a dimenticare «che gran parte dei valori di «coscienza» si difendono con azioni e reazioni nella società civile, diffondendo giudizi e modi di comportamento che appaiono sempre più al di fuori del raggio di competenza del potere e dell'autorità statale. I cattolici sono portati a dimenticare che il passaggio dalla tutela autoritaria alla tutela spontanea, fondata sul volontariato di singoli cittadini e di gruppi extra-statali, non degrada, di per sé, gli istituti (ed i valori che essi includono) a situazioni meramente soggettive, socialmente irrilevanti». Questa idea di una dimensione pubblica del fenomeno religioso, che però non si traduca in una imposizione dei valori etico-religiosi attraverso gli strumenti autoritativi dello stato, con il conseguente corollario per cui è indice di debolezza della Chiesa nella società la ricerca di appoggio e di privilegi da parte dello Stato, rappresenta un tratto peculiare del pensiero di Elia e si mostra con evidenza ancora oggi di assoluta attualità, o forse, meglio, di assoluta «classicità». Se, dunque, la nozione di pluralismo che emerge rifugge dall'idea di un confronto (etico, politico, religioso) finalizzato ad «appropriarsi» in modo esclusivo dello Stato e del *suo* diritto, d'altra parte non si orienta ad un antistatalismo, alla configurazione in termini di contrapposizione e reciproca autosufficienza dei rapporti tra Stato e soggetti del pluralismo. In relazione alla disciplina costituzionale delle formazioni sociali, Elia osserva, infatti, come essa sia stata delineata, in sede costituente, «in termini più maturi rispetto alla mentalità cattolica tradizionale. Per questa il pluralismo aveva una forte carica antistatale e non doveva dar

¹⁴ G. ROSSINI (a cura di), *I cattolici italiani nei nuovi tempi della Cristianità*, Atti del Convegno di Studio della Democrazia Cristiana, Lucca, 28-30 aprile 1967, Roma, Cinque Lune, 1967. L'intervento di L. ELIA al dibattito è alle pagine 594 ss.

luogo solo a limitazioni del potere dello Stato, ma anche alla creazione, nei suoi confronti, di autentici contropoteri o controforze¹⁵. La nozione costituzionale di pluralismo implica invece «una concezione dinamica della vita della società, disposta a valorizzare i momenti di equilibrio, ma non a esorcizzare il conflitto e anche la lotta»¹⁶, mentre nei rapporti con lo Stato l'approccio da praticare, anche tenuto conto dell'evoluzione storica degli assetti dell'ordinamento repubblicano nei successivi decenni, appare a giudizio di Elia orientato alla ricerca di una «convergenza» collaborativa tra Stato e soggetti del pluralismo: e infatti «superare le contrapposizioni di pubblico e di privato, che un tempo risultavano insormontabili (...) costituisce un obiettivo degno del miglior solidarismo contemporaneo»¹⁷. Un pluralismo, dunque, i cui attori non ambiscano a «conformare a sé» il diritto dello Stato, ma d'altra parte non pretendano, puramente, di sottrarsi, poiché, anzi, un «incrocio di notevole problematicità si prospetta tra pluralismo e dinamica *regulation/deregulation*». Si tratta tuttavia, di una regolamentazione giuridica volta in primo luogo proprio a salvaguardare e promuovere un assetto pluralistico della stessa società civile, sia a livello economico (ove il mercato, non essendo un universo senza regole, necessita di interventi regolativi, ad esempio a livello di misure antitrust¹⁸), sia a livello di tutela delle precondizioni necessarie perché il confronto pluralistico abbia luogo (ad esempio attraverso la predisposizione di «regole per salvaguardare il pluralismo nel mondo della stampa e della comunicazione»¹⁹). Un pluralismo, dunque, che non ambisce a sostituirsi allo Stato-persona e non ne auspica la crisi, poiché «anzi il pluralismo italiano non è certo avvantaggiato dal cattivo funzionamento dei servizi pubblici e nemmeno da una eclissi della politica. Esso non può che giovare di una ripresa di efficienza del settore pubblico e di un ritorno della «politica», teso non a riaffermare un suo retorico primato, ma a recuperare un giusto rapporto di vitalità e di rispetto reciproco con la società civile»²⁰. Anche in questo caso, a venti anni di distanza dalla loro formulazione, tali considerazioni mantengono una sostanziale attualità.

¹⁵ L. ELIA, *Le norme sulle «formazioni sociali» nella Costituzione repubblicana*, in *Studi in onore di G. Vignocchi*, I, Modena, Mucchi, 1992, 547 s.

¹⁶ L. ELIA, id., ove si riconduce ai contributi, tra gli altri, di Sturzo e Mortati, il prevalere anche nell'ambito dei costituenti di area cattolica di tale approccio, rispetto a un più rigido organicismo quale quello ancora espresso da La Pira.

¹⁷ L. ELIA, *Le norme sulle «formazioni sociali»*, cit., 551, anche per le due citazioni successive.

¹⁸ Su tali profili v., nel presente volume, il contributo di G.M. Locati.

¹⁹ Su tali profili v., nel presente volume, il contributo di M. Orofino.

²⁰ L. ELIA, *Le norme sulle «formazioni sociali»*, cit., 553.

3. *Le declinazioni del pluralismo nelle riflessioni di Elia*

Un atteggiamento di attenta valorizzazione del pluralismo si riscontra peraltro in diversi ambiti delle riflessioni giuridiche di Elia. Sul piano della teoria dell'organizzazione costituzionale, possono ad esempio leggersi in questo senso (o, meglio, anche in questo senso) le riflessioni svolte già nei primissimi lavori sul tema²¹, come l'articolo del 1948 sui partiti e i loro statuti²², ove si individuano le complesse implicazioni della disciplina dettata dagli statuti dei partiti politici rispetto ai diritti dei propri iscritti (e al principio del metodo democratico definito dall'art. 49 Cost.), così come rispetto all'esercizio delle funzioni da parte dei «propri» eletti (e al principio della libertà di mandato sancita dall'art. 67 Cost.): reagendo a quello che viene criticato come un «generale atteggiamento di disinteresse e di noncuranza» circa tali profili, se ne sottolinea infatti (pur rinviandone ad altra sede l'approfondimento) l'emergente rilievo sia politico che istituzionale, in un contesto di pluralismo ordinamentale. Parimenti rilevanti e indicative appaiono le considerazioni formulate nella notissima voce *Governo (forme di)* dell'enciclopedia del diritto²³, circa il ruolo del sistema partitico e delle convenzioni costituzionali, componenti viste nel complesso con un atteggiamento di fiducia, rispetto alla loro attitudine a interagire positivamente con il sistema istituzionale, concorrendo a definire la forma di governo di un ordinamento e accompagnandone costantemente le dinamiche. Nella fase più recente delle sue riflessioni sull'organizzazione costituzionale e sulla revisione della seconda parte della costituzione, è stato sottolineato come in ordine a tale ottimismo circa gli esiti di questa interazione Elia pare avere maturato, per lo meno in relazione all'esperienza italiana, un qualche ripensamento²⁴: ma anche se si vuole leggere in tal senso l'ultimo lascito di Elia come

²¹ Denotando, anche in questo caso, un'attenzione tanto precoce quanto coltivata con continuità.

²² L. ELIA, *I partiti italiani visti attraverso i loro statuti*, in *Cronache sociali*, 1948, III, 8 ss. Su tali problematiche Elia tornerà pochi anni dopo, sulla medesima rivista, in particolare in relazione al ruolo dei gruppi parlamentari: L. ELIA, *Democrazie e gruppi parlamentari*, in *Cronache sociali*, I, 1951, 1 ss.

²³ L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 634 ss.

²⁴ In questo senso P. RIDOLA, *Leopoldo Elia: il profilo dello studioso*, in *www.astrid-online.it*, 9. Un'indicazione in ordine a un'evoluzione in senso, se non pessimistico, certamente orientato a evidenziare maggiormente i profili di criticità degli ordinamenti pluralistici contemporanei, può in effetti cogliersi, ad esempio in L. ELIA, *Forme di Stato e forme di Governo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Giuffrè. Milano, 2006, 2599 s., ove, riferendosi alle «difficili prospettive dello stato democratico pluralista», si osserva come, pur con il venir meno dei presupposti fattuali della distinzione classista, «le società in democrazia pluralista siano

una rivalutazione dell'equilibrio e del sistema delle garanzie²⁵ nell'organizzazione costituzionale, resta comunque alla base l'idea di un pluralismo da valorizzare e tutelare anche al di fuori dei confini della «legge dello Stato», del diritto positivo prodotto entro il circuito maggioranza parlamentare/governo. E del resto la più generale tendenza a un'evoluzione policentrica dell'ordinamento appare già acutamente delineata da Elia negli anni '70. In questo senso possono leggersi le considerazioni svolte nel 1977 in *Democrazia, libertà e liberazione*²⁶, ove richiamandosi al pensiero di Dossetti, si mette in guardia rispetto alla tentazione di affidarsi con eccessive aspettative, nella speranza di passare da una democrazia governata ad una «democrazia governante» (e quindi non solo «ben governata»), a una ingegneria costituzionale «alla moda» (moda peraltro che si rivelerà non passeggera e poten-

profondamente conflittuali e che le risorse compromissorie e mediatriche abbiano esse pure un limite». E ciò sia a seguito del venir meno del ruolo di integrazione democratica dei partiti politici (sostituiti talora da partiti personali le cui dinamiche appaiono estranee al modello delineato dall'art. 49 Cost.) sia di una generale crisi del potere decisionale democratico. Sicché «talune esperienze di questi anni possono apparire simili a quelle di un lontano passato (...). La mancanza di un potere efficace sia a livello statale che a livello europeo; la moltiplicazione dei centri di potere economico; l'avvento della *lex mercatoria* e il ritorno del potere dei giudici, specie di quelli costituzionali, ci riportano per taluni aspetti agli stati di antico regime del difamato medioevo?». In senso analogo possono leggersi anche le considerazioni svolte in L. ELIA, *La «stabilizzazione» del governo dalla Costituente a oggi*, relazione al convegno *La Costituzione ieri e oggi*, organizzato dall'Accademia dei Lincei, Roma, 9-10 gennaio 2008, o in L. ELIA, *Discorso*, tenuto il 29 febbraio 2008 al Palazzo della Consulta in occasione del sessantesimo anniversario della Costituzione della Repubblica italiana, (in *Giur. Cost.*, 2008, 629 ss.) ove, interpretando l'esito del referendum costituzionale del 2006 come un successo del costituzionalismo italiano, si indica in un ritorno ai principi ispiratori dell'ordine del giorno Perassi la strada da percorrere nella prospettiva della ricerca di strumenti di razionalizzazione della forma di Governo italiana, che la mantengano tuttavia nel quadro del regime parlamentare rappresentativo definito nell'48.

²⁵ In questo senso, ad esempio, F. LANCHESTER, *Il legato di Leopoldo Elia*, in www.giurcost.org, ove si sottolinea come, dando ormai per «perso» il partito politico con le sue potenzialità equilibratrici e nella preoccupazione per la tenuta della stessa democrazia rappresentativa, «come ultimo lascito, in singolare analogia con l'ultimo scritto di V.E. Orlando dedicato all'inizio degli anni Cinquanta negli Studi in onore di Luigi Sturzo, Leopoldo Elia ha – quasi come il vecchio Gaetano Mosca al Senato durante la seconda metà degli anni Venti – riproposto il criterio dell'equilibrio e della separazione dei poteri. Egli ha voluto evidenziare significativamente l'eredità di un costituzionalista, che per missione tende a limitare il potere e a garantire le libertà individuali e collettive, la necessità di garanzie, che fuoriscano dal circuito della rappresentanza, ritornando all'equilibrio istituzionale classico».

²⁶ L. ELIA, *Democrazia, libertà e liberazione*, in A. CHIODI (a cura di), *Cattolici alla prova tra fede e politica. Per un servizio di promozione umana*, Vallecchi, Firenze, 1977, 25 ss.

zialmente foriera di rischi che Elia vedrà manifestarsi e denuncerà come noto in tempi assai più recenti). Già in questo scritto, infatti, osserva come rispetto alle istanze di grande riforma dell'ordinamento, spesso non si presta sufficiente attenzione al «dissesto dei congegni sub-costituzionali», riferendosi con tale espressione all'organizzazione della pubblica amministrazione, a quella della giustizia, alla gestione della partecipazione statale (oggi si potrebbe dire alla regolazione dei rapporti tra Stato e mercato), al funzionamento delle Regioni. La ricerca di un «regime efficiente» non può infatti non fare i conti con un pluralismo economico e sociale sempre più accentuato e difficilmente riducibile e finalizzabile, e con un contesto che già allora appariva lucidamente a Elia sempre più policentrico. Oltre al ruolo del sistema delle autonomie, già risulta delineata la prospettiva di un'Italia destinata a diventare «un Land dell'Europa», prospettiva da un lato colta come rassicurante rispetto ai rischi di eventuali esperimenti politici azzardati, ma d'altra parte implicante l'inevitabile tendenza ad attribuire valenza costituzionale all'ordinamento e agli organi del «soggetto Europa», i «soli veramente adeguati agli spazi economici, alle multinazionali, agli standards fiscali che caratterizzano le entità politiche di tipo continentale nella nostra epoca»²⁷.

Per quanto una compiuta analisi delle riflessioni di Elia in tema di giustizia costituzionale²⁸, esuli dal presente lavoro, si può ricordare la considerazione di Elia, richiamata da Mezzanotte²⁹, secondo cui la Corte costituzionale, deve saper resistere alle «onde» ma non può e non deve restare insensibile alle «maree»: deve cioè da un lato mantenersi libera dalle pressioni contingenti degli umori politici, dall'emozionalità della «pubblica opinione», ma d'altra parte deve sapere cogliere e valorizzare i tratti di fondo del sentire sociale nella sua realtà storica e nelle sue evoluzioni. Di qui la valorizzazione della continuità e del consolidamento delle tecniche e degli indirizzi interpretativi quale presupposto per il rafforzamento della legittimazione dell'intero sistema della giustizia costituzionale. L'immagine dunque, di una Corte non solo in continuo dialogo col sistema dei pubblici poteri ma anche permeabile alle dinamiche fondamentali della società. E una valorizzazione nitida del principio pluralistico emerge anche da una valutazione dell'apporto di Elia giudice costituzionale e Presidente della Corte: si può ricordare, a titolo meramente esemplifica-

²⁷ L. ELIA, *Democrazia, libertà e liberazione*, cit., 46.

²⁸ Su tali profili v. diffusamente, nel presente volume, i contributi di V. Marcenò e C. Tripodina.

²⁹ C. MEZZANOTTE, *Elia a Roma*, in *Omaggio a Leopoldo Elia*, in *Giur. Cost.*, 1999, 1476.

tivo di tale approccio, la nota sentenza n. 117 del 1979 sul giuramento, della quale Elia fu relatore³⁰.

Sul piano della teoria dei diritti fondamentali, che più direttamente rileva in questa sede, mi pare possa osservarsi come, in ordine a due profili centrali e sempre ricorrenti, quali il problema del riconoscimento e della tutela dei «nuovi diritti» e quello dei rapporti tra norme giuridiche e valori etici e morali, si possa leggere una coerente e conseguente traduzione delle segnalate istanze di valorizzazione del pluralismo sociale e culturale. Per quanto riguarda il primo profilo, possono ad esempio richiamarsi le considerazioni svolte da Elia nella relazione di sintesi al convegno «I diritti fondamentali oggi» del 1990³¹, ove si osserva come le diverse interpretazioni circa il carattere chiuso o aperto del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali finiscano per convergere verso una ricostruzione comunque espansiva delle disposizioni costituzionali: questo perché in ogni caso «aumentano le facoltà insite nei diritti tradizionali o perché i diritti enumerati mostrano una forza espansiva, che parte a congiungere l'art. 2 con altri articoli, per mezzo dell'interpretazione sistematica». Ne consegue la considerazione secondo cui «la nostra Costituzione è, in qualche modo, a maglie larghe e pertanto può sfidare il tempo, in quanto dimostra una capacità comprensiva, di trasformare i bisogni, che si presentano come appagabili, in diritti. (...) Esiste quindi questa capacità di assumere situazioni nuove o come facoltà, o, se più piace, come veri e propri diritti, in modo da realizzare una sostanziale elasticità». La disciplina costituzionale dei diritti fondamentali appare in effetti ad Elia il frutto dell'incontro fra tre umanesimi (cattolico, liberale e socialista) ciascuno portatore di proprie specifiche istanze di «liberazione» e, per converso, suscettibile, se assolutizzato, di dar luogo a pericoli e di incorrere in tentazioni: pericoli e tentazioni da scongiurare attraverso la ricerca di un equilibrio che ponga al centro la persona umana, non eccedendo nella propensione verso la convenienza individuale ma rifiutando d'altra parte l'idea di una finalizzazione e funzionalizzazione dei diritti.

Del resto, già in lavori precedenti, quale tratto fondamentale del

³⁰ In ordine a tale decisione v. P. RIDOLA, *Leopoldo Elia: il profilo dello studioso*, cit., 8, ove si rileva come tutta la motivazione della sentenza sia costruita sulla necessità di tenere separato il valore religioso del giuramento, che impegna la responsabilità individuale dinanzi ad «un Dio che legge nel cuore degli uomini e giudica i suoi comportamenti», dall'importanza morale dell'atto nella sfera civile, «connessa alla responsabilità da contrarre davanti agli uomini».

³¹ L. ELIA, *Relazione di sintesi*, in *I diritti fondamentali oggi*, atti del V Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Taormina, 30 novembre - 1 dicembre 1990, Milano, Cedam, 1995, 301 ss.

processo di sviluppo della tutela dei diritti dell'uomo nelle democrazie della seconda metà del XX secolo, viene indicato non tanto il passaggio da una centralità dei diritti di libertà «classici» (e tra essi in primo luogo il diritto di proprietà) a una centralità dei diritti sociali, quanto piuttosto il passaggio «dal privato della *property* al privato della *privacy*»³²: *privacy* intesa «nel senso più pregnante in cui si è affermato nel diritto nordamericano [...] come liberazione da ogni forma di controllo sociale su scelte operate dall'individuo e ritenute ora di rilievo esclusivamente individuale»³³. Dunque una valorizzazione della *privacy* intesa «non nel senso di privatezza come tutela di una zona di riserbo, di intimità personale e familiare, di discrezione legata al non-rilievo pubblico in senso largo dei comportamenti: bensì in quanto sottrazione a regole di controllo sociale (specie in materia sessuale) già accolte nelle leggi come riflesso immediato di un costume trasmesso per linee di generazioni»³⁴. Ne consegue, e tale considerazione appare centrale in relazione alla problematica della definizione del ruolo e dei limiti della regolazione giuridica delle materie oggetto di conflittualità etico-valoriali, che «nel fenomeno della *privacy* inteso in senso ampio confluiscono componenti che rendono del tutto illusorio tutelare o voler difendere con mezzi giuridico-istituzionali valori ormai rimessi all'iniziativa spontanea, anche se di carattere non meramente privato, di comunità e di gruppi di varia dimensione. L'adesione e il consenso riferiti a taluni di questi valori non possono avvalersi del mezzo giuridico, ma debbono, se vogliono essere efficaci, concretarsi in comportamenti sociali liberamente assunti»³⁵. Ciò peraltro non significa certamente, nella prospettiva di

³² L. ELIA, *I diritti dell'uomo, fondamento di convivenza*, cit., 253.

³³ L. ELIA, *I diritti dell'uomo, fondamento di convivenza*, cit., 253, ove, a titolo esemplificativo, si rimanda «alla riduzione progressiva della nozione di «osceno» in nome della libertà di manifestazione del pensiero, ma anche alla crescente facilità del divorzio-ripudio o, infine, alla sempre più estesa liberalizzazione dell'aborto».

³⁴ L. ELIA, *I diritti umani nella politica*, cit., 113 s. Rispetto a tale tendenza, per la quale «si riduce di molto la coincidenza tra regole etiche e regole giuridiche positive», si evidenzia peraltro un riflesso di possibile criticità in relazione alla posizione dei soggetti socialmente più deboli, in quanto «la caratteristica della spinta odierna alla *privacy* emerge proprio come prevalenza giuridicamente riconosciuta a soggetti privati più forti rispetto a soggetti privati meno forti (ad esempio i minori in rapporto all'«osceno» nella stampa), superandosi ogni preoccupazione sociale-altruistica a suo tempo valorizzata dall'ordinamento positivo».

³⁵ L. ELIA, *I diritti dell'uomo, fondamento di convivenza*, cit., 254. Riflettendo in ordine alla «brusca frenata» del processo di sviluppo della tutela dei diritti dell'uomo connessa alla crisi economica e l'emergenza terroristica della fine degli anni '70, l'Autore sviluppa, inoltre, considerazioni che, pur con le evidenti differenze di contesto, presentano suggestive assonanze con l'attuale fase storica italiana e occidentale, evidenziando le criticità connesse a politiche di sicurezza fondate su «una

Elia, sottovalutare il ruolo di una disciplina giuridica dei diritti fondamentali, e, in particolare, della loro disciplina costituzionale, se «invero, che cosa è oggi una Costituzione se non, innanzitutto, una dichiarazione dei diritti?». Ed allora la sfiducia appare essere indirizzata piuttosto verso interventi legislativi di imposizione di una specifica opzione e tra che, procedendo per obblighi e divieti, anziché per disposizioni di struttura inclusiva e «facoltizzante»³⁶, rischino di essere un freno a un rinnovato «moto per i diritti umani» che, solo, «può risuscitare la speranza nei giovani delusi dal costituzionalismo del secondo dopoguerra e riunire i credenti con coloro che aderiscono a una proposta etica non agganciata a un fondamento metafisico: solo così a tutti gli uomini tra sé confederati sarà dato, secondo il detto leopardiano, crescere ancora in civiltà»³⁷.

Per quanto, d'altra parte, concerne il profilo relativo al rapporto tra regole giuridiche e principi etico-religiosi, la soluzione proposta da Elia appare, come già in parte si è accennato quella di evitare, quanto più possibile, scelte legislative che si traducano in divieti o obblighi giuridicamente vincolanti imponendo coercitivamente comportamenti omogenei, preferendo invece norme che abbiano una struttura «facoltizzante», che stabiliscano cioè, procedure attraverso cui esercitare liberamente e responsabilmente scelte personali³⁸. Tale approccio emerge ad esempio, nell'ambito dei contributi elaborati in relazione alla problematica dell'introduzione del divorzio nell'ordinamento italiano: in tale occasione, criticando la scelta di chiusura e di arroccamento compiuta dalla Chiesa cattolica e, soprattutto, dalla parte maggioritaria della Democrazia Cristiana, Elia osserva infatti come non tutto ciò che non è espressamente definito a livello costituzionale come diritto di libertà risulta, per ciò solo, nella disponibilità della maggioranza parlamentare. Esiste infatti «un tipo di norme permissive, o facoltative, o facoltizzanti», le quali le quali aggiungono «una possibilità alle scelte dell'individuo». Possibilità che non sarebbe nella disponibilità della maggioranza revocare, in quanto «ciò che non è criminoso e che quindi viene in qualche modo incluso nella sfera

legislazione di emergenza che intende tutelare con mezzi straordinari la collettività minacciata e colpita» interrompendo il «trend liberalizzante, promosso dalla Corte costituzionale, specialmente in tema di garanzie nel processo penale», così come quelle derivanti dal fatto che «la crisi economica minaccia e talora pregiudica l'«effettività» dei diritti sociali collegati a un intervento di politica economica del potere pubblico».

³⁶ Su tale nozione, v. più diffusamente, *infra*.

³⁷ L. ELIA, *I diritti dell'uomo, fondamento di convivenza*, cit., 257.

³⁸ Su tali profili v. diffusamente, nel presente volume, il contributo di I. Massa Pinto.

delle scelte, sia pure in circostanze repute sgradevoli, disgraziate, ecc., viene ad accorparsi con le altre possibilità della persona, cosicché il volerglielo riprendere è sentito come sopruso e come sopraffazione». Un intervento «sia pure attraverso la manifestazione più alta, che è quella del popolo, per limitare questa nuova possibilità, è sentito come fuoriuscente dalla disponibilità della maggioranza, è sentito come una prevaricazione sulla società nella pluralità delle sue componenti»³⁹.

Anche il «politico cattolico» non potrà essere chiamato ad una piena coerenza con il magistero della religione di appartenenza che, andando al di là del piano dei comportamenti individuali, pretenda di estendersi a quello dei voti espressi e delle posizioni assunte in sede politica: tali convincimenti appaiono maturati in Elia con una spiccata precocità, essendo espressi già nei suoi primissimi lavori dell'immediato dopoguerra, ove, a seguito della vittoria elettorale della democrazia Cristiana del 1948, si rileva come «il cristiano non può mai accontentarsi del problemismo: e tuttavia questa disposizione spirituale condiziona la nostra idoneità ad essere fattori di storia. Del resto porci con spirito di indipendenza di fronte ai problemi non significa affatto dimenticare le soluzioni supreme del Vangelo e della Chiesa; significa piuttosto cercarne le possibilità di realizzazione temporale, tenendo conto di tutte le incognite di un'epoca. I cattolici, in questo campo, hanno bisogno non tanto di direttive che risultano di necessità controproducenti, ma piuttosto di un richiamo costante alle loro responsabilità: e anche di alcune condizioni negative che facilitino la loro opera»; da parte di alcuni «si vorrebbero solo parole d'ordine, direttive di marcia e non si comprende come questo della perplessità, dell'esitazione necessaria sia un momento indispensabile di ogni presa di coscienza»⁴⁰. A distanza di oltre un quarto di secolo, tali concetti appaiono confermati e articolati sulla base della considerazione per cui, stante una generale tendenza alla laicizzazione dell'agire politico, rispetto alla quale sarebbe irrealistico e anacronistico ipotizzare una specificità (o una anomalia) italiana, «in talune questioni il politico di ispirazione cristiana riuscirà a caratterizzarsi; in molte altre non potrà fare cose diverse da quelle che potrebbe compiere un politico anglosassone o americano al di fuori di partiti di matrice cristiana, perché le esigenze della società, di questa società contemporanea, tendono largamente ad unificarsi»⁴¹.

³⁹ L. ELIA, *Intervento*, in AA.Vv., *Divorzio e referendum*, Bologna, Il Mulino, 1972, 81.

⁴⁰ L. ELIA, *Guardare lontano*, in *Ricerca*, 15 settembre 1948.

⁴¹ L. ELIA, *Animazione, istituti e forme dello Stato democratico* (1974), ora in L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2009, 296.

4. *Le norme facoltizzanti come riflesso giuridico di una nozione (anche) sostanziale di laicità e di pluralismo*

Tale approccio sembra dunque ammettere in ordine a scelte «eticamente controverse» la possibilità di una pluralità di scelte personali differenti ma egualmente degne (seppure più o meno largamente condivise) e dunque meritevoli di essere tutelate come facoltà liberamente esercitabili in conformità ai propri convincimenti etici e morali.

Si tratta quindi di un approccio non solo formale-procedurale, di definizione della laicità (nella normazione) come metodo, bensì anche sostanziale, in base al quale è infatti possibile valutare la laicità «nel merito» di una specifica disciplina normativa. I diversi orientamenti, pure molto diffusi, tesi a porre il problema della laicità delle scelte normative in ordine alle materie eticamente controverse come un problema essenzialmente «di metodo» risultano del resto insufficienti e rischiose, potendo infatti condurre a un eccessivo sacrificio della libertà di scelta e di coscienza individuale, la cui tutela certamente non si esaurisce nel riconoscimento della libertà di coscienza del singolo rappresentante al momento del voto: la coscienza la cui libertà deve essere tutelata è, con evidenza, in una prospettiva che voglia essere personalista e orientata a un «disegno di liberazione», per richiamare l'espressione cara ad Elia, la coscienza di ogni persona, la cui eguale dignità e libertà si impone davanti alla legge. Anche nella prospettiva del confronto politico parlamentare, se una pluralità di possibili soluzioni è ammessa a confrontarsi in un dibattito aperto e a esiti non precostituiti (ciò che è comunemente ritenuto necessario a realizzare una laicità per lo meno procedurale), allora paradossalmente, quelle stesse opzioni potenzialmente degne di essere «imposte» alla generalità dei consociati, non possono non ritenersi degne almeno di essere oggetto di una «lecita» scelta personale di adesione ad esse. Ed in effetti sempre Elia ricorda come per dare risposta a domande fondamentali, come quella circa l'equilibrio da ricercare tra pretesa all'autodeterminazione umana e tutela della dignità della persona, il principio di maggioranza possa rivelarsi insoddisfacente e sia da usare con grande cautela, «non dimenticando che le leggi vanno fatte per i credenti e per i non credenti e che le leggi facoltizzanti, nel senso che ho chiarito prima, sono di norma le più adatte ad una società pluralista e multiculturale»⁴². Viceversa, la riduzione delle questioni di etica pubblica a questioni di mera procedura decisionale, conduce come noto al rischio, per usare le parole di Spadaro, «di far diventare etico, e dunque giuridicamente vincolante, solo ciò che la

⁴² L. ELIA, *Introduzione ai problemi della laicità*, cit. 17.

maggioranza (laica o cattolica, atea o credente, settentrionale o meridionale, ricca o povera, ecc.) considera tale»⁴³. Può essere interessante sottolineare come, rivelando anche in questo caso quello che è stato evidenziato come un tratto fondamentale del suo metodo giuridico, ossia l'attitudine a situare in un tempo e in un luogo le sue riflessioni, ovvero l'apertura alla valutazione del contesto storico-costituzionale e anche «geografico» di una problematica, Elia respinga con forza l'idea di una possibile «specificità italiana» rispetto a tali temi⁴⁴: rispetto alla disciplina giuridica delle materie eticamente controverse la chiesa cattolica italiana pare mostrare una estrema rigidità di approccio (che a giudizio di Elia non ha riscontri con l'atteggiamento tenuto dalla chiesa cattolica rispetto a vicende anche più rilevanti sotto un profilo ecclesiale avvenute nel passato in Italia o in corso in questi anni in altri ordinamenti europei), ma questo non può in ogni caso indurre a prescindere dalla valutazione del contesto storico e internazionale entro il quale tali problematiche sono affrontate, e illusoria sarebbe la prospettiva della costruzione per via legislativa di una «specificità italiana» in tali ambiti, che pretendesse di isolare e sterilizzare il nostro ordinamento rispetto a soluzioni largamente prevalenti nel contesto europeo contemporaneo.

Naturalmente il segnalato approccio, fondato su di una nozione (anche) sostanziale di laicità nella legislazione e sulla ricerca di norme di carattere (e di struttura) facoltizzante, è da Elia proposto come un possibile importante contributo alla ricerca di una soluzione ma non certamente una soluzione definitiva in sé stesso. Lo stesso Elia riconosce come, se per molte scelte la soluzione di una valorizzazione della dimensione permissiva del diritto può essere una risposta adeguata, in altri casi (come quelli riguardanti l'inizio e la fine della vita) tale risposta può apparire insufficiente, rendendo necessario il ricorso ad ulteriori strumenti, quali il giudizio di ragionevolezza o le tecniche del bilanciamento degli interessi. Se, infatti, si può assumere «che alcune questioni (ad es. per il livello inadeguato della ricerca scientifica) siano da ritenere non decidibili, o meglio sottratte alla regolazione normativa»⁴⁵, possono determinarsi circostanze nelle quali si rende necessario un intervento regolativo, che dovrebbe essere attuato, tuttavia, nel rispetto di un'articolata serie di precauzioni, di *ca-veat*, relativi tanto al rispetto del pluralismo delle posizioni etiche

⁴³ A. SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità nello stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2008, 266, ove si sottolinea come la riduzione dell'etica pubblica alla mera procedura, rischia di far diventare etico solo ciò che la maggioranza considera tale.

⁴⁴ L. ELIA, *Introduzione ai problemi della laicità*, cit. 13.

⁴⁵ L. ELIA, *Valori, laicità, identità*, cit., 2.

esprese dai diversi partiti politici, quanto del pluralismo etico interno alle singole componenti politico-parlamentari: tali *caveat* vengono, in particolare, individuati da Elia⁴⁶ nel costante riferimento comparatistico alle esperienze dei paesi di democrazia costituzionale compiuta e nelle indicazioni provenienti dalle organizzazioni sovranazionali⁴⁷; nella prudenza nel ricorso al principio di maggioranza, tanto in sede parlamentare quanto referendaria (dovendosi invece, tanto più nelle materie nelle quali si possa paventare un distorto uso politico del sentimento religioso, preferire «rimettersi in casi dubbi al comportamento dei cittadini»⁴⁸); nel rispetto del principio di laicità, inteso in primo luogo (come già si è ricordato) come garanzia di libertà religiosa, sulla base del quale «è quindi da evitare in sede legislativa la trasposizione meccanica di soluzioni di derivazione confessionale che si impongano agli appartenenti ad altre confessioni costituendo una lesione della loro libertà»; nella ricerca di una «coerenza del sistema legislativo da considerare *tota lege perspecta*» (sulla base di tale approccio, «ad esempio, sarebbe incongruo tutelare maggiormente l'embrione rispetto al feto»).

L'approccio normativo «facoltizzante» prospettato da Elia, non costituisce, dunque, certamente la premessa di un «disimpegno etico» dello Stato e tanto meno della società, e ciò per un duplice ordine di ragioni: in primo luogo, proprio il profilo *esterno* del pluralismo, quale valorizzazione degli apporti delle formazioni sociali e delle (responsabili) scelte personali, conduce alla individuazione di luoghi di elaborazione di orientamenti etici (e anche di confronto, di *de-cisione* e dunque, necessariamente e letteralmente, di *divisione*), alternativi ed esterni rispetto al ristretto perimetro definito dalle leggi dello Stato, ma non per questo irrilevanti. In secondo luogo, si riconosce che, in taluni casi, un intervento regolativo generale si rende necessario: in tali casi, tuttavia, sulla base di un profilo di pluralismo questa volta

⁴⁶ L. ELIA, Id., 2 s.

⁴⁷ Respingendo, anche in questo caso, l'idea di una presunta «specificità italiana» in ordine a tali problematiche.

⁴⁸ Nel formulare tale auspicio di condotta politico-parlamentare, Elia richiama (loc. ult. Cit.) ancora una volta le parole di Moro, osservando che «un secondo *caveat* si può trarre dall'insegnamento di Aldo Moro, il quale nel suo discorso al Consiglio nazionale D.C. del dopo-referendum 1974 sul divorzio, così ammoniva, riferendosi a rilevanti settori di opinione pubblica: «[tali settori] sono ora ben più netti nel richiedere che nessuna forzatura sia fatta con lo strumento della legge, con l'autorità del potere, al modo comune di intendere e disciplinare, in alcuni punti sensibili, i rapporti umani. Di questa circostanza non si può non tener conto, perché essa tocca ormai profondamente la vita democratica del nostro Paese, consigliando talvolta di realizzare la difesa di principi e valori cristiani al di fuori delle istituzioni e delle leggi, e cioè nel vivo, aperto e disponibile tessuto della nostra vita sociale».

interno al procedimento decisionale politico-parlamentare, si dovrebbe comunque ricercare di strutturare le disposizioni legislative in termini il più possibile aperti e inclusivi, come un regolato esercizio di facoltà, evitando di procedere per obblighi e per divieti, aventi natura inevitabilmente escludente, e operando nel rispetto di una articolata serie di *caveat* procedurali.

Tale approccio, dunque, non conduce a (e non discende da) una visione «pilatesca» dello Stato e del diritto⁴⁹ dall'idea di una indifferenza, per lo spazio e nello spazio pubblico, delle questioni eticamente controverse. Ma d'altra parte rifiuta l'idea di uno Stato-Catone, impegnato, più ancora che nella ricerca di principi etici condivisi, nell'imposizione per via autoritativa delle specifiche opzioni etiche fatte proprie (per convinzione personale o convenienza politica⁵⁰) dai titolari *pro tempore* del potere politico. Il percorso attraverso il quale uscire da tale alternativa appare essere, invece, fondato, da un lato, su di un costante riferimento alla Costituzione e ai suoi principi (sia attraverso una valorizzazione del «metodo» costituente fondato su di una sintesi per inclusione e su di una «traduzione» di linguaggi etici diversi in un linguaggio giuridico comune⁵¹; sia attraverso

⁴⁹ L'immagine di Pilato, nei suoi rapporti col diritto e con la decisione, rappresenta, pur entro una varietà di ricostruzioni e di simbologie, un noto *topos* della letteratura non solo giuridica: v., in tal senso, C. BONVECCHIO e D. COCCOPALMERIO (a cura di), *Ponzio pilato o del giusto giudice. Profili di simbologia politico-giuridica*, Padova, Cedam, 1998, nonché, per più sintetiche indicazioni, F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1999, 299 s.

⁵⁰ Come i segnalati richiami ai rischi di strumentalizzazione politica del sentimento religioso testimoniano: v., nello stesso senso, L. ELIA, *A proposito del principio di laicità dello Stato e delle difficoltà di applicarlo*, in *Studi in onore di G. Berti*, Jovene, Napoli, 2005, ove si rileva come, nel contesto italiano segnato dalla crisi del quadro partitico dei primi anni '90, «la svolta consumata nelle elezioni del 1994 ha incentivato, come un tempo, la tentazione da parte di partiti o di coalizioni di partiti – per acquisire vantaggi elettorali – di offrire soluzioni di questioni ancora sul tappeto (non ancora chiuse) ritenute da essi più favorevoli per le autorità ecclesiastiche». Sul punto, si vedano le analisi in ordine alla nozione di religione civile nel pensiero di Elia sviluppate nel contributo di S. Sicardi*.

⁵¹ Sull'importanza, nel dialogo tra cattolici e laici in ordine alle scelte normative, di una preliminare opera di *traduzione*, di una riformulazione delle proprie verità etiche in termini che risultino comprensibili, prima ancora che condivisibili, da parte di chi parta da posizioni differenti, v. L. ELIA, *Valori, laicità, identità*, cit., 3, ove si ricorda come «questo lavoro ha un precedente illustre nell'attività a suo tempo dispiagata nella prima Sottocommissione della Costituente dall'Onorevole Giuseppe Dossetti per rendere accettabile alla maggioranza dei commissari le proposte dell'Onorevole Giorgio La Pira su alcuni principi fondamentali della futura Costituzione, apparsi troppo «confessionali» e «medioevali» nelle formulazioni lapiriane. Dossetti non diplomatizzò la sostanza ma appunto seppe tradurla in concetti e articolazioni di diritto contemporaneo».

un richiamo al quadro dei principi costituzionali sostanziali⁵² relativi sia ai diritti fondamentali della persona che all'assetto dei pubblici poteri), dall'altro su di un coerente richiamo al principio pluralistico (nelle sue accezioni sia interna che esterna), che, per la sua portata, assurge più propriamente a metaprinzipio costituzionale. In qualche modo tale approccio appare, dunque, riconducibile all'ambito dei tentativi di conciliazione tra modelli di democrazia liberale e modelli di democrazia pluralista⁵³. E d'altra parte l'orientamento pluralistico che ne è il fondamento, «si collega inevitabilmente ad una certa dose di relativismo. Oggi il relativismo non ha buona fama, è contestato perché rischia di portare al nichilismo, però ha in sé virtù democratiche; dico questo nella scia dei compromessi kelseniani, perché veramente c'è un'esigenza di relativizzare le parti, le loro idee, le loro proposte. Altrimenti non c'è vero pluralismo»⁵⁴.

5. *Le norme facoltizzanti e la deriva del nichilismo: il timone dei principi costituzionali (e personali)*

L'approccio normativo «facoltizzante», se estremizzato e assolutizzato, potrebbe in effetti condurre ad una «deriva nichilistica», ad una navigazione a vista e senza timone tra contrastanti «correnti etiche»: a un indifferentismo costituzionale (relativo cioè ai principi costituzionali) ed etico (relativo cioè ai principi etico-morali personali) che risulta certamente estraneo al pensiero di Elia, ove, invece, tale approccio appare coniugato con un costante riferimento ai principi costituzionali fondamentali, oltre che con una coerente saldezza e testimonianza di valori personali.

Per quanto concerne il riferimento ai principi costituzionali, ed in particolare alla loro interpretazione, deve ancora sottolinearsi come Elia abbia costantemente coniugato una profonda attenzione al dibattito sviluppatosi in assemblea costituente, e dunque ai principi che

⁵² Sulla concezione di Elia circa il carattere da un lato fondativo e storicamente circostanziato, ma insieme aperto e suscettibile di interpretazioni evolutive da riconoscere a tali principi, v. anche *infra*.

⁵³ Sulla complessità dei rapporti tra tali modelli di democrazia e sugli elementi di irriducibilità degli stessi in relazione alla teoria dei diritti fondamentali, v. ad esempio, P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 1997, 55 ss. Nel senso di una assimilabilità sostanziale dei due modelli v., per contro, S. MANGIAMELI, *La «laicità» dello Stato tra neutralizzazione del fattore religioso e pluralismo confessionale e culturale*, in *Dir. e Soc.*, 1997, 27 ss.

⁵⁴ L. ELIA, *Conclusioni*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Il pluralismo radiotelevisivo tra pubblico e privato*, Padova, Cedam, 2007, 237 s.

storicamente animarono i padri costituenti nelle loro scelte, con una lettura del testo costituzionale che rifugge da interpretazioni originaliste per così dire «all'americana»⁵⁵ in quanto sempre attenta a evidenziare piuttosto il fondamentale «progetto di liberazione» che è individuato come il fine ultimo della Carta del 1948. Della Costituzione repubblicana, infatti, Elia valorizza l'attitudine «aperta» e «inclusiva»⁵⁶ anche rispetto a istanze nuove e estranee al dibattito costituente, ma riconducibili al quadro dei principi costituzionali: la costituzione, infatti, come ricorda nell'intervento per il sessantesimo anniversario della Carta, «ha dimostrato con la sua tenuta di possedere una prudente elasticità e attitudine a «comprendere» con i suoi principi fenomeni non prevedibili dai costituenti: e tutto ciò senza perdere di significanza. Infatti questa apertura al nuovo si è sempre svolta all'interno dei principi del costituzionalismo maturato nella seconda metà del ventesimo secolo (personalismo, pluralismo, stato democratico, libertà, giustizia sociale, organizzazione diffusa dei poteri che assicurano equilibrio e controllo reciproco, sistema delle garanzie): un nucleo forte di costituzionalismo coerentemente accolto nella nostra Costituzione»⁵⁷.

Il «disegno di liberazione» tracciato dal costituente, appare peraltro in Elia un elemento così determinante da finalizzare nel suo complesso la nostra democrazia e rispetto al quale lo stesso fondamentale principio pluralistico si manifesta in qualche modo come uno strumento e non più un fine in sé. Si osserva infatti come i diversi soggetti del nostro sistema ormai policentrico siano chiamati a esercitare un ruolo decisivo «affinché il moto di liberazione possa essere

⁵⁵ P. RIDOLA, *Leopoldo Elia: il profilo dello studioso*, cit., evidenzia, a tale proposito, come sia individuabile nelle riflessioni di Elia uno sforzo costante, «in una linea di continuità che si spinge fino agli ultimi scritti, di interpretare le norme e gli istituti costituzionali alla luce non solo degli orientamenti generali, ma di soluzioni puntuali emerse nei dibattiti dell'Assemblea costituente». Elia ha dunque interpretato «la via italiana all'«originalismo», prefiggendosi l'obiettivo di interpretare la costituzione anzitutto attraverso lo studio degli intenti dei padri fondatori. E peraltro quello di Elia sembra essere un «originalismo» diverso da quello che ha preso piede negli Stati Uniti e che è legato soprattutto al nome del *justice* Scalia, perché sempre indirizzato a cogliere le virtualità e le aperture racchiuse nella cultura dei costituenti».

⁵⁶ E, più, in generale, è stato osservato come «superamento della logica della esclusione ha in effetti contrassegnato l'intera attività di Leopoldo Elia, in tutti i settori della vita del paese: politica, istituzioni, società civile; come pure nell'affermazione e nella tutela dei diritti fondamentali» (G.M. FLICK, *Leopoldo Elia, difensore lungimirante e intransigente della Costituzione. Qualche riflessione sul passato e qualche proposito per il futuro*, in *Per Leopoldo Elia*, pubblicazione fuori commercio a cura della Fondazione Cassa di risparmio di Fano, 2010, 14).

⁵⁷ L. ELIA, *Discorso*, per il sessantesimo anniversario della Costituzione italiana, cit., 633.

portato innanzi; e perché il passaggio dalla democrazia governata alla democrazia governante possa essere una transizione che non si esaurisca semplicemente in uno spostamento di potere, in un allargamento ad una poliarchia sempre più vasta. Deve essere prima di tutto il passaggio da una democrazia non finalizzata ad una democrazia finalizzata al disegno di liberazione tracciato dal costituente»⁵⁸. E, come si è già accennato, per quanto più direttamente attiene la teoria dei diritti fondamentali, i cardini di tale disegno di liberazione sono individuati nel principio di eguaglianza formale e sostanziale posto dall'articolo 3 Cost. e nel principio della tutela «aperta» dei diritti fondamentali dell'uomo, come singolo e nelle formazioni sociali, posto dall'art 2 Cost⁵⁹.

Per quanto riguarda il secondo profilo, relativo alla personale testimonianza dei propri valori, anche al di fuori del piano del più diretto impegno politico⁶⁰, l'essere un giurista laico e cristiano appare in Elia un dato naturalmente inscindibile: la nettezza di alcune sue prese di distanza rispetto a talune posizioni assunte dalla chiesa cattolica italiana⁶¹, sono risuonate con tanta maggior forza in quanto

⁵⁸ L. ELIA, *Democrazia, libertà e liberazione*, cit., 46 s.

⁵⁹ L. ELIA, *Democrazia, libertà e liberazione*, cit., 28 ss.

⁶⁰ È stato, peraltro, osservato come fondamentale appaia il legame tra l'attività di Elia quale giurista e quale uomo politico, sicché «la sensibilità costituzionalistica ha sempre consentito ad Elia di guardare alle concrete vicende costituzionalmente rilevanti, adottando una prospettiva di lungo periodo e di larga portata, specialmente nel senso comparatistico; mentre le nozioni acquisite dall'interno, frequentando il mondo politico italiano ed inserendosi – volta per volta – in molteplici apparati statali e non statali, gli hanno spesso fornito la materia prima e gli spunti delle sue ricerche» (L. PALADIN, *Presentazione*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, Giuffrè, 1999, XI). Sul rapporto e il legame, in Elia, tra il giurista e l'uomo politico v. anche F. PIZZETTI, *La democrazia come equilibrio*, in AA.Vv., *Leopoldo Elia. Costituzionalista e uomo politico rigoroso e innovatore*, Diabasis, Reggio Emilia, 2009, 17 ss. D'altra parte, netta appare, in Elia, la percezione della necessità di mantenere una specificità ed un rigore metodologici che distinguono, in ogni caso, l'approccio del giurista non solo da quello del politico, ma anche da quello del politologo: in tal senso, L. ELIA, *Diritto costituzionale*, in AA.Vv., *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*, Giuffrè, Milano, 1982, 352 ss., ove non solo si distingue tra l'approccio della *Political Science* e quello della *Constitutional Law*, ma si suggerisce di distinguere tra il metodo proprio delle trattazioni di *Constitutional Law* e di *Government*.

⁶¹ V. ad esempio, *La chiesa sbaglia, mai così intransigenti con un governo*, intervista di A. CAZZULLO a L. ELIA, in *Corriere della sera*, 13/02/2007, ove, commentando l'atteggiamento assunto dalla Chiesa cattolica italiana in merito ai progetti di disciplina delle convivenze di fatto presentati nell'ambito della XV legislatura, si afferma, tra l'altro, che «oggi la Chiesa italiana, avvezza ai privilegi concordatari, è abituata a esercitare non l'*auctoritas* di cui parla il professor Mirabelli sull'Osservatore Romano, ma una *potestas indirecta* del tutto anacronistica. Non voglio fare processi

espresse da un giurista la cui coerente testimonianza personale dei valori religiosi in cui si riconosceva è sempre stato un tratto indiscutibile. Una più analitica valutazione di questo dato esula dell'ambito di queste riflessioni: sia consentito tuttavia, di concludere con un pensiero che, per essere stato da Elia stesso citato, può essere un indizio di un modo in cui amava presentare il proprio modo di intendere la fede religiosa in cui si riconosceva, richiamando, con le parole di Scoppola, alla «testimonianza di una fede che tutto esige senza nulla imporre»⁶².

alle intenzioni, ma qui sembra di assistere a un tentativo di imporre un'egemonia culturale, a un progetto più ambizioso del gentilismo. (...) Il Papa e i vescovi hanno ovviamente il diritto di parlare; hanno il diritto di esigere dai fedeli una condotta conforme ai loro insegnamenti. Ma non hanno il diritto di ricorrere a leggi – o di imporre di non fare una legge – per vincolare i non credenti. Per loro sarebbe un'inaccettabile discriminazione. E poi la Chiesa italiana deve sfuggire alla tentazione di approfittare delle debolezza degli uomini politici e della loro mancanza di senso dello Stato, allorché corrono a genuflettersi per ottenere il consenso della minoranza cattolica»

⁶² P. SCOPPOLA, *La democrazia dei cristiani*, Bologna, Il Mulino, 2005, citato in L. ELIA, *Una fede che tutto esige ma nulla impone*, in *Famiglia cristiana*, 27/11/2005.

Due riflessioni di Leopoldo Elia sull'intervento pubblico nell'economia: Partecipazioni statali e Public Corporations; libertà di iniziativa economica e principio di sussidiarietà

di Giulia Marzia Locati

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Public Corporations ed Enel: modelli a confronto. – 3. Iniziativa economica privata e principio di sussidiarietà nel dibattito della Commissione Bicamerale.

1. *Considerazioni introduttive*

I due scritti di Elia che prenderò in considerazione (l'introduzione a *Parlamento e industrie nazionalizzate*¹ e l'intervento *La disciplina dell'economia: forme di intervento normativo* in *Regolazione e concorrenza*²) sono interessanti perché possono essere interpretati come un'analisi di modelli di intervento pubblico-normativo nell'economia. Nonostante il collegamento che si è cercato di instaurare tra i due, è necessario premettere che, se è vero che è possibile individuare un filo rosso, un tema di fondo comune, è anche vero che essi sono profondamente differenti, e ciò per due ordini di ragioni: in primo luogo perché sono frutto della rispettiva epoca – i primi anni sessanta l'uno, i fine anni novanta l'altro – e delle idee dominanti, dei modelli concettuali, delle visioni del mondo rispettivamente presupposti. In secondo luogo perché le riflessioni ivi contenute sono influenzate dall'ambito nel quale furono esposte: nel primo caso si tratta dell'introduzione ad un libro straniero, ed è dunque l'«Elia giurista», studioso del diritto costituzionale, che presenta al pubblico italiano il lavoro anglosassone; nel secondo caso invece è l'«Elia politico», vice-presidente della bicamerale, che propone una sintesi delle diverse proposte partitiche per tentarne una mediazione.

Anche da un punto di vista contenutistico sono poi differenti, considerato che l'uno è una riflessione sul modello inglese della *Public Corporation*, con particolare riferimento ai rapporti tra Parlamento,

¹ A.H. HANSON, *Parlamento e industrie nazionalizzate*, Londra, 1964.

² G. TESAURO e M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza* (atti del convegno *Regolazione e concorrenza*, Roma 22-23 novembre 1999), Bologna, 2000.

Ministro ed organo direttivo dell'impresa pubblica. È quindi uno scritto che si inserisce nel solco delle riflessioni sulla forma di governo e sulle modalità di relazione tra poteri dello stato, e segnatamente tra il potere dei Ministri e quello degli organi di Alta Amministrazione. L'altro, invece, propone un'interpretazione dell'articolo 41 della Costituzione italiana alla luce del principio di sussidiarietà come criterio per definire i rapporti tra l'autorità statale e l'iniziativa economica privata.

Nonostante tutte queste differenze, essi sono collegati da un'interesse comune: quello per le modalità di intervento pubblico nel sistema economico. L'introduzione al libro di Hanson presuppone questo intervento, e si interroga sui poteri necessari affinché il Ministro competente possa controllare e dirigere le industrie di stato. L'intervento alla bicamerale muove invece da una prospettiva differente, in quanto l'intervento *de quo* non è più dato per scontato, non è più il punto di partenza del modello, ma è al contrario il nodo problematico di cui si discute.

2. *Public Corporations ed Enel: modelli a confronto*

Le *Public Corporations* vennero create dal governo laburista dopo il 1945 con l'intento di costituire delle unità imprenditoriali docili, o, per lo meno, più docili rispetto alle imprese private, alle disposizioni dei programmatori economici. L'idea guida era quella secondo la quale solamente all'impresa pubblica l'autorità programmatrice sarebbe stata in grado di assegnare obiettivi imprenditoriali (consistenti prevalentemente in aumenti di produzione quantitativamente predeterminati dall'autorità stessa).

In Inghilterra tale idea è stata sviluppata dalle teorie di Robson³ e Morrison⁴, che prevedevano l'inquadramento dei servizi e del personale delle industrie nazionalizzate in entità fornite di personalità giuridica e, dunque, staccate dai dicasteri che svolgevano la loro azione sotto la guida di un Ministro avente il pieno potere di comando ed intera responsabilità verso il Parlamento. In questo modo si tentava da un lato di realizzare un'unità imprenditoriale che superasse la lentezza e il burocratismo propri dei centri organizzativi inseriti nelle strutture facenti capo ai ministeri, con un *governing board* dotato di

³ V. ROBSON, *L'industria nazionalizzata e la proprietà pubblica*, Milano, 1962, ultimo capitolo e *Il controllo politico delle industrie nazionalizzate in Gran Bretagna*, in *Il controllo dell'impresa pubblica*, Milano, 1960, p. 175 ss.

⁴ H. MORRISON, *Government and Parliament*, Oxford, 1954, p. 248 ss.

ampia autonomia e incaricato di gestire con criteri economico-industriali il ramo produttivo di propria competenza; dall'altro il Ministro aveva il compito di assicurare, attraverso i poteri di impartire direttive ai *boards* e di fornire la *general policy* dei singoli settori, una gestione consapevolmente pubblicistica delle diverse aziende.

L'importanza di tale riflessione deriva dal fatto che in Italia, a metà degli anni sessanta, si è prospettata l'ipotesi di importare il modello britannico, a giudizio di Elia prescindendo però dal fatto che «il rapporto tra i poteri del ministro e quelli del *governing board* appar[iva] fondato su basi alquanto equivoche o almeno assai incerte»⁵. Questo giudizio si fondava sulla considerazione secondo la quale «in tanto il Ministro può avere delle responsabilità nei confronti del Parlamento in quanto abbia *ex lege* o *per convention* poteri reali»⁶. Il dubbio sorgeva, a tal proposito, con riferimento alle incertezze ed alle incongruenze cui dava luogo la differenza tra *day to day management*, appartenente ai *boards*, e *general policy*, spettante al Ministro. Ed il libro di Hanson aveva, secondo Elia, proprio il merito di aver rilevato tali incertezze e di aver messo in luce la sproporzione tra il concetto di amministrazione corrente od ordinaria e quello di libertà di azione economica dei *boards*, che invece apparivano confuse così come identificate da alcuni studiosi del settore⁷.

Elia si concentra poi su altri tre aspetti problematici. Rileva, infatti, che:

a. innanzi tutto l'interpretazione dell'interesse nazionale varia notevolmente da un Ministro all'altro;

b. in secondo luogo la natura, che può essere formale od informale, della direttiva condiziona la conoscibilità da parte del pubblico e dei parlamentari delle modalità di esercizio della *policy* da parte del Ministro: in particolare, se tale esercizio si svolge informalmente, lascia indeterminata, all'esterno, la dimensione e l'intensità degli interventi ministeriali;

c. infine, non è chiara l'intensità dei poteri ministeriali. Secondo alcuni autori⁸, infatti, vi sono una serie di elementi – quali la nomina dei membri del *Board* da parte del Ministro, il rapporto di fatto fiduciario tra il Ministro ed il Presidente del *Board*, ad evidente discapito della collegialità, e la mancanza di comitati interministeriali – che favoriscono un'eccedenza del potere del Ministro. Al contrario,

⁵ L. ELIA, *Introduzione*, cit., p. 7.

⁶ *Ibidem*.

⁷ V. ROBSON, *L'industria nazionalizzata*, cit., p. 206.

⁸ Per una disamina delle relative posizioni si rimanda a A.H. HANSON, *Nationalism*, London, 1965, pp. 280 ss.

secondo altri autori⁹, il potere ministeriale, sia come previsto che, a maggior ragione, come di fatto esercitato, è inferiore alle esigenze di direzione unitaria dell'economia, con la conseguenza che sarebbe necessario ridimensionare le *Public Corporations* ad aziende dipendenti direttamente dal Ministro, o, almeno, nominare il Ministro stesso presidente del *Board*. Tale contrasto viene indicato come uno degli elementi che incidono «sullo stato di inibizione e frustrazione che travaglia il Parlamento a proposito del controllo sulle industrie nazionalizzate»¹⁰.

Viene infine indagato il tipo di controllo posto in essere dalla Commissione speciale per le industrie nazionalizzate. In realtà la Commissione non opera un controllo vero e proprio, poiché si limita ad approntare materiali e giudizi che poi vengono messi a disposizione dell'Assemblea.

Elia, nell'introduzione al libro di Hanson, nota come riflettere sul ruolo delle *Public Corporations* sia rilevante perché in Italia è stato introdotto inconsapevolmente – almeno così, dice, è ragionevole ritenere – un modello di gestione del tutto analogo: quello dell'ENEL. Quest'ultimo infatti «si avvicina molto di più alla *Public Corporation* inglese che non alle imprese a partecipazione statale»¹¹. A fronte di tale situazione, il lavoro di Hanson sollecita lo studio nell'ordinamento italiano dei rapporti reali tra Ministero delle partecipazioni e le imprese ad esso facenti capo, e delle modalità con cui le Camere sono intervenute in questa materia al fine di sviluppare il controllo sull'esercizio dei poteri ministeriali ed interministeriali relativi alla gestione dell'ENEL.

L'ENEL nacque infatti come ente formalmente autonomo, sottoposto però tanto alla vigilanza del Ministro per l'industria ed il commercio quanto alla direzione del Comitato dei Ministri composto dal Presidente del Consiglio e dai Ministri per il bilancio, per il tesoro, per l'industria ed il commercio, per i lavori pubblici, per le parteci-

⁹ Si veda soprattutto AUSTEN ALBU, *The Lessons Of Public Enterprise*, London, 1963, pp. 105 ss.

¹⁰ L. ELIA, *Introduzione*, cit., p. 11. L'autore nota come tale questione si inserisca in quella, di portata generale, dell'effettiva responsabilità di ogni singolo Ministro verso la Camera dei Comuni.

¹¹ *Ivi*, p. 13. Si rileva che lo scritto è del 1964, ossia a soli due anni di distanza dall'approvazione, da parte della Camera dei Deputati, del provvedimento di nazionalizzazione del sistema elettrico (27 novembre 1962) e della conseguente nascita (successivo 6 dicembre) dell'ente Nazionale per l'Energia Elettrica, avente il compito di esercitare le attività di produzione, importazione, esportazione, trasporto, trasformazione, distribuzione e vendita dell'energia elettrica. Naturalmente, tali riflessioni sono oggi superate dagli eventi, ed in particolare dalla trasformazione dell'ENEL in una *holding* industriale (1999) e della liberalizzazione del mercato elettrico (Decreto Bersani 19 febbraio 1999).

pazioni statali, per l'agricoltura e per le foreste¹². Il Comitato aveva, in particolare, il compito di: approvare programmi annuali e pluriennali dell'ENEL, rispondenti alle esigenze di un equilibrato sviluppo economico del Paese; approvare la relazione programmatica generale; approvare la relazione programmatica da presentare al Parlamento; dare le direttive per l'attività dell'ENEL, soprattutto con riferimento alla politica tariffaria; autorizzare l'ENEL alla costituzione di società estere o ad assumere partecipazioni; approvare la nomina del direttore generale.

Era dunque un modello di relazione tra stato ed impresa del tutto simile all'esperienza inglese, nella misura in cui tra il Comitato e l'ente vi era un rapporto analogo a quello che abbiamo visto esistere tra il Ministro ed il *Board*. Tale similitudine è dimostrata anche dal fatto che nella relazione ministeriale al disegno di legge di istituzione dell'ENEL¹³ si fece diretto riferimento all'esperienza inglese dell'*Area Electricity Authority* (ente pubblico che deteneva la proprietà di tutti gli impianti di produzione e trasporto e che provvedeva alle direttive generali) e dell'*Area Electricity Boards* (enti minori che provvedevano alla distribuzione dell'energia), in seguito sostituita da quella dell'*Electricity Council*, un organo senza poteri operativi, ma con preminenti compiti di direzione e di coordinamento di tutto il settore¹⁴. In Italia peraltro si riproposero problemi del tutto analoghi a quelli presenti nell'esperienza d'oltre manica, come ad esempio la mancanza di una responsabilità politica unitaria del Comitato nei confronti del Parlamento¹⁵ e i contrasti sulla sua natura giuridica e sulla conseguente vincolatività delle sue direttive¹⁶.

3. *Iniziativa economica privata e principio di sussidiarietà nel dibattito della Commissione Bicamerale*

Nel secondo scritto Elia si propone di «affrontare alcuni aspetti

¹² La *ratio* di tale organizzazione era quella di inserire la politica economica dell'ENEL nell'intera economia nazionale.

¹³ Doc. n. 3906, presentato alla Camera dei Deputati nella seduta del 26 giugno 1962.

¹⁴ Sul punto si veda R. COLTELLI e A. DE STEFANO, *Ente nazionale per l'energia elettrica*, Milano, 1963, p. 36.

¹⁵ G. MANCO, *L'Enel*, Milano, 1964.

¹⁶ Mentre alcuni (tra cui si veda S. D'ALBERGO, *Le partecipazioni statali*, Milano 1960, pp. 148 ss.) ritenevano le direttive del Ministro del tutto vincolanti, per altri (tra i quali G. MANCO, *L'Enel* cit., p. 85) rientravano in un'attività di vigilanza e, dunque, acquistavano il valore di raccomandazione.

relativi all'interpretazione e possibile rielaborazione dell'art. 41 della Costituzione»¹⁷, partendo dal tentativo della Commissione Bicamerale della XIII legislatura¹⁸ di richiamare il principio di sussidiarietà¹⁹ non solo con riferimento ai rapporti tra autorità territoriali²⁰, bensì anche al fine di fissare meglio il rapporto tra l'insieme dei poteri spettanti alle diverse autorità statali e la sfera di iniziativa economica privata²¹. Infatti vi fu in quella sede la tendenza ad inquadrare tale prin-

¹⁷ L. ELIA, *La disciplina*, cit., p. 43. Come è noto, l'articolo 41 della Costituzione è stato variamente interpretato. Sul punto si veda, in particolare, AA.VV., *Studi sull'articolo 41 della Costituzione*, Bologna 1969.

¹⁸ Critici, sul punto, alcuni studiosi ed alcuni componenti della Bicamerale stessa, i quali ritenevano che la Commissione tentasse «di far passare nella riforma della seconda parte della Costituzione una formulazione del principio, elaborata soprattutto dalle componenti neolibériste del mondo cattolico (Zamagni, Quadrio Curzio, Vitadini). Si voleva in sostanza che lo Stato e le altre pubbliche istituzioni intervenissero per i bisogni dei cittadini solo quando questi non fossero in grado di provvedere autonomamente o trovare sul mercato quanto necessario. Si comprende che, con tale impostazione, il principio – oltre che essere impropriamente collocato nella seconda parte della Carta (art. 56), peraltro in palese contrasto con i principi della prima parte (artt. 2 e 3) – avrebbe portato a un rovesciamento nella materia dei diritti sociali», G. COTURNI, *Novità e portata progressiva della sussidiarietà orizzontale nella costituzione italiana*, «Astrid on line», p. 1 e G. FERRARA, *La revisione costituzionale come sfigurazione: sussidiarietà, rappresentanza, legalità e forma di governo nel progetto della Commissione Bicamerale*, in *Politica del diritto*, 1998. Per un'analisi delle diverse posizioni in seno alla Bicamerale circa il rapporto tra principio di sussidiarietà e gli articoli 2 e 3 della Costituzione si veda A. POGGI, *Il principio di sussidiarietà e il «ripensamento» dell'amministrazione pubblica. Spunti di riflessione sul principio di sussidiarietà nel contesto delle riforme amministrative e costituzionali*, «Astrid on line», pp. 6 ss. e G. RAZZANO, *Il principio di sussidiarietà nel progetto di riforma della Costituzione della Commissione bicamerale*, in *Diritto e società*, 1997.

¹⁹ Come osservato da I. Massa Pinto, per comprendere il significato della formula *principio di sussidiarietà* è necessario andare al di là del dato meramente positivo e compiere un'indagine storiografica e filologica. In particolare tanto la sussidiarietà verticale quanto quella orizzontale hanno matrice cattolica: la prima nasce come principio invocato dalla chiesa «per qualificare come meramente compensativo e ausiliario l'intervento degli organismi sociali maggiori (...) a favore dei gruppi sociali minori»; la seconda invece nasce come principio invocato sempre dalla chiesa «per qualificarlo come valido pure per la sua stessa organizzazione interna», I. MASSA PINTO, *Sussidiarietà (principio di): origini nel diritto della chiesa cattolica*, in *Archivio di diritto e storia costituzionali*, p. 11. Sul punto si veda anche F. CHARRIER, *La sussidiarietà: da principio di dottrina sociale della Chiesa a criterio di attivazione di politiche sociali*, in «Politiche sociali», 1997 e G. FELICIANI, *Il principio di sussidiarietà nel magistero sociale della Chiesa*, in «Vita e pensiero», 1994.

²⁰ Si veda, sul punto, Comm. 12 giugno 1997, 1296; C. 3931 – S. 2583, Relazione D'Onofrio, 16; All. 4 e 5 sed. 7, 20-03.

²¹ Si veda, a tal riguardo, S. 55.11, Monticone; S. 55.13, Andreolli; S. 55.233, Tonioili; S. 55.300, Salvi; C. 55.2346, Taradash; C. 55.2252, Spini.

cipio nella prospettiva dicotomica statalismo *versus* individualismo, pubblico *versus* privato. In particolare, vennero presentate, sul punto, due soluzioni da parte del comitato ristretto²² ed una suggerita dallo stesso Elia²³, ed elaborata in sede di contatti fra i diversi gruppi.

La prima alternativa del comitato ristretto²⁴, presentata da Bressa²⁵, partiva dalla considerazione secondo la quale esistono «due dimensioni della sussidiarietà: la dimensione verticale (...) che abbraccia il contesto istituzionale, e la dimensione orizzontale, (...) che abbraccia il contesto sociale». Lo Stato deve riconoscere «la realtà e la consistenza delle persone e delle formazioni sociali intermedie in modo graduato e gerarchico» in entrambe le dimensioni. Tale proposta mirava, in sostanza, ad una nuova definizione del rapporto tra Stato e cittadino, tale da rendere quest'ultimo non più solo un mero utente di servizi, ma anche «protagonista responsabile delle finalità sociali dello Stato».

La seconda, al contrario, presentata da Salvi e da Dentamaro, si fondava sulla diversa idea secondo la quale l'attività dei privati, delle persone e delle formazioni sociali non può in alcun caso costituire un limite alle funzioni pubbliche²⁶.

La proposta presentata dal senatore Elia, approvata poi a maggioranza della Commissione al termine del dibattito, era la seguente: «Nel rispetto delle attività che possono essere adeguatamente svolte

²² Allegato alla sed. 18 settembre 1997. La discussione verte sulla formulazione del primo comma dell'art. 56, essendo invece unitaria la proposta relativa al secondo, terzo e quarto comma. Peraltro, proprio con riferimento al primo comma, era stato in precedenza (30 giugno 1997) approvato il seguente testo: «le funzioni che non possono essere più adeguatamente svolte dalla autonomia dei privati sono ripartite tra le Comunità locali, organizzate in Comuni e Province, le Regioni e lo Stato, in base al principio di sussidiarietà e differenziazione, nel rispetto delle autonomie funzionali, riconosciute dalla legge».

²³ S. 56.251.

²⁴ «La titolarità delle funzioni pubbliche è attribuita, in base al principio di sussidiarietà, ai Comuni, alle Province, alle Regioni e allo Stato, nell'osservanza dei criteri di differenziazione, omogeneità e adeguatezza delle proprie strutture organizzative e nel rispetto delle autonomie funzionali riconosciute dalla legge».

I Comuni, le Province, le Regioni e lo Stato esercitano le attività che non possono essere svolte in modo più efficace dall'iniziativa autonoma dei privati».

²⁵ Seduta 18 settembre 1997, 2233 ss.

²⁶ In particolare il testo era il seguente: «Comuni, Province, Regioni e Stato esercitano le loro funzioni in base al principio di sussidiarietà e di differenziazione, nel rispetto dell'autonomia delle persone e delle formazioni sociali, nonché delle autonomie funzionali riconosciute dalla legge, secondo il criterio di omogeneità e di adeguatezza delle strutture organizzative rispetto alle funzioni medesime. Nell'esercizio delle loro funzioni Comuni, Province, Regioni e Stato riconoscono e valorizzano interventi autonomi del cittadino e delle formazioni sociali».

dall'autonoma iniziativa dei cittadini, anche attraverso le formazioni sociali, le funzioni pubbliche sono attribuite a Comuni, Province, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà e differenziazione. La titolarità delle funzioni compete rispettivamente ai Comuni, alle Province, alle Regioni e allo Stato, secondo i criteri di omogeneità e adeguatezza. La legge garantisce le autonomie funzionali.

È attribuita ai Comuni la generalità delle funzioni regolamentari ed amministrative anche nelle materie di competenza legislativa dello Stato o delle Regioni, ad eccezione delle funzioni espressamente attribuite dalla Costituzione, dalle leggi costituzionali o dalla legge alle Province, alle Regioni o allo Stato, senza duplicazione di funzioni e con l'individuazione delle rispettive responsabilità. Senza oneri finanziari aggiuntivi possono essere istituite aree metropolitane anche con ordinamenti differenziati. I Comuni con popolazione inferiore al minimo stabilito dalla legge approvata dalle due Camere, ovvero situati in zone montane, esercitano anche in parte le funzioni loro attribuite mediante forme associative, alle quali è conferita la medesima autonomia riconosciuta ai Comuni.

Gli atti dei Comuni, delle Province e delle Regioni non sono sottoposti a controlli preventivi di legittimità o di merito».

In sostanza tale proposta mirava a definire i principi sulla cui base le funzioni pubbliche devono essere ripartite tra i principali soggetti dell'ordinamento, stabilendo l'applicazione del principio di sussidiarietà con riferimento tanto al rapporto tra enti pubblici e soggetti privati, le cui attività non potranno essere limitate dall'attribuzione di funzioni agli enti pubblici stessi²⁷, quanto al riparto di funzioni tra gli enti pubblici. Si è osservato, sul punto, che l'ordine in cui sono enunciati gli enti non è casuale, ma «riflette la sistematica del progetto di riforma in cui, evidentemente, l'elencazione, dall'ente più piccolo a quello di maggiori dimensioni, anticipa i criteri cui il riparto di funzioni amministrative deve ispirarsi. Tra questi si annoverano il criterio della sussidiarietà e differenziazione, il criterio della omogeneità e della adeguatezza»²⁸.

Uno dei meriti riconosciuti²⁹ a questo emendamento era, in par-

²⁷ L'attività dei privati, in altri termini, non poteva essere esclusa solo perché nel settore di riferimento vi era una legge attributiva di funzioni ad enti pubblici. Al contrario essa veniva vista come un *quid* in grado di intervenire a supplenza delle lacune del sistema.

²⁸ C. CAPOLUPO, *Principio di sussidiarietà e forma di stato*, in AA.Vv., *La riforma della Costituzione nei lavori della bicamerale. Atti dell'incontro di studio a cura della I cattedra di Diritto Costituzionale*, Napoli 6-7 maggio 1998, Napoli 2000, p. 36.

²⁹ Si veda l'intervento di A. Soda, nella seduta n. 55 del 18 novembre 1997, pp. 2236 ss. dei resoconti.

ticolare, quello di esplicitare a livello ordinamentale ciò che è già previsto dalla prima parte della Costituzione, ossia che il concetto di sussidiarietà deve legare le possibilità di intervento degli enti pubblici e dello Stato non solo a criteri di efficienza e di efficacia, bensì anche alla valorizzazione dei diritti inviolabili dell'uomo. Infatti all'idea secondo la quale sono le persone che assumono innanzitutto il destino di realizzare la propria personalità si accompagna quella secondo la quale tale assunzione viene definita dalle persone che si organizzano nelle comunità – tra cui la più alta è rappresentata dallo Stato – e che, in questo modo, mirano a realizzare il valore della solidarietà³⁰. La proposta Elia fu ritenuta la migliore soluzione di sintesi, tanto che venne ufficialmente proposta dal presidente D'Onofrio come ipotesi di articolato comune a tutti i componenti del Comitato³¹.

Vi è stato, peraltro, anche chi ha criticato l'emendamento Elia in quanto configurerebbe il ruolo dei privati in termini più deboli rispetto ad altre proposte, dal momento che «le funzioni da essi esercitabili non si determinano più in base ad un principio generale, ma secondo una evanescente formulazione che impone agli enti territoriali il rispetto di quelle attività che possono essere adeguatamente svolte dagli stessi»³². Conseguentemente, il principio di sussidiarietà verrebbe qui inteso non come principio secondo il quale l'intervento pubblico è possibile unicamente qualora i privati non riescano a svolgere la loro attività, bensì solo come *favor* per l'autonomia e la libertà dei privati stessi.

Elia sottolineò³³ come l'idea espressa dalla bicamerale, il cui precedente prossimo era rappresentato dalle leggi Bassanini³⁴, aveva il significato storico-politico di affermare la residualità dell'intervento pubblico statale ed il superamento dell'economia mista. Al contempo, evidenziò che, in sede di riforma, si sarebbe dovuto chiarire che tipo di concetto di sussidiarietà si vuole accogliere, tra «quello che punta

³⁰ Opinione analoga fu espressa da La Pira in sede di Assemblea Costituente: «è necessario consacrare, nella dichiarazione iniziale della Costituzione, la natura spirituale della persona umana, nella quale si legittimano i suoi diritti naturali imprescrittibili», individuati anche in quelli delle «comunità fondamentali nelle quali l'uomo si integra e si espande» (seduta del 9 settembre 1946).

³¹ Sul punto si veda l'allegato alla seduta del 24 settembre 1997.

³² C. CAPOLUPO, *Principio di sussidiarietà*, cit., p. 39.

³³ L. ELIA, *La disciplina*, cit., pp. 43 ss.

³⁴ Ossia le leggi 15 marzo 1997, n. 59 e 15 maggio 1997, n. 127. In linea generale queste leggi tentarono di realizzare il massimo decentramento possibile attraverso lo strumento della legge ordinaria, cioè a costituzione invariata. Per una ricostruzione di carattere generale si rimanda a A. BIANCO e L. MILANO, *La riforma della PA locale, Commento alle leggi Bassanini*, Gorle, ANCI, 1997.

sulla sufficienza³⁵ della capacità di intervento dell'organo o del soggetto più vicino ai cittadini, anche territorialmente, con la conseguente creazione di un sistema costruito secondo un movimento ascendente, teso a favorire l'autogoverno democratico, e quello dalla capacità di migliore svolgimento o di *better performance*³⁶, secondo il quale non basta che ci sia la capacità di svolgere una funzione, ma occorre un confronto per individuare chi svolge meglio la stessa funzione»³⁷. Elia riteneva i due concetti andassero tenuti nettamente distinti, a differenza di quanto avviene nei testi comunitari, che li utilizzano largamente, ma in modo sostanzialmente confuso, segnando comunque uno slittamento verso il principio di migliore efficienza; principio rispetto al quale quello di sufficienza, che rimanda alla sussidiarietà orizzontale contenuta nell'Enciclica *Quadragesimo Anno*, deve essere preferito, perché più in armonia con i principi che ispirarono la Costituzione italiana³⁸.

E proprio a partire da queste considerazioni Elia si è interrogato sul possibile coordinamento, anche in sede di riforma, tra le disposizioni costituzionali in materia di economia ed il diritto comunitario. Tale problema, com'è noto, fu posto per la prima volta dalla scienza costituzionalistica all'indomani della approvazione del Trattato di Maastricht, avvenuta il primo novembre 1993. Fino a quel momento, infatti, la lettura prevalente sulla costituzione economica era nel senso di una sostanziale divisione tra Comunità e stati membri, secondo la nota formula «Smith abroad, Keynes at home»³⁹, e del rispetto dell'idea secondo la quale solo attraverso il riconoscimento nelle costituzioni nazionali dei diritti sociali ed il loro ancoraggio al principio di uguaglianza sostanziale era possibile attuare un programma di redistribuzione della ricchezza⁴⁰.

³⁵ In quest'ottica Elia legge per esempio l'ordine del giorno Dossetti inerente la locuzione «quando non bastino i soggetti e le comunità precedenti rispetto allo stato» e «la sola impostazione veramente conforme alle esigenze storiche è quella che afferma l'esistenza sia dei diritti fondamentali delle persone, sia dei diritti delle comunità anteriormente ad ogni concessione dello Stato» (Ordine del giorno Dossetti 9 settembre 1946).

³⁶ Come è per esempio quello adottato dall'art. 3b) del trattato di Maastricht. In merito si veda G. D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione Europea*, Padova 1998 e G. STROZZI, *Il principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993.

³⁷ *Ivi*, p. 44.

³⁸ Si veda, a tal proposito, il citato ordine del giorno Dossetti.

³⁹ R. GILPIN, *The Political Economy of International Relations*, Princeton 1987.

⁴⁰ Se tali osservazioni possono essere fatte con riferimento all'aspetto prettamente economico, è però vero che anche nella fase antecedente all'adozione del trattato di Maastricht molte furono le riflessioni sull'incidenza costituzionale dei trattati istitu-

Per quanto riguarda il diritto interno, si sottolineava la necessità di una pianificazione e di una programmazione non centralizzate⁴¹, fondate sull'idea secondo la quale il vero motore dello sviluppo non è tanto il mercato in sé, quanto il mercato così come regolato e disciplinato dallo stato, con l'utilizzo anche di incentivi ed ausili diretti alle imprese⁴². In tale contesto, i vincoli non erano visti come un problema in sé, bensì nella misura in cui erano posti a livello amministrativo, e non a quello superiore della programmazione di governo.

Questa fase terminò con Maastricht – e, soprattutto, con l'incisiva giurisprudenza della Corte di Giustizia – perché «il trattato, raggiunto il traguardo del mercato unico, istituiva l'Unione con obiettivi dichiaratamente politici⁴³, così ponendo per la prima volta il problema dell'incontro tra le sfere d'azione dell'Unione e dei suoi stati membri»⁴⁴,

tivi delle Comunità europee con riferimento ad altri aspetti. Sul punto si veda G. BARILE, *Limiti all'attuazione dei diritti europei e stranieri nell'ambito della Comunità statale*, «Com. Studi», XII (1996), pp. 93 ss.; G. TREVES, *Le limitazioni di sovranità e i trattati internazionali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1973, pp. 561 ss.; A. BERNARDINI, *Costituzione italiana e organizzazioni internazionali. Alcune riflessioni*, in *Com. Int.*, 1985, p. 271 ss.

⁴¹ AA.VV., *La Costituzione Economica*, Atti del Convegno di Ferrara dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 11-12 ottobre 1991, Padova 1997, p. 10-11.

⁴² Conseguenza diretta di tale impostazione fu il fatto che nessuno, prima degli anni novanta, mise mai seriamente in discussione l'industria pubblica, tanto che accanto all'IRI prese piede il FMI e si consolidò il ruolo dell'IMI. Proprio nel sistema degli aiuti alcuni individuano uno dei maggiori punti di frizione tra il sistema costituzionale italiano, che ne sottolinea gli aspetti positivi, l'idoneità a sopperire ai fallimenti del mercato, e il sistema comunitario, che ne paventa invece soprattutto gli aspetti negativi, come per esempio le distorsioni alla concorrenza che ne possono derivare. Sul punto si veda G.L. TOSATO, *La disciplina comunitaria degli aiuti tra economia di mercato e interessi generali*, in *La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione*, in *Astrid on-line*, p. 3.

⁴³ Il trattato è complesso tanto da un punto di vista strutturale (un preambolo, sette titoli, diciassette protocolli e trentatre dichiarazioni), quanto contenutistico, in quanto condensa in un unico documento la disciplina giuridica delle diverse forme di cooperazione internazionale dalle quali gli stati membri erano precedentemente vincolati, ampliando al contempo le materie oggetto di cooperazione, approfondendo alcuni vincoli e predisponendo soluzioni nuove e differenziate.

⁴⁴ C. PINELLI, *Sulla compatibilità fra gli enunciati costituzionali sui rapporti economico-sociali e il diritto dell'Unione europea*, in *La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione*, in *Astrid on line*, p. 3. Secondo un'altra impostazione, il problema si era in realtà già posto nel 1956, nel pieno dei negoziati per la stipula del Trattato di Roma, durante i quali non si ignorarono le questioni sociali, ma si scelse consapevolmente di inquadrarle in una prospettiva che voleva essere coerente con un duplice ordine di esigenze: *in primis* con l'esigenza di costruzione di un mercato comune, retto sulla libertà di circolazione dei fattori produttivi e sulla libertà di impresa; *in secundis* con l'esigenza di garantire il rispetto della sovranità degli stati

che però, secondo l'idea dominante⁴⁵, avevano *Weltanschauungen* incompatibili⁴⁶. Contro questa impostazione Elia ha osservato come l'art. 41 della Costituzione, attraverso il recupero dell'influenza del pensiero liberale sulla sua formulazione finale, potesse in realtà essere letto conformemente ai principi comunitari. Nella discussione alla Costituente sulla disposizione *de qua* – ricordò – «non emergono né il nome di Marx né quello di Keynes, ma è richiamato soprattutto quello di Hayek»⁴⁷, citato tanto da Einaudi⁴⁸ quanto da Ruini. La nostra carta costituzionale – sottolineò Elia, per evitare che

membri nella sfera delle politiche sociali. Il dibattito sul punto tra il primo ministro francese Guy Mollet, che si batteva per il riconoscimento dell'armonizzazione delle politiche sociali nazionali come precondizione necessaria per l'integrazione dei mercati ed i rappresentanti della Germania, secondo i quali invece alla preliminare instaurazione di un mercato comune sarebbe naturalmente seguita l'armonizzazione *de qua*, è una prova del fatto che la questione in effetti fu posta ben prima di Maastricht. Sul punto si veda S. GIUBBONI, *Governare le differenze: modelli sociali nazionali e mercato unico europeo*, in *La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione*, «Astrid on-line», p. 1.

⁴⁵ Si veda, in particolare, M. LUCIANI, *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in «Politica del diritto», 1992, p. 589 e *L'Attività economica* cit., p. 14, in cui l'autore sottolinea che «il trattato poteva essere legittimamente ratificato, ma occorre farlo precisando meglio come esso dovesse essere interpretato ed applicato per non entrare in rotta di collisione con alcuni fondamentali principi costituzionali. Secondo un'altra impostazione, quello che differenzerebbe le costituzioni nazionali dall'UE non sarebbe tanto il fatto di essere fondate su principi incompatibili, quanto la considerazione che mentre nelle prime le tematiche dell'economia non sono dominanti, ma anzi secondarie, nella seconda, al contrario, tali tematiche sono state il motivo fondante. Sul punto si veda A. QUADRIO CURZIO, *Profili della Costituzione economica europea*, Bologna 2001, p. 23.

⁴⁶ Tale incompatibilità sarebbe secondo alcuni dimostrata dal fatto che «i principi comunitari di concorrenza sono stati attuati lentamente e tra grandi resistenze; le politiche di sostegno alle aree svantaggiate hanno conservato una prevalenza di trasferimenti alle imprese e alle famiglie, mentre la necessaria, e prevista, concentrazione degli interventi negli investimenti in capitale umano, infrastrutture e legalità non si è realizzata», S. MICOSSI e P. PARASCANDOLO, *L'Impresa privata*, in *La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione*, «Astrid-on line», p. 23. Peraltro, c'è chi sottolinea che l'incompatibilità caratterizzerebbe anche il rapporto tra CEDU e Costituzione italiana, nella misura in cui nella prima la proprietà è considerata come un diritto umano fondamentale, mentre nella seconda, a causa del principio della funzione sociale, no. Sul punto si veda C. SALVI, *La proprietà privata: diritto di libertà o funzione sociale?*, in *La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione*, in *Astrid-on line*, p. 21.

⁴⁷ L. ELIA, *Regolazione* cit., p. 46.

⁴⁸ Elia sottolinea come Einaudi era sì liberista, ma era anche, in quel momento, il gestore della Banca d'Italia, ossia una delle strutture più dirigistiche del Paese. Einaudi infatti non si oppose ai programmi ed ai controlli previsti nell'ultimo comma dell'articolo in questione, ma si impegnò a fondo in un emendamento antimonopolistico, che però non venne approvato dall'Assemblea.

si ponessero in rotta di collisione i principi costituzionali e quelli comunitari – pare avere recepito alcune idee del premio nobel austriaco: innanzitutto la piena accettazione del sistema dei prezzi, e, quindi, la ammissione del principio della dispersione della conoscenza e delle conseguenze inintenzionali delle azioni umane, dal che deriva che è la nostra ignoranza a imporci di essere liberi, perché «la libertà è l'unico mezzo idoneo a garantire l'attuazione di tutta la potenziale ricchezza del processo interindividuale»⁴⁹. Il mercato è in quest'ottica il mezzo migliore per raccogliere le conoscenze largamente disperse nella società.

Il mercato ed il diritto non appaiono, nella costituzione, due termini incompatibili, ma complementari, perché «il mercato stesso è una norma, che vive dentro altre norme. E queste altre regole sono l'*habitat* normativo del mercato, un *habitat* che coincide con lo stato di diritto»⁵⁰.

Infine, la critica hayekiana all'intervento legislativo ed economico non implica la negazione della tutela delle posizioni più deboli: c'è infatti una classe di rischi rispetto ai quali viene riconosciuta la necessità di azioni governative⁵¹.

A tal proposito è stato osservato⁵² che ciò che deve essere accettato e che non deve essere ostacolato è unicamente il libero dispiegarsi del sistema dei prezzi, dell'incontro spontaneo tra domanda ed offerta. Rispettato questo principio generale, è invece del tutto ammissibile l'adozione di programmi di giustizia distributiva nell'ambito dell'organizzazione degli apparati di governo e dei servizi da essi erogati.

Elia, muovendosi in questo quadro interpretativo, tra la norma costituzionale e i principi espressi dal diritto comunitario, più che una contrapposizione ha visto dunque un «fenomeno di integrazione/specificazione, che assumerebbe forme più esplicite attraverso la canonizzazione del principio di sussidiarietà»⁵³.

Peraltro, a tal proposito, egli ebbe modo di sottolineare come la regola contenuta nella lettera e) dell'art.117, secondo comma, (tutela della concorrenza), potesse essere letta come una configurazione di

⁴⁹ F.A. VON HAYEK, *L'abuso della ragione*, Firenze, 1967, p. 104.

⁵⁰ L. INFANTINO, *Prefazione* a F.A. VON HAYEK, *Liberalismo*, Roma, 1996, p. 15.

⁵¹ In quest'ottica la società libera deve tutelare le posizioni più deboli; però deve evitare, tramite l'interventismo, di distruggere il meccanismo di mercato dal quale dipende la creazione delle risorse. Sul punto si veda F.A. VON HAYEK, *I liberali devono essere degli agitatori*, p. 207.

⁵² M. DOGLIANI, *Appunti sul Concetto di Costituzione in Hayek*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1999, pp. 451-466.

⁵³ L. ELIA, *Regolazione*, cit., p. 45.

una forma dell'utilità sociale prevista dal primo capoverso dell'art. 41, questa volta però a tutela dei consumatori. In particolare egli evidenziava che: «la nostra Costituzione economica corrisponde alle esigenze dello Stato di benessere di tipo europeo, che non si contrappongono certo all'ispirazione del celebre discorso del Presidente Roosevelt sulle quattro libertà, letto al Congresso il 7 gennaio 1941»⁵⁴.

L'articolo si conclude con due riflessioni: *in primis* si osserva che «in fondo la proporzionalità e la sussidiarietà tendono entrambe a ridurre gli interventi statali nell'economia, senza peraltro escludere altri settori della vita sociale»⁵⁵; inoltre, a fronte del tentativo di dare una disciplina unitaria alle diverse autorità di garanzia e regolazione, si propone di distinguere tra organismi incaricati della tutela dei diritti fondamentali di libertà, costituzionalmente garantiti, e organismi preposti alla vigilanza su attività economiche e sociali, da esercitarsi secondo criteri e regole estranee agli indirizzi politici e amministrativi del Governo, al fine di non unire ciò che, almeno a livello costituzionale, non può in alcun modo essere confuso.

In conclusione giova rilevare che i due scritti presi in considerazione testimoniano la necessità di riflettere sul ruolo che il diritto e la politica possono e devono avere con riferimento alla regolazione dell'economia. Come evidenziato in apertura, hanno un'impostazione completamente differente: il primo, dato per presupposto l'intervento statale nel sistema economico, si interroga sul potere che i Ministri devono esercitare sull'Alta Amministrazione; esso si inserisce dunque in un contesto di forte rilevanza del pubblico nell'economia⁵⁶ «attraverso imprese pubbliche organizzate nelle diverse forme previste dall'ordinamento (aziende pubbliche, enti pubblici economici, società per azioni a partecipazioni pubbliche)»⁵⁷. Il secondo rimanda ad una situazione già radicalmente modificata dai fenomeni delle privatizzazioni e delle liberalizzazioni⁵⁸, e cerca di reinterpretare alcune dispo-

⁵⁴ L. ELIA, *Discorso pronunciato in occasione del sessantesimo anniversario della Costituzione della Repubblica Italiana*, Roma, Palazzo della Consulta, 29 febbraio 2008, p. 5.

⁵⁵ *Ivi*, pp. 46-47.

⁵⁶ Sul punto si veda A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano 1963; G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo e Enti pubblici strumentali, sistema delle partecipazioni statali, enti regionali*, entrambi in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano 1962.

⁵⁷ V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica*, in *La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione*, in *Astrid on-line*, p. 1.

⁵⁸ Sul fenomeno delle privatizzazioni si veda, per tutti, F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano 1996; F. BONELLI e M. ROLI, *Privatizzazioni*, in *Enc. Dir.*, agg. IV, Milano 2000, pp. 994 ss., M. SANINO, *Le privatizzazioni. Stato attuale e problematiche emergenti*, Roma 1997.

sizioni costituzionali alla luce di tali importanti cambiamenti, per salvaguardarne il nucleo normativo.

Negli anni sessanta lo spunto di riflessione era rappresentato dall'esperienza dei *Board* e delle *Public Coporations* inglesi, fondate su un collegamento tra la politica e l'impresa pubblica, nella misura in cui la prima determinava l'indirizzo e le linee guida della seconda. Nel duemila è invece la valorizzazione del concetto di sussidiarietà orizzontale, che Elia tenta di porre come nuovo ancoraggio delle irrinunciabili pretese dello stato costituzionale, che non può non essere anche stato sociale.

Commissioni ed organizzazione dei lavori parlamentari negli scritti di Leopoldo Elia

di Fabio Longo

SOMMARIO: 1. Il diritto parlamentare nell'esperienza scientifica di Leopoldo Elia. – 2. L'autonoma rilevanza delle commissioni parlamentari permanenti nella dinamica costituzionale. – 3. I partiti in commissione. – 4. Le commissioni in sede «politica» e l'inevitabile rafforzamento della funzione di controllo. – 5. L'attenzione per le esperienze straniere.

1. Il diritto parlamentare nell'esperienza scientifica di Leopoldo Elia

La produzione scientifica di Elia sui temi del diritto parlamentare è, come noto, assai vasta. Tutta la sua riflessione, a partire dai primi scritti (le *Cronache parlamentari* curate per la rivista «Cronache sociali» dal 1949 al 1950¹ e le note di *Documentazione e cronaca costituzionale* sul *Parlamento* pubblicate sulla «Giurisprudenza Costituzionale» dal 1956 al 1960), è caratterizzata da un costante interesse per il Parlamento e per le sue regole, più o meno formalizzate. Interesse, quest'ultimo, rafforzato dalla compresenza di tre punti di vista in costante dialogo: la visione pragmatica del funzionario parlamentare, quella accurata dello studioso ed infine l'approccio immediato e disincantato del protagonista della vita politica, dell'uomo pubblico².

¹ Oltre alle *Cronache parlamentari*, pubblicate sui nn. 8, 9, 10, 11, 12, 13, 19, 21 del 1949 e 2, 3, 5-6, 11-12, 13-14, 15-16 del 1950, le «Cronache sociali» ospitarono i seguenti scritti, tutti comunque riguardanti le dinamiche partitiche e le vicende parlamentari: *I partiti italiani visti attraverso i loro statuti* (1948, n. 3, pp. 8-11), *Possibilità di un mutamento istituzionale in Italia* (1949, n. 11, pp. 2-3), *Il Congresso del Partito Liberale* (1949, n. 14, pp. 18-19), *Il dibattito sulla Corea al Parlamento italiano* (1950, n. 7, p. 7), *Democrazia e gruppi parlamentari* (1951, n. 1, pp. 1-2).

² La compresenza della visione dello studioso con quella del protagonista della vita istituzionale e politica ed i riflessi di questo «unicum inscindibile» sono stati ricordati in più occasioni. Si segnalano: L. PALADIN, *Presentazione*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, pp. XI-XXI; A. PACE, *Postilla*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, pp. XXI-XIV; G. ZAGREBELSKY, *In-*

A queste posizioni realistiche Elia si è sempre tenuto fermo. Ancora recentemente, introducendo un convegno sulla dialettica tra maggioranza ed opposizione in Parlamento, ricordava il «peso» delle prassi e del contesto (leggi elettorali, schieramenti partitici e struttura dei gruppi), accanto alla ovvia rilevanza dei regolamenti parlamentari³.

2. *L'autonoma rilevanza delle commissioni parlamentari permanenti nella dinamica costituzionale*

A fronte di una riflessione così estesa ed approfondita, cercherò – circoscrivendo un ambito più ristretto – di ricostruire sinteticamente il peso ed il profilo attribuito da Elia alle commissioni parlamentari permanenti.

Snodo di avvio di questa ricerca – ed al contempo giustificazione della scelta operata tra i molti suoi scritti – è la consapevolezza, ampiamente condivisa, che proprio attraverso un efficiente sistema di commissioni parlamentari transita la forza delle assemblee novecentesche⁴.

Le commissioni nel nostro ordinamento «si presentano a prima vista, e tali sono nella realtà costituzionale, come dei mezzi predisposti per rafforzare il Parlamento, per consentirgli di esercitare con efficacia l'insieme delle sue attribuzioni e particolarmente quelle legislative»⁵.

È lo stesso Elia a scrivere – estendendo l'osservazione sia sul piano diacronico che su quello della comparazione sincronica – con una formula molto citata da chi si è occupato di questi temi, che «il Parlamento in assemblea è il tipo di organo caratteristico della dinamica costituzionale ottocentesca, mentre il Parlamento in commissione è

roduzione, in L. ELIA, *Studi di diritto costituzionale (1958-1962)*, Milano, 2005, pp. XV-XXXVI; A. DI GIOVINE, *Laudatio del Prof. Leopoldo Elia*, in *Teoria Politica*, 2006, n. 1, pp. 13-16; M. DOGLIANI, *Leopoldo Elia: dalla verità dei fatti alla verità nella scienza del diritto*, in *Diritto Pubblico*, 2008, 3, pp. 899-910; G. ZAGREBELSKY, *Leopoldo Elia: Lo scienziato che ha servito la Costituzione*, su *la Repubblica* del 7/10/2008; M. OLIVETTI, *Elia, protagonista mite e tenace*, su «Avvenire» del 7/10/2008, M. AINIS, *Elia, il diritto oltre la forma*, su *La Stampa* del 7/10/2008.

³ L. ELIA, *Introduzione*, in E. GIANFRANCESCO e N. LUPO (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Roma, 2007, p. 9.

⁴ Così N. LUPO, *Il procedimento legislativo in Assemblea, nel rapporto (ancora irrisolto) con il Governo*, in «il Filangieri», Quaderno 2007, 2008, p. 148: «Un Parlamento è forte quando sono forti le Commissioni in cui si articola».

⁵ L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, in «Archivio giuridico "Filippo Serafini"», vol. XXIX, Modena, 1961, p. 44.

la figura organizzativa prevalente nello stato contemporaneo»⁶. Studiare le commissioni, quindi, può costituire un utile (e forse indispensabile) filtro per comprendere i parlamenti contemporanei e, di riflesso, le concrete declinazioni delle forme di governo⁷. Le riflessioni che seguono muoveranno principalmente dalla rilettura di due scritti: un lungo saggio del 1961⁸ ed una voce pubblicata l'anno precedente sull'Enciclopedia del Diritto⁹, forse meno nota di quella del 1970 sulle *Forme di Governo*¹⁰ ma ricca di indicazioni e riflessioni e costantemente ripresa dagli studiosi che si sono occupati del tema. I due scritti in questione sono quindi sostanzialmente coevi, distinguendosi piuttosto per l'approccio adottato dall'Autore: più sintetico, come è ovvio, nel caso della voce, più riflessivo e ricco di riferimenti bibliografici nel caso dello scritto destinato all'«Archivio Giuridico»¹¹.

È interessante notare, ai nostri fini, come – con la consapevolezza

⁶ *Ivi*, p. 45. A titolo esemplificativo, l'espressione è ripresa da S. TOSI, *Diritto parlamentare*, Milano, 1974, p. 171, da A. MANZELLA, *Il parlamento*, Bologna, 2003, p. 127, da L. GIANNITI e N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, 2008, p. 10 e da R. PERNA, *Le Commissioni parlamentari al tempo del maggioritario*, in E. GIANFRANCESCO e N. LUPO (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, cit., p. 141.

⁷ Così M. MIDIRI, *Commissioni parlamentari e processo di decisione politica*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2007, 4, p. 1035: «Il ruolo delle commissioni parlamentari è un indicatore del concreto funzionamento del sistema di governo». Sulla stessa traccia C. DE CARO, *La struttura delle Camere*, in T. MARTINES, C. DE CARO, V. LIPPOLIS e R. MORETTI, *Diritto parlamentare*, Milano, 2005, p. 114: «Il sistema delle commissioni diventa uno degli elementi di identificazione del sistema politico».

⁸ L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, in «Archivio giuridico "Filippo Serafini"», Modena, 1961, pp. 42-124.

⁹ L. ELIA, *Commissioni parlamentari*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. III, Milano, 1960, pp. 895-910.

¹⁰ L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, 1970, 634-675.

¹¹ Il ruolo delle commissioni è poi costantemente richiamato – nella prospettiva di misurare la *leadership legislativa* del presidente americano e la concorrenza nella determinazione dell'indirizzo politico tra Presidente e Congresso – in L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1961, ora in L. ELIA, *Studi di diritto costituzionale (1958-1962)*, Milano, 2005, pp. 207-427, al quale pure faremo qualche cenno. Sarà lo stesso Elia a ricordare come quello scritto sugli Stati Uniti nascesse «da un tentativo di riequilibrare la visione della forma di governo statunitense che appariva deformata da un'enfasi del presidenzialismo nei testi allora diffusi in questa materia» e come il «fascino» esercitato dalla vita parlamentare americana in relazione a quella italiana, in quegli anni, derivasse dalla quasi inesistente disciplina dei gruppi congressuali statunitensi (L. ELIA, *Intervento*, in *CAMERA DEI DEPUTATI, Il ruolo delle assemblee rappresentative nell'esperienza recente degli Stati Uniti e dell'Italia*, Atti del seminario, Palazzo Montecitorio, 21 marzo 2003, Roma, 2004, pp. 37 e 39).

della complessità del tema – lo stesso Elia in una nota della *voce* sulla Enciclopedia del Diritto (pubblicata per prima) rimandasse per più ampi svolgimenti al proprio saggio «di imminente pubblicazione»¹², quello che comparirà sull'«Archivio Serafini» ed al quale pure in questa occasione ci stiamo riferendo.

I punti nodali della ricostruzione di Elia sono comunque chiaramente rintracciabili in entrambi gli scritti, il che ci consente incurSIONI da uno all'altro, limitando il rischio di distorcere o forzare il suo pensiero.

Tra le considerazioni sviluppate, quella più «fortunata», perché frequentemente ripresa, è la seguente: le commissioni parlamentari «finiscono... per assumere, nella dinamica costituzionale un rilievo autonomo [rispetto alla assemblea]»¹³. Tale annotazione, che a prima vista riguarda le commissioni *tout court*, è da leggere in stretta connessione con il particolarissimo status conferito dalla Costituzione italiana alle commissioni in sede deliberante.

Si potrebbe sostenere che al centro dei due scritti non siano le commissioni parlamentari permanenti ma piuttosto la dinamica «concorrenza» tra assemblea e commissione, non soltanto nel campo della produzione normativa.

Lo stesso Elia, infatti, nello scritto più esteso, spiega di voler concentrare la propria attenzione sul «settore in cui la «concorrenza» è canonizzata (e cioè quello del procedimento legislativo)... aggiungendo peraltro alcune notazioni marginali relativamente al settore c.d. politico [di indirizzo e controllo], nel quale la «concorrenza» tra l'attività del plenum e quella delle commissioni si sviluppa prevalentemente su un piano di fatto»¹⁴. Su questi punti torneremo, annotando però sin da ora come – anche sul tema che qui si tratta – l'attenzione per il diritto e la sensibilità (quasi predittiva) per le regolarità della politica caratterizzino fortemente la riflessione di Elia.

Ripercorriamo quindi, per sommi capi, i passaggi più significativi dei due scritti.

Elia notava come l'ordinamento italiano non avesse fatto proprio il criterio della corrispondenza commissione parlamentare-dicastero. È questo un dato che accompagnerà a fasi alterne – in misura più o meno accentuata – l'articolazione endorganica delle nostre Camere. Il dato più interessante, comunque, non è l'osservazione appena proposta, quanto piuttosto la *ratio*, che nei toni appare condivisa da Elia,

¹² L. ELIA, *Commissioni parlamentari*, cit., p. 903, nota (25).

¹³ *Ivi*, p. 895.

¹⁴ L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, cit., pp. 45-46.

individuabile alla base di tale scelta: la coincidenza commissione-dicastero «avrebbe accentuato il pericolo insito nel sistema delle commissioni specializzate: e cioè la tendenza a trascurare gli aspetti politici dei problemi a profitto di più limitate visuali di settore»¹⁵. La citata annotazione porta a sintesi due paradigmi che spesso ritorneranno negli scritti di Elia sull'argomento: l'alto grado di «politicalità» delle commissioni ed il rischio che alla specializzazione si accompagnino forme accentuate di tecnicismo. Un numero troppo elevato di commissioni (Elia, a proposito di tale ipotetico slittamento, cita l'esperienza della Quarta repubblica francese e quella del Congresso statunitense) rischierebbe infatti «di burocratizzare in misura inopportuna l'attività di talune commissioni, aumentando la tentazione, per i commissari, di entrare nei dettagli dell'azione amministrativa»¹⁶.

Non mi soffermo sulla puntuale ricostruzione che nei due scritti viene fatta dei lavori delle commissioni in sede referente, limitandomi ad osservare come siano annotati alcuni difetti della procedura in questione, coincidenti con i rischi di allungamento dell'iter legislativo, accompagnati da problemi «sistemici», e cioè dalle «conseguenze del bicameralismo paritario previsto nella nostra Costituzione»¹⁷.

Quello dei rapporti tra il sistema delle commissioni e le duplicazioni frutto del bicameralismo paritario è un tema destinato a tornare nella riflessione di Elia: in tempi molto più recenti sosterrà l'esigenza di adeguati meccanismi di coordinamento¹⁸.

Ma il rischio di duplicazioni non esauriva – nei primi anni di esperienza repubblicana – il rapporto tra produzione legislativa decentrata (commissione deliberante/legislativa) e caratteristiche strutturali del bicameralismo italiano, poiché tale rapporto poteva essere letto – ed era letto da Elia – anche enfatizzandone i caratteri virtuosi e di garanzia: «il correttivo principale dei pericoli insiti nella legiferazione per

¹⁵ L. ELIA, *Commissioni parlamentari*, cit., p. 897.

¹⁶ L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, cit., p. 51. Fa da immediato contrappunto alla considerazione appena riportata, l'inevitabile avvertenza di chi ben distingue le questioni teoriche da quelle di opportunità politica: «dietro la discussione in apparenza «tecnica» circa la creazione o meno di nuove commissioni, si celano talvolta dissensi di schietta natura politica...» (*ivi*, p. 51).

¹⁷ L. ELIA, *Commissioni parlamentari*, cit., p. 900; L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, cit., p. 73.

¹⁸ Così in P. FILIPPI (a cura di), *Intervista a Leopoldo Elia*, in M. MORISI, P. PAOLI, M. RAITERI, G. REBUFFA e F. ZANNOTTI, *I legislatori e il meccanismo parlamentare: analisi delle interviste agli artefici della legislazione. Appendice: tre opinioni sul processo legislativo*, Padova, 1995, p. 217: «Le Commissioni e l'aula in sede parlamentare fanno avvertire l'esigenza di veri coordinatori che le presidenze potrebbero organizzare. Due commissioni e due aule sono i difetti di fondo. Bisognerebbe rafforzare una centrale legislativa».

commissioni consiste nel bicameralismo»¹⁹. Si configura così un rapporto di interdipendenza reciproca: «come non sarebbe vitale, senza il sistema delle commissioni deliberanti, il bicameralismo assolutamente paritario previsto nella nostra Carta, così, senza il bicameralismo paritario, il potere deliberante delle commissioni sarebbe circondato di garanzie troppo esigue»²⁰.

Il nostro sistema, ricorda infine Elia, ammette sia il ricorso a forme di compensazione (approvazione in assemblea in una Camera ed in commissione deliberante in un'altra) che meccanismi di ripetizione, scelte in larga parte nella disponibilità dei Presidenti delle Camere²¹.

Il passaggio più denso e fortunato, per entrambi gli scritti, riguarda, come già accennato, la natura giuridica delle commissioni in sede deliberante, previste dall'art. 72 Cost²². Il dubbio che attraversa quelle righe è, in sintesi, il seguente: le commissioni in sede deliberante hanno una rilevanza autonoma rispetto all'assemblea ovvero, come sostenuto dall'opinione dominante del tempo (che Elia in quei contributi contesta), sono organi interni, di decentramento interno, destinati ad annegare nella «entità assemblea» stessa²³?

Il punto di partenza della sua argomentazione è il seguente: la previsione costituzionale di commissioni deliberanti impone una rigorosa distinzione tra la nozione di *Camera* e quella di *assemblea*²⁴. Tale distinzione si rende necessaria dal momento in cui l'assemblea perde il monopolio legislativo a vantaggio delle commissioni deliberanti²⁵.

¹⁹ L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, cit., p. 101. Sul punto, v. anche L. ELIA, *Intervento*, in A. PREDIERI (a cura di), *Il parlamento nel sistema politico italiano*, Milano, 1975, p. 157.

²⁰ L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, cit., p. 101. Il passaggio è ripreso da A. MANZELLA, *Il parlamento*, cit., p. 128.

²¹ L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, cit., p. 101, nota (138).

²² Per la ricostruzione delle differenti tesi sul punto si rinvia a: E. ROGATI VALENTINI, *Le commissioni permanenti della Camera dei deputati*, in «Il Politico», 1970, 3, pp. 520-524, G.F. CIAURRO, voce *Commissioni parlamentari*, in «Enciclopedia giuridica Treccani», vol. VII, Roma, 1989, pp. 8-9; D. GIROTTI, *Art. 72*, in S. BARTOLE e R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, pp. 660-661.

²³ L. ELIA, *Commissioni parlamentari*, cit., p. 901; L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, cit., pp. 73-85.

²⁴ La questione veniva già accennata in una nota di cronaca parlamentare (L. ELIA, *Documentazione e cronaca costituzionale - Parlamento - Rapporti tra le Camere e il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro: b) Richiesta di parere da parte di una Commissione parlamentare*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1-2, gennaio-aprile 1960, pp. 456-459).

²⁵ Lo stesso argomento verrà ripreso da D.E. CASSANELLO e D. MARRA, *Per una teoria giuridica della funzione «redigente»*, in AA.VV., *Studi per il ventesimo anni-*

La necessità di distinguere tali organi trova fondamento nella riserva di legge di assemblea configurata dal quarto comma dell'art. 72 Cost. La distinzione tra procedimento normale e procedimento per commissione deliberante non ha carattere puramente interno – scrive – proprio perché deriva dalla riserva di assemblea dell'art. 72. E, sulla medesima traccia: «paradossalmente, dalla necessità di assicurare una riserva di competenza legislativa, per una certa zona, all'assemblea, sorge, negativamente, l'autonoma rilevanza delle commissioni... la necessità di preferire comporta la necessità di distinguere»²⁶.

A questo fondamentale dato, l'Autore somma ulteriori, importanti, indicatori. In sintesi: la possibilità da parte della Corte Costituzionale di far rispettare la riserva di assemblea, il fatto che il deferimento alla singola commissione spetti ai presidenti delle Camere e non alle assemblee, le indicazioni rintracciabili nei messaggi recanti i testi di legge adottati, il maggiore (e quindi diverso) grado di garanzia che caratterizza l'approvazione in assemblea a fronte di quella in commissione.

Questa la sua prima conclusione: «Tutto ciò sembra più che sufficiente per respingere l'opinione dominante che riduce ad articolazioni meramente interne le commissioni deliberanti, e che disconosce l'esistenza, entro l'organo complesso Camera, di più organi distinti per competenza e per dignità: l'assemblea e le commissioni»²⁷. È quindi da criticare l'opinione «secondo cui, risolvendosi l'attribuzione di potere deliberativo alle commissioni in una mera redistribuzione di funzioni tra uffici dello stesso organo, essa rientrerebbe nel normale potere di autorganizzazione di un corpo legislativo»²⁸.

Al contempo Elia esclude che nell'atto presidenziale di assegnazione possa (anche implicitamente) ravvisarsi una delega dell'assemblea a vantaggio delle commissioni: è semmai contemplata la capacità oppositiva dell'assemblea alla decisione presidenziale, ma nulla di più²⁹.

versario dell'Assemblea Costituente. 5 - Le Camere Istituti e Procedure, Firenze, 1969, p. 167.

²⁶ L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, cit., p. 78.

²⁷ L. ELIA, *Commissioni parlamentari*, cit., p. 902; L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, cit., p. 79.

²⁸ L. ELIA, *Commissioni parlamentari*, cit., p. 902; L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, cit., p. 80. La tesi della autonomia delle commissioni veniva sposata da G. LOMBARDI (*Les commissions dans le Parlement italien*, in AA.VV., *Rapports Nationaux Italiens au X Congrès International de Droit Comparé*, Milano, 1978, p. 561), che ne rilevava la coerenza rispetto all'impianto policentrico del parlamento italiano.

²⁹ Scrive ancora Elia (*Commissioni parlamentari*, cit., p. 903): «se il presidente ha il potere di deferimento perché presidente dell'assemblea, non sembra che agi-

A questo punto Elia riporta alcune delle critiche mosse dalla dottrina alla «funzionalità» delle commissioni in sede legislativa: si tratta di una ricostruzione informata da estrema prudenza, anche se dà conto della esigenza (forse condivisa dall'Autore) di limitare i poteri deliberanti delle commissioni stesse. In estrema sintesi, i tre snodi attorno ai quali vengono raccolte le critiche sono: l'eccessivo numero delle leggi approvate in commissione, la «tendenza a soddisfare interessi sezionali piuttosto che quello generale (leggine di favore, ecc.), accentuata dalla presenza nella commissione specializzata per materia di parlamentari legati a taluni gruppi di pressione»³⁰, la scarsa pubblicità assicurata ai lavori delle commissioni, terreno fertile per accordi non palesi tra parlamentari ed alta burocrazia³¹.

Quanto alla prima osservazione, apparentemente un mero rilievo «statistico», Elia coglie la portata della tendenza in atto: «Fa un certo effetto sentir qualificare come «normale» il procedimento di assemblea, dal momento che quello di commissione è stato usato finora con larga prevalenza, circa tre volte contro una»³². È opinione condivisa, d'altra parte, che proprio il potere legislativo/deliberante delle commissioni abbia favorito la proliferazione delle c.d. «leggine»³³. Questa «fuga» dall'assemblea sarà, come noto, una costante nella distribuzione dell'attività legislativa tra assemblea e commissioni fino agli anni della svolta maggioritaria, a quel 1993 (segnato dal mutamento elettorale e dal cambiamento dei soggetti politici³⁴) dal quale si dipartiranno, con le parole di Elia, effetti «sul piano normativo e su quello dei comportamenti rilevanti di tale portata da caratterizzare una nuova fase della vicenda ultracinquantennale delle Camere repubblicane»³⁵.

sca in quanto tale nel momento in cui opera l'assegnazione, ma piuttosto in quanto organo autonomo nell'ambito dell'organo complesso Camera»; sul punto, v. anche L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, cit., pp. 81-85.

³⁰ L. ELIA, *Commissioni parlamentari*, cit., p. 904.

³¹ L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, cit., p. 99.

³² *Ivi*, p. 98.

³³ L. ELIA, *Relazione generale*, in *Il Parlamento. Annuario 2000*. (Atti XV Congresso Annuale A.I.C.; Prima sessione: Rappresentanza politica, partiti, Parlamento, Firenze, 12-14 ottobre 2000), Padova, 2001, pp. 4-5. D'altra parte, sostiene Elia (*ivi*, p. 5) «non si può ridurre il consociativismo alla produzione di leggine, giacché ci furono senza dubbio interventi e leggi di levatura, che hanno resistito per alcuni decenni».

³⁴ L. ELIA, *Intervento*, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Il ruolo delle assemblee rappresentative nell'esperienza recente degli Stati Uniti e dell'Italia*, cit., p. 48.

³⁵ L. ELIA, *Intervento*, in BIBLIOTECA DEL SENATO, *Il Parlamento: 1993-2003: Atti del Seminario organizzato in collaborazione con il Centro di Studi sul Parla-*

Gli ultimi due «parametri» (permeabilità rispetto ai gruppi di pressione e scarsa trasparenza) svelano una forte attenzione per il dato politico, destinato inevitabilmente a condizionare o distorcere il disposto costituzionale e regolamentare e, proprio per questo, di imprescindibile importanza nel momento della valutazione sulla funzionalità degli istituti. Questa sensibilità risente, con ogni probabilità, del coevo studio sul procedimento legislativo americano, scritto nel quale osserva come, in quel contesto, «la disponibilità provocata dall'assenza del vincolo di partito... [sia] immediatamente riempita dalla presenza ben operante degli interessi»³⁶, cioè delle *lobbies*.

D'altra parte, a fronte di questi e di altri snodi problematici, Elia non manca di ricordare quei giudizi «complessivamente positivi a proposito dell'esperimento italiano [rappresentato dalle commissioni deliberanti]»³⁷. Ed allora, tale sistema è letto come risposta alla necessità di soddisfare il fabbisogno legislativo di uno stato moderno e come rimedio preventivo rispetto alle tentazioni di trasferire il potere normativo dal Parlamento al Governo, al rischio di una troppo estesa produzione normativa dell'esecutivo³⁸. È poi lo stesso Elia a ridimensionare la portata deterministica dell'ultima annotazione: «è proprio vero, nella situazione costituzionale italiana, – si chiede – che esista un sistema di vasi comunicanti per cui a una minore attività degli organi parlamentari corrisponderebbe senz'altro un aumento dell'esercizio di poteri normativi da parte dell'esecutivo?»³⁹.

Forse rileggendo quell'interrogativo a distanza di molti anni, abbiamo qualche elemento per tentare di avanzare una risposta. Si può dire che, in certe fasi, nonostante l'ampio utilizzo delle commissioni deliberanti, si sia registrato un altissimo ricorso alla produzione legislativa di matrice governativa, in una rincorsa tendente ad alimentare un circolo vizioso. D'altra parte, in altre fasi, si è osservato un paradigma speculare (dovuto a fattori endogeni ed esogeni). Sarà lo stesso Elia ad osservare che: «per merito delle opposizioni e del governo il numero delle leggi per microinteressi adottate in Commissione deliberante è fortemente diminuito ed è notevolmente ridimensionato,

mento della Facoltà di Scienze Politiche dell'Università Luiss, 20 ottobre 2003, Roma, 2004, p. 9. Sul ruolo delle commissioni parlamentari a fronte del contraccolpo seguito alla svolta maggioritaria del 1993: M. MIDIRI, Commissioni parlamentari e processo di decisione politica, cit., pp. 1035-1056.

³⁶ L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 259.

³⁷ L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, cit., p. 100.

³⁸ *Ivi*, p. 100-101.

³⁹ *Ivi*, p. 102.

dopo la benemerita sentenza della Corte Costituzionale n. 360/96, il numero dei decreti-legge»⁴⁰.

Il che, sulla traccia del dubbio avanzato allora da Elia, smentisce la portata dell'ipotesi dei «vasi comunicanti».

Nel complesso va comunque ricordato che a fronte di un ricorso vastissimo, riscontrato nei primi quaranta anni di esperienza repubblicana, alla sede legislativa decentrata, dalla XI Legislatura (1992-1994) in avanti si è registrato un crollo (in termini statistici) delle leggi approvate in commissione deliberante, crollo cui corrisponde lo speculare successo (in termini relativi) della sede referente e che indica «un ulteriore distacco dalle prassi consociative»⁴¹. Oggi, guardando dentro alla «crisi del Parlamento come fabbrica delle leggi»⁴² – crisi accompagnata dal riscontro di una forte quota di potere normativo transitato a vantaggio del governo – si registra, come noto, una fuga dalle commissioni deliberanti a vantaggio delle assemblee⁴³.

Tornando agli scritti, nell'insieme, il giudizio di Elia sulla funzionalità del sistema di commissioni deliberanti – alla «prova» delle prime Legislature repubblicane – è positivo («ha consentito... di alleviare grandemente il lavoro dell'assemblea»⁴⁴), pur accompagnato dalla proposta di ricorrere a qualche correttivo⁴⁵. D'altra parte, i buoni risul-

⁴⁰ L. ELIA, *Relazione generale*, in *Il Parlamento. Annuario 2000*, cit., p. 12. Sarà tuttavia lo stesso Elia ad osservare, qualche anno dopo, «il ritorno alla grande dei decreti-legge, dopo l'astinenza seguita alla nota pronuncia della Corte Costituzionale del 1996» (L. ELIA, *L'evoluzione della forma di governo*, in ACCADEMIA NAZIONALE DEI LINCEI, *Lo stato della Costituzione italiana e l'avvio della Costituzione europea*, Roma, 2003, p. 87, ora con qualche integrazione e con una postilla alla Relazione anche in L. ELIA, *La Costituzione aggredita*, Bologna, 2005, pp. 45-59).

⁴¹ V. DI PORTO, *I numeri delle leggi. Un percorso tra le statistiche delle legislature repubblicane*, in «il Filangieri», Quaderno 2007, 2008, p. 187; L. GIANNITI e N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, cit., pp. 105 e 205; L. CALIFANO, *Il Parlamentarismo maggioritario: tendenze organizzative e funzionali*, in A. BARBERA e T.F. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008, pp. 357-374.

⁴² L. ELIA, *Relazione generale*, in *Il Parlamento. Annuario 2000*, cit., p. 8.

⁴³ V. DI CIOLO e L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano, 2003, p. 454-455.

⁴⁴ L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, cit., p. 102.

⁴⁵ Per esempio la previsione di una «competenza per valore» tale da evitare che provvedimenti dal forte impatto finanziario siano sottratti alla discussione dell'assemblea, o la limitazione del ricorso alla discussione ed approvazione in commissione delle proposte di legge di iniziativa parlamentare. Su questo punto: L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, cit., p. 103 e L. ELIA, *Commissioni parlamentari*, cit., p. 905.

tati della sede legislativa/deliberante erano già stati sottolineati da Elia in uno scritto di dieci anni precedente, e sempre in quella sede (già) si riscontrava la necessità di «modificare l'andamento delle commissioni in sede referente e in sede consultiva»⁴⁶ e di arginarne i relativi difetti in termini di snellezza procedurale.

3. *I partiti in commissione*

La caratteristica strutturale delle commissioni svela un importante (e, come vedremo, apparente) paradosso, esemplarmente ricostruito da Elia, il quale evidenzia «il contrasto tra carattere pubblico e carattere segreto delle discussioni [rispettivamente in assemblea ed in commissione], tra la irripetibile varietà dei singoli individui riuniti nel plenum e l'immagine impoverita dell'assemblea che è presente in commissione»⁴⁷. Nella sede decentrata, scrive, «sopravvive l'essenza dei partiti in parlamento, ma solamente in uno schematico rapporto di forze, senza che sia possibile riprodurre la varia umanità dei *leaders* e degli «uomini comuni» presente nell'Aula»⁴⁸. Il contrasto tra le caratteristiche di fondo delle commissioni ed «il concetto tradizionale di Parlamento»⁴⁹ è tuttavia immediatamente attenuato. Elia esclude che le commissioni (a causa del loro essere una traduzione semplificata della rappresentanza parlamentare) possano essere dominate esclusivamente da logiche partitocratiche; «anzi, da un punto di vista puramente empirico potrebbe anche dimostrarsi che talvolta il parlamentare è meno vincolato a direttive di gruppo o di partito nella sala deserta di una commissione che nell'aula dell'assemblea, sotto i riflettori della pubblicità»⁵⁰.

Inoltre, sempre nel segno della *verifica* concreta del contrasto teorico (tra assemblea e commissione) del quale si è detto, Elia ricorda come, in fondo, anche in assemblea plenaria (attraverso la disciplina della discussione) si realizzi «quella semplificazione «partitica» delle

⁴⁶ L. ELIA, *Il Governo come comitato direttivo del Parlamento*, in «Civitas», 1951, 4, p. 65.

⁴⁷ L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, cit., p. 45.

⁴⁸ *Ivi*, p. 45.

⁴⁹ *Ivi*, p. 44.

⁵⁰ *Ivi*, pp. 44-45. Quella lettura è stata – a distanza di molti anni – pienamente confermata: «l'Assemblea ha sempre rappresentato il luogo della teatralità, le commissioni, grazie alla loro capacità decisionale, hanno a lungo svolto un ruolo di confronto e di decisione, di consociazione, nel senso positivo o negativo del termine, e di compensazione del sistema» (C. DE CARO, *La struttura delle Camere*, cit., p. 114).

opinioni che è istituzionale nelle commissioni»⁵¹. Questo è dunque l'esito della riflessione: «il contrasto verrebbe ad accentuarsi solamente contrapponendo, antistoricamente, le commissioni di oggi alle assemblee di ieri»⁵², e cioè ai parlamenti liberali.

Quelle apparenti contraddizioni, già ridimensionate da Elia alla luce della pratica parlamentare, saranno nel corso del tempo ulteriormente appianate dalla evoluzione delle regole e delle prassi, che oggi garantiscono buoni livelli di pubblicità anche ai lavori nelle sedi «decentrate» e – sul versante opposto – da una (tutto sommato) costante tenuta della disciplina di gruppo in assemblea⁵³.

Il rapporto tra commissioni e partiti politici è, negli studi in questione, ancorato alla genesi del sistema delle stesse commissioni permanenti, adottato dalla Camera dei deputati italiana – inevitabilmente, potremmo dire – tra il 1920 ed il 1922 a seguito della riforma elettorale del 1919. Il nuovo sistema elettorale proporzionale favoriva clamorose affermazioni dei partiti di massa⁵⁴. Da qui l'incompatibilità tra il nuovo scenario politico-parlamentare ed il vecchio sistema degli «uffici» (formati per sorteggio e pertanto inadatti alla trasmissione delle nuove istanze partitiche), e la scelta a vantaggio del sistema delle commissioni permanenti composte in base al peso relativo dei gruppi parlamentari⁵⁵. Sistema nato, quindi, nel nostro ordinamento, «come una conseguenza diretta del pluripartitismo democratico»⁵⁶.

Per questa ragione, di carattere storico prima ancora che strutturale, mi pare che i collegi oggetto della nostra riflessione possano essere un utile strumento, un buon filtro, per cogliere il rapporto tra partiti ed istituzioni. La conferma della bontà del filtro, d'altra parte, giunge dalla lettura che da molti è stata proposta sulla c.d. fase della centralità del Parlamento: periodo nel quale «qualsiasi tipo di iniziativa legislativa doveva assoggettarsi, nel parlamento italiano, alle in-

⁵¹ L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, cit., p. 45.

⁵² *Ivi*, p. 45.

⁵³ Lo stesso Elia ricorderà, in tempi recenti, che «salvo alcune eccezioni, la regola della disciplina di voto in Parlamento è stata generalmente osservata prima e dopo le nuove leggi elettorali del 1993». (L. ELIA, *L'evoluzione della forma di governo*, cit., p. 84).

⁵⁴ L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, cit., p. 47.

⁵⁵ A fronte della nuova formula elettorale e della conseguente nascita dei gruppi parlamentari, la scelta in favore di un sistema di commissioni parlamentari «si impose»: in questo senso, E. ROGATI VALENTINI, *Le commissioni permanenti della Camera dei deputati*, cit., p. 513.

⁵⁶ L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, cit., p. 47.

tese realizzate all'interno delle Commissioni tra i parlamentari della maggioranza e quelli dell'opposizione»⁵⁷. La portata degli effetti sul sistema (sulla forma di governo) di questa combinazione tra assetto partitico ed altissimo potenziale «aggregativo» delle commissioni sono d'altra parte noti: scarso condizionamento dell'esecutivo sulla produzione legislativa ed allontanamento dal modello, proprio di altri paesi a regime parlamentare, di un governo che è al contempo comitato direttivo del parlamento⁵⁸.

Restando sul punto, quali sono per Elia i caratteri salienti, delle commissioni parlamentari permanenti? Sul piano storico e su quello razionale la loro struttura, scrive – la loro stessa esistenza, potremmo aggiungere –, trova una ragione nelle esigenze di divisione del lavoro e di specializzazione tecnica. Tuttavia, coerentemente con quanto ricordato poco sopra attorno alla genesi delle stesse, Elia sostiene che «la permanenza e la specializzazione sono fattori subordinati a quello della partiticità»⁵⁹.

La permanenza, infatti, è in definitiva dipendente dalla conferma delle designazioni da parte dei gruppi a vantaggio dei «propri» commissari. Quanto alla specializzazione, essa risulta maggiormente legata alla permanenza che non ad un solido background «pre-acquisito» del membro di commissione, «raramente presentandosi il cumulo della figura dell'esperto con quella dell'operatore politico»⁶⁰. Su questo punto (la presunta specializzazione) Elia – forte dell'osservazione diretta e ravvicinata delle vicende parlamentari – assume perfino un tono ironico: «quando si tratti di parlamentari passati con facilità dall'una all'altra commissione – ricorda – la specializzazione diviene sempre più eventuale, riducendosi, con l'ausilio della buona volontà ad un onesto artigianato»⁶¹. Scrive ancora: «mentre la perma-

⁵⁷ L. ELIA, *Relazione generale*, in *Il Parlamento. Annuario 2000*, cit., p. 5.

⁵⁸ *Ivi*, p. 5.

⁵⁹ L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, cit., p. 48. Nelle commissioni «mediante la rappresentanza proporzionale, sono presenti le forze di partito in dimensione analoga a quella esistente nell'assemblea; e i [loro] membri... prima di essere dei tecnici o semplicemente degli uomini di buona volontà sono innanzitutto dei "party men"» (*ivi*, p. 48).

⁶⁰ L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, cit., p. 49. I rilievi quantitativi e qualitativi confermeranno l'annotazione di Elia: «Tutto sommato e considerato, la mia impressione è... che il parlamento italiano non si presta ad essere interpretato sotto il profilo della specializzazione» (G. SARTORI, *Dove va il Parlamento?*, in S. SOMOGYI, L. LOTTI, A. PREDIERI e G. SARTORI, *Il Parlamento Italiano: 1946-1963*, Napoli, 1963, p. 327).

⁶¹ L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, cit., p. 49. Il peso dell'elemento personale (la «qualità» ed il *modus operandi* dei membri di commissione) ritornerà, nello scritto, quale elemento di bilanciamento rispetto

nenza e la specializzazione presentano un grado notevole di relatività e di vera e propria aleatorietà, al contrario, la qualificazione partitica dei membri della commissione è sempre presente e spesso efficace nel determinare la loro condotta»⁶².

Se l'elemento della partiticità è davvero rilevante, dovremmo aspettarci oggi di riscontrare effetti importanti del mutato scenario parlamentare (semplificazione e tendenza alla bipolarizzazione del quadro politico) sul ruolo delle commissioni permanenti. Questi effetti coincidono, a giudizio di chi scrive, sostanzialmente nel ridimensionamento del ricorso alla sede deliberante a vantaggio di assemblee dotate di maggioranze piuttosto stabili. Sarebbe inesatto accentuare ulteriormente gli effetti del mutamento «sistemico»: i membri di commissione restano, ora come allora, dei *party men*.

Su questo punto mi sembra di scorgere in uno scritto più recente un parziale ammorbidimento di quella sequenza logica (partiticità – specializzazione – permanenza). Osserva Elia nella *Relazione generale* per la Prima sessione del Convegno AIC del 2000: «si manifesta il bisogno di valorizzare i parlamentari al di là della loro inserzione in gruppi politicamente qualificati (di partito o di coalizione), utilizzando altresì la loro provenienza territoriale e la loro esperienza professionale».

Tale apparente ripensamento sulle potenzialità dei parlamentari si spiega – forse – intrecciando la riflessione dello studioso con il suo profilo biografico, con la prudenza dell'uomo pubblico. Nel 2000 Elia è presidente del gruppo parlamentare del PPI al Senato, ruolo politico che probabilmente sconsiglia una lettura troppo svalutativa delle competenze ed inclinazioni dei parlamentari in generale, e dei membri di commissione in particolare.

Segue, tornando alla *Relazione generale*, un auspicio che invece emerge con una certa costanza dalle sue riflessioni: quello di riuscire ad articolare le Camere in gruppi di ascolto. «Ascoltare prima di de-

alla scarsa copertura garantita all'epoca dai regolamenti parlamentari a forme di partecipazione di estranei ai lavori delle commissioni stesse. Scrive Elia: «la garanzia di una buona «istruttoria», oltretutto nella collaborazione degli uffici governativi, risiede innanzitutto nello scrupolo e nella buona volontà del relatore, e dipende in secondo luogo dal grado di preparazione dei membri che intervengono durante il dibattito in commissione» (*ivi*, p. 70).

⁶² *Ivi*, p. 49. Poco oltre (p. 55) Elia tornerà sul punto: «Il principio della competenza specifica per materia, è dopo quello della partiticità, l'elemento più importante nel sistema delle commissioni: esso comprende o, per meglio dire, presuppone necessariamente l'elemento della permanenza, mentre quest'ultimo non implica affatto, di per sé, la specializzazione per materia e può benissimo affermarsi da solo».

liberare può essere un buon criterio di azione, non solo nelle istruttorie legislative di maggior impegno»⁶³.

Un altro dato è colto nello scritto per l'«Archivio Giuridico» e troverà conferma nelle vicende parlamentari degli anni che seguiranno. Si tratta del ruolo dei presidenti di commissione. Ciò che qui interessa, non è tanto il loro profilo in ordine alla gestione dell'agenda del collegio che presiedono. È, ancora una volta, una tendenza in atto che oggi possiamo ben distinguere come costante della storia parlamentare: «l'importanza della carica [di presidente di commissione] (nonché il motivo principale che le rende ambita) è da ravvisare soprattutto nella condizione di favore offerta ai suoi titolari per ascendere a posti di governo (talvolta di ministro, in genere di sottosegretario): in altri casi poi l'ufficio è attribuito a parlamentari di grande prestigio, i quali abbiano ricoperto in Governi precedenti cariche molto elevate, non esclusa quella di Presidente del Consiglio dei Ministri»⁶⁴.

Altri due aspetti, tra quelli toccati dagli scritti in questione, debbono essere qui ricordati: il ruolo delle commissioni in sede politica, e le articolate annotazioni di diritto comparato.

4. *Le commissioni in sede «politica» e l'inevitabile rafforzamento della funzione di controllo*

Per quanto riguarda le commissioni in sede politica, Elia intercetta perfettamente quella tendenza di lungo periodo, propria peraltro di molti parlamenti contemporanei, e che verrà «assecondata» ed incen-

⁶³ L. ELIA, *Relazione generale in Il Parlamento. Annuario 2000*, cit., p. 15.

⁶⁴ L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, cit., pp. 53-54, ove sono ricordati i casi dell'on. Antonio Segni (Presidente della Commissione per la Pubblica istruzione), dell'on. Mario Scelba (Presidente della Commissione Affari Esteri) e del senatore Adone Zoli (Presidente della Commissione per la Pubblica istruzione). Tale tendenza si distingue nettamente da ciò che si osserva negli Stati Uniti, dove le cariche a cui aspirare «stanno tutte dentro il Campidoglio; mentre un presidente di Commissione parlamentare, in Italia o in Germania, nutre la fondata aspirazione di diventare ministro, il presidente di una Commissione del Congresso può tendere soltanto alla riconferma, al trasferimento ad una commissione più importante, o aspirare ad un alto ufficio nel partito parlamentare (floor leader), quando non si tratti di ascendere addirittura al seggio dello speaker. Ma l'orizzonte è ristretto (salva l'eccezione di chi entri a far parte del *ticket* presidenziale), alle posizioni che rimangono nell'ambito del Congresso» (L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 273). Sul punto, v. L. GIANNITI e N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, cit., p. 106.

tivata dalle riforme dei regolamenti parlamentari degli anni che seguiranno⁶⁵.

Egli coglie la infelicità della espressione *sede politica* («l'attività del parlamento in Italia è sempre, direttamente o indirettamente, politica»⁶⁶) e la corregge con *sede direttamente politica* proprio per «ri-vendicare» la politicità dei compiti svolti in sede legislativa⁶⁷.

L'intervento di alcune commissioni «in sfere di attività non legislativa»⁶⁸ si spiega con l'esigenza preliminare di informazione, esigenza dei parlamentari rispetto alla azione ministeriale. Il passo successivo (dalla informazione al giudizio, alla iniziativa ed alla collaborazione) «è assai più breve, *en petit comité*, di quel che si potrebbe pensare»⁶⁹.

Le commissioni, scrive, «in molte circostanze tendono a sostituirsi alla assemblea, passando dalla fase dell'informazione a quella del giudizio, e svolgendo una attività che è stata detta «politica», per la sua immediata connessione con gli sviluppi della politica internazionale o di quella interna»⁷⁰.

Qui si registra un interessante parallelismo: alla autonomia delle commissioni nel campo legislativo ed al successo della sede deliberante, «ha fatto riscontro l'affermarsi di una funzione politica di commissione, che tende in talune circostanze a porsi come sostitutiva di quella dell'assemblea e che comunque si esaurisce nell'ambito del minore collegio»⁷¹.

Allora, nelle prime legislature repubblicane, le ipotesi di forme di controllo ed indirizzo in commissione registravano incertezze e reazioni altalenanti: Elia lo ricorda, offrendone una prima, cauta, panoramica⁷². Oggi, con una ben più ampia copertura regolamentare, quei tentativi embrionali appaiono come l'inizio di un processo inarrestabile.

⁶⁵ Nel 1967 Elia sosterrà che «le commissioni devono servire soprattutto allo svolgimento del compito di controllo della gestione del potere, della esecuzione delle leggi, quel controllo che finora è largamente mancato» (In: ISLE, *Indagine sulla funzionalità del Parlamento: Note e opinioni*, vol. I, Milano, 1968, pp. 294, 310 e 344).

⁶⁶ L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, cit., p. 112, riprendendo sul punto C. Esposito.

⁶⁷ La medesima prospettiva verrà adottata dalla più completa monografia sul tema: F. BRUNO, *Le commissioni parlamentari in sede politica*, Milano, 1972, pp. 1-3.

⁶⁸ L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, cit., p. 113.

⁶⁹ *Ivi*, p. 113.

⁷⁰ L. ELIA, *Commissioni parlamentari*, cit., p. 906.

⁷¹ L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, cit., p. 114.

⁷² *Ivi*, p. 114-119.

Un dato importante emerge – in parte sottotraccia – da tali riflessioni: al di là della casistica parlamentare, queste attività possono di fatto assumere rilievo politico ed essere comunque valorizzate in tal senso da parte degli interessati⁷³.

Mi sembra di non forzare la ricostruzione del discorso di Elia leggendo tra quelle righe la consapevolezza che l'interpretazione del proprio ruolo da parte dei membri delle commissioni sia in definitiva ciò che, andando ben oltre il disposto regolamentare, caratterizza le attività «diffuse» di indirizzo e controllo sul governo.

Altri due elementi, sul punto, meritano di essere ricordati. In primo luogo, osserva Elia come sia da contemplare l'ipotesi che possano essere gli stessi ministri a volere «jouer des commissions»⁷⁴ alla ricerca di forme atipiche di legittimazione o comunque di un rafforzamento della propria posizione. Inoltre, Elia distingue una qualche specificità della commissione per gli affari esteri, «che compensa la minore attività nel campo legislativo con interventi sporadici ma assai qualificati sulla congiuntura internazionale»⁷⁵. Ancora una volta, le cronache parlamentari hanno registrato un'accentuazione di tale «attitudine»: oggi nelle commissioni competenti per gli affari esteri si registra un costante dialogo tra parlamentari ed esponenti del governo sui temi della politica internazionale⁷⁶.

Ciò che limitava – nel contesto politico di allora – la completezza del flusso di comunicazioni dal Governo alla commissione era, sui temi della politica estera, la eterogeneità politica (e di «collocazione internazionale») tra maggioranza e minoranza: «la mancanza di fiducia fa sì che il Governo non comunichi... notizie così riservate come quelle fatte conoscere in altri paesi democratici, forniti di un perso-

⁷³ *Ivi*, p. 117.

⁷⁴ *Ivi*, p. 117.

⁷⁵ *Ivi*, p. 117. La peculiarità della Commissione esteri era stata colta da F. MOHRHOFF, voce *Commissione parlamentare*, in «Novissimo Digesto italiano», Torino, 1959, p. 656. Il tema sarà organicamente svolto, anche in ottica comparatistica, in A. CASSESE (a cura di), *Parlamento e politica estera. Il ruolo delle commissioni affari esteri*, Padova, 1982 e A. CASSESE (a cura di), *The Impact of Foreign Affairs Committees on Foreign Policy*, Padova-New York, 1982. Sarà invece affrontato in prospettiva prevalentemente politologica in F. ATTINÀ, *Le commissioni parlamentari affari esteri: unità decisionale in politica estera*, in «Rivista italiana di scienza politica», 3, 1972, pp. 615-628. Sia consentito, sul tema, rinviare a F. LONGO, *Parlamento e politica estera. Il ruolo delle commissioni*, Bologna, 2011.

⁷⁶ Il frequente ricorso alle comunicazioni del Governo sui temi della politica estera o militare di fronte alla «mini Assemblea» costituita dalle Commissioni riunite di un ramo o dei due rami del Parlamento è rilevato, in linea con gli indicatori statistici, in V. COZZOLI, *Intervento* in E. ROSSI (a cura di), *Studi pisani sul Parlamento II*, Pisa, 2008, p. 202.

nale politico più omogeneo»⁷⁷. Le potenzialità ispettive del parlamento erano fortemente condizionate e limitate dall'esistenza «di una opposizione anticostituzionale, (o comunque ritenuta di regime)»⁷⁸.

5. *L'attenzione per le esperienze straniere*

Negli scritti che qui considero si trovano frequenti riferimenti ad ordinamenti stranieri. Ciò che più conta, mi pare, è che si tratta di riferimenti disincantati: così, per esempio, laddove Elia si riferisce alle *public hearings* delle commissioni parlamentari americane annota subito, quasi a smorzare la suggestione per un procedimento legislativo molto aperto all'esterno delle aule parlamentari, che il rischio – in quei casi – può coincidere con ritardi dell'attività preparatoria svolta dalla commissione⁷⁹.

Procedendo con ordine e restando sulle annotazioni di diritto comparato, sintetizzerei attorno a due nuclei le riflessioni di Elia sul tema che qui si considera. In primo luogo, l'attenzione per il Congresso americano, le cui commissioni tanto al Senato quanto alla Camera dei Rappresentanti «dispongono della più alta misura di potere politico riconosciuta ad organi di questa specie»⁸⁰. Tre fattori sono alla base di tale riscontro: il dato costituzionale (Elia ricorda il carattere strutturale della forma di governo e la eventualità di *divided government* da questa contemplata) unitamente a quello politico (scrive ancora: «il fattore principale della potenza delle commissioni, così come delle Camere in generale, è da riferire alla efficacia molto relativa della disciplina di partito»⁸¹) ed alle soluzioni procedurali adottate (le audizioni, per esempio, attraverso le quali legislatori e «forze del Paese interessate alle vicende del progetto»⁸² si incontrano). L'attenzione per il dato extra-giuridico è poi dimostrata dal peso attribuito, in quel contesto, alle strutture serventi e di *staff*, attraverso le quali transita l'autonomia di ricerca ed informazione dei parlamentari⁸³.

⁷⁷ L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, cit., pp. 117-118.

⁷⁸ *Ivi*, p. 118, nota (174).

⁷⁹ L. ELIA, *Commissioni parlamentari*, cit., p. 900.

⁸⁰ *Ivi*, p. 907.

⁸¹ *Ivi*, p. 907, nota (51).

⁸² *Ivi*, p. 908. Scrive Elia nel già citato studio sugli Stati Uniti: «Attraverso l'«hearing» sono i collegi più ristretti che hanno il monopolio dei rapporti con i non appartenenti alla Camera» (L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 300).

⁸³ L. ELIA, *Commissioni parlamentari*, cit., p. 908. Sul punto, v. anche L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo negli Stati Uniti d'America*, cit., pp.

L'esempio americano, d'altra parte, considerato con la dovuta prudenza, si presta ad indicare la strada da seguire per una progressiva apertura delle aule parlamentari al mondo esterno, ma anche un rinvigorimento del ruolo dei singoli parlamentari. Sarà lo stesso Elia, pochi anni dopo, ad individuare nel rafforzamento delle funzioni di controllo una delle possibili strategie da perseguire al fine di approdare ad una più coerente utilizzazione di deputati e senatori⁸⁴, anche nei loro rapporti con le burocrazie e con il partito di appartenenza. E poi ancora, in tempi molto recenti, è sempre Elia a scorgere il ruolo positivo delle commissioni, che proprio attraverso una molteplicità di contatti con l'esterno avrebbero potuto (e potranno, con ogni probabilità) fare uscire il Parlamento dall'isolamento⁸⁵.

L'esempio statunitense, così significativo, è tuttavia immediatamente rapportato ai suoi stessi limiti: Elia ricorda – lo si è già notato – i potenziali punti deboli (in termini di snellezza del procedimento) del sistema⁸⁶ e delle soluzioni procedurali adottate. Nota qui che «I pu-

225-227 e L. ELIA, *Intervento*, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Il ruolo delle assemblee rappresentative nell'esperienza recente degli Stati Uniti e dell'Italia*, cit., pp. 43-44.

⁸⁴ L. ELIA, *Realtà e funzioni del partito politico: orientamenti ideali, interessi di categoria e rappresentanza politica*, in AA.Vv., *Partiti e democrazia*, Atti del terzo Convegno nazionale di studio della D.C., San Pellegrino Terme, 13-16 settembre 1963, Edizioni Cinque Lune, Roma, 1963, pp. 107 ss. (*estratto*, 1964, pp. 30-31). Scrive Elia: «anche il complesso di frustrazione che può derivare dallo «status» di parlamentare – e che comincia a farsi sentire persino in Inghilterra – può essere evitato rafforzando le funzioni di controllo delle Camere e mettendo in contatto diretto burocrati, esponenti dell'industria privata e pubblica, ecc. con le commissioni parlamentari, mediante il sistema americano degli «hearings». Dovrebbe inoltre esistere un contatto diretto tra ministri di un determinato partito e gruppi di studio parlamentari dello stesso partito – specializzati per la loro appartenenza alle diverse commissioni – sulle singole materie. Ciò, come si è detto, potrebbe attenuare il disagio che attualmente è sentito, per ragioni obiettive, nelle file dei «back-benchers», instaurando un rapporto confidenziale e segreto tra uomini di governo e parlamentari, rivelatosi particolarmente utile per la funzionalità del gruppo laburista». Sul rafforzamento dell'attività di controllo parlamentare, si v. anche L. ELIA, *L'attuazione della Costituzione in materia di rapporto tra partiti e istituzioni*, in AA.Vv., *Il ruolo dei partiti nella democrazia italiana*, (Atti del Convegno di studi promosso dal Comitato regionale della Democrazia Cristiana lombarda, Cadenabbia, 18-19 settembre 1965), edito a cura dei Comitato regionale DC lombarda, 1965, pp. 67 ss. (*estratto*, pp. 25-26). Entrambi gli scritti sono ora riversati sul sito Internet dell'*Archivio di storia e diritto costituzionali*, nella sezione *Estratti* (<http://www.dircost.unito.it/index.shtml>).

Sul «recupero» delle funzioni di controllo da parte delle commissioni, in linea con quanto annotato da Elia: G. RIVOSACCHI, *I poteri ispettivi e di controllo parlamentare*, in E. GIANFRANCESCO e N. LUPO (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, cit., pp. 192-193.

⁸⁵ P. ZUDDAS, *Una tavola rotonda a Pisa sulle commissioni parlamentari*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1, 2002, pp. 299-302.

⁸⁶ L. ELIA, *Commissioni parlamentari*, cit., p. 908.

blic hearings... per il tempo che esigono e per la tendenziosità di molti testimoni, sono ora guardati con diffidenza da più di un autore»⁸⁷, così come – in altri scritti – scorderà i limiti del proliferare delle sottocommissioni, fenomeno che negli Stati Uniti si accentuerà pesantemente negli anni Settanta per incontrare un modesto temperamento solo in tempi recenti⁸⁸.

Vengo al secondo «nucleo» di riflessioni. Si tratta di un approccio trasversale ai diversi paesi citati nei contributi che qui si ripercorrono, e comunque caratteristico della sensibilità rintracciabile in larga parte degli scritti di Elia. Il dato costituzionale è immediatamente riportato al concreto assetto partitico, unitamente a quelle *regolarità della politica* richiamate dal titolo di questa sessione di lavori.

Così per la Germania federale⁸⁹, per gli Stati Uniti (dei quali si è detto), per la Camera dei Comuni⁹⁰ e per le commissioni del Parlamento francese (pre- e post-1958)⁹¹: forza e debolezza dei collegi «minori» dipendono in larga parte dalla disciplina di partito e dal vigore delle maggioranze parlamentari (più marcata la disciplina di partito, più ridotto il peso delle commissioni). Le cronache parlamentari italiane e straniere, in quasi cinquanta anni, anche laddove si sono registrate importanti virate regolamentari o di sistema, hanno sostanzialmente confermato questa lettura.

Concludendo, mi pare che da questi pochi spunti emerga il legame tra sistema delle commissioni e più generale grado di efficienza delle istituzioni parlamentari: già in quei primi scritti Elia aveva colto la portata di tale corrispondenza⁹². Una corrispondenza il cui segno è in definitiva dipendente dalla variabile partitica, incognita in grado di portare alternativamente il sistema vicino a modelli stabili ed efficienti o verso *le delizie e i veleni*⁹³ della Terza e della Quarta Repubblica.

⁸⁷ *Ivi*, p. 907, nota (52).

⁸⁸ Sull'eccessivo ricorso alle sottocommissioni, L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo negli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 289-290.

⁸⁹ L. ELIA, *Commissioni parlamentari*, cit., p. 907.

⁹⁰ *Ivi*, p. 908.

⁹¹ *Ivi*, p. 908-909.

⁹² In tempi più recenti richiamerà i tratti delle dinamiche proprie del sistema americano («...il Presidente americano... deve «trovare» nelle Camere del Congresso e in particolare in Senato una aggregazione maggioritaria mediante l'intesa con i Presidenti delle più importanti commissioni») per ricordare che non sempre la presidenzializzazione della politica comporta un aumento di poteri (L. ELIA, *La presidenzializzazione della politica*, in «Teoria politica» XXII, n. 1, 2006, pp. 5-11).

⁹³ Mutuo l'espressione da L. ELIA, *A proposito di «ridimensionamento» del voto segreto*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, vol. I, Milano, 1983, p. 273.

Leopoldo Elia e i «diritti sociali»

di Matteo Losana

SOMMARIO: 1. I «diritti sociali» nella riflessione scientifica di Elia: un tema trasversale – 2. La definizione di «diritti sociali» – 3. La «struttura» dei «diritti sociali» – 4. La tutela giurisdizionale dei «diritti sociali» – 5. Una teoria dei «diritti sociali».

1. *I «diritti sociali» nella riflessione scientifica di Elia: un tema trasversale*

I «diritti sociali» non rappresentano un tema specifico su cui si è concentrato lo studio di Elia. Si tratta peraltro di un tema che, indirettamente, accompagna tutta la sua riflessione scientifica, quasi fosse uno di quegli elementi che contribuiscono a illuminare tanto il significato più profondo di altri concetti giuridici, quanto il funzionamento concreto di taluni organi costituzionali. I «diritti sociali», in buona sostanza, costituiscono un elemento che non può essere trascurato qualora si vogliano descrivere le strutture caratterizzanti il nostro ordinamento costituzionale non solo in quanto «catalogo dei diritti», ma anche in quanto «forma» dello Stato oppure, seppur in modo meno evidente, «forma» del governo o del nostro sistema di giustizia costituzionale.

L'attenzione di Elia per il tema emerge con chiarezza anche da una veloce rassegna di alcuni suoi scritti.

(a) Nella voce *Stato democratico* – formula che l'Autore, pur sottolineando l'intreccio tra i concetti e il reciproco condizionamento, ritiene descrittiva di una *forma di stato* e non *di governo* – Elia dedica un intero paragrafo proprio ai «diritti sociali». Il paragrafo n. 12 della voce, infatti, si apre con la seguente osservazione: «la storia delle democrazie nella seconda metà di questo secolo è anche il racconto di un continuo ampliamento della lista dei *diritti sociali*. È infatti innegabile che vi sia un collegamento molto stretto – non solo sul piano storico – tra questa crescita ed il perseguimento, con lo Stato democratico, del benessere e della uguaglianza sostanziale. Il diritto indi-

viduale difende l'uomo contro il potere, il diritto sociale costituisce il riconoscimento del bisogno da parte dell'ordinamento giuridico, che tende con interventi positivi di varia natura a soddisfare il bisogno stesso»¹. I diritti sociali, come altri hanno più diffusamente argomentato², definiscono quindi la trama del rapporto tra l'individuo, nella sua concreta pretesa di uguaglianza sostanziale (potremmo anche dire di giustizia), e l'autorità pubblica, attraverso la sovrapposizione dell'area del bisogno della persona con quella dell'intervento pubblico teso alla sua promozione³. Stabilito un nesso tra i «diritti sociali» e la *forma di stato*, Elia procede individuando un nesso ulteriore – questa volta meno evidente ma non meno importante – tra i «diritti sociali» e la *forma di governo*. Si tratta di un nesso in cui il rapporto di reciproco condizionamento è però invertito. In questo caso è infatti la *forma di governo* che, incidendo direttamente sulla *forma di stato*, condiziona la concreta realizzazione dei «diritti sociali»: «è impossibile nascondersi che il cattivo funzionamento della forma di governo può mettere in pericolo la sopravvivenza della forma di stato, specie, in un periodo nel quale l'intervento del potere pubblico nella sfera sociale ed economica è così intenso»⁴. In sostanza, il buon funzionamento della forma di governo rappresenta la condizione per la realizzazione concreta delle pretese connaturate alla nostra forma di stato (democratico).

(b) Nella relazione di sintesi al Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti tenutosi a Taormina il 30 novembre e il 1° dicembre 1990 Elia – affrontando questa volta l'annosa questione riguardante l'interpretazione del catalogo di diritti contenuto in Costituzione – osserva come assuma «un particolare rilievo il fatto che la Corte abbia definito come fondamentali anche taluni diritti a prestazioni [diritti sociali appunto] da parte dello Stato»⁵. L'Autore non nega, come diremo meglio in seguito, le differenze strutturali tra le diverse categorie di diritti (in particolare tra i «diritti sociali» e i diritti di libertà) e le difficoltà pratiche che una completa realizzazione dei «diritti sociali» incontra. Egli nega però che tali differenze e osta-

¹ Così L. ELIA e G. BUSIA, *Stato democratico* (voce), in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. XV, Torino, Utet, 1999, 71.

² Al riguardo cfr., per tutti, L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, 33 e ss.

³ In questo senso L. ELIA e G. BUSIA, *Stato democratico* (voce), cit., 72.

⁴ Così L. ELIA, *Forme di governo* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 636.

⁵ Così L. ELIA, *Relazione di sintesi*, in *I diritti fondamentali oggi*, Atti del V Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Taormina, 30 novembre - 1 dicembre 1990, Padova, Cedam, 1995, 305.

coli conducano logicamente alla conclusione che «i diritti fondamentali possano essere solo le libertà classiche»⁶. In sostanza la caratteristica della «fondamentalità» contraddistingue i principi (nella specie i diritti) costituzionali che devono entrare nel bilanciamento che una Costituzione pluralista impone al legislatore e agli organi giurisdizionali con pari dignità e peso costituzionale.

(c) Anche nei numerosi scritti dedicati alla giustizia costituzionale, i «diritti sociali» rappresentano lo sfondo che illumina, in qualche modo, la riflessione di Elia. Per un verso i «diritti sociali» aiutano a spiegare il «posto»⁷ occupato dalla giustizia costituzionale nel nostro ordinamento: «si deve constatare che è generale in dottrina il riconoscimento del ruolo svolto dalla Corte costituzionale per la *adaequatio* del complesso normativo in tema di diritto del lavoro ai precetti contenuti nella Costituzione, ed in particolare nel Titolo terzo della parte prima [dedicato, come noto, ai *rapporti economici* e contenente l'elenco dei più tradizionali «diritti sociali»]⁸. I diritti sociali sono sanciti in norme costituzionali che impongono alla Corte costituzionale un vero e proprio intervento di supplenza alle inerzie del legislatore (*remedium impotentiae*). Per altro verso i «diritti sociali» aiutano l'Autore a spiegare il successo delle «sentenze additive di prestazione», ovvero di quelle pronunce in cui la Corte estende l'ambito dei beneficiari di trattamenti oltre l'originario perimetro descritto dal legislatore: «nel contesto di una Costituzione con elenco di diritti sociali ed in clima di Stato sociale a propensione assistenziale, l'interpretazione della Corte (anche in ipotesi di norme derogatorie) è stata talvolta più incline a ravvisare insufficienti generalizzazioni che privilegi in senso costituzionale»⁹. I «diritti sociali» si pongono quindi quale giustificazione di uno sviluppo giurisprudenziale dello Stato sociale orientato, quasi sempre, al rialzo.

(d) Anche negli scritti in cui Elia affronta specifiche questioni relative all'ordinamento dell'Unione europea i «diritti sociali» rappresentano un vero e proprio *punto di vista* cui l'Autore non sembra ri-

⁶ *Ivi*, 307.

⁷ L'espressione è di M. DOGLIANI, *Il «posto» del diritto costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, 525 e ss. Su questo aspetto cfr. C. TRIPODINA, *Leopoldo Elia e il posto della giustizia costituzionale: remedium omnipotentiae et impotentiae*, in questo volume.

⁸ Così L. ELIA, *Il giudice delle leggi nello Stato sociale*, in *Lavoro la giurisprudenza costituzionale 1956-1986*, vol. I, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1987, 5.

⁹ Così L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81 - luglio 85)*, in *Scritti su la Giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, Cedam, Padova, 1985, 308.

nunciare. Tale attenzione emerge sia negli scritti in cui egli affronta la questione, classica, del rapporto tra ordinamenti; sia negli scritti più recenti in cui prende posizione in riferimento al processo sovranazionale di progressiva «costituzionalizzazione» dei diritti fondamentali.

Con riferimento ai primi, si può ricordare l'intervento al seminario tenutosi al palazzo della Consulta nei giorni 15 e 16 ottobre del 1990 – e intitolato *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario* – dove l'Autore, anticipando il dibattito di questi ultimi anni, sottolinea la difficoltà di individuare il confine tra le giurisdizioni costituzionali nazionali e la giurisdizione della Corte di Giustizia in tema di diritti fondamentali: «oggi la questione di un *actio finium regundorum* – osserva Elia – appare prevalentemente teorica; tuttavia non si può escludere *a priori* che la Corte europea possa anche in via pretoria dilatare l'ambito dei suoi interventi specie nella materia delicatissima dei diritti sociali. Come distinguere, allora, le competenze ricollegabili al paradigma rigido dei singoli cataloghi contenuti nelle Costituzioni nazionali da quelle riferibili al paradigma mobile risultante dall'insieme delle dichiarazioni dei diritti contenute in tutti le costituzioni degli Stati membri?»¹⁰. I «diritti sociali», questo sembra il punto, rappresentano un terreno di incontro (e, soprattutto, di possibile scontro) tra ordinamenti costituzionali nazionali e ordinamento dell'Unione europea.

Con riferimento agli scritti in tema di riconoscimento sovranazionale dei diritti fondamentali, si può invece richiamare l'intervento al Convegno europeo di Studio svoltosi a Roma nel 2002 – e intitolato *Verso una Costituzione europea* – nel quale Elia sottolinea l'importanza dei contenuti sociali della «Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea». Per un verso la Carta si inserisce in quel processo storico che, passando per l'esperienza della Repubblica di Weimar, ha condotto all'inserimento dei «diritti economico-sociali» nei testi costituzionali. Per altro verso la Carta, ispirandosi alle più moderne Costituzioni nazionali, contiene «clausole relative all'effettività dei diritti»: «la Carta dei diritti – evidenzia al riguardo l'Autore – si è allineata su queste posizioni ponendo la finalità della lotta contro l'esclusione sociale e la povertà (art. 34, comma 3) come obiettivo degli interventi dell'Unione “volti a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che

¹⁰ Così L. ELIA, *Considerazioni sul tema*, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 15 e 16 ottobre 1990, Milano, Giuffrè, 1991, 138.

¹¹ Così L. ELIA, *La Carta dei diritti fondamentali*, in LEUZZI L. e MIRABELLI M. (a cura di) *Verso una Costituzione europea*, Atti del Convegno europeo di Studio, Roma 20-23 giugno 2002, Lungro di Cosenza, Marco Editore, 2003, 339.

non dispongono di risorse sufficienti»¹¹. Volendo sintetizzare si potrebbe forse dire che i «diritti sociali» sovranazionali rappresentano, al contempo, *il punto di arrivo* di un processo storico che originariamente coinvolgeva gli Stati nazionali ma che oggi riguarda l'Unione europea e *il punto di partenza* per la costruzione di un nuovo spazio politico che ambisce (questo sembra l'auspicio) a dare vita a «un tipo di società europea distinta da quella statunitense»¹².

L'obiettivo delle considerazioni che seguiranno è quello di ricostruire l'idea complessiva di Elia in merito ai «diritti sociali». Muovendo dagli accenni che costellano la sua produzione scientifica è possibile tracciare le coordinate di una «teoria» (se non addirittura di una vera e propria «dottrina») di Elia dei «diritti sociali»?

2. La definizione di «diritti sociali»

Il primo aspetto che sembra utile mettere a fuoco riguarda che cosa intenda Elia con l'espressione «diritti sociali». L'espressione, come noto, viene spesso utilizzata con significati piuttosto diversi. Talvolta la formula è stata utilizzata, peraltro al singolare e in senso oggettivo (diritto sociale), al fine di richiamare l'attenzione sulla «matrice pluralista» dei diritti in questione. In questa prospettiva essa indica «quel complesso di regole espressive della volontà normativa dei gruppi sociali», ovvero il «diritto spontaneamente elaborato all'interno degli ambiti della vita sociale»¹³ (e il contratto collettivo ne sarebbe l'esempio tipico). Più frequentemente la formula è utilizzata, questa volta richiamando la «matrice personalista» propria dei diritti, al fine di indicare genericamente un complesso di pretese individuali che un dato ordinamento riconosce in capo a taluni soggetti. In questo secondo caso, peraltro, lo spettro di pretese che ricade nell'ambito della defi-

¹² *Ivi*, 339. Riassumendo il dibattito suscitato dalla stesura del progetto del Trattato che ambiva a dotare l'Unione europea di un proprio testo costituzionale svolge un'osservazione a nostro avviso simile G. ZAGREBELSKY, *Introduzione*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Laterza, Bari, 2003, XI e XII. L'Autore osserva che il progetto di una Costituzione europea poggia su basi solide «solo se è un *progetto di differenziazione*. Nell'attuale momento storico – prosegue ancora l'Autore – mi pare che possa facilmente constatarci che un'identità dell'Europa può costruirsi solo differenziandosi e la differenziazione non può che essere ricercata nei confronti delle tendenze e delle forze omologanti che operano in quell'indistinto astratto che si denomina *globalizzazione*, dietro il quale, peraltro, si stagliano concretamente l'egemonia culturale, l'espansionismo economico e lo strapotere militare degli Stati Uniti d'America».

¹³ Le espressioni riportate nel testo sono di D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, Jovene, 2003, 67.

nizione rimane comunque piuttosto incerto¹⁴: alcuni utilizzano la definizione per indicare i soli diritti a prestazione strumentali alla realizzazione del principio di uguaglianza sostanziale (diritti riconosciuti, quindi, in capo ai soli soggetti economicamente, culturalmente e socialmente svantaggiati); altri per indicare quei diritti aventi a oggetto specifici beni oppure servizi ritenuti, in un dato contesto, necessari per condurre un'esistenza libera e dignitosa (diritti che possono quindi essere riconosciuti anche in capo alla persona in quanto tale, indipendentemente dalle sue concrete condizioni economiche e sociali); altri ancora per indicare anche i c.d. «diritti sociali di libertà», ovvero quei diritti strumentali alla produzione di un diritto sociale oggettivo (diritti che possono quindi essere riconosciuti tanto in capo ai singoli quanto alle formazioni sociali che partecipano al processo di produzione del diritto sociale).

Elia sembra utilizzare l'espressione nel suo significato più ristretto. Con l'espressione in commento l'Autore sembra infatti richiamare i soli «diritti a prestazione da parte dello Stato, diritti cioè che implicano una richiesta diretta allo Stato di soddisfare esigenze primarie della persona»¹⁵. L'Autore, collocandosi così all'interno di un consolidato filone di pensiero¹⁶, considera i «diritti sociali»: per un verso vera e propria condizione per il concreto esercizio delle libertà, «nel presupposto che alla vita e alla sopravvivenza dell'uomo nella società odierna non bastino i diritti di libertà e proprietà»¹⁷; per altro verso la ragione principale di un atteggiamento «interventista»¹⁸ dello Stato nei processi economici: uno «Stato socialmente impegnato»¹⁹, un vero e proprio «Stato di giustizia sociale»²⁰, «promotore di progresso nella garanzia dei diritti di libertà e nella più equa ripartizione dei beni della vita»²¹.

¹⁴ Al riguardo e per la classificazione proposta nel testo cfr. A. GIORGIS, *Diritti sociali* (voce), in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2006, 1903 e ss.

¹⁵ Così L. ELIA, *Relazione di sintesi*, in *I diritti fondamentali oggi*, cit., 305.

¹⁶ Al riguardo cfr. N. BOBBIO, *Sui diritti sociali*, in G. NEPPI MODONA (a cura di), *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Torino, Einaudi, 1996, 124; G. PECES e BARBA MARTÍNEZ, *Diritti sociali: origini e concetto*, Testo della conferenza tenuta presso l'Università di Milano il 26 ottobre 1999 tradotto da Andrea Greppi, in *Sociologia del diritto*, 2000, 33 e ss.; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1994, 90.

¹⁷ Così L. ELIA e G. BUSIA, *Stato democratico* (voce), cit., 72.

¹⁸ *Ivi*, 72.

¹⁹ Così L. ELIA, *Il giudice delle leggi nello Stato sociale*, cit., 2.

²⁰ *Ivi*, 2.

²¹ Così L. ELIA, *Intervento al Convegno Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Messina-Taormina 3-8 novembre 1981, Milano, Giuffrè, 1982, 354-355.

3. La «struttura» dei «diritti sociali»

Il secondo punto riguarda l'idea di Elia in merito alla «struttura» dei diritti sociali, ovvero al contenuto della prestazione oggetto della pretesa individuale. Al riguardo l'Autore traccia – con scelta interpretativa netta – una vera e propria distinzione «strutturale» tra questi e i tradizionali diritti di libertà. In occasione del già citato intervento al Convegno del 1990 sui diritti fondamentali, Elia – rispondendo alle osservazioni di Pace in merito al «profilo positivo» comunque presente anche in taluni tradizionali diritti libertà – osserva che la differenza strutturale tra le libertà e i «diritti sociali» resiste «perché se è vero che per godere dei diritti di libertà oggi bisogna che vi siano adeguate strutture, strumenti messi a disposizione dei titolari, è altrettanto vero che si tratta di contesti, di quadri di condizionamento particolare, che non coincide con il condizionamento [...] dei diritti a prestazioni»²². Il condizionamento di questi ultimi – formula che riecheggia da vicino la definizione di «diritti sociali condizionati» proposta in dottrina²³ – dipende dal fatto che la loro effettività «viene rimessa (specie per ciò che concerne il diritto al lavoro e allo studio) a politiche e ad interventi del potere pubblico»²⁴. Con riguardo ai «diritti sociali» – conclude Elia sul punto – «non ci può essere certezza di risultati, ma soltanto obbligo di impegno finalizzato per tutte le autorità pubbliche (e, a mezzo dei programmi di cui all'art. 41, terzo comma, Cost., eventuale impegno di soggetti privati)»²⁵.

Alla luce dei passi richiamati si può dire che Elia prende le distanze da quelle recenti ricostruzioni che – in diversi ambiti delle scienze sociali – negano qualsivoglia differenza «strutturale» tra «diritti sociali» e diritti di libertà, circoscrivendo l'ambito delle differenze al momento storico in cui le due tipologie di diritti si sono affermate nelle costituzioni nazionali (i diritti di libertà si affermano nelle costituzioni, appunto liberali, del XIX secolo; i «diritti sociali» in quelle, appunto sociali, del secondo dopoguerra); oppure per altro verso all'ideologia politica che sorregge il loro riconoscimento (il liberalismo per i diritti di libertà; il socialismo per i diritti sociali)²⁶. Si tratta, come noto, del presupposto interpretativo che ha permesso

²² Così L. ELIA, *Relazione di sintesi*, in *I diritti fondamentali oggi*, cit., 305.

²³ Al riguardo cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali* (voce), in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XII, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1989, 30.

²⁴ Così L. ELIA, *Il giudice delle leggi nello Stato sociale*, cit., 3.

²⁵ *Ivi*, 3.

²⁶ Nella prospettiva degli studi di diritto costituzionale cfr. M. LUCIANI, *Sui di-*

a talune recenti ricostruzioni di assimilare alcuni «diritti sociali» ai tradizionali diritti di libertà per quanto riguarda il loro regime giuridico: in entrambi i casi, infatti, si tratterebbe di posizioni giuridiche riconosciute direttamente dalla Costituzione e tutelabili – sulla base del solo precetto costituzionale – dinnanzi al giudice comune²⁷. Elia, al contrario, mantiene ferma la distinzione e confina indistintamente le disposizioni che sanciscono i «diritti sociali» – e che contribuiscono a definire la nostra forma di Stato – tra le «norme programmatiche», ovvero tra le norme della Costituzione che, per loro struttura, impegnano innanzitutto il legislatore. Nella prospettiva dell'Autore, la decisione sul contenuto di tali diritti – e quindi sui presupposti materiali che uno Stato democratico deve assicurare a quanti siano sottoposti alla sua sovranità – rappresenta una scelta essenzialmente politica la quale chiude un procedimento che «disarma» un conflitto sociale (componendo interessi generali i quali, una volta, si sarebbero definiti «di classe»), e non è – tale decisione – una decisione giurisdizionale che chiude un processo tra parti (risolvendo il conflitto tra interessi particolari). L'auspicio dell'Autore è quindi che il Parlamento entri nel merito del conflitto e lo risolva, circoscrivendo in questo modo la discrezionalità del giudice: «bisogna che il parlamento – osserva Elia al riguardo – risolva, andando oltre le clausole generali, le situazioni di conflitto sociale. È politicamente pericoloso che il giudice debba risolvere conflitti di interesse che andrebbero regolati dal legislatore per categorie generali e non in sede di singole fattispecie»²⁸. In un momento in cui il discorso sui diritti fondamentali – complice il processo di «costituzionalizzazione» degli stessi nell'ordinamento sovranazionale²⁹ – sembra sempre più esaurirsi in un dialogo tra giurisdizioni (nazionali e sovranazionali), l'auspicio di Elia contribuisce a ricordare il ruolo centrale dell'organo rappresentativo per quanto riguarda la realizzazione dei diritti costituzionali.

ritti sociali, cit., spec. 95 e ss. Nella prospettiva della filosofia analitica cfr., invece, E. DICHIOTTI, *Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, 733 e ss.

²⁷ Al riguardo cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali* (voce), cit., 28 e ss.; A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, Jovene, 1999, spec. 131 e ss.

²⁸ Così L. ELIA, *Effettività della tutela giudiziaria*, Relazione al Convegno *Diritto alla giustizia. Un programma e un'azione per le riforme*, tenutosi a Roma l'8 luglio 1986 organizzato dall'Associazione Crs in collaborazione con i gruppi parlamentari del Pci e della sinistra indipendente. Testo trascritto dalla registrazione e pubblicato in *Democrazia e diritto*, 1986, 139-140.

²⁹ Al riguardo cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 1643 e ss.

In ragione di quanto osservato si può dire che Elia si colloca, pur con le precisazioni che diremo, all'interno di quel robusto orientamento, originatosi in occasione del dibattito intorno all'efficacia delle «disposizioni sociali» contenute nella Costituzione di Weimar e poi riemerso con l'entrata in vigore delle costituzioni del secondo dopoguerra, che vede nei «diritti sociali» innanzitutto il riflesso soggettivo (*reflexrechte*) dei formidabili compiti di giustizia materiale che la «democrazia emancipante»³⁰ disegnata dalla Costituzione assegna al legislatore. Un orientamento che – in tutte le sue versioni più o meno radicali – ritiene l'intervento legislativo comunque necessario al fine di trasformare il principio di giustizia materiale, impresso nella singola disposizione costituzionale, in una pretesa giuridica tutelabile in sede giurisdizionale³¹. Muovendo da questa premessa Elia non giunge peraltro alle conseguenze estreme cui sono giunte le versioni più radicali dell'orientamento in commento: ritenere, per un verso, le disposizioni contenenti i «diritti sociali» addirittura «pseudo-disposizioni»³², ovvero disposizioni dal significato non giuridico, bensì meramente politico e culturale³³; argomentare, per altro verso, l'incom-

³⁰ L'espressione è di A. Di GIOVINE e M. DOGLIANI, *Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?*, in *Questione giustizia*, n. 2, 1993, 321 e ss.

³¹ Per una ricostruzione delle versioni più radicali cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali* (voce), cit., 4 e ss.

³² L'espressione è di V. CRISAFULLI, *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione*, in *Scritti in memoria di Luigi Cosattini*, «Annali Triestini», vol. XVIII, 1948, 30, ora in Id., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, 36. Pur nell'ambito di una ricostruzione tesa ad argomentare l'«efficacia normativa» delle disposizioni costituzionali «di principio», Crisafulli individua, nella versione del saggio del 1948, talune «rarissime» disposizioni costituzionali «di principio» (l'art. 9, primo comma, Cost.; l'art. 47, secondo comma, Cost.; l'ultima parte dell'art. 11 Cost. e l'art. 4, secondo comma, Cost.) che per la loro «evidente genericità» definisce, appunto, «pseudo-disposizioni». Secondo l'Autore tali disposizioni, seppur prive di un autonomo «valore giuridico», rappresentano, comunque, la «motivazione autentica di altre disposizioni costituzionali normative» (corsivo testuale). Nella versione del saggio del 1952, l'Autore sembra peraltro rivedere, almeno in parte, la propria posizione: egli infatti inserisce una nota di commento nella quale precisa che l'opinione espressa in precedenza non sembra più sostenibile: «anche le disposizioni citate – osserva l'Autore – hanno infatti contenuto normativo, limitando – quanto meno negativamente – l'esercizio delle potestà statali (una legge che fosse rivolta a scopi opposti, per esempio, a quelli assunti nell'art. 9, primo comma, o nell'art. 47, secondo comma, sarebbe incostituzionale)».

³³ La categoria delle disposizioni formulate in modo tale da non avere alcuna efficacia giuridica è riemersa di recente nella giurisprudenza costituzionale con riguardo ad alcune disposizioni contenute in taluni Statuti regionali. Con la sentenza n. 378 del 2004, la Corte costituzionale – chiamata a pronunciarsi, ai sensi dell'art. 123, comma 2, Cost., sulla legittimità costituzionale di talune norme dello Statuto della Regione Umbria che consentiva l'adozione di eventuali e future previsioni norma-

patibilità assoluta tra eguaglianza (fondamento normativo dei «diritti sociali») e libertà (fondamento normativo dei diritti di libertà e unici diritti coesenziali alla democrazia) con conseguente «minorità» dei primi rispetto ai secondi³⁴. Al contrario Elia rifiuta esplicitamente questi approdi. Nel suo pensiero infatti i «diritti sociali» rappresentano, pur sempre, norme giuridiche di rango costituzionale che: (i) determinano – al pari dei tradizionali diritti di libertà – l'attuale nostra *forma di stato*; (ii) incidono, in ragione del principio di costituzionalità, sulla legittimità tanto delle leggi quanto delle «omissioni» del legislatore; (iii) limitano il potere di revisione costituzionale. Questa triplice funzione dei «diritti sociali» emerge chiaramente estendendo anche a questi le considerazioni che l'Autore riserva, nello specifico, «all'idea di stato sociale» e al principio lavorista accolti dalla nostra

tive regionali concernenti i rapporti patrimoniali e personali tra conviventi – ha osservato che «alle enunciazioni in esame, anche se materialmente inserite in un atto-fonte, non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica, collocandosi esse precipuamente sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale al momento dell'approvazione dello Statuto. D'altra parte, tali proclamazioni di obiettivi e di impegni non possono essere certo assimilate alle c.d. norme programmatiche della Costituzione, alle quali, per il loro valore di principio, sono stati generalmente riconosciuti non solo un valore programmatico nei confronti della futura disciplina legislativa, ma soprattutto una funzione di integrazione e di interpretazione delle norme vigenti. [...] Dalle premesse appena formulate sul carattere non prescrittivo e non vincolante delle enunciazioni statutarie di questo tipo, deriva che esse esplicano una funzione, per così dire, di natura culturale o anche politica, ma certo non normativa» (così punto n. 5 del considerato in diritto. Per un commento della sentenza cfr. D. NOCILLA, *Natura delle disposizioni programmatiche statutarie e controlli endoregionali su leggi e regolamenti delle Regioni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 4134 e ss.; M. BENVENUTI, *Brevi note in tema di (in) efficacia dei c.d. contenuti eventuali degli Statuti regionali*, *ivi*, 4145 e ss.). Osservazioni di analogo tenore si trovano anche nella precedente sentenza della Corte costituzionale n. 372 del 2004 (spec. punto n. 2 del considerato in diritto). Per un commento della sentenza cfr. F. CUOCOLO, *I nuovi statuti regionali fra Governo e Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 4047 e ss.; A. ANZON, *La Corte condanna all'«inefficacia giuridica» le norme «programmatiche» degli Statuti regionali ordinari*, *ivi*, 4057 e ss.; A. MANGIA, *Il ritorno delle norme programmatiche*, *ivi*, 4069 e ss.; E. RINALDI, *Corte costituzionale, riforme e statuti regionali: dall'inefficacia giuridica delle norme programmatiche al superamento dell'ambigua distinzione tra contenuto «necessario» e contenuto «eventuale»*, *ivi*, 4073 e ss.

³⁴ Al riguardo cfr. E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im wandel*, Stuttgart, 1964, tradotto in italiano da C. AMIRANTE, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1973, spec. cap. II, *Concetto e natura dello stato sociale di diritto*, 31 e ss. Per un quadro delle ricostruzioni che hanno argomentato l'inconciliabilità tra lo «Stato di diritto» e i «diritti sociali» cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali* (voce), cit., 3 e ss. Per una critica di tali ricostruzioni cfr. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., spec. 93 e ss. il quale nega ogni «minorità» dei «diritti sociali» rispetto ai diritti di libertà.

Costituzione: «l'idea e il valore di «Stato sociale» o socialmente impegnato a sviluppare in tutte le sue implicazioni la preminenza di ogni attività lavorativa nel sistema dei diritti-doveri sono (i) coesenziali, secondo l'insegnamento di Mortati, alla nostra forma di Stato democratico e non possono essere rimesse in questione da (ii) vicende di politica economica, ispirate a criteri di maggiore o minore intervento del potere pubblico nella sfera economica. Inoltre, se è del tutto legittimo proporre riforme alla seconda parte della Costituzione [...] (iii) non altrettanto può dirsi per la prima parte della costituzione ed in particolare per i principi fondamentali, che caratterizzano in termini di identità la nostra Repubblica democratica fondata sul lavoro»³⁵

La lettura tradizionale che l'Autore sembra fornire della struttura dei «diritti sociali» non è quindi funzionale a una lettura complessivamente «svalutativa» degli stessi³⁶. L'obiettivo perseguito dall'Autore sembra invero di altra natura, riguardando più limitatamente il processo di progressiva concretizzazione dei presupposti materiali della «democrazia emancipante»³⁷: un processo nel quale il ruolo di protagonista spetta, indiscutibilmente, al legislatore.

4. *La tutela giurisdizionale dei «diritti sociali»*

Nel ricostruire gli strumenti di garanzia dei «diritti sociali», Elia sembra abbandonare la prospettiva delle «norme programmatiche» accolta, come visto, per descrivere la «struttura» di tali diritti. Valorizzando il principio di costituzionalità e la conseguente rigidità delle Costituzioni del secondo dopoguerra, l'Autore nega esplicitamente che il significato delle norme costituzionali che sanciscono i «diritti sociali» possa coincidere integralmente con le contingenti politiche economiche. I «diritti sociali» – questo sembra il punto – coinvolgono la Corte costituzionale in quell'opera di necessaria *adaequatio* dell'ordinamento vigente alla forma di Stato sociale prescritta dalla Costituzione: «quale il ruolo – si interroga dunque Elia – per il giudice delle leggi nello Stato sociale come risulta delineato dopo l'eliminazione di equivoci e di improprie sovrapposizioni? Un ruolo senza dubbio di grande rilievo perché, come noto, fin dalla sentenza n. 1 del 1956 la Corte costituzionale italiana ha deciso che possono fun-

³⁵ Così L. ELIA, *Il giudice delle leggi nello Stato sociale*, cit., 4.

³⁶ L'espressione, riferita peraltro alla Costituzione, è di M. DOGLIANI, *Interpretazioni della costituzione*, Milano, Franco Angeli Editore, 1982, 7 e ss.

³⁷ Cfr. A. DI GIOVINE e M. DOGLIANI, *Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?*, cit., 321 e ss.

gere da parametro di costituzionalità anche le *norme di natura programmatica* contenute nella Costituzione»³⁸. La prospettiva dell'Autore sembra chiara: la tutela giurisdizionale dei «diritti sociali» rappresenta, ormai, un dato acquisito, imposto dalla nostra forma di stato e riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale.

Nella ricostruzione dell'Autore la tutela giurisdizionale dei «diritti sociali» spetta innanzitutto alla Corte costituzione e solamente di riflesso ai giudici comuni (in ragione del grado di efficacia riconosciuto alle diverse tipologie di sentenze della Corte³⁹). Caduto il mito kelseniano della giustizia costituzionale di pura «amputazione», gli strumenti di tutela dei «diritti sociali» si sostanziano quindi nel ruolo creativo che le Costituzioni «lunghe e di principio» del secondo dopoguerra riservano alle Corti costituzionali: sono infatti i «concetti indeterminati», le «clausole generali» presenti nelle Costituzioni – in buona sostanza il «carattere elusivo dei loro contenuti» – che rendono possibile «un continuo dinamico adattamento delle dottrine costituzionali inteso a rispondere ai bisogni di una libera pluralistica società in continua evoluzione»⁴⁰. In un contesto normativo siffatto, spetta alla Corte costituzionale porre rimedio alle omissioni del legislatore per quanto concerne «l'attuazione dello stato sociale»⁴¹.

Senza dilungarci sul significato più profondo del potere creativo (e non «normativo» come precisa lo stesso Elia⁴²) della Corte e delle tecniche decisorie in cui detto potere si sostanzia, ci limitiamo in questa sede a mettere in luce due passaggi del pensiero di Elia nei quali traspare, in controtuce, il suo atteggiamento complessivo nei confronti della giurisdizione costituzionale in materia di «diritti sociali». Il primo passaggio riguarda, per così dire, gli snodi argomentativi fondamentali delle decisioni che offrono garanzia ai «diritti sociali»; il secondo passaggio riguarda invece la fungibilità tra le diverse tipologie di decisioni che tutelano i menzionati diritti. Si tratta di passaggi che – pur appartenendo a una visione nel suo complesso tradizionale della

³⁸ Così L. ELIA, *Il giudice delle leggi nello Stato sociale*, cit., 4.

³⁹ Al riguardo cfr. L. ELIA, *Sentenze «interpretative» di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, 1715 e ss. Su tali profili cfr. V. MARCENÒ, *La sdrammatizzazione del potere creativo della Corte costituzionale come discrezionalità nella scelta dei mezzi in funzione dell'adequatio*, negli scritti di Leopoldo Elia, in questo volume.

⁴⁰ Tutte le espressioni riportate sono tratte da E. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, in *La sentenza in Europa metodo, tecnica e stile*, Atti del Congresso internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara, 10-12 ottobre 1985, Padova, Cedam, 1988, 223.

⁴¹ Così L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, cit., 223.

⁴² *Ivi*, 217.

garanzia giurisdizionale della Costituzione (visione che individua nella Corte il giudice *naturale* delle libertà e dei diritti costituzionali) – sembrano anticipare alcune delle conclusioni cui sono giunti quanti, più di recente, hanno approfondito il tema specifico delle garanzie giurisdizionali dei «diritti sociali»⁴³.

Come accennato in precedenza, per Elia il carattere «aperto» – «di principio» – delle disposizioni costituzionali permette alla Corte, attraverso l'interpretazione evolutiva, di rispondere ai bisogni di una società pluralistica in perenne evoluzione. Ma – si interroga l'Autore – «fino a che punto il carattere aperto del precetto costituzionale in tema di mandato per l'attuazione dello stato sociale [e in questo richiamo all'istituto del mandato trova forse ulteriore conferma la collocazione di Elia tra quanti aderiscono, con specifico riguardo ai «diritti sociali», alla «dottrina delle norme programmatiche»] si presta a un'interpretazione evolutiva da parte della corte?»⁴⁴.

A questa domanda Elia fornisce due risposte distinte ma intimamente connesse, in quanto tese a negare che le disposizioni indeterminate possano suggerire alla Corte interpretazioni «eccentriche» del testo costituzionale.

Nella prima risposta traspare la convinzione che gli enunciati normativi esprimano un numero comunque finito di significati plausibili. Osserva infatti Elia che l'indeterminatezza della disposizione, lungi dall'incidere sulla sua capacità prescrittiva, impone all'interprete lo sforzo di circoscrivere «quanto è effettivamente prescritto da una costituzione»⁴⁵. In questa prospettiva, il potere interpretativo della Corte incontra il limite, invalicabile, del significato prescrittivo minimo impresso nelle disposizioni che sanciscono i «diritti sociali». La ricerca di questo significato non riduce – come potrebbe apparire a prima vista – il ruolo creativo delle Corti, bensì lo richiede: «sembrerebbe che da questa essenzializzazione, da questa ricerca del *Wesens Gehalt* delle norme costituzionali, si riduca lo spazio di intervento originale per le corti costituzionali perché più il legislatore è libero, meno spazio come tale dovrebbe residuare per la corte; ma è un'apparenza che inganna perché in questi cicli storici proprio alla corte spetta di accertare in che misura la costituzione può subire un apparente snellimento nella ricerca di quelli che sono i nuclei veramente essenziali, tali da consentire [...] di comprendere quale può es-

⁴³ Al riguardo cfr. A. GIORGIS, *La garanzia giurisdizionale dei diritti costituzionali all'uguaglianza distributiva*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 111e ss.

⁴⁴ Così L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, cit., 223.

⁴⁵ *Ivi*, 223.

sere il margine di oscillazione circa la realizzazione dello stato sociale di diritto in Germania, per esempio, o in Italia»⁴⁶. Nel passo richiamato il riferimento esplicito è al «contenuto essenziale»⁴⁷ dei diritti, ovvero a quel concetto che, delimitando il significato prescrittivo delle disposizioni costituzionali, individua conseguentemente il grado di sviluppo costituzionalmente obbligatorio dello stato sociale. Il «contenuto essenziale» dei diritti – questo sembra il cuore della risposta di Elia – rappresenta così l'unico spazio che la Costituzione sottrae alla libera determinazione del legislatore e affida alle cure della Corte costituzionale. Elia non affronta il problema pratico – e indubbiamente complicato – riguardante la definizione, in concreto, del «contenuto essenziale» dei diversi «diritti sociali» sanciti in Costituzione. Ciononostante l'Autore indica con nettezza alla Corte lo schema argomentativo delle pronunce, anche creative, che tutelano questi diritti: uno schema argomentativo incentrato sulla lesione del «contenuto essenziale» del diritto sociale di volta in volta posto a parametro del giudizio di legittimità costituzionale. Si tratta peraltro dell'unica strategia argomentativa, al momento insuperata, in grado di conciliare la garanzia giurisdizionale dei diritti costituzionali con la discrezionalità politica che la Costituzione – per il tramite dei diritti politici – riserva comunque al legislatore⁴⁸.

Nella seconda risposta fornita da Elia alla domanda traspare invece la preoccupazione che proprio i principi programmatici dello Stato sociale (e in particolare l'art. 3, comma 2, Cost.) abbiano talvolta indotto la Corte costituzionale, per il tramite delle sentenze additive che hanno «assolutizzato» il *tertium comparationis*⁴⁹, a una vera e propria attuazione «*in progress*» dello stato sociale, oltre quanto prescritto dalla Costituzione: l'art. 3, comma 2, della Costituzione – scrive in un inciso l'Autore – non può rappresentare «il *passe-partout*, come qualche volta si usa, per trasformazioni che potrebbero anche non stare tutte nel quadro costituzionale»⁵⁰. La preoccupazione

⁴⁶ *Ivi*, 223-224.

⁴⁷ Così L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. BARILE, E. CHELI e S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, il Mulino, 1982, 532. Sul «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali cfr., per tutti, P. Häberle, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1993, spec. 85 e ss.

⁴⁸ Al riguardo cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, spec. 210.

⁴⁹ Così L. ELIA, *Intervento*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991, Milano, Giuffrè, 1993, 97.

⁵⁰ Così L. ELIA, *Relazione di sintesi*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, il Mulino, 1978, 166.

dell'Autore sembra concentrarsi soprattutto su quelle pronunce additive che fanno applicazione esclusiva dell'art. 3, comma 1, Cost., declinato nel criterio di giudizio «onnivoro»⁵¹ della ragionevolezza delle leggi. Si tratta, più in particolare, delle sentenze che censurano le c.d. omissioni «relative», ovvero le omissioni «derivanti da attuazioni parziali che dettino la disciplina solo per alcuni rapporti e non per altri, pur se ad essi analoghi, con conseguente lesione del principio di uguaglianza»⁵².

Elia distingue le sentenze additive in due gruppi. Da una parte colloca le pronunce che «attuano in modo «indiretto» l'art. 3, comma 1, della Costituzione, nel senso che fanno dipendere la violazione della Costituzione da un vizio di relazione tra norme di grado ordinario: sicché il legislatore è libero, abrogando o modificando una legge X, di far venir meno l'incostituzionalità Y»⁵³; dall'altra parte colloca le pronunce «che non tollererebbero *overrulings* giurisprudenziali o diverse scelte legislative perché la loro *ratio* è così strettamente collegata ad una situazione garantita in modo diretto dalla norma costituzionale che il *dictum* della Corte a struttura additiva diventa un prolungamento del precetto contenuto nella Carta»⁵⁴. La distinzione – prosegue sul punto l'Autore – dimostra «come una parte delle additive di prestazione sia, almeno astrattamente, esposta al rischio di non conferire per sempre un bene della vita a taluni consociati»⁵⁵. Nel caso delle pronunce fondate sulla violazione del solo principio di uguaglianza formale non siamo dinnanzi alla mancanza di una legislazione – per utilizzare un'espressione cara all'Autore – costituzionalmente «dovuta». Tanto è vero che il legislatore ben potrebbe intervenire, dopo la sentenza della Corte, eliminando per tutti (anche per i soggetti garantiti *medio tempore* dalla Corte) il beneficio, ponendo così nel nulla il *dictum* del Giudice costituzionale. Ma se così è – e portando alle estreme conseguenze il ragionamento di Elia – le pronunce che applicano il canone della ragionevolezza nei termini illustrati non censurano tanto un'omissione (incostituzionale) del legislatore; quanto un esercizio (legittimo) della discrezionalità poli-

⁵¹ Così L. ELIA, *L'esperienza italiana della giustizia costituzionale alcuni nodi critici*, in M. OLIVETTI e T. GROPPI (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, Giuffrè, 2003, 139.

⁵² Così C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro italiano*, 1970, Parte V-11, 154.

⁵³ Così L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81 - luglio 85)*, cit., 321.

⁵⁴ *Ivi*, 321.

⁵⁵ *Ivi*, 321.

tica che la Costituzione gli riconosce. Si tratterebbe, in sostanza, di decisioni «prive di un'effettiva motivazione»⁵⁶ costituzionale. I passi precedenti potrebbero quindi essere letti, anch'essi, come un invito rivolto alla Corte a un maggior rigore argomentativo per quanto riguarda le pronunce in cui si censura l'irragionevolezza delle leggi: «il *tertium comparationis* – precisa l'Autore – non basta più: è necessario, in un quadro più generale, configurare gli statuti o i protocolli del sindacato di ragionevolezza, graduando l'intensità e la qualità dello scrutinio di costituzionalità, qualificando anche le diverse fasi del giudizio di proporzionalità»⁵⁷. Tali statuti e protocolli potrebbero sostanzarsi in un onere qualificato di motivazione, ovvero nella necessità che la Corte faccia sempre emergere, nella motivazione, il parametro materiale di giustizia che si ritiene nella circostanza violato. L'avvertimento che i passi richiamati suggeriscono potrebbe quindi essere sintetizzato come segue: l'estensione di benefici oltre il perimetro soggettivo definito, in positivo, dal legislatore non si giustifica richiamando (spesso implicitamente) il principio generico dello Stato sociale; bensì argomentando la lesione, concreta e attuale, del «contenuto essenziale» di un «diritto sociale». Al di fuori di questo schema argomentativo, le omissioni legislative censurate dalla Corte – osserva Elia senza mezzi termini – si prestano ad essere «“costruite” secondo un grado altissimo di arbitrio»⁵⁸.

La ricostruzione proposta da Elia delle «sentenze additive» si muove nel solco tracciato dalla dottrina che, già negli anni '70, aveva argomentato la possibilità di censurare dinnanzi alla Corte anche le «omissioni» del legislatore, ovvero il suo «silenzio»: l'omissione – è stato infatti osservato – rappresenta pur sempre un «carattere del testo, nella sua funzione di strumento generatore di norme»⁵⁹. Nelle «sentenze additive» – osserva coerentemente Elia – l'oggetto della censura è rappresentato dall'«esclusione implicita»⁶⁰ di taluni soggetti da un beneficio legislativo. Detto in altri termini: attraverso queste

⁵⁶ Così A. GIORGIS, *Alcune brevi considerazioni (critiche) sul significato che ha storicamente assunto nella giurisprudenza l'art. 3, primo comma, della Costituzione*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del Regime Repubblicano*, Tomo II, *Diritti e libertà*, Bari, Laterza, 2006, 766.

⁵⁷ Così L. ELIA, *L'esperienza italiana della giustizia costituzionale alcuni nodi critici*, cit., 139.

⁵⁸ Così L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81 - luglio 85)*, cit., 321.

⁵⁹ Così C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, cit., 163.

⁶⁰ Così L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81 - luglio 85)*, cit., 303.

sentenze, la Corte censura la norma esclusiva implicita che il giudice trae, ragionando a contrario, dalla legge attributiva di un beneficio a una classe definita di soggetti (l'esclusione riguarda, come ovvio, tutti i soggetti non esplicitamente individuati dalla legge). Oggetto delle pronunce additive sono pertanto le norme e non – contrariamente a quanto potrebbe sembrare – le disposizioni. Ricostruito il quadro concettuale entro cui l'Autore sembra muoversi, assume indubbio rilievo l'assimilazione che lo stesso Elia compie tra sentenze interpretative (a contenuto additivo) e sentenze additive (in senso stretto): «il confine tra questi due tipi di pronunce può in varie ipotesi apparire molto sottile; sicché una sentenza di rigetto fondata su una interpretazione «adeguatrice» o conforme alla Costituzione, che comporti ricomprensione di casi considerati affini nella disposizione impugnata, non varia molto, quanto a contenuto e ad effetti (specie se si tratta di interpretazione assunta in «diritto vivente»), rispetto ad una pronuncia di accoglimento additivo»⁶¹. In sostanza, se tra le due tipologie non può parlarsi di «vera fungibilità»⁶², non si può negare «che in taluni casi vi sia autentica contiguità, con ampio margine per la Corte di scegliere tra i due tipi di pronunzie»⁶³.

Dai passi richiamati emerge come, già nella ricostruzione di Elia, si possano rintracciare quei presupposti interpretativi che hanno suggerito – agli studi più recenti – di (re)inquadrare la sentenza additiva non più tra le pronunce manipolative di testi, bensì tra le sentenze interpretative in senso stretto. Se per un verso l'oggetto delle sentenze additive sono pur sempre le norme; se per altro verso la Corte può scegliere – con «ampio margine» di apprezzamento – tra pronunce additive e pronunce interpretative, ne segue che il dispositivo additivo adottato dalla Corte non sanziona tanto l'omissione incostituzionale del legislatore, quanto il cattivo esercizio del potere interpretativo da parte del giudice comune. L'esclusione di una classe di soggetti da un beneficio – è stato infatti osservato – «può considerarsi il risultato di una attività del legislatore solo qualora derivi da una norma esplicita che escluda appunto la categoria in esame dall'ambito di operatività delle disposizioni legislative e/o costituzionali attributive di diritti. Qualora invece l'esclusione derivi dalla mancanza di una norma esplicita che, ad avviso del giudice *a quo*, la Costituzione vorrebbe ci fosse, tale esclusione, com'è ovvio, è il risultato di una omissione del legislatore ovvero, più precisamente, se la si descrive attraverso l'individuazione di una norma negativa (ricavata a

⁶¹ *Ivi*, 307.

⁶² *Ivi*, 307.

⁶³ *Ivi*, 307.

contrario dalle disposizioni esistenti) di una azione del giudice»⁶⁴. Sulla base di queste considerazioni non si vede perché la scelta interpretativa che la Corte pone a fondamento di una pronuncia additiva non possa – meglio non debba – essere adottata direttamente dal giudice comune dinnanzi al quale si prospetta l'irragionevolezza della legge. Nella prospettiva tracciata (si potrebbe dire, con le cautele di cui si è detto, anche da Elia), è quindi il giudice comune che – attraverso il proprio potere interpretativo e nei limiti dei significati plausibili ascrivibili ai testi normativi – deve procedere a colmare direttamente, ovvero in prima battuta, la «(presunta) lacuna incostituzionale»⁶⁵.

5. *Una teoria dei «diritti sociali»*

Dagli scritti di Elia che si sono illustrati si possono trarre alcuni elementi utili a ricostruire lo schema di una sua teoria dei «diritti sociali». Una teoria per certi versi «classica» che trae origine dalle ricostruzioni che – negando ogni analogia strutturale tra diritti di libertà e «diritti sociali» – confinano questi ultimi tra le «norme programmatiche». E tuttavia si tratta di una teoria che, aprendosi allo studio puntuale della giurisprudenza costituzionale vivente, presenta alcuni aspetti di indubbia originalità, soprattutto nella parte in cui offre argomenti a quelle ricostruzioni più recenti che criticano, con validi e convincenti argomenti, proprio la «dottrina delle norme programmatiche». La ricostruzione proposta da Elia oscilla pertanto tra le due prospettive teoriche, alternative, che tradizionalmente si confrontano sul tema dell'efficacia prescrittiva delle norme costituzionali contenenti principi materiali di giustizia: da un lato la prospettiva che pone il legislatore al centro del processo di concretizzazione dello Stato sociale; dall'altro lato la prospettiva che pone la giurisdizione al centro del sistema di garanzie dei «diritti sociali», anche nel caso di «omissioni» legislative.

Il punto di maggior interesse riguarda il tentativo di Elia di comporre le due menzionate prospettive. Il tentativo non avviene sul piano teorico (dove l'adesione alla prima prospettiva comporta necessariamente la negazione della seconda e viceversa), bensì sul piano pratico, ovvero delle tecniche argomentative che devono sorreggere le singole decisioni giurisdizionali. L'Autore, come si è cercato di met-

⁶⁴ Così A. GIORGIS, *La garanzia giurisdizionale dei diritti costituzionali all'uguaglianza distributiva*, cit., 137.

⁶⁵ *Ivi*, 125.

tere in luce nel testo, pone infatti l'accento sulle tecniche argomentative in grado di conciliare, in riferimento al caso concreto, la discrezionalità del legislatore con la garanzia giurisdizionale dei diritti costituzionali. E proprio a tal fine l'Autore invita la Corte: innanzitutto a ricercare sempre il «contenuto essenziale» delle norme costituzionali di giustizia (ovvero il loro significato prescrittivo minimo ma inderogabile); in secondo luogo a illuminare i giudizi sulla ragionevolezza delle leggi con il richiamo esplicito del parametro costituzionale materiale che si ritiene, nella circostanza, violato. In questa prospettiva, il rigore argomentativo della Corte rappresenta l'unico limite pratico che si oppone: tanto allo sviluppo giurisdizionale dello *stato sociale* oltre quanto prescritto dal testo costituzionale (il testo costituzionale, in buona sostanza, quale freno a decisioni *ideologiche*); quanto alla riduzione dei diritti costituzionali – e dei «diritti sociali» in particolare – a meri diritti legali (il testo costituzionale quale limite, in questo secondo caso, a interpretazioni *legalistiche* dei diritti costituzionali). L'invito che l'Autore rivolge ai giudici è pertanto quello di elaborare, come detto, veri e propri «statuti» e «protocolli» di giudizio affinché si diffonda – ecco l'auspicio più profondo – «la convinzione della non arbitrarietà delle decisioni nel solco più chiaro di una continuità giurisprudenziale al di là delle soluzioni caso per caso»⁶⁶.

⁶⁶ Così L. ELIA, *L'esperienza italiana della giustizia costituzionale alcuni nodi critici*, cit., 140.

Il contributo di Leopoldo Elia al bicameralismo

di Jörg Luther

SOMMARIO: 1. La prassi del bicameralismo postcostituente. – 2. La riprogettazione del bicameralismo procedurale negli anni ottanta. – 3. La ricerca di un Senato federale nella transizione inconclusa. – 4. Il bicameralismo «inconcluso».

Tra le idee politiche e giuridiche che Leopoldo Elia ha lasciato ai posteri, quelle sul bicameralismo hanno toccato un problema istituzionale caratteristico della storia dell'Italia repubblicana. Da sempre considerato una criticità della Costituzione e dai commentatori dell'ultima generazione dei costituzionalisti accusato di «insufficiente fondamento giustificativo»¹, si tratta di un tema classico del diritto e della politica costituzionale, la cui perdurante attualità è forse anche merito suo. Le sue riflessioni sul tema possono essere rilette quindi non solo come l'autobiografia intellettuale di un costituzionalista che ha studiato e praticato la politica costituzionale in entrambi le camere, ma anche come pagine della storia politica e culturale di un paese che considera il proprio sistema bicamerale da un lato una rarità nell'ottica comparatistica², dall'altro forse anche un frammento di specchio della propria «identità costituzionale».

Il contributo di Leopoldo Elia al bicameralismo è una storia culturale e politica che può essere articolata in almeno tre capitoli corrispondenti a fasi particolarmente significative della storia costituzionale italiana. La prima è quella post-costituente (1), la seconda è la progettazione di un nuovo bicameralismo procedurale negli anni ottanta, (2) la terza la ricerca di un Senato federale nella fase della transizione (3). Il filo rosso che lega questa storia e il contributo di Elia ad essa è la consapevolezza del carattere paradossale di una convenzione linguistica che descrive come «perfetta» un'istituzione il cui

¹ G. RIVOSECCHI, in *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, vol. III, 1112.

² Sull'enorme diversificazione dei modelli giuridici di bicameralismo s consentito il rinvio ai lavori contenuti in J. LUTHER, P. PASSAGLIA e R. TARCHI, *A World of Second Chambers*, Milano, 2006.

senso storico sembra essere proprio quello di rappresentare l'essere sempre «imperfetto» dello stesso «costituzionalismo». Non essendosi conclusa questa storia contemporanea, le conclusioni sul futuro del bicameralismo «inconcluso» (4.) spetteranno quindi a tutti gli eredi del patrimonio culturale e politico lasciato da Elia, non solo a chi – come il sottoscritto – resta con debiti personali che non possono più essere saldati.

1. *La prassi del bicameralismo postcostituente*

Elia non era padre costituente, ma uno dei primi «osservatori partecipanti» della sua attuazione. Una delle prime sue «cronache parlamentari» osservava le discussioni a Palazzo Madama che interessavano Elia soprattutto quando entravano nelle materie costituzionali. Un esempio era la ratifica di accordi tra l'Italia e la Santa sede, un altro il decreto del Governo che vietava manifestazioni di massa nella Città di Roma, un altro ancora erano le interrogazioni sul rinvio delle elezioni regionali, con argomenti del ministro Scelba considerati da Elia «non molto ortodossi dal punto di vista costituzionale»³. Questi temi appassionarono il futuro costituzionalista, ma la sua percezione rivelò anche un'iniziale (o quanto meno potenziale) differenziazione nelle funzioni delle due camere, assegnando alla seconda camera un particolare ruolo politico di garanzia costituzionale almeno nel periodo precedente l'istituzione della Corte costituzionale.

Successivamente, il cronista Elia evidenziò la netta asimmetria politica tra i due palazzi: «Minor rilievo hanno avuto le discussioni a Palazzo Madama». Questa asimmetria originaria tra le due camere nella prima legislatura era il frutto anche della terza disposizione transitoria, che aveva integrato il Senato con un centinaio di Senatori sprovvisti di ogni legittimazione democratica attuale e piuttosto garanti di una certa continuità istituzionale con le tradizioni prefasciste. Anche per questa ragion, la maggioranza al Senato si divise solo su questioni d'importanza secondaria. Degno di nota fu tutt'al più il tentativo del Governo di presentare proprio alla seconda camera «molte precisazioni sulla situazione fiscale» in merito a un disegno di legge recante imposte straordinarie sul patrimonio, come se il Senato fosse per questa materia un interlocutore privilegiato come negli Stati Uniti⁴.

³ *Cronache Sociali* 1949, 8 (164).

⁴ *Cronache Sociali* 1950, 5 (165). Cfr. anche la successiva Cronaca 5 (241) in merito al prestito per la difesa e alla negata urgenza del disegno di legge per antifascista.

Il dibattito «più disteso» tra i senatori sembrò infine consentire una maggiore attenzione alle questioni tecniche della legislazione. Elia offrì in questo modo una lettura attenta alle opportunità di interpretazione di un compromesso costituzionale con il quale si credeva di aver superato tanto le pretese di monocameralismo a sinistra, quanto le idee di una rappresentanza delle categorie economiche, professionali e culturali, avanzate da Mortati e La Pira sulla stessa rivista delle *Cronache Sociali*, in parte alternative, in parte concorrenti con le proposte di una camera delle Regioni⁵.

Accanto alle opportunità di competenza e legittimazione tecnica, l'osservatore riconobbe tuttavia anche chiaramente i rischi di inefficienza del bicameralismo, specialmente nelle pratiche di *navette*.

In occasione dell'approvazione della legge sui «Provvedimenti per la colonizzazione dell'Altopiano della Sila e dei territori jonici contermini» del 1951, il gruppo democristiano aveva ritirato i propri emendamenti «per corrispondere in pieno alla esigenza di celerità, fatta valere anche dal Presidente del Consiglio. (...) È chiaro che introdurre delle modifiche avrebbe significato un rinvio al Senato, con tutte le more che comporta un set di tennis parlamentare: ma è chiaro anche che avvenimenti del genere inducono a dubitare del valore di una discussione che segua in una Camera dopo la deliberazione dell'altra: essi ripropongono in termini molto precisi il problema delle possibilità e dell'efficienza del bicameralismo». Il rimedio all'efficienza era stato in questo caso, come annota Elia in retrospettiva nel 1987, la «perfetta regia bicamerale» di De Gasperi e del vicesegretario della DC, Dossetti. Questa ricostruzione della «*best practice*» sottolineò la capacità del partito di garantire il raccordo tra il governo ed entrambi le camere del parlamento, decisivo per l'effettività del bicameralismo.

Nei primi anni cinquanta, durante la missione di Elia come segretario dei parlamentari italiani al Consiglio d'Europa, presero avvio anche i primi studi sulla riforma del Senato, con una serie di proposte che mirarono a prorogare o riformare la terza disposizione transitoria da parte del Comitato Tosatti, del Presidente del Consiglio De Gasperi, della Commissione De Nicola, del Senatore Riccio ecc.⁶ Le

⁵ C. MORTATI, *La seconda Camera*, in *Cronache sociali*, 1947, 9; cfr. ancora idem: *Parlamento e democrazia*, Studium 1948, 507ss. G. La Pira, *Il valore della Costituzione Italiana*, in: *Cronache sociali* 1948, 3 (18): «E la seconda? Cosa e chi rappresenta? Se non si vuole fare un doppione della prima (come purtroppo è avvenuto) e se si vuole applicare qui pure il principio ispiratore della costituzione bisogna che la seconda Camera sia la Camera dei «corpi» nei quali si articola la società: comuni, regioni, corpi professionali, culturali ecc. (...) Sin da ora il problema della revisione costituzionale su questo punto e su altri (...) è posto all'ordine del giorno».

⁶ Cfr. G. ARISTA, *Saggio bibliografico sulla riforma del Senato*, in *Comitato per*

più o meno velate proposte di un parziale ritorno al senato statutario furono tuttavia avversate dall'anima democratica della DC e anche Mortati pretese ora una maggiore sensibilità per i «limiti di una trasformazione corporativa dello Stato».

Dopo il primo scioglimento anticipato del 1953, un Senato di soli 243 deputati affiancò nella seconda legislatura una Camera eletta in base alla cd. legge truffa approvata da un Senato abbandonato dal suo segretario generale. Questa prima riforma elettorale del bicameralismo italiano, rovesciando i progetti di una differenziazione dei sistemi elettorali delle due camere covati ancora durante l'assemblea costituente, cercò invano di consolidare l'asimmetria politica nel peso delle due camere. Fu da questa esperienza traumatica che si avviò quella tendenza verso una progressiva equiparazione funzionalista delle due camere, cui Bon Valsassina oppose alla fine degli anni cinquanta il prospetto, fondato sulla comparazione, di un «bicameralismo imperfetto o limitato»⁷.

Riprendendo l'attività di cronista per la rivista «Giurisprudenza costituzionale», Elia registrò con attenzione i problemi pratici della riforma elettorale e dello scioglimento del Senato⁸. Le «stridenti differenze» nella disciplina dello status dei membri delle Camere, delle condizioni di eleggibilità e delle operazioni di voto e di scrutinio avrebbero richiesto a suo avviso «una sollecita armonizzazione». Egli preferì parlare di una situazione «abnorme e, sotto certi aspetti perfino paradossale» anziché esprimere un giudizio sull'incostituzionalità della legge n. 493/1956, dall'opposizione censurata illegittima per mancata revisione dell'art. 60 cost., che aveva poi giustificato il successivo scioglimento anticipato del Senato.

Nello scritto sulla continuità nel funzionamento degli organi costituzionali, Elia sottolineò viceversa le differenze tra le due camere, dovute soprattutto al fatto che il Senato «pur allontanandosi per composizione e struttura dal tipo di organo previsto nel precedente ordinamento, mantiene alcune caratteristiche che trascendono l'aspetto puramente partitico dominante nell'altra assemblea e che non mancano di riflettersi sulla figura del suo Presidente»⁹. In merito al pro-

la celebrazione del primo decennale della Costituzione, Studi sulla Costituzione, Milano, 1958, II, 323 ss.; F. CUOCOLO, *Due nuovi progetti di legge per la riforma del Senato*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1959, 188 ss.; ulteriori approfondimenti in P. AIMO, *Bicameralismo e Regioni*, Milano 1977, 190ss.; S. BONFIGLIO, *Il Senato in Italia*, Roma, 2006.

⁷ M. BON VALSASSINA, *Il bicameralismo imperfetto o limitato nelle Costituzioni Contemporanee*, Napoli, Jovene, 1959 in *Rassegna di diritto pubblico*, 1959, 207 ss.

⁸ *Giur. cost.* 1957, 205 ss., 1323 ss.; 1958, 351 ss.; 442 s.

⁹ L. ELIA, *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, Milano, 1958, 99. Cfr. anche in *Giur. cost.*, 1958, 206.

blema, indicato da Mortati, come gestire uno scioglimento delle Camere da parte del supplente, Elia propose peraltro la soluzione di «rendere vitalizia l'appartenenza al Senato del suo presidente, prescindendosi da ogni determinazione di durata minima nella titolarità dell'ufficio»¹⁰. Questa proposta sembrava realizzabile solo *de constitutione ferenda*, ma forse sarebbe stato più utile precisare sin d'allora che nulla avrebbe vietato scegliere come presidente del Senato uno dei senatori a vita.

Il saggio di Elia sugli atti bicamerali non legislativi del 1958¹¹ affrontò invece un insieme di problemi riguardanti la cooperazione tra le due camere, sui quali non si era ancora formata una consuetudine interpretativa. Ad es., la forma dell'atto che risolve i contrasti di interesse in materia di legislazione regionale ai sensi dell'abrogato art. 127 cost., l'istituzione e la proroga delle commissioni bicamerali, l'autorizzazione a procedere in caso di vilipendio al parlamento, la dichiarazione congiunta dello stato di guerra ecc. Tali atti bicamerali non legislativi, ereditati dall'Assemblea nazionale inizialmente progettata in assemblea costituente, ebbero il vantaggio di garantire una maggiore rapidità ed efficacia dell'azione parlamentare, escludendo anche l'intervento di altri organi come il presidente della Repubblica. Quel che suscitò l'interesse di Elia erano le possibili forme di collaborazione procedurale, i dispositivi di stereofonia della prassi parlamentare capaci di evitare dissensi e a contraddire le «facili ironie» sulla «macchinosità del congegno bicamerale». Solo in un momento successivo, Elia definì «bicameralismo cooperativo» questo modello di sviluppo virtualmente monocamerale del parlamento che si stava delineando nella prassi.

Tentando nel 1961 un'analisi della forma di governo statunitense, Elia indagò poi la difficoltà di trovare accordi tra le camere del congresso, individuandone la causa nella mancanza di un «collegamento fornito dal governo che è proprio dei regimi parlamentari» e che era stato rafforzato dai legami tra le organizzazioni partitiche rappresentate all'interno delle due camere. Particolare attenzione ottiene la simultaneità delle procedure svolte nelle due Camere, una valida alternativa alla «consecutività cui suole ispirarsi in altri paesi il sistema bicamerale». La simultaneità sarebbe «lo specchio di un bicameralismo veramente paritario» e lo «strumento di un bicameralismo vitale, in cui una sufficiente differenziazione tra i due rami del Congresso spinge entrambe le Camere ad affrontare nello stesso tempo gli stessi argo-

¹⁰ *Op. cit.*, 102.

¹¹ L. ELIA, *Gli atti bicamerali non legislativi*, Comitato per la celebrazione del primo decennale della Costituzione, *Studi sulla Costituzione*, Milano, 1958, II, 421ss.

menti, senza il timore di accrescere così l'impressione del «duplicato»». Tale simultaneità sarebbe stata promossa da due istituti difficilmente recepibili in Italia. La «*Companion bill*», cioè l'intesa di non mandare nuovamente in commissione un disegno di legge già approvato dalla Camera, sarebbe una prassi incentivata dalla brevità della legislatura, efficace prevenzione di ogni tentazione di «navette». Il «*Conference committee*», viceversa, sarebbe forte soprattutto in virtù del voto bloccato su un testo concordato, ritenuto invece incompatibile con l'art. 72 co. 1 cost. Questa analisi si inserisce in un dibattito politico ed accademico che stentava a trarre delle conclusioni, ma non era certo privo di riferimenti allo stesso modello statunitense¹².

La legge costituzionale n. 1/ 1963, equiparando definitivamente la durata e riproponendo la composizione del Senato, sancì quindi il consolidamento di un bicameralismo forse «paritario ed indifferenziato», ma certo non «perfetto», aggettivo sempre evitato da Elia a differenza di quella parte della dottrina, forse incauta o forse avvelenata, che riprese la ricerca delle riforme istituzionali negli anni ottanta¹³.

2. La riprogettazione del bicameralismo procedurale negli anni ottanta

Negli anni settanta, mentre sembrava diffondersi una visione più equilibrata e unitaria del parlamento bicamerale, dotato di nuovi regolamenti e consolidato nella sua unitarietà anche dai lavori della dottrina giuridica e politologica¹⁴. Tuttavia si rinnovò anche un interesse per l'idea della camera delle regioni¹⁵. Riprendendo i fili della storia del bicameralismo in Italia negli anni ottanta, Leopoldo Elia osservò da giudice costituzionale i lavori della prima commissione bicamerale per il dibattito sulle riforme istituzionali che proposero peraltro di

¹² Contrario C. FUSARO, *I progetti di revisione del bicameralismo alla Camera*, in *Quad. cost.*, 1987, 124.

¹³ S. MATTARELLA, *Il bicameralismo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1983, 1161ss.; L. PALADIN, *Tipologia e fondamenti giustificativi del bicameralismo*, in *Quad. cost.*, 1984, 219 ss. (221); F. PIZZETTI, *Riforme e prospettive del bicameralismo in Italia: riflessioni e interrogativi*, in *Quad. cost.*, 1984, 243. Lo stesso Elia, nella relazione del 1988 riteneva di «superare il principio di bicameralismo perfetto (come consenso dell'idem textus legislativo, con pienezza di potere di emendamento in ciascuna Camera»).

¹⁴ Cfr. in particolare M. COTTA, *Il problema del bicameralismo-monocameralismo nel quadro di un'analisi struttural-funzionale del Parlamento*, in *Riv. it. Sc. Pol.*, 1971, 545 ss.

¹⁵ Ad es. N. OCCHIOCUPO, *La Camera delle Regioni*, Milano 1975.

passare da un «bicameralismo perfetto» a un «bicameralismo differenziato»: «Come hanno dimostrato i meritori lavori della Commissione presieduta dall'on. Bozzi, è molto difficile avviare un processo di efficaci anche se limitate riforme istituzionali. Talune delle proposte avanzate nel documento conclusivo (penso in particolare alla nuova disciplina delle fonti normative e alle regole per la finanza pubblica) meriterebbero un approfondito dibattito in sede parlamentare. Tutto diverrebbe più facile quando le forze politiche si convincessero che, se non è possibile omologare integralmente il sistema politico-istituzionale italiano a quello delle altre democrazie occidentali, è peraltro estremamente pericoloso dimostrare una assoluta incapacità di autoriforma»¹⁶.

La Corte costituzionale non solo fu un altro luogo di osservazione privilegiata, ma propagò anche il «dialogo con il legislatore», da «svolgere ad un livello più alto e su un piano più generale»¹⁷. In questa ottica possono essere lette peraltro una serie di pronunce concernenti il procedimento legislativo e i rapporti tra le due camere, in particolare la sent. n. 292/1984 che dichiarò l'incostituzionalità parziale di una legge promulgata nel 1952 nonostante una rilevante difformità tra le delibere delle due camere¹⁸.

In veste di presidente della Commissione affari costituzionali del Senato, Elia dovette successivamente anteporre alla riforma del bicameralismo quella dei procedimenti di accusa per i reati ministeriali e quella dell'ordinamento della Presidenza del Consiglio¹⁹.

In occasione di un seminario dei gruppi parlamentari del DC, cercò di sviluppare i progetti della DC, «un buon telaio per il lavoro della revisione», nella direzione di un nuovo «bicameralismo cooperativo». Ripartendo dalle proposte della commissione Bozzi, egli propose un procedimento bicamerale semplificato per tutte le leggi non soggette a riserva d'assemblea (o di delegificazione), basato su un freno alla «navette» nella forma di una «regola della culla: cioè l'ultima parola, in terza battuta, spetta alla Camera in cui si è iniziato il procedimento legislativo». Allora ritenne ancora possibile una sperimentazione di

¹⁶ Cfr. La giustizia costituzionale nel 1984, Conferenza stampa del 8 febbraio 1985.

¹⁷ Cfr. La giustizia costituzionale nel 1983, Conferenza stampa del 26 gennaio 1984.

¹⁸ Nella sent. n. 78/1984, la Corte giustificò la differenziazione della cultura delle votazioni sancita dai regolamenti delle due Camere: «si che, legittimamente l'uno (quello del Senato) può comprendere gli astenuti tra i votanti ai fini della validità delle deliberazioni, e l'altro (quello della Camera) invece escluderli». Cfr. anche l'ord. n. 295/1984.

¹⁹ Seduta del 12/12/1987.

«differenziazione e specializzazione per materie», ad es. l'attribuzione «al solo Senato del coordinamento con gli organi della Comunità Europea e delle autonomie locali, mentre alla prima camera potrebbero essere riservati particolari compiti di indirizzo e controllo»²⁰.

Assumendo infine il ruolo di relatore della riforma del bicameralismo, si oppose decisamente alla condanna del bicameralismo paritario da parte della commissione Bozzi, trattato come una sorta di «alibi rispetto a gravi cause di natura politica», specialmente rispetto al multipartitismo estremo. Se «dei difetti del bicameralismo si fa solitamente carico al Senato», la ragione sarebbe essenzialmente storica, avendo sin dall'origine il senato indugiato «sulla integrazione qualitativa della propria composizione». La Costituzione vivente avrebbe tuttavia «inverato nel bicameralismo paritario» quella «possibilità di ripensamento che, in un Parlamento di partiti, viene offerta ai partiti stessi, ora nella Camera, ora nel Senato della Repubblica»: «In questo senso può dirsi che, se è vero che il nostro bicameralismo è a carattere essenzialmente procedurale, ad esso si addice una riforma di natura procedurale, idonea a garantire responsabilità, trasparenza e tempestività del lavoro svolto dai due rami del Parlamento»²¹.

La soluzione della maggioranza scartò le varie ipotesi di Camera delle regioni, indicando come strumento di garanzia delle attribuzioni regionali la nuova Conferenza Stato-regioni e la Commissione bicamerale per le questioni regionali, ma cercava anche di evitare un'eccessiva differenziazione delle competenze, nella prima bozza del comitato ristretto ancora condensata in un lungo elenco di materie da ripartire. Elia stesso aveva fatto una proposta che anticipava quello che oggi si direbbe un modello di *multilevel constitutionalism*: «nella mia ipotesi avevo limitato la differenziazione a materie non tradizionali (prevedendo leggi monocamerale a tutti gli effetti): alla Camera dei deputati l'adeguamento dell'ordinamento italiano alle fonti «interne» della Comunità europea (al di fuori dunque di trattati ampliativi delle attribuzioni comunitarie); al Senato il ruolo non già di Camera delle Regioni, ma di Camera per le regioni con competenza per tutta la materia regionale (dalle leggi cornice alle questioni di merito sulle leggi regionali)»²².

²⁰ Proposte per un possibile riordino istituzionale, *Il Politico* 1987, 569s. (11.-12. 1. 1988).

²¹ Seduta del 4/8/1988. Cfr. anche la lunga relazione in Senato della Repubblica, X. Legislatura, Nn. 21-22-23-30-166-227-426-845-1101-A. Sintesi in: *Il dibattito sul bicameralismo*, in *Nuova Antologia*, 1990, 98 ss. Sul bicameralismo procedimentale, cfr. anche A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, 2003, 124: «conferma la natura meramente procedurale del nostro sistema bicamerale».

²² AA.Vv., *La riforma del bicameralismo in Senato*, Roma, 1990, 267 ss.

La soluzione finale, approvata dal solo Senato nella seduta del 7 giugno 1990, qualificò infine come leggi necessariamente bicamerali quelle del catalogo dell'art. 72 u.c., le legge di conversione dei decreti-legge e quelle di formazione dei bilanci. Per le altre leggi approvate da una delle due camere, si introduceva un meccanismo di silenzio-assenso a carico dell'altra che poteva deliberare solo entro 15 giorni una richiesta di riesame. Un emendamento di Elia concedeva una richiesta di riesame anche al Governo. Inoltre, il progetto limitava il numero dei senatori a vita a otto²³. Questa soluzione avrebbe conservato il carattere paritario delle funzioni principali delle camere, conservando le pratiche di ispirazione monocamerale e consentendo una ulteriore differenziazione funzionale, forse perfino la trasformazione del Senato in camera «per le autonomie».

Il progetto del Senato, tuttavia, non fu ben accolto dalla Camera dove fu invece rilanciata l'idea di un Senato delle Regioni. Invano Elia si oppose, lamentando una certa confusione: «Parlare invece di Senato o di Camera delle regioni appare senz'altro fuorviante perché contrasta persino con l'evoluzione che organi simili (si pensi al Senato statunitense) hanno avuto negli ordinamenti federali. Quando infatti un'assemblea è eletta direttamente dal popolo (e non dai corpi legislativi degli stati membri come in Usa fino al 1913) viene meno la ragione di conservare una individuazione di interessi locali tale da meritare una loro specifica ed esclusiva rilevanza a livello di assemblee federali e quindi queste assemblee operano come organi rappresentanti di interessi nazionali»²⁴.

Ancora nel marzo del 1991, il senatore Elia commentò il dibattito alla Camera, chiedendo un altolà ad ogni ulteriore diversificazione degli interessi rappresentati dalle camere: «il carattere paritario delle due Camere consente soltanto articolazioni e differenziazioni che lasciano intatto il carattere nazionale ed unitario della seconda Camera». Questa difesa aveva evidentemente più spessore politico che giuridico, cercando di prevenire ogni tentativo di degradare ulteriormente la già minore legittimazione democratica della seconda Camera, peraltro non ancora toccata dalla riforma elettorale.

L'insuccesso della riforma del bicameralismo lanciata dal Senato aveva tuttavia delle cause non solo politiche ma anche culturali. La stessa relazione di Elia lamentò che si era giunti «impreparati, sul piano storico-fattuale, a questa discussione», anche in mancanza di

²³ Cfr. I PAGANI, *La riforma del bicameralismo al Senato*, in *Quad. cost.*, 1991, 101 ss.; F. RESCIGNO, *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la Camera delle Regioni*, Milano, 1995, 67ss.

²⁴ Il Senato delle Regioni, in *La Repubblica*, 28.3.1991.

studi sull'impatto effettivo del bicameralismo sul sistema politico. Da quando la caduta del muro aveva scosso l'Europa, cominciarono a ricaricarsi le aspettative di riforme più radicali. Paradossalmente proprio i numerosi riferimenti storici e comparativi di questa relazione dimostrarono come il modello italiano del bicameralismo veniva sempre di più considerato un'anomalia.

3. *La ricerca di un Senato federale nella transizione inconclusa*

L'avvio della transizione rese più radicale la domanda di riforme istituzionali, anche nell'ottica di chi voleva difenderla in via di revisione. Nei confronti di un premier forte bisognava orientarsi verso un regionalismo più forte con «tendenze di ispirazione federale», una riforma che «deve investire anche il bicameralismo compensando la maggiore scioltezza e fluidità nel riparto dei poteri legislativi con le garanzie derivanti dalla partecipazione di rappresentanze regionali all'elaborazione normativa nei settori interessanti le Regioni»²⁵.

Come vicepresidente della Commissione parlamentare per le riforme costituzionali della XIIIa Legislatura, Elia finì per presiedere il comitato sulla forma di Stato che dovette affrontare il tema del federalismo senza entrare in quello del bicameralismo. Non soddisfatto dell'andamento dei lavori negli altri comitati, egli presentò pertanto vari interventi anche nelle sedute del Comitato parlamento e fonti normative. In quella del 21 marzo 1997 sostenne che il sistema bicamerale avrebbe funzionato bene anche nel contesto di una forma di governo presidenziali come quella degli Stati Uniti (ma il modello statunitense sarebbe caratterizzato da una diversa struttura dei partiti) e in parte anche in Francia «nella disputa con il Presidente De Gaulle». Qualora il senato diventasse imperfetto come quello francese o quello spagnolo, non disponendo più di un potere di sfiducia, si esalterebbero le contraddizioni e non sarebbe più razionale conservare una legittimazione democratica diretta della seconda camera. Sarebbe in ogni caso impossibile distinguere le funzioni di indirizzo da quelle di controllo. Nella riunione congiunta dei due comitati, egli riconobbe tuttavia «l'esigenza di fornire una proiezione della struttura federale nell'ambito dello Stato centrale».

In data 29 aprile 1997, Elia presentò infine un articolato che propose di istituire all'interno della seconda Camera una «Commissione delle autonomie territoriali», composta di rappresentanti delle regioni

²⁵ Non mi piace il modello de Gaulle, in *Un premier scelto dal popolo*, supplemento al n. 4 di *liberal*, luglio 1995, p.18.

(aventi da 3 a 8 voti ciascuna), delle Provincie (11 voti), delle città con più di 500 mila abitanti (10), degli altri capoluoghi di provincia (10), delle altre città con più di 50 mila abitanti (10), degli altri comuni con più di 10 mila abitanti (7) e dei comuni restanti (7) (art. 2, 3). I componenti comunali erano designati in via indiretta, attraverso collegi di grandi elettori in numero pari al triplo dei voti assegnati a ciascuna categoria (art. 4) La Commissione delle autonomie «collabora alla legislazione, alla amministrazione ed alla soluzione delle questioni relative all'Unione Europea con i poteri di opposizione e di veto nei procedimenti che interessano le autonomie secondo quanto è previsto nella Costituzione». L'opposizione era superabile dal voto della prima Camera, con il voto della maggioranza assoluta o dei due terzi dei componenti, a seconda che l'opposizione stessa fosse deliberata dalla Commissione con le corrispondenti maggioranze. Inoltre era richiesto il consenso della Commissione per una serie di leggi in materia comunitaria, tributaria ed amministrativa, consenso che peraltro non risulta sostituibile²⁶. «I membri della Commissione non hanno ovviamente lo status di parlamentari; ma, in relazione a quanto verrà stabilito in altre parti della Costituzione, potrebbero partecipare *uti singuli* e senza vincolo di mandato ai procedimenti di revisione costituzionale, di elezione del Presidente della Repubblica, dei Giudici Costituzionali e dei membri del CSM».

Questa idea fu solo in parte recepita nella proposta della relatrice,

²⁶ Art. 10. – «È necessario il consenso della Commissione delle Autonomie territoriali per le leggi che: trasferiscono diritti di sovranità all'Unione europea; regolano la partecipazione delle istituzioni delle autonomie e alla formazione del diritto dell'Unione; autorizzano la ratifica dei trattati internazionali che investono materie regolate con legge per cui è previsto il consenso della Commissione; derogano al principio secondo il quale alle Regioni, alle Provincie e alle Comunità locali è riservata l'organizzazione degli uffici e la disciplina di attuazione necessaria per dare esecuzione alle leggi federali; prevedono spese che devono essere sostenute dalle Regioni, dalle Provincie e dalle Comunità locali nel caso si disponga che queste sopportino un quarto o più delle spese stesse; disciplinano la concessione di aiuti finanziari per investimento dallo Stato alle Regioni; disciplinano la misura in cui Regioni, Provincie e Comunità locali sostengono le spese relative alle proprie amministrazioni; regolano tributi il cui gettito spetti, in tutto o in parte, alle Regioni, alle Provincie e alle Comunità locali; determinano le quote spettanti rispettivamente allo Stato e alle Regioni del gettito delle imposte determinate dalla Costituzione e dalle leggi nonché le forme di perequazione tra le Regioni; disciplinano limiti e forme di ripartizione delle entrate locali di spettanza delle Regioni, delle Provincie e delle Comunità locali; contengono programmi finanziari pluriennali e discipline rivolte a rendere adeguati i bilanci dello Stato e delle Regioni alla congiuntura economica. Il consenso della Commissione è altresì necessario per la adozione da parte del Governo nazionale di disposizioni amministrative di carattere generale, nonché negli altri casi previsti dalla Costituzione».

poi emendata dallo stesso Elia, peraltro contro i rilievi critici del senatore Passigli che propose in alternativa di costituzionalizzare l'esistente Conferenza Stato-Regioni. Fu prospettata infine una commissione di 66 membri composta per un terzo da Senatori, per un terzo dai presidenti delle Regioni e per un terzo da rappresentanti delle autonomie locali nominati con le modalità stabilite da una legge approvata da entrambe le Camere. La Commissione avrebbe dovuto esaminare ed approvare i disegni di legge in materia di bilanci e rendiconti, di finanza e contabilità pubblica, di tributi statali, di istituzione, disciplina e ripartizione dei fondi perequativi, ma la sua decisione poteva essere modificata dal Senato a maggioranza assoluta dei componenti²⁷. In ogni procedimento, il Senato sarebbe quindi intervenuto o attraverso la Commissione della autonomie o attraverso l'assemblea.

Tale proposta, cercando di caratterizzare il Senato come «Camera sia dei diritti dei cittadini che dei poteri delle autonomie», tuttavia «si è scontrata con un persistente misoneismo ed è stata coperta di dileggi e di battute di dubbio gusto (senatino, camerino)»²⁸. Nei «saliscendi della bicamerale», Elia presentò il proprio operato a «Il Popolo», difendendo come successo quello di aver «dato sostanza al federalismo facendo partecipare i rappresentanti del sistema delle autonomie ad alcuni procedimenti parlamentari con il Senato in sessione speciale (anche se tali procedure devono ancora crescere di numero e di importanza)»²⁹.

Quel che forse allora non fu percepito era che i rappresentanti nella Commissione delle autonomie avrebbero potuto essere gli stessi membri delle conferenze delle autonomie territoriali, completando in questo modo sul versante del Parlamento la partecipazione già prevista in sede di Governo.

La proposta finale della Commissione bicamerale di creare un Senato della Repubblica in sessione speciale, integrata da consiglieri comunali, provinciali e regionali eletti in ciascuna Regione in numero pari a quello dei Senatori, tuttavia si allontanò dalla proposta originale di Elia, passando dal piano delle procedure a quello dell'organizzazione e precludendo la possibile congruenza tra la componente integrativa e quella delle conferenze.

La riforma costituzionale n. 1/1999, mantenendo la copertura costituzionale della commissione bicamerale per gli affari regionali, tuttavia non era propizia alle aspettative di una riforma funzionale del

²⁷ Seduta del 27 maggio 1997, allegato n. 27, art. 84.

²⁸ Mai proposto un «Senatino», in *La Repubblica*, 29.6.1997.

²⁹ Il saliscendi della bicamerale, *Il Popolo* 28. 10. 1997.

bicameralismo. La successiva riforma costituzionale n. 3/2001 affidò proprio a questa commissione bicamerale il compito di consentire la partecipazione di rappresentanti delle Regioni, delle Province autonome e degli enti locali «sino alla revisione delle norme del titolo I della parte seconda della Costituzione». Il parere contrario della commissione bicamerale integrata su un progetto di legge riguardante le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e all'articolo 119 Cost. avrebbe reso necessaria, in deroga all'art. 64 cost., una maggioranza assoluta in assemblea.

Elia non espresse alcun giudizio su questo dispositivo della riforma del 2001, ma faceva capire nel suo intervento in assemblea che questa non poteva essere la soluzione definitiva del problema. Infatti, elogiò la convergenza bipartisan dei poli sull'idea che «modifiche nella composizione della Corte costituzionale possano dar luogo non ad elezioni di giudici da parte delle regioni o di organi interregionali, ma soltanto da un ramo del Parlamento, organo dello Stato repubblicano rappresentativo delle autonomie territoriali»³⁰.

Anche in mancanza di una ricostruzione adeguata della effettiva genealogia dell'art. 11 della l. cost. n. 3/2001, non sembra che la mancata attuazione della soluzione ivi indicata abbia destato grandi preoccupazioni in Elia. Il nuovo bicameralismo sperimentale dell'art. 11 restò certo fedele al principio della parità delle camere, ma costituì anche un «maggior ostacolo» alla realizzazione di un Senato federale³¹. Certo sembrava ambire ad un obiettivo legittimo che lo stesso Elia aveva enunciato già nel 1991: «Leggi organiche, risultanti da procedure aggravate, con interventi di una struttura rappresentativa delle regioni, dovrebbero garantire le potestà regionali contro le riappropriazioni surrettizie con legge ordinaria»³². Tuttavia, il consolidamento del sistema delle conferenze e le trasformazioni della forma di governo avevano reso una simile autoriforma difensiva del bicameralismo sempre più difficile. Dopo il fallimento di ben tre commissioni bicamerali, la prospettata «bicameralina» difficilmente avrebbe trovato la riforma definitiva del bicameralismo.

L'eliminazione della seconda camera dai circuiti della fiducia governativi nei progetti di riforma costituzionale della 14^o si presentò pertanto più come un corollario del progetto di premierato assoluto che non come una vera riforma federale. Dietro la confusa formula

³⁰ Senato della Repubblica, XIII Legislatura, Seduta (antimerid.) 8 marzo 2001, Assemblea, Resoconto stenografico, 49.

³¹ Troppi poteri per un uomo, testo inviato alla Commissione Affari costituzionali del Senato nel novembre 2003, in: *La costituzione aggredita* Bologna 2005, 77.

³² Il Senato delle Regioni, in *La Repubblica*, 28.3.1991.

della duplice rappresentazione di «Nazione» e «Repubblica», si nascose un bicameralismo asimmetrico e più che imperfetto, mescolando funzioni di rappresentanza del contraltare delle collettività territoriali e di garanzia procedurale delle autonomie, reso assurda dalla previsione e la richiesta di riesame era riservata alla maggioranza anziché all'opposizione. I colori localistici dell'elezione a Senatore, cioè la simultaneità delle elezioni senatoriali con quelle regionali e i «racordi di carattere meramente consultivo», rappresenterebbero dispositivi non idonei a trasformare il Senato in qualcosa di più di un semplice strumento di ratifica delle intese raggiunte nelle conferenze. Non rimarrebbe che puntare su una composizione mista o in chiave comparatistica, scartata la soluzione tedesca e quella statunitense-svizzera, su un federalismo austriaco o un regionalismo spagnolo rafforzato. «Se la scelta di una notevole inserzione di Senatori di origine autonomistico-territoriale riuscisse a ricondurre in area parlamentare (con la partecipazione a procedimenti legislativi) il processo di attuazione e di sviluppo del federalismo italiano, varrebbe la pena di tentare qualsiasi strada». In questa direzione si erano mosse poi le proposte della 15° legislatura, ma l'indagine conoscitiva sul titolo V della parte seconda della Costituzione nella XV legislatura ritenne di poter fare a meno di un'audizione di Leopoldo Elia.

4. *Il bicameralismo «inconcluso»*

Il contributo di Leopoldo Elia al bicameralismo italiano è stato sempre insieme conservativo ed innovativo, critico e ricostruttivo. Anche grazie a questo contributo, il bicameralismo finora sopravvive non semplicemente per le resistenze dei senatori, ma perché è imbrigliato in una serie di paradossi politici e culturali.

Il primo paradosso sta nel fatto che si è affermata una convenzione linguistica politica che parla del modello italiano come di un «bicameralismo perfetto» al fine di delegittimarlo e di propugnare, con argomenti comparatistici, un allineamento a un non meglio precisato modello di bicameralismo «imperfetto» praticato nel resto del mondo, come se il passaggio dal «perfetto» all'«imperfetto» fosse un sorta di perfezionamento. Pertanto il depotenziamento del potere delle seconde camere resta un'alternativa valida della riforma istituzionale, ma rischia di essere meramente simbolico. La parità dei poteri delle camere è esistita sempre solo sulla carta e in termini meramente formali, non avendo il Senato mai potuto disporre di una legittimazione democratica equivalente a quella della Camera nella legislazione e nel controllo.

Il secondo paradosso, di natura politica, è che il lungo dibattito sulle riforme istituzionali non ha finito per delegittimare il Senato, anzi semmai ha fatto tacere definitivamente i fautori del monocameralismo. Essendo facilmente mascherabile come «monocameralismo di fatto» orchestrato dai partiti e dal Governo, la crisi del bicameralismo ha sfinito la volontà di monocameralismo. Essendo facilmente mascherabile come «monocameralismo di fatto» orchestrato dai partiti e dal Governo, il bicameralismo attuale sopravvive allo stesso modo dell'esecutivo bicefalo. Può anche darsi che i più oggi favoriscano un bicameralismo asimmetrico, ma in realtà la parità delle funzioni non ha mai significato una simmetria di potere politico, così come anche le simmetrie del federalismo sono state sempre solo correttivi imperfetti di disequilibri insuperabili.

Il terzo paradosso, di natura culturale, è che non tanto il carattere bicamerale delle procedure di revisione costituzionale, quanto piuttosto la debolezza degli studi scientifici sull'impatto politico ed economico effettivo del bicameralismo ha contribuito alla conservazione dello *status quo*. Sappiamo davvero quanto rende ad es. il sistema delle conferenze e la Commissione bicamerale per le questioni regionali? Siamo davvero in grado di valutare le alternative istituzionali offerte dalla comparatistica? Il fallimento delle riforme non è semplicemente un fallimento dei politici, ma anche della «scienza» dei loro consulenti. Si vuole riformare, ma tuttora non si sa come.

A questo punto vale la pena di riprendere i fili storici della riflessione di Elia che ha trattato il problema sempre come una questione sia della forma di Stato, sia della forma di governo. La storia moderna insegna che una seconda camera può servire alla separazione orizzontale e verticale dei poteri, cioè allo stato di diritto e al federalismo, ma i benefici devono sempre essere proporzionati ad eventuali sacrifici in termini di democrazia e di solidarietà sociale e politica. Innanzitutto va ricordato che le seconde camere sono strumenti tipici di partecipazione istituzionale all'interno di uno stato federale, ma non *condito sine qua non* di federalismo. La seconda camera può garantire un equilibrio tra forze centripete e centrifughe, tuttavia possono esistere anche stati federali senza secondo camere (ad es. Venezuela), così come esistono anche seconde camere in stati federali che non svolgono funzioni di equilibrio effettivo, specialmente in culture di federalismo cooperativo come Austria e Svizzera³³.

La via di uscita dalla transizione italiana non è certo tracciata dalla

³³ Cfr. da ultimo la dissertazioni di G. MULERT, *Die Funktion zweiter Kammern in Bundesstaaten*, Baden-Baden, 2006; D. HARO REYES, *Die Rolle zweiter Kammern in Bundesstaaten*, Berlin, 2003.

storia, ma la consapevolezza della storia può aiutare a comprendere e soddisfare quel bisogno di stabilità che si cela dietro un diffuso sentimento di stanchezza verso le riforme istituzionali. Proprio le vicende del secondo governo Prodi e quelle attuali del terzo governo Berlusconi dimostrano che il Senato attuale gode in realtà di una legittimazione democratica inferiore rispetto a quella della Camera, vuoi per la presenza dei Senatori a vita o per la maggiore anzianità del corpo elettorale e dei senatori, vuoi per la regionalizzazione del premio di maggioranza nel suo sistema elettorale. Un'ulteriore riduzione di tale legittimazione democratica, degradando il Senato ad una sorta di consiglio federale austriaco eletto dai consigli regionali ed estraniato dal circuito della fiducia, non necessariamente porterebbe a rafforzare la Camera o i governi regionali e locali, o anche solo i consigli regionali. La democrazia rischia viceversa di essere menomata se si continua ad eleggere un Senato, privandolo poi di ogni peso sostanziale sulla forma di governo nazionale. Lo stesso rischio si corrobberebbe se si trasformasse il Senato in un organismo di rappresentanza «istituzionale» che esercitasse poteri non meramente consultivi senza dover rispondere ai cittadini. Se non si vuole abolire il bicameralismo o trasformarlo in una semplice «facciata», occorre avere sempre delle idee chiare sulla responsabilità del Senato, innanzitutto sul potere di scioglimento relativo.

Leopoldo Elia *docet* che la ricerca della riforma è anche compito dei giuscostituzionalisti, ma il compito non è solo loro e non è l'unico compito loro. Pertanto resta aperta la domanda come fare tesoro dei suoi consigli sul bicameralismo. La risposta dovrebbe ripartire dalla considerazione delle procedure, cioè dalle funzioni e non dalle strutture delle seconde camere. Se una democrazia diventata più maggioritaria cerca maggiori garanzie, la seconda camera potrebbe servire come «chambre de reflexion» non solo a prevenire arbitri del legislatore e a razionalizzare la legislazione, ma anche a valutare meglio l'indirizzo e il controllo politico. Al di là del controllo politico sugli equilibri della legislazione concorrente, la riflessione della seconda camera potrebbe quindi anche servire ad una valutazione dell'impatto della politica nazionale sulle autonomie territoriali. Nulla vieterebbe di trasferire le competenze della Commissione bicamerale per le questioni regionali alla seconda Camera. Una revisione delle procedure potrebbe promuovere inoltre nuovi strumenti di garanzia del principio della sussidiarietà, anche senza creare nuovi «vetoplayers» e senza complicare eccessivamente il processo politico.

Il sistema delle conferenze non potrà essere assorbito, ma dovrà essere integrato nel sistema bicamerale, ad es. rendendo anche la seconda Camera partecipe alle conferenze e rendendo le conferenze

partecipi ai lavori della seconda Camera. Tutto questo non necessiterebbe neppure di una riforma costituzionale, come dimostra l'istituzione del Comitato di rappresentanti delle autonomie aggregato alla nuova Commissione parlamentare bicamerale per l'attuazione del federalismo fiscale (art. 3 o. 4 legge n. 42/2009).

Fino a quando non funzionano i nuovi meccanismi di raccordo tra il parlamento nazionale e l'Unione europea previsti dal Trattato di Lisbona, né i Consigli delle Autonomie Locali previsti dalla riforma del 2001, le scelte istituzionali rischiano peraltro di essere affrettate, parziali e frammentarie. La ricerca di un «perfezionamento» del bicameralismo continuerà quindi a lungo e non è detto che finisca per renderlo imperfetto³⁴. Il cuore di Elia ha cessato di battere, ma quello della democrazia parlamentare continuerà a battere come un cuore naturale, con due camere.

³⁴ Cfr. da ultimo E. CHELI, *La riforma del Senato: il nodo della politica nazionale*, Relazione al Convegno La riforma del Senato: una nuova Seconda Camera tra unità della Repubblica e promozione delle autonomie – Firenze, Palazzo Strozzi, 27 ottobre 2008; P. MARTINO, *Seconde camere e rappresentanza politica*, Torino, 2009; B. De Maria, Il Senato nel procedimento legislativo, in: M. SCUDIERO, *Le autonomie al centro*, cit., 711 ss.; V. BALDINI, *La camera degli interessi territoriali nello stato composto*, Napoli, 2007.

*La sdrammatizzazione del potere creativo
della Corte costituzionale come discrezionalità
nella scelta dei mezzi in funzione dell'adaequatio,
negli scritti di Leopoldo Elia*

di Valeria Marcenò

SOMMARIO: 1. La giurisdizione costituzionale come «giurisdizione d'interpretazione». – 2. Il potere creativo (ma non normativo) delle decisioni costituzionali. – 3. La giurisdizione d'interpretazione (anche) per l'autorità giudiziaria. Oltre la dicotomia accoglimento-rigetto. – 3.1.1. Verso la immediata applicabilità delle disposizioni costituzionali. La vincolatività *erga omnes* delle sentenze costituzionali, anche di quelle interpretative di rigetto. – 3.1.2. Verso la immediata applicabilità delle disposizioni costituzionali. Il modello della «doppia pronuncia». – 3.2.1. Il rapporto Corte costituzionale e potere giudiziario nella fase della immediata applicabilità delle disposizioni costituzionali. La «continuità» tra sentenze interpretative di rigetto e sentenze additive. – 4. Il potere creativo della Corte e i suoi limiti: il vincolo testuale e il limite della controllabilità delle argomentazioni. – 5. Un approccio agli studi che ritorna.

1. *La giurisdizione costituzionale come «giurisdizione d'interpretazione»*

Non si può comprendere nella sua interezza il pensiero di Leopoldo Elia sulla giustizia costituzionale se non si legano insieme due temi a lui cari: la concezione della giustizia costituzionale come giurisdizione d'interpretazione e la non-drammatizzazione della questione della natura creativa delle decisioni costituzionali. Il suo primo scritto in materia, infatti, così concludeva alcune considerazioni sulla vincolatività *erga omnes* delle pronunce costituzionali: «le considerazioni appena accennate possono valere come stimolo a rimeditare sulla drasticità di certi dinieghi dottrinali» – il riferimento era alla negazione del potere creativo della Corte – «è possibile, mi domando, per chi ammetta che il giudizio di costituzionalità si può svolgere anche su norme oltre che su testi, negare che la giurisdizione costituzionale di garanzia in tanto può riuscire in quanto sia anche, in certa misura, giurisdizione d'interpretazione?»¹.

¹ L. ELIA, *Sentenze «interpretative» di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, in *Giur. cost.*, 1966, 1723.

L'accettazione della distinzione crisafulliana tra disposizione e norma – giustificatrice delle decisioni costituzionali interpretative² – alimentava, infatti, in Elia il convincimento che, nonostante gli intenti dei Costituenti, il modello kelseniano di giurisdizione costituzionale di «amputazione» fosse inaccettabile e il distacco da questa concezione inevitabile. L'inaccettabilità del modello stava in ciò: come egli diceva, «far operare un giudice kelseniano in una costituzione non kelseniana» – e la non-kelsenianità della nostra Costituzione discende dal suo carattere analitico e dalla attenzione che essa dedica ai singoli diritti sociali – «può dar luogo a risultati che Kelsen non voleva, perché tutta una serie di clausole generali e di indirizzi programmatici della Costituzione possono allargare il potere della Corte e renderla mediatrice di interessi e conflitti sociali»³. L'inevitabilità dell'abbandono dell'idea di giustizia costituzionale come *contrarius actus*, come legislazione negativa, come annullamento puro e semplice, era, per Elia, sostanzialmente implicata nel ruolo, riconosciuto alla Corte, di adeguamento del complesso normativo alle disposizioni costituzionali⁴, di interprete finale del testo costituzionale⁵. Verrebbe da dire che se nella visione della giustizia costituzionale di Elia sia da ricercare un momento unitario, diacronicamente consolidato, questo sarebbe rappresentato dalla finalità cui l'intero arco di attività della giurisprudenza costituzionale è orientato: asserire non la superiorità della Corte costituzionale sugli altri poteri dello stato (in particolare sul legislatore), ma riaffermare, attraverso le pronunce costituzionali, «la superiorità della legge fondamentale sulle leggi ordinarie, del potere originario del popolo intero sul potere derivato del legislatore, delle assemblee politiche, delle

² V. CRISAFULLI, *Le sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milano, Giuffrè, 1969.

³ L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. BARILE, E. CHELI e GRASSI S. (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, il Mulino, 1982, 524.

⁴ Sulla *adaequatio* del complesso normativo ai principi costituzionali come finalità essenziale della giustizia costituzionale Elia ritorna in numerosi suoi scritti: *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81 - luglio 85)*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, Cedam, 1985, 307; *Il giudice delle leggi nello stato sociale*, in G.M. AMBROSO e G. FALCUCCI (a cura di), *Lavoro. La giurisprudenza costituzionale 1956-1986*, Roma, Istituto pol. e zecca dello Stato, 1987, 5; *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, in *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà tenutosi a Ferrara 10 - 12 ottobre 1985, Padova, Cedam, 1988, 217 ss.; *Modeste proposte di segnaletica giurisprudenziale*, in *Giur. cost.*, 2002, 3688 ss.

⁵ L. ELIA, *Sentenze «interpretative» di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, cit., 1723.

maggioranze di tempo in tempo prevalenti»⁶. L'attività svolta dalla Corte, sia nella fase iniziale della c.d. grande supplenza, contraddistinta dalla purificazione della legislazione pre-repubblicana, sia nella successiva fase della c.d. supplenza di dettaglio⁷, è espressione, secondo Elia, della preoccupazione di cui il giudice delle leggi era gravato. L'onnipotenza parlamentare prima e l'inerzia (o la lentezza) del legislatore, poi, chiudevano la Corte tra l'esigenza di controllare la legittimità costituzionale di leggi adottate prima e oltre la cornice costituzionale (il riferimento è alla legislazione prefascista e fascista), e l'esigenza di dare attuazione alla carta costituzionale, ad essa adeguando la legislazione ordinaria (il riferimento è alle omissioni del legislatore). Una morsa che giustifica l'affermazione di inadeguatezza della giurisdizione costituzionale come mera caducazione di norme, non trattandosi, sottolineava Elia, «solo di evitare dei vuoti, ma piuttosto di evitare risultati di incostituzionalità peggiori di quelli di partenza... come non può applicare norme di cui sospetta la incostituzionalità, così la Corte non può correre il rischio di creare situazioni di incostituzionalità peggiori di quelle precedenti al suo intervento»⁸.

2. *Il potere creativo (ma non normativo) delle decisioni costituzionali*

È in questo contesto che affonda le proprie radici la posizione di Elia sul potere normativo della Corte costituzionale, o meglio – parafrasando il titolo di un suo saggio⁹ – sul potere creativo della Corte

⁶ L. ELIA, *L'esperienza italiana della giustizia costituzionale. Alcuni nodi critici*, in M. OLIVETTI e T. GROPPi (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, Giuffrè, 2003, 147.

⁷ «Si è infatti parlato di supplenza in generale per il periodo aureo della giurisprudenza della Corte, in cui questa faceva cadere molti tratti della legislazione fascista e prefascista, riparando ad omissioni storiche del Parlamento e della Magistratura; e qui supplenza era intesa in senso atecnico, volendosi dire che la Corte esercitava poteri sicuramente suoi, mentre faceva opera che altri organi, dotati di diversi poteri, avevano trascurato di compiere. Con lo stesso termine si alludeva però anche ad interventi della Corte attuativi della Costituzione ma con tipi di pronunce... non previste dalla normativa della giustizia costituzionale. È evidente che questo più problematico tipo di supplenza non solo si è giovato per il suo affermarsi della iniziale indistinzione dalla supplenza nel primo senso (o, *rectius*, dell'emergere nella sua scia), ma è anche apparso come rimedio meramente tecnico e strumentale per conseguire, con mezzi differenti dagli esiti caducatori (e tuttavia convergenti con essi), il fine indeclinabile dell'adequato a Costituzione» (L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 306-307).

⁸ L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., 527.

⁹ L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, cit., 217 ss.

costituzionale. Ciò che è interessante rilevare è che la natura creativa delle pronunce costituzionali non costituiva per Elia un «dramma», un problema da arginare. Si tratta però di comprendere cosa Elia intendesse per creatività delle decisioni costituzionali, che incidenza questa creatività avesse anche nei confronti del potere giudiziario e che limiti eventualmente incontrasse.

Tre sono i passaggi attraverso i quali è possibile sintetizzare il suo percorso argomentativo.

1. 'Creativo' e non 'innovativo' è l'aggettivo che più correttamente permette di qualificare il potere esercitato dalla Corte costituzionale. Elia fu categorico nel marcare la distinzione tra sentenze costituzionali e fonti legislative, e tale distinzione passava per il tramite anche del rigore con cui prediligeva una formula piuttosto che un'altra, invitando a evitarne la fungibilità¹⁰. Solo la prima formula, infatti, e non la seconda, impediva di incorrere nella «facile assimilazione tra attività creatrice di norme o concreatrice di normative (insieme ad altri atti e ad altre fonti) e legislazione in senso proprio»¹¹. Il riconoscimento alle decisioni costituzionali di una natura creativa non avrebbe comportato – come invece alcuni argomentavano [Pizzorusso, Sandulli] – la loro assimilazione alla legge, e quindi il loro inserimento nella categoria delle fonti di produzione del diritto. Se dal punto di vista teorico – qui riprendendo una classica distinzione di Crisafulli¹² – poteva anche ammettersi che «talune sentenze, specialmente quelle additive, immett[essero] nell'ordinamento giuridico qualche cosa di nuovo, fac[essero] veramente opera creativa, ...dal punto di vista del diritto positivo italiano, della qualificazione delle fonti come è nel diritto positivo italiano, non si [poteva] accettare – anche nelle sentenze additive – che si tratt[asse] di vere e proprie fonti legislative»¹³. E ciò – spiega Elia – doveva valere anche per le sentenze di accoglimento semplice, ossia per quella categoria di decisioni per la quale la tesi della assimilazione era stata elaborata. Le affermazioni per cui

¹⁰ «Io non credo che questa riluttanza a fare proprio il «salto all'assimilazione» (sentenza delle corti=legge ordinaria) sia un effetto per così dire di *pruderie*... Qui non si tratta, io credo, di apparire in vesti dimesse per fare più tranquillamente o più in penombra opera innovativa e creativa, credo che questa riluttanza corrisponda proprio a una preoccupazione dottrinale e di sistema per situare in tutta la sua difficoltà e complessità le sentenze della corte, anche quelle di accoglimento, nell'intero sistema degli ordinamenti continentali» (L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, cit., 221-222).

¹¹ L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, cit., 217.

¹² V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1970, I, 43.

¹³ L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, cit., 221.

esse presentavano la forma del mero *contrarius actus*, che erano simili alla legge abrogativa, e che operavano in un quadro di successione di fonti nel tempo non erano ammissibili. Tali pronunce contenevano al contrario sempre (almeno) un risvolto: quello di «condizionare il legislatore perché non riproduc[esse], perché non ricorr[esse] a valutazioni o a scelte che in qualche modo po[tessero] mettere in gioco i valori di costituzionalità presupposti dalla sentenza di accoglimento»¹⁴, così ponendosi a un livello superiore a quello della pura e semplice legislazione ordinaria.

2. Il concetto di ‘creatività’ cui Elia faceva riferimento sembra avvicinarsi molto a quello di ‘discrezionalità amministrativa’. Non si trattava di una creatività *ex nihilo*, tipica della legislazione, ma di una creatività strumentale, condizionata alla adeguazione del diritto legislativo alla Costituzione¹⁵: «questa tensione all’adeguazione alla costituzione del diritto legislativo», spiegava Elia, «è il dato costante che unifica e che qualifica la creatività [delle pronunce costituzionali], è una creatività in qualche modo subordinata e strumentale perché tende a raggiungere questo obiettivo dell’*adaequatio*»¹⁶. Il fine da perseguire è certo e pre-definito (l’adeguamento); i mezzi attraverso i quali conseguire l’obiettivo, rimessi alla libera determinazione del soggetto che opera.

3. Definita la natura creativa della giurisprudenza costituzionale, attraverso l’argomento per genere e differenza rispetto alla legislazione e l’argomento teleologico, Elia rinveniva tale carattere in due momenti dell’attività della Corte:

a. in quello della «interpretazione delle norme che devono essere poste a raffronto», della «individuazione del diritto costituzionale vivente che deve funzionare da parametro nel giudizio di costituzionalità»¹⁷. La descrizione che delle disposizioni costituzionali fu fatta come «gloriose ambiguità»¹⁸ non stupiva infatti Elia: era proprio il carattere aperto dei loro contenuti che rendeva «possibile un continuo dinamico adattamento delle dottrine costituzionali inteso a rispondere ai bisogni di una libera pluralistica società in continua evoluzione»¹⁹;

¹⁴ *Ivi*, 220.

¹⁵ *Ivi*, 224.

¹⁶ *Ivi*, 225.

¹⁷ *Ivi*, 222.

¹⁸ L’affermazione era di un giudice americano in riferimento alle formule del *Bill of rights*.

¹⁹ «La precisione, se ha un posto d’onore nella redazione di ordinanze urbane,

b. in quello della determinazione «del contenuto delle sentenze nel dispositivo e nella motivazione»²⁰: le decisioni costituzionali, anche quelle di mero accoglimento, producevano elementi normativi, «originali schemi di giudizio», nel senso che, attraverso la scelta del dispositivo e delle argomentazioni poste a fondamento della motivazione, la Corte produceva ora un modello ora un vincolo/condizionamento non solo per il legislatore (come è ovvio), ma anche, nella visione di Elia, per il giudice. Le pronunce costituzionali, tutte le pronunce costituzionali – in ciò sta l'interessante posizione di Elia nella costruzione del rapporto tra Corte e altri poteri giudiziari –, prevedono, implicitamente o esplicitamente, condizionamenti per la futura condotta, nel senso della conformità a Costituzione, *anche* dell'autorità giudiziaria.

3. *La giurisdizione d'interpretazione come condizionamento (anche per l'autorità giudiziaria. Oltre la dicotomia accoglimento-rigetto*

L'adeguamento «ad ogni costo» della legislazione ordinaria alla Costituzione (il c.d. «favor Constitutionis»)²¹ e la inevitabile supplenza della Corte (quale rimedio alla onnipotenza o alla inerzia/lentezza del legislatore) sono i fattori che, nel pensiero di Elia, hanno contribuito ad aprire il dialogo con le altre autorità giudiziarie, nel senso di cercare una collaborazione finalizzata proprio alla *adaequatio*: «ad attuare la Costituzione era obbligato non solo il legislatore (ritenuto fino allora unico vero destinatario delle sue norme), ma anche, in base alle sentenze di accoglimento della Corte, il giudice e ogni altro operatore del diritto»²².

Così come l'attività della Corte costituzionale può essere periodicizzata, nel suo rapporto con il legislatore, nelle due fasi della «grande supplenza» e della «supplenza di dettaglio», allo stesso modo l'attività della Corte nel suo rapporto con il potere giudiziario può essere sintetizzata in due momenti: quello, immediatamente a ridosso della operatività dell'organo costituzionale, caratterizzato dalla

sarebbe una condanna a morte per una costituzione vivente» (L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, cit., 223).

²⁰ L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, cit., 224.

²¹ Nel senso che «meglio se avviene per tempestivi interventi del legislatore, ma, in subordine, non può essere esclusa l'integrazione-adequazione mediante pronuncia della Corte anche ad effetto non caducatorio» (L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 306).

²² L. ELIA, *Discorso in occasione del sessantesimo anniversario della Costituzione della Repubblica italiana*, Roma, Palazzo della Consulta, 19 febbraio 2008.

opposizione dell'idea della natura non meramente programmatica delle disposizioni costituzionali alla diffusa diffidenza verso il testo costituzionale; e quello, una volta assodata la natura immediatamente precettiva di tutte le disposizioni costituzionali, caratterizzato dall'invito esplicito ai giudici di dare interpretazioni conformi a Costituzione.

Una periodicizzazione che, pur nella sua semplicità e propensione semplificatrice – e, come lo stesso Elia diceva in merito alle periodizzazioni, certamente suscettibile di essere «discutibile, come tutte le scansioni di un ciclo che affianca momenti di continuità a momenti di discontinuità/novità»²³ –, consente di mettere in evidenza l'inadeguatezza «originaria» della concezione della giustizia costituzionale come giurisdizione d'amputazione anche nel suo rapporto con il potere giudiziario; di spiegare l'altrettanto evidente inadeguatezza della originaria dicotomia decisione di accoglimento-decisione di rigetto, volta a ridurre l'attività della Corte costituzionale «ad una serie di interventi puntuali riferibili ad una sommaria contrapposizione di “vuoti” e di “pieni”»²⁴; e, quindi, di comprendere la valorizzazione, per Elia, del «posto»²⁵, tra le decisioni costituzionali, delle pronunce interpretative, prima, e di quelle additive, poi.

3.1.1. *Verso la immediata applicabilità delle disposizioni costituzionali. La vincolatività erga omnes delle sentenze costituzionali, anche di quelle interpretative di rigetto*

I primi scritti di Elia in tema di giustizia costituzionale risalgono al periodo conosciuto come «guerra tra le Corti», al periodo del «separatismo» tra l'interpretazione delle norme costituzionali riservata alla Corte costituzionale e il compito di nomofilachia rispetto a tutte le norme diverse da quelle costituzionali riconosciuto alla Corte di cassazione dall'art. 65 dell'ordinamento giudiziario.

Alla diffidenza non solo verso la Corte costituzionale, ma anche verso il testo costituzionale (nel senso, come abbiamo detto, della difficoltà da parte dei giudici ad annoverarlo tra i parametri normativi per la risoluzione delle controversie), seguiva un atteggiamento dei

²³ L. ELIA, *Diritto costituzionale*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Messina-Taormina 3-8 novembre 1981, Milano, Giuffrè, 1982, 357.

²⁴ L. ELIA, *Recensione* a M. CAPPELLETTI, *Il controllo di costituzionalità sulle leggi nel diritto comparato*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, 112.

²⁵ L'espressione si deve a M. DOGLIANI, *Il «posto» del diritto costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1, 1993, 525 ss.

giudici di «resistenza-ribellione in sede applicativa delle... sentenze» costituzionali²⁶.

Lo scontro avveniva su un tema di non poco rilievo per la giustizia costituzionale: gli effetti delle pronunce di mero accoglimento nei casi concreti²⁷. Alla interpretazione del combinato disposto degli artt. 136 cost. e 30 l. n. 87 del 1953 offerta dalla Corte costituzionale nel senso della retroattività, la Corte di cassazione opponeva – almeno nel settore processualpenalistico – quella del principio del *tempus regit actum*, ritenendo che sostenere al contrario l'efficacia retroattiva della dichiarazione di incostituzionalità, «o meglio, ... l'effetto di annullamento realizzato in tutta la sua estensione, [avrebbe potuto] incidere anche sull'attività già compiuta in sede di giudizi comuni»²⁸.

È questo atteggiamento di «resistenza» alle interpretazioni delle disposizioni costituzionali suggerite dalla Corte che permette di spiegare la posizione di Elia in favore della vincolatività delle pronunce costituzionali, della immediata applicabilità da parte di tutti i giudici (e, quindi, non del solo giudice *a quo*) di tutte le statuizioni contenute nelle decisioni costituzionali. Il riconoscimento di una natura immediatamente precettiva alle disposizioni costituzionali passava per il tramite delle pronunce costituzionali, che assumevano – ecco un momento della creatività secondo Elia – la funzione di modello, di vincolo, di condizionamento *anche* per l'autorità giudiziaria: l'interpretazione delle disposizioni costituzionali offerta dalla Corte nelle sue pronunce, qualunque fosse la tipologia adottata, rappresentava un limite al potere interpretativo di *tutti* i giudici, un limite – è questo

²⁶ L. ELIA, *Quattro note sulla Corte costituzionale*, in *Politica del diritto*, 3, 1971, 278.

²⁷ L'occasione per la discussione del tema fu la sent. n. 127 del 1966, una sentenza interpretativa di rigetto (interpretativa delle norme costituzionali sugli effetti retroattivi delle pronunce della Corte), con la quale la Corte argomentò la coincidenza tra i significati sottesi alle disposizioni in oggetto, affermando che l'art. 136 «stabilisce, in linea generale ed obiettiva, quale sia la conseguenza nell'ordinamento della pronuncia di incostituzionalità»; l'art. 30 «ne precisa gli effetti nel processo in corso, ai fini della disapplicazione conseguente alla dichiarata illegittimità». L'interesse di Elia per questa pronuncia – e per le altre che seguirono (sentt. nn.49 del 1970 e 62 del 1971) – dipese dalla consapevolezza di essere di fronte a un problema d'interpretazione di norme costituzionali «incidente non tanto sulla validità di disposizioni di legge ordinaria, quanto sull'applicazione nei casi concreti, e ad opera di giudici comuni, delle conseguenze discendenti dalla pronunce del Supremo giudice costituzionale» (L. ELIA, *Sentenze «interpretative» di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, cit., 1717). Per i commenti alle altre sentenze citate, v. ID., *La Corte ha chiuso un occhio (e forse tutti e due)*, *Giur. cost.*, 1970, 946 ss., e ID., *Quattro note sulla Corte costituzionale*, cit., 277 ss.

²⁸ L. ELIA, *La Corte ha chiuso un occhio (e forse tutti e due)*, cit., 953.

il punto – alla libertà interpretativa *contra constitutionem* del potere giudiziario.

Dalle sentenze di accoglimento parziale derivava, quindi, per ciascuna autorità giudiziaria che ne fosse venuta a conoscenza, non solo l'obbligo immediato di non dare applicazione alla disposizione legislativa dichiarata incostituzionale, ma altresì «l'obbligo di non interpretare il sistema “depurato” arrivando alle stesse conclusioni di cui al testo o alla norma privati di efficacia»²⁹.

Dalle sentenze interpretative di rigetto discendeva quello che Elia chiamava il «vincolo di contenuto alternativo»³⁰: ottemperare alla interpretazione adeguatrice suggerita dalla Corte o risolleverla la questione di legittimità costituzionale, essendo inibita a ciascun giudice sia la reiezione per manifesta infondatezza della questione, sia il ricorso a una interpretazione diversa da quella individuata dalla Corte³¹.

A fondamento di questo convincimento Elia poneva argomenti sia di natura testuale che sostanziale. Il vincolo relativo alle sentenze interpretative di rigetto discendeva dal modo in cui l'art. 1 l.c. n. 1 del 1948 configura il potere-dovere del giudice di sollevare la questione di legittimità costituzionale; il vincolo relativo alle sentenze di accoglimento, dal divieto di applicazione della norma dichiarata incostituzionale *ex art. 30 l. n. 87 del 1953 e art. 136 cost.* Qualora poi tali dati testuali fossero apparsi manchevoli o addirittura inesistenti, sussisteva per Elia un argomento incontestabile: che a ragionare diversamente, ossia a ostinarsi a rifiutare la sussistenza del vincolo interpretativo (nelle due versioni) per i giudici, si sarebbe potuti giungere allo «svuotamento del sistema di garanzie fondato sulla Corte»³².

²⁹ L. ELIA, *Sentenze «interpretative» di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, cit., 1719.

³⁰ *Ivi.*

³¹ Secondo Elia il vincolo di contenuto alternativo (sottoposizione o riproposizione) al quale il giudice era soggetto presentava un diverso equilibrio interno a seconda che la sentenza della Corte fosse interpretativa di una norma costituzionale o soltanto di un precetto contenuto in legge ordinaria. Nel primo caso «il giudice sarà indotto di regola ad adeguarsi senz'altro alla «lettura» della norma così come l'ha effettuata la Corte, mentre del tutto eccezionale risulterà la riproposizione della *quaestio*; nel secondo, specialmente se apparirà meno chiara la natura, anziché adeguatrice, meramente correttiva, della interpretazione posta a base della pronuncia, la questione di costituzionalità potrà essere riproposta con maggiore frequenza» (Id., *Sentenze «interpretative» di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, cit., 1720).

³² E non sarebbe questo, secondo Elia, un «ragionare per inconvenienti; ma solo in obbedienza alle premesse logiche-giuridiche (non puramente logiche) del nostro garantismo. È, insomma, lo stesso modo di ragionare che ha determinato l'abbandono, restando i dati testuali perfettamente identici, della dottrina secondo la quale le sentenze di accoglimento sarebbero state prive di qualsiasi efficacia «retroattiva». Si è mutata, non senza fatica, l'interpretazione dell'art. 136 Cost., non in base a sem-

Un convincimento che, è bene sottolineare sin d'ora, non rimase ancorato a questa particolare fase storica, essendo ripreso e ribadito dallo stesso Elia anche in tempi più recenti³³, quando la guerra tra le corti era certamente superata.

3.1.2. *Verso la immediata applicabilità delle disposizioni costituzionali. Il modello della «doppia pronuncia»*

La consapevolezza del fatto che il dialogo avveniva con un potere dello stato restio ad accettare l'idea della immediata vincolatività delle disposizioni costituzionali indusse Elia (insieme a Conso³⁴) a elaborare il modello di pronuncia costituzionale conosciuto come «doppia pronuncia», quel modello che si fondava su «il carattere reversibile delle sentenze interpretative di rigetto al fine della loro trasformazione in sentenze di accoglimento dello stesso tipo»³⁵. Se le sentenze interpretative di rigetto permettevano di evitare, come è intuitivo, lo scontro con il Parlamento, tuttavia non escludevano quello con l'autorità giudiziaria, alla quale – rilevava Elia – riusciva «meno sgradita la figura del giudice costituzionale-legislatore di quella del supergiudice»³⁶, essendo il giudice comune maggiormente «disposto a lasciarsi vincolare, diciamo, dalla dichiarazione di illegittimità, [e] ... meno disposto a lasciarsi vincolare dall'interpretazione della Corte costituzionale»³⁷. Le sentenze interpretative di accoglimento, invece, avrebbero costituito lo strumento ideale affinché la Corte evitasse, al contempo, di urtare frontalmente il potere legislativo e il potere giudiziario, facendo «passare in prima linea la dichiarazione di illegittimità e [tenendo], direi, un po' in seconda linea l'elemento dissociativo, che si fonda sulla dissociazione tra testo e norma, e che è l'elemento essenziale di partenza di ogni tipo di sentenza interpretativa»³⁸. In questo senso si comprendono le affermazioni di Elia con le quali descriveva le sentenze interpretative di accoglimento: la via originale ita-

plici «inconvenienti», ma alla impossibilità stessa di far funzionare il sistema» (L. ELIA, *Sentenze «interpretative» di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, cit., 1721).

³³ L. ELIA, *Gli inganni della ambivalenza sintattica*, in *Giur. cost.*, 2002, 1049 ss.

³⁴ G. CONSO, *La «doppia pronuncia» sulle garanzie della difesa nell'istruzione sommaria: struttura e difesa*, in *Giur. cost.*, 1965, 1129 ss.

³⁵ L. ELIA, *Sentenze «interpretative» di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, cit., 1722.

³⁶ L. ELIA, *La Corte ha chiuso un occhio (e forse tutti e due)*, cit., 953.

³⁷ L. ELIA, *Intervento*, in *La Corte costituzionale: interpretazione e difesa della Costituzione*, cit., 191.

³⁸ L. ELIA, *Intervento*, in *La Corte costituzionale: interpretazione e difesa della Costituzione*, cit., 191.

liana alla certezza costituzionale³⁹, un «autarchico surrogato dello “stare decisis” di nordatlantica esperienza»⁴⁰. E in questo senso si spiega la convinzione in virtù della quale si sarebbe assistito a una progressiva riduzione del numero delle sentenze interpretative di rigetto a favore di quelle di accoglimento⁴¹.

3.2.1. *Il rapporto Corte costituzionale e potere giudiziario nella fase della immediata applicabilità delle disposizioni costituzionali. La «continuità» tra sentenze interpretative di rigetto e sentenze additive*

L'atteggiamento di Elia – e quindi il modo di concepire le decisioni costituzionali quali strumenti di dialogo con il potere giudiziario – assume vesti diverse nel momento in cui muta il quadro storico di riferimento. Il «crescere, nella giurisprudenza del giudice non costituzionale, di una tendenza a recepire i valori della Costituzione, senza rimettere gli atti alla Corte per una vera e propria questione di costituzionalità»⁴² – ossia, l'affermarsi della immediata applicabilità delle disposizioni costituzionali – comporta l'inserimento *pleno iure* del potere giudiziario nel circuito volto alla *adaequatio*. L'autorità giudiziaria non può più sottrarsi al ruolo di interprete delle disposizioni legislative in conformità alla Carta costituzionale; la funzione interpretativa non può più essere demandata alla sola Corte. Ne consegue un naturale affievolimento del precedente interesse verso le sentenze interpretative di accoglimento, cui corrisponde uno speculare accrescimento del favore accordato a quelle di rigetto dello stesso tipo: la rinnovata consapevolezza del ruolo che queste ultime possono svolgere nel processo di conformazione del diritto legislativo ai principi e alle regole costituzionali opera nel senso del loro consolidamento in seno alle pronunce costituzionali.

In due note a sentenza relativamente recenti⁴³, Elia sembra infatti

³⁹ L. ELIA, *Sentenze «interpretative» di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, cit., 1722.

⁴⁰ L. ELIA, *Recensione*, cit., 112.

⁴¹ «Io penso che questa creazione pretoria farà sì che, in sostanza, in futuro le sentenze interpretative di rigetto siano sempre più recessive ed in numero minore e che le tre scelte della Corte costituzionale si aggireranno tra sentenza di rigetto, sentenza di accoglimento *tout court*, sentenza interpretativa di accoglimento» (L. ELIA, *Intervento*, in *La Corte costituzionale: interpretazione e difesa della Costituzione*, cit., 191).

⁴² L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., 532.

⁴³ L. ELIA, *Gli inganni della ambivalenza sintattica*, cit., 1049 ss.; ID., *Modeste proposte di segnaletica giurisprudenziale*, cit., 3688 ss.

ribadire quanto aveva già affermato nei suoi scritti a cavallo tra la fine degli anni sessanta e i primi anni del settanta:

1. l'apprezzamento delle sentenze interpretative di rigetto trova giustificazione nel fatto che esse si pongono come «un metodo *soft*, che risponde a criteri di economia (le sentenze di accoglimento come *extrema ratio*), che valorizza, mediante l'interpretazione adeguatrice, il principio di superiorità della Costituzione rispetto alle fonti primarie, imponendo di scegliere fra più soluzioni astrattamente possibili quella che pone la legge al riparo da vizi di legittimità costituzionale»⁴⁴;

2. il concetto di «soluzione interpretativa» della disposizione impugnata offerta nelle sentenze interpretative di rigetto include sia l'ipotesi più ristretta di «rilettura» della disposizione impugnata, sia quella più ampia di «innesto di valenze additive»⁴⁵;

3. queste pronunce – con le quali la Corte invita i giudici comuni a sperimentare le proprie capacità interpretative al fine di trarne significati conformi a Costituzione – rappresentano modelli e contengono condizionamenti e vincoli per l'intervento dell'autorità giudiziaria sollecitato dalla Corte: «modelli di regola accettati e utilizzati per future interpretazioni compatibili con la Costituzione elaborate allo stato diffuso»⁴⁶.

Elia torna a occuparsi anche di «una [sua] vecchia idea»⁴⁷: la vincolatività *erga omnes* delle sentenze interpretative di rigetto. In dissonanza con l'opinione in dottrina prevalente, in virtù della quale le sentenze interpretative di rigetto avrebbero efficacia nei confronti del solo giudice *a quo*, la Corte, secondo Elia, quando interpreta una disposizione costituzionale, vincola tutti i giudici, dalla Cassazione ai giudici di merito, pur se tale interpretazione è posta a oggetto di una pronuncia interpretativa di rigetto.

Un tema vecchio che però si inserisce in un contesto nuovo: quello in cui il giudice *deve* optare per la soluzione interpretativa conforme a Costituzione. Se, quindi, nella prima fase della periodicizzazione qui proposta, la salvaguardia del rapporto tra Corte costituzionale e potere giudiziario, sempre in un contesto finalizzato alla *adaequatio*, induceva a mettere in secondo piano il momento interpretativo, in questa seconda fase, caratterizzata dalla consapevolezza del ruolo del giudice al fine della stessa *adaequatio*, il momento interpretativo – attraverso l'interpretazione adeguatrice, la cui adozione da parte della

⁴⁴ L. ELIA, *Modeste proposte di segnaletica giurisprudenziale*, cit., 3689.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ L. ELIA, *Modeste proposte di segnaletica giurisprudenziale*, cit., 3689.

⁴⁷ L. ELIA, *Gli inganni della ambivalenza sintattica*, cit., 1051.

Corte implica sostanzialmente l'incostituzionalità della disposizione, salvata dalla possibilità che ne sia tratta l'interpretazione indicata dalla Corte medesima – non può rimanere «in sordina». La natura interpretativa della decisione deve essere, secondo Elia, denunciata sin dal dispositivo, per il quale la formulazione «nei sensi di cui in motivazione» non è un mero orpello, ma un elemento essenziale a garantire chiarezza nella comunicazione tra gli organi. Sostiene Elia: «una volta respinta la prima opzione [sentenza di accoglimento] conviene non indulgere troppo alla distinzione tra interpretativa di rigetto col segnale («nei sensi ...») e decisione di non fondatezza secca ma con l'interpretazione tenuta tra le quinte»⁴⁸.

L'ammissibilità «senza eccessivi traumi»⁴⁹ delle sentenze creative trovava, secondo Elia, soprattutto ragioni di tipo «strutturale». Sia le sentenze interpretative di rigetto (particolarmente quelle a valenza additiva), sia le sentenze di accoglimento additivo fungevano da «ponte»⁵⁰ per realizzare, dinanzi alle omissioni del legislatore, la Costituzione. Pur senza spingersi fino a parlare di piena fungibilità, Elia rinveniva tra le due tipologie una profonda affinità: per quanto alle sentenze additive dovesse ricorrersi solo quando non fosse possibile eliminare l'accertata incostituzionalità per via di estensione analogica, «una sentenza di rigetto fondata su una interpretazione “adeguatrice” o conforme alla Costituzione, che comporti ricomprensione di casi considerati affini nella disposizione impugnata, non varia molto, quanto a contenuto e ad effetti (specie se si tratta di interpretazione assunta in “diritto vivente»), rispetto ad una pronuncia di accoglimento additivo»⁵¹. Entrambe presentano un certo grado di creatività⁵². Anzi: le pronunce di rigetto a valenza additiva avrebbero potuto offrire, secondo Elia, «spazi di scelta meno condizionati dalla testualità “rovesciata” dei dispositivi che concludono le sentenze di accoglimento additivo»⁵³ (come a dire che, pur nella consapevolezza della differenza esistente nella estensione dei vincoli rispetto a giudici diversi dal giudice *a quo*, le

⁴⁸ L. ELIA, *Modeste proposte di segnaletica giurisprudenziale*, cit., 3690.

⁴⁹ L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 307.

⁵⁰ L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 305. Espressione analoga si trova in L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., 531 («le additive... hanno costituito un ponte per far passare la costituzione e farla entrare in territori che non erano stati raggiunti dalla forza delle norme costituzionali»).

⁵¹ L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 307.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ivi*, 308.

interpretative di rigetto potrebbero essere più «creative» di quelle additive).

Traspare dal rilievo della descritta contiguità tra i due tipi di pronuncia il concetto di creatività elaborato da Elia e qui avvicinato a quello di «discrezionalità»: se il fine delle pronunce costituzionali è obbligato, essendo esse volte all'adeguamento, i mezzi cui la Corte può ricorrere sono rimessi alla sua valutazione. Sosteneva Elia: «quanto al contenuto e al *quomodo* le rime debbono baciarsi per predestinazione; ma resta l'*an*» – il se e quale tipologia decisoria adottare –. «È qui che si concentra il maggior potenziale di scelta», ed è ciò che caratterizza «in senso più originale l'esperienza delle sentenze creative»⁵⁴.

4. *Il potere creativo della Corte e i suoi limiti: il vincolo testuale e il limite della controllabilità delle argomentazioni*

Le esigenze di adeguamento della legislazione ordinaria alla Costituzione e la consapevolezza della inerzia/lentezza del legislatore hanno indotto la Corte a impostare il dialogo con il potere giudiziario, in una prima fase, intorno alla necessità di considerare il testo costituzionale immediatamente precettivo e, in una seconda fase, di dare delle disposizioni legislative interpretazioni conformi alla Costituzione, coinvolgendolo così a pieno titolo nel circuito istituzionale finalizzato alla *adaequatio*. Nell'ambito di questo quadro trovano spiegazione, secondo Elia, il ricorso a tecniche decisorie che tengano in considerazione non solo il rapporto con il legislatore, ma anche quello con il potere giudiziario; l'invito costante alla autonoma ricerca della interpretazione adeguatrice; il ricorso, da parte della Corte, a un metodo «non formalistico» nella valutazione dei requisiti delle ordinanze di remissione, sopperendo essa con interventi integrativi a eventuali carenze nella formulazione della *quaestio*⁵⁵.

Le argomentazioni poste a fondamento della (si potrebbe dire) «naturale» creatività – nei termini esposti – delle decisioni costituzionali non sono però portate da Elia fino alle estreme conseguenze. L'applicazione allo studio delle decisioni costituzionali della già ricordata distinzione tra punto di vista teoretico e punto di vista giuridico muove in Elia una domanda: se ritenere che il potere creativo della Corte sia qualcosa di diverso dal potere legislativo «non

⁵⁴ *Ivi*, 323-324.

⁵⁵ L. ELIA, *Considerazioni sul tema*, in *Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale*, Atti del seminario svoltosi a Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989, Milano, Giuffrè, 1990, 96.

comporti il riconoscimento di una produzione normativa di tipo giurisprudenziale che sfugge, sempre che siano rispettati taluni limiti, alle regole ed ai condizionamenti cui è sottoposta la funzione legislativa in senso proprio»⁵⁶.

Dagli scritti di Elia non sembrano potersi trarre considerazioni sulla sua posizione in tema di teoria della interpretazione. Ciò che appare con certezza è che il potere creativo della Corte costituzionale non ne implicava un esercizio illimitato. «Le corti» – dice Elia – vivono anche di questa dialettica tra la potenzialità di poter giungere a risultati molto lontani da quelli che erano stati immaginati dai padri fondatori e la tensione a contenere nei limiti – con un ancoraggio di saggezza e di collegamento alla volontà non effimera – questa potenzialità che deriva dalla ultimità del loro intervento. ... le corti costituzionali possono avere veramente – ed hanno – l'ultima parola, ma questo non le autorizza a superare certi limiti»⁵⁷. Limiti che Elia riconosceva: per un verso, nel vincolo testuale, evidente nelle sentenze additive (con riferimento alle quali Elia parlava di «condizionamento dovuto alla testualità “rovesciata”»⁵⁸), ma presente anche nelle sentenze interpretative (l'armonizzazione della disposizione legislativa ai principi costituzionali doveva avvenire «nei limiti del possibile» – e cioè nel margine di flessibilità delle proposizioni normative contenute sia nel parametro costituzionale ma più ancora nella disposizione oggetto della *quaestio*»⁵⁹); per l'altro, nel «dovere di fornire una prova di razionalità persuasiva, non retorica in senso volgare o corrente ma in senso buono, nelle motivazioni». È attraverso la non-arbitrarietà della motivazione che l'organo di giustizia costituzionale contribuisce «a creare quella tradizione di coscienza costituzionale della società e del popolo che è il più sicuro fondamento di longevità delle costituzioni»⁶⁰.

5. Un approccio agli studi che ritorna

Le considerazioni che precedono ci permettono di concludere rimarcando come, pur non amando Elia che si parlasse del suo «stile di lavoro»⁶¹ in termini di «metodo», non si possa negare che una

⁵⁶ L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 300.

⁵⁷ L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, cit., 229.

⁵⁸ L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 308.

⁵⁹ L. ELIA, *Modeste proposte di segnaletica giurisprudenziale*, cit., 3689.

⁶⁰ L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, cit., 229.

certa propensione metodologica vi fosse. Sebbene le sue concezioni in tema di giustizia costituzionale abbiano certamente risentito della influenza crisafulliana, è evidente che il tratto che accomuna i suoi studi è di ispirazione mortatiana. Elia era animato sempre – o, comunque, come lui stesso disse, ha «sempre cercato di applicare non senza espor[si] a critiche per essere uscito dai confini del “metodo giuridico”»⁶² – un metodo di «realismo critico», un metodo che guardava per un verso al diritto e per l'altro alla realtà. È il tema delle «situazioni condizionanti», delle «situazioni che condizionano la dinamica delle istituzioni»⁶³: il modo di concepire gli strumenti del diritto muta alla luce di concrete e reali esigenze che possono prospettarsi.

Una «felice combinazione di positivismo e umanesimo», un esplicito richiamo ai problemi di contesto «pur muovendosi nel solco di un fermo positivismo»⁶⁴ caratterizzano anche lo studio del tema del potere creativo della Corte nel suo rapporto con il potere giudiziario. Dinanzi alle situazioni condizionanti create, prima, dalla novità dell'efficacia normativa della Costituzione e, poi, dal dovere di dare attuazione alla Costituzione attraverso un circuito tra legislatore, magistratura e Corte costituzionale, Elia propone sempre soluzioni «possibili», attente alla realtà storica, ma non a essa rassegnate, cercando di offrire, della situazione costituzionale di fatto condizionata e della soluzione proposta, una spiegazione che fosse culturalmente accettabile, e che non deviasse mai – che non costituisse mai precedente di una possibile deviazione – dall'imperativo prospettico dell'*adaequatio* ad ogni costo.

⁶¹ M. DOGLIANI, *Leopoldo Elia: dalla verità dei fatti alla verità nella scienza del diritto*, in *Diritto pubblico*, n. 3 2008, pp. 899-910.

⁶² L. ELIA, *Premessa, Studi di diritto costituzionale*, Milano, 2005, IX.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Entrambe le espressioni si devono a M. DOGLIANI, *Elia, giurista classico*, in *Omaggio a Elia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, 1477.

Leggi «permissive» e leggi «accanto» nella lezione di Leopoldo Elia: l'intervento normativo nelle materie eticamente sensibili

di Ilenia Massa Pinto

SOMMARIO: 1. Premesse: la formulazione della teoria delle «leggi permissive» nelle materie eticamente sensibili. – 2. Norme «facoltizzanti» o «permissive»: due concezioni. – 2.1. Le funzioni delle norme «facoltizzanti» o «permissive». – 3. La concezione di Leopoldo Elia: leggi «permissive» e leggi «accanto». – 3.1. Le «norme permissive» entro «certi limiti». – 3.1.1. «Norme permissive» entro «certi limiti»: l'unione tra persone del medesimo sesso. – 4. Considerazioni conclusive: la laicità di Leopoldo Elia.

1. Premesse: la formulazione della teoria delle «leggi permissive» nelle materie eticamente sensibili

In occasione del XXII Convegno Annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, svoltosi a Napoli, il 26-27 ottobre 2007, sul tema «Problemi pratici della laicità agli inizi del XXI secolo», Leopoldo Elia ebbe a riferirsi alla categoria delle leggi «facoltizzanti», o «permissive», quale possibile strumento per consentire la convivenza pacifica di parti etico-politiche contrapposte, portatrici di opzioni di valore reciprocamente irriducibili, in società a forte pluralizzazione etica.

In quell'occasione Elia invitò a riconoscere che, intorno ai problemi della laicità, «è doveroso andare oltre i tradizionali rapporti tra Stato e Chiese per toccare anche questioni che riguardano aspetti fondamentali della vita umana», nella consapevolezza che «il pericolo di tensioni cresce in relazione alla necessità di fare i conti con le grandi questioni antropologiche, con particolare riguardo alla bioetica e alla biopolitica nonché ai rapporti tra ricerca scientifica e discipline per la tutela dei diritti delle persone». A fronte di tali questioni – riconosceva in modo realistico Elia – «non ci si può illudere di mediare tra posizioni chiaramente dilemmatiche», poiché «non ci sono vie di mezzo per conseguire esiti meno conflittuali»¹, e indicava le leggi «fa-

¹ L. ELIA, *Introduzione ai problemi della laicità*, in Associazione Italiana dei Co-

coltizzanti» o «permissive» come lo strumento tecnico, nel senso più alto del termine, capace di produrre, attraverso il diritto, una situazione non conflittuale, e, dunque, come «le più adatte ad una società pluralista e multiculturale»².

Elia definiva poi le leggi in questione come quelle «leggi che consentano di ricorrere a taluni istituti in via del tutto facoltativa; sicché, in base a convincimenti religiosi o morali di diverso orientamento, le Chiese possano dissuadere i loro fedeli dal fare ricorso a rimedi predisposti da leggi permissive in senso proprio e cioè non ispirate da lassismo morale». E aggiungeva: «intendo nel senso autentico del giurista Modestino secondo la formula riportata nel Digesto: “Legis virtus est imperare, vetare, permettere, punire”»³.

Il dibattito intorno alle norme permissive risale, come noto, alle origini stesse della filosofia del diritto, e qui non è possibile neppure farvi cenno, se non per ciò che risulta utile al fine di illustrare il ruolo che tali norme possono assumere nel diritto costituzionale a seconda delle diverse concezioni di costituzione che si presuppongono e, in particolare, al fine di illustrare il ruolo che tali norme sembrano assumere – e le implicazioni che da tale ruolo possono derivare – nella concezione della costituzione di Leopoldo Elia.

stituzionalisti, *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Padova, Cedam, 2008, pp. 4 e 14.

Peraltro è interessante sottolineare, per inciso, che Elia sembra sdrammatizzare o, il che è lo stesso, prendere sul serio, il riferimento alla “non negoziabilità” delle questioni oggetto di conflitto: lo spazio del “non negoziabile”, sembrerebbe sostenere, non è poi così esteso. A proposito degli interventi protettivi a favore dei componenti delle coppie di fatto, scrive che questi interventi «non comportano per nulla quella “composizione di assoluti”, forse incompensabili, di cui hanno parlato il vescovo Paglia e Giuliano Amato, soprattutto a proposito di bioetica e di eutanasia. Ma dove sono qui i principi e i valori non negoziabili? Perché da parte della CEI non si è proporzionata la reazione ai DICO misurandola su quella dell’episcopato francese ai PACS?» (*Ivi*, pp. 11-12).

² *Ivi*, p. 17.

³ *Ivi*, p. 14.

È interessante notare che la citazione di Modestino sulle funzioni del diritto si ritrova anche in C. ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, Fabriano, T.E.S.A., 1930, p. 35 (sulla funzione del «permettere» in particolare, v. pp. 54-55). Rispetto agli atti umani «permessi», infatti, già Esposito scriveva: «essendo anche questi atti astrattamente vietabili e comandabili, come tutti gli atti umani, la loro liceità non risulta dalla indifferenza dell’ordinamento giuridico a loro riguardo, ma dalla rinuncia a comandarli ed a vietarli. Dal fatto cioè che il diritto decide ed approva che siano lasciati liberi, con un atto di volontà che non si saprebbe caratterizzare altrimenti che come permettere. (...) conforme al diritto è il lecito non meno del comandato, l’attività permessa non meno di quella doverosa» (pp. 55 e 57). Come si vedrà, tuttavia, non è sempre certo che la inqualificazione di un comportamento equivalga a permissione.

2. Norme «facoltizzanti» o «permissive»: due concezioni

Secondo una prima ipotesi ricostruttiva è possibile sostenere che le norme «facoltizzanti» o «permissive» sono quelle norme che, in un ordinamento normativo gerarchicamente strutturato, hanno lo scopo di rendere concretamente possibile l'esercizio di un diritto (ritenuto) fondamentale. In questa prima ipotesi, «permettere» è impiegato nel senso comune di *rendere possibile concretamente*, attraverso la predisposizione della regola di diritto oggettivo necessaria affinché il titolare del diritto soggettivo in questione possa trovare concreta soddisfazione⁴.

Secondo questa ipotesi, la norma permissiva avrebbe, in ultima analisi, un ruolo, per così dire, “debole”, in quanto si limiterebbe a svolgere, in specifiche regole, prescrizioni (aventi a oggetto presunti diritti fondamentali) che risultano espresse in disposizioni di principio, in quanto tali a contenuto altamente indeterminato, ovvero che risultano finanche inesprese, ma la cui definizione si sostiene essere doverosa perché ritenuta presupposta dalla costituzione e/o da documenti costituzionali di carattere sovranazionale e/o internazionale, così come interpretati evolutivamente dalla corte costituzionale e dalle altre alte corti (e, da taluni, ritenuta altresì conforme a una morale oggettiva: con ciò ponendosi, tuttavia, al di fuori della tradizione giuridicistica⁵)⁶.

⁴ In questa prima ipotesi, la norma permissiva servirebbe, dunque, a colmare una «lacuna assiologica», nel senso chiarito da R. Guastini: «Alle lacune assiologiche [anziché alle lacune tecniche] può forse essere ricondotto anche il caso della omessa emanazione di norme (legislative) idonee a dare attuazione ad una norma (costituzionale) programmatica. Qui, ovviamente, non è in questione il senso di giustizia dell'interprete: si tratta (...) della “mancanza” di norme la cui emanazione è richiesta da (altre) norme» (R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 226).

⁵ Sul punto v. M. DOGLIANI, *(Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico*, in *www.costituzionalismo.it*, spec. §. 5.

⁶ Nel testo si fa ricorso a una qualificazione “debole” del ruolo della norma permissiva in un significato diverso da quello che suole indicarsi nella letteratura di logica deontica laddove si distingue tra permesso “debole” e permesso “forte”, tra il permesso, cioè, inteso come categoria normativa non autonoma che consiste e si esaurisce nella mera assenza di un divieto (permesso debole), e il permesso inteso, invece, come categoria normativa autonoma che consiste non nella mera assenza di un divieto, ma nell'espressione di ciò che è esplicitamente statuito da una norma (permesso forte). Stando a questa dicotomia, la prima ipotesi ricostruttiva proposta nel testo dovrebbe allora essere indicata come la concezione debole del permesso forte.

Nella letteratura di logica deontica la prima formulazione della distinzione tra

Secondo questa prima ipotesi, dunque, se il diritto soggettivo trova fondamento in una espressa disposizione costituzionale formale di principio, benché altamente indeterminata, la legge «permissiva» non servirebbe ad altro se non a sviluppare e specificare il disegno costituzionale, secondo la nota tesi crisafulliana⁷.

Se, invece, il diritto soggettivo non trova fondamento in una espressa disposizione costituzionale formale di principio, come spesso accade proprio nelle materie eticamente sensibili, rispetto alle quali la categoria delle leggi permissive è stata esplicitamente invocata da Elia, secondo questa prima ipotesi, si ripete, tali leggi sarebbero lo strumento per approntare la disciplina utile a tutti coloro che volessero farvi ricorso per soddisfare il (preteso, nel senso di fondato su una norma costituzionale argomentabile come inespressa) diritto fondamentale (ovvero, secondo taluni, per dare forma giuridica a una morale ritenuta oggettiva): a tutti coloro che volessero contrarre matrimonio con una persona dello stesso sesso, a tutti coloro che volessero ricorrere alla fecondazione artificiale con l'ausilio di qualsiasi suggerimento offerto dalla ricerca scientifica, a tutti coloro che volessero decidere di porre termine a un'esistenza ritenuta non più degna di essere vissuta, e così via.

Al fondo di questa ipotesi, nel caso in cui difetti il parametro costituzionale formale, emerge l'idea che i diritti fondamentali siano qualità metafisiche del soggetto che ne è titolare, potenzialità umane che non possono dipendere da riconoscimenti normativi positivi, pretese che competono al singolo in quanto essere umano a prescindere dal suo essere parte di una società storico-concreta e di un ordinamento giuridico positivo. E la legislazione permissiva consentirebbe, in questa concezione, di soddisfare concretamente ogni pretesa.

La critica che la categoria delle leggi permissive invocata da Elia

permesso forte e permesso debole è di G.H. VON WRIGHT, *On the Logic of Negation*, Helsinki, Societas Scientiarum Fennica, 1959, p. 26, e ID., *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, Routledge & Kegan Paul, 1963, pp. 85 ss. (trad. it., *Norma e azione*, Bologna, Il Mulino, 1989, pp. 132 ss.). Sul punto v. T. MAZZARESE, *Permesso forte e permesso debole: note a margine*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2000*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 113-131, e F. POGGI, *Norme permissive*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 33 ss.; ID., *I permessi nel diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, n. 34, pp. 147 ss.; P. CHIASSONI, *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 89 ss.

⁷ Sulla tesi della legislazione come «sviluppo e specificazione» dei principi, v. V. CRISAFULLI, *Introduzione a La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 17: «posti dati principî, le norme più particolari dettate a disciplinare la materia che ne è oggetto [sono] ad essi realmente subordinate, ossia riconducibili, rappresentandone lo sviluppo e la specificazione».

nelle materie eticamente sensibili ha immediatamente suscitato in coloro che vi hanno visto lo strumento per servire un principio radicale di autodeterminazione individuale o, come è stato detto, di «positivismo dell'autodeterminazione», il quale «tende a riconoscere come diritto solo ciò che è voluto, e quindi “posto” dall'individuo che si autodetermina»⁸, si spiega proprio alla luce di questa prima ipotesi ricostruttiva⁹.

In questo orizzonte culturale, si presuppone una concezione dei diritti – e delle leggi permissive poste al loro servizio – che li vede dominati da un processo in forza del quale «l'autodeterminazione individuale tende a farsi diritto, se non, addirittura, a farsi “Costituzione” e limite non espresso al potere delle maggioranze democraticamente legittimate. Utilizzando le “pieghe” (o la “penombra», come si disse a proposito del fondamento del diritto alla *privacy* negli Stati Uniti) dei testi costituzionali, il principio di autodeterminazione diventa la misura, pressoché esclusiva, della validità delle leggi»¹⁰.

Sul piano dell'interpretazione costituzionale, dunque, la posizione in esame (qui da ultimo illustrata attraverso la sua critica) sottintende, in ultima analisi, l'idea che la costituzione debba essere sempre interpretata evolutivamente, e che essa abbia qualcosa da dire rispetto a qualsivoglia materia, e che i suoi principî orientino la disciplina legislativa di qualsivoglia fattispecie¹¹.

⁸ M. OLIVETTI, *Radici e «derive» del bene*, in *Dialoghi*, 2008, n. 1, dossier (reperibile in <http://dedalo.azionecattolica.it/documents/olivetti.pdf>).

⁹ Proprio a proposito della categoria delle leggi permissive o facoltizzanti, M. OLIVETTI, *Radici e «derive» del bene*, cit., p. 83, sostiene la necessità di «tenere distinta la libertà individuale dal “riconoscimento pubblico”». A proposito del riconoscimento delle coppie omosessuali (e più in generale delle coppie di fatto), afferma che «mentre è condivisibile la preferenza verso “leggi permissive” se con questa locuzione si indicano norme che autorizzino comportamenti individuali privati, protetti dalla garanzia giuridica della libertà e più in generale dalla sfera della *privacy*, molto più dubbio è ragionare di “leggi permissive” con riferimento a norme che creino istituti di riconoscimento pubblico. Queste leggi, che sarebbe meglio chiamare “facoltizzanti”, perché creano poteri giuridici e non mere libertà, riguardano appunto il bene comune, e non solo il bene personale. Esse attengono al modello di società in cui ci si vuole riconoscere e non ai diritti individuali».

¹⁰ M. OLIVETTI, *Radici e «derive» del bene*, cit., p. 82.

¹¹ Sulla “sovrainterpretazione” costituzionale, cfr. A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato di emergenza?*, in *Giur. Cost.*, 1982, pp. 108-114, spec. p. 108, dove si parla espressamente di «pancostituzionalizzazione» dell'ordinamento; R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2002, n. 2, spec. p. 123; Id., *Che cos'è la costituzione?*, in *Quad. Cost.*, 2007, n. 1, pp. 11-52, spec. p. 29; B. CELANO, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in S. POZZOLO (a cura di), *La legge e i diritti*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 89-123; L. PRIETO SANCHÍS, *Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale*, in *Ragion Pratica*,

Il presupposto fondamentale di un secondo modo di concepire il ruolo delle leggi «facoltizzanti» o «permissive» in un ordinamento normativo consiste, al contrario, nella necessaria finitudine delle potenzialità applicative dei testi costituzionali: è cioè necessario riconoscere, secondo quest'altra concezione, che la costituzione non ha qualcosa da dire rispetto a qualsivoglia materia, e che i suoi principi non orientano la disciplina legislativa di qualsivoglia fattispecie, poiché il compromesso costituente che l'ha storicamente generata, *nonché quello che forma oggetto della sua vigente consuetudine di riconoscimento* – ciò che rileva per le materie eticamente sensibili che non trovano una esplicita disciplina costituzionale formale –, sono compromessi parziali, in quanto compromessi politici: «un compromesso politico è, per definizione, limitato agli oggetti politicamente compromettibili e politicamente utili in funzione della “costituzionalizzazione del conflitto” che si intende realizzare, e che non comprende i principi identitari più specifici delle diverse forze costituenti»¹². Nell'idea di ragione pubblica, nell'arena della quale si lotta pacificamente per raggiungere l'*overlapping consensus*, «sono comprese quelle cose che cittadini liberi e uguali, in quanto ragionevoli, possono esigere l'uno dall'altro per quanto riguarda le rispettive visioni comprensive ragionevoli», nel senso che cittadini liberi e uguali «non possono esigere nulla che vada contro ciò che potrebbero concedere, in quanto loro rappresentanti, le parti contraenti in posizione originaria»¹³.

Se si riconosce che la costituzione si caratterizza per l'esistenza di lacune normative¹⁴, ossia se si riconosce che la costituzione si carat-

2002, n. 18, pp. 169-200, spec., pp. 176-177; Id., *El constitucionalismo de los derechos*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2004, n. 24, pp. 47-72, spec. p. 51; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 285-287 e pp. 310 ss.; Id., *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, Giappichelli, 2006, spec. pp. 254 ss.; M. KUMM, *Who's Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and Constitutionalization of Private Law*, in *German Law Journal*, 2006, n. 7, pp. 341-369, spec. p. 348; G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 125 ss.

¹² M. DOGLIANI, *Relativismo morale, relativismo costituzionale, principio di laicità e «scommessa pascaliana» della ragione giuridica*, in *Giur. Cost.*, 2008, p. 588.

¹³ J. RAWLS, *Political Liberalism* (1993), trad. it., *Liberalismo politico*, a cura di S. Veca, Milano, Edizioni di Comunità, 1994, pp. 67-68.

¹⁴ Come ha sostenuto la stessa corte costituzionale nella recente sentenza n. 138 del 2010, in una materia eticamente sensibile come l'unione tra persone dello stesso sesso: «è vero che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere “crystallizzati” con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi. Detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo

terizza per l'assenza di norme che riconnettono una qualsivoglia conseguenza giuridica ad una fattispecie, poiché esistono materie rispetto alle quali non si è (ancora) formata una morale istituzionale – ciò che impedisce di far ricorso a interpretazioni evolutive –, ossia una consuetudine di riconoscimento della costituzione stessa, intesa sia come atto sia come stratificazione di interpretazioni, allora, si deve riconoscere che l'invocazione della necessità di adottare, da parte del legislatore, norme permissive o facoltizzanti in queste materie, che sono poi quelle ritenute eticamente sensibili, assume un significato del tutto diverso da quello sopra indicato.

In questa seconda prospettiva, infatti, le norme permissive o facoltizzanti assumerebbero, in ultima analisi, la funzione non di rendere concretamente possibile l'esercizio di un (preteso) diritto fondamentale/costituzionale, ma, lasciando propriamente la libertà di tenere o meno un dato comportamento¹⁵, entro certi limiti, come si

tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata. Infatti, come risulta dai (...) lavori preparatori, la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svolto in sede di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta. I costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile. Pertanto, in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che (...) stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso. In tal senso orienta anche il secondo comma della disposizione che, affermando il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale. Questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa. Si deve ribadire, dunque, che la norma non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto» (punto 9 del *Considerato in diritto*).

Sulle tecniche argomentative impiegate dalla corte costituzionale per motivare la sentenza citata, v. I. MASSA PINTO e C. TRIPODINA, *Sul come per la corte costituzionale «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio»*. *Ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, in *Archivio di diritto e storia costituzionali* (<http://www.dircost.unito.it>).

Sull'esistenza delle lacune quali variabili dipendenti dall'interpretazione, v. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 231 ss.

¹⁵ R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 28-29: «Una norma permissiva è un enunciato che qualifica la condotta non già come obbligatoria, bensì come permessa o facoltativa. Le norme permissive si differenziano dalle norme imperative, sotto un profilo importante: esse infatti – sebbene, come i comandi, abbiano ad oggetto un comportamento – non sono suscettibili né di obbedienza, né di violazione. Possono solo essere usate o non usate. Colui che compie l'azione permessa si avvale della norma permissiva: non sarebbe appropriato dire

dirà – questo è il significato “forte” del ruolo delle norme in parola – assumerebbero, in ultima analisi, la funzione di *comprendere le ragioni dell’Altro*, nel senso di evitare proprio di «far leva su ciò che non ha potuto entrare nel compromesso, per rovesciarlo», sul presupposto che ciò che non ha potuto entrare nel compromesso forma oggetto «di una norma costituzionale fondamentale non scritta che vieta di utilizzar[lo] per evocare contro la costituzione un nuovo esercizio del potere costituente. La effettività di questa norma costituzionale non scritta è parte essenziale della costituzione in senso materiale»¹⁶.

La prima implicazione costituzionale del riconoscimento che su queste materie è necessario fare un passo indietro, nel senso del riconoscimento che la costituzione non ha nulla da dire in proposito – se non, come meglio si vedrà, che è doveroso proprio fare un passo indietro – è che la soluzione dei “casi” concreti che periodicamente, e sempre più di frequente, fanno, e faranno, emergere i conflitti collettivi tendenzialmente mortali che attraversano le nostre società, non può essere affidata all’organo giurisdizionale di turno, sulla base di una presunta morale oggettiva, presupposta dalla costituzione, o comunque dall’interprete di turno assunta a riferimento.

Nella situazione di incertezza normativa che regna nelle materie eticamente sensibili, dove atti formali generali e speciali, interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali, prassi, si formano quasi sempre a ridosso del “caso” che di volta in volta è necessario risolvere, le norme permissive o facoltizzanti servirebbero il bene comune della certezza del diritto.

A dispetto delle tesi secondo le quali la categoria delle norme permissive non avrebbe alcuna ragione d’essere, perché sarebbero i concetti stessi di *norma* e di *permesso* a escludere che possano darsi *norme permissive*, nel senso che *permettere* non costituirebbe un uso normativo del linguaggio; e a dispetto delle tesi secondo le quali la categoria delle norme permissive sarebbe uno strumento di analisi di cui la teoria del diritto potrebbe fare a meno, perché praticamente irrilevante, potendosi ridurre le norme permissive a norme di diverso tipo¹⁷; a dispetto di tutto ciò, proprio nelle materie eticamente sensi-

che le presta obbedienza. Colui che omette di compiere l’azione permessa non si avvale della norma permissiva: ma non sarebbe appropriato dire che la viola».

¹⁶ M. DOGLIANI, *Relativismo morale, relativismo costituzionale, principio di laicità e «scommessa pascaliana» della ragione giuridica*, cit., p. 588.

¹⁷ F. POGGI, *Norme permissive*, cit., pp. 5 ss. sulla critica della *contradictio in adiecto*, e pp. 29 ss. e 161 ss. sulle critiche che sostengono rispettivamente l’irrilevanza pratica e la non autonomia della categoria delle norme permissive.

Secondo l’Autrice il problema non è di stabilire se i permessi possano, al pari

bili, sembra potersi riconoscere un ruolo fondamentale a tale tipologia di leggi.

2.1. Le funzioni delle norme «facoltizzanti» o «permissive»

Tecnicamente le funzioni che possono essere riconosciute alle norme permissive sono tre¹⁸: la funzione di derogare a divieti generali, in ordinamenti nei quali viga il principio *lex specialis* (si pensi, tra le materie eticamente sensibili, all'eutanasia, in riferimento alla quale, a dispetto di quanti affermano trattarsi di una materia priva di disciplina nel nostro ordinamento, uno spazio libero dal diritto, vige in realtà una legislazione penale estremamente rigorosa, che può chiamare in causa diverse fattispecie astratte, dall'omicidio comune, all'omicidio del consenziente, all'aiuto al suicidio); la funzione di abrogare divieti preesistenti, in ordinamenti nei quali viga il principio *lex posterior* (si pensi, per esempio, ai conflitti sollevati dai divieti prescritti da norme imperative previste dalla legge n. 40 del 2004, che disciplina la fecondazione medicalmente assistita); la funzione di limitare la competenza normativa delle autorità gerarchicamente inferiori, in ordinamenti retti dal principio *lex superior*.

Oltre a queste funzioni, è possibile assegnare alle norme permissive un'ulteriore funzione, che sembra prescindere dalla struttura dinamica e/o gerarchica dell'ordinamento, e che parrebbe particolarmente utile nella disciplina delle materie eticamente sensibili: è quella che è stata definita come la funzione *indicativa*.

Tale funzione consiste nell'indicare ai destinatari delle norme permissive quali sono i comportamenti consentiti dall'autorità che le ha emanate, nello stesso modo in cui le norme in termini di obbligo indicano quali siano i comportamenti che l'autorità pretende siano tenuti¹⁹.

di obblighi e divieti, essere violati o adempiuti o se impongano o no un dato comportamento: il problema è piuttosto quello di stabilire se *permettere* possa costituire un uso normativo del linguaggio, se certi enunciati permissivi esprimano norme. Poiché peraltro la critica della irrilevanza pratica e quella della non autonomia, a differenza della critica della *contradictio in adiecto*, sono falsificabili, perché è possibile dimostrare che, almeno nella maggioranza degli ordinamenti giuridici contemporanei, l'emanazione di norme permissive produce conseguenze giuridiche rilevanti, e che tali norme non sono riducibili a norme diverse, si può concludere nel senso che vi sono «buone ragioni per adottare una ridefinizione di “norma” tale da includere nel proprio denotato anche le norme permissive» (p. 3).

¹⁸ F. POGGI, *Norme permissive*, cit., pp. 103 ss. Cfr. altresì R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 29.

¹⁹ R. GUIBOURG e D. MENDONÇA, *Permesso, garanzie e libertà*, in P. COMANUCCI e R. GUASTINI, *Analisi e diritto 1995*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 281.

In argomento, F. POGGI, *Norme permissive*, cit., pp. 104-105 e 155 ss.

L'emanazione di una norma permissiva contribuisce alla certezza del diritto: a seguito della sua emanazione i destinatari acquisiscono la certezza che un dato comportamento è lecito, è permesso. Tale certezza è particolarmente rilevante allorché si diano circostanze tali da far dubitare che un dato comportamento, benché non espressamente disciplinato, non sia vietato: «un comportamento inqualificato rappresenta, per definizione, una lacuna del diritto. Tale lacuna, però, potrebbe essere colmata in vari modi dagli organi giurisdizionali: ad esempio, sussumendo il comportamento inqualificato sotto il disposto di una norma imperativa, in base ad un'interpretazione analogica o estensiva della stessa. Negli ordinamenti in cui vige il principio di soggezione dei giudici alla legge, l'espressa emanazione di una norma permissiva inibisce tali procedimenti estensivi: assicura che il comportamento inqualificato non possa essere considerato vietato dagli organi giurisdizionali e, così facendo, contribuisce alla certezza del diritto»²⁰.

Secondo Guibourg e Mendonça, tale funzione «riveste particolare importanza quando si tratta di atti che, in un momento dato, sono (da qualche punto di vista) rilevanti per una comunità, ma non sono contemplati dal sistema normativo»; sicché «l'autorità può ritenere conveniente (e perfino necessario), a determinate condizioni, permettere espressamente qualcuno di questi atti anziché tacere al riguardo»²¹.

Secondo Atienza e Ruiz Manero, l'autorità normativa può avere interesse a permettere espressamente una determinata condotta, non disciplinata da alcuna norma dell'ordinamento, quando tale condotta è *rilevante* per l'ordinamento, ma non esiste alcuna norma che si riferisca ad essa, perché non lo si è considerato necessario (ad es. perché non si è considerata la possibilità di interpretazioni dirette a sussumere tale condotta nell'ambito di una norma imperativa); oppure per omissione consapevole del legislatore; oppure ancora perché si tratta di una nuova forma di condotta, di una nuova possibilità di azione che il legislatore non aveva previsto²².

Come è stato rilevato, il problema consiste nello stabilire quando una data condotta debba essere considerata *rilevante*, ossia quando una data condotta rivesta interesse, per un dato ordinamento giuridico: «si potrebbe considerare la rilevanza come un concetto *lato sensu* politico. I motivi per cui un'autorità ritiene o no opportuno vietare o imporre certi comportamenti attengono a opzioni politiche,

²⁰ F. POGGI, *Norme permissive*, cit., p. 105.

²¹ R. GUIBOURG e D. MENDONÇA, *Permesso, garanzie e libertà*, cit., p. 281.

²² M. ATIENZA e J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel Derecho, 2004, pp. 105 ss.

a scelte di politica legislativa; l'autorità normativa può avere altresì interesse a che certi comportamenti non siano vietati. Per realizzare tale interesse è normalmente sufficiente non disciplinare i comportamenti in oggetto: in alcune circostanze può, però, essere necessario permettere espressamente tali comportamenti. Un dato comportamento *p*, benché non espressamente disciplinato da alcuna norma dell'ordinamento, potrebbe, infatti, essere vietato perché considerato *sussumibile* nel disposto di una norma imperativa, eventualmente attraverso un'interpretazione analogica o estensiva»²³.

Da qui l'essenziale funzione *indicativa* che viene assegnata alla legislazione permissiva, sia nell'ipotesi in cui sia necessario dirimere un dubbio dottrinale, sia nell'ipotesi in cui si ponga la necessità di porre termine a un contrasto giurisprudenziale o di mutare un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato: «in questi ultimi due casi si potrebbe dubitare che il comportamento in questione, prima dell'emanazione della norma permissiva, potesse considerarsi non vietato, permesso in senso debole. Se si include la giurisprudenza nel novero delle fonti del diritto, allora, nel caso in cui per un consolidato indirizzo giurisprudenziale il comportamento *p* rientri nell'ambito di applicazione di una disposizione di divieto, dovrebbe ammettersi che all'ordinamento in questione appartiene la norma *Vp*. In tale caso la successiva emanazione della norma *Pp* da parte del legislatore produrrebbe un effetto analogo a quello dell'abrogazione. Più precisamente, se nell'ordinamento in questione vige il principio di soggezione dei giudici alla legge, tale norma varrebbe a limitare la competenza delle autorità giurisdizionali, non rendendo più deducibile la norma *Vp* dall'ordinamento [più precisamente, limiterebbe il contenuto delle future decisioni giurisdizionali, determinando l'invalidità materiale della norma giurisprudenziale *Vp*]. Al riguardo si potrebbero distinguere due diverse specie di funzione indicativa: la funzione indicativa in senso stretto, che consiste semplicemente nel fissare lo *status* normativo di un dato comportamento, e la funzione indicativo-limitativa, che presuppone la vigenza del principio di soggezione dei giudici alla legge e consiste nel limitare, in forza di tale principio, la competenza degli organi giurisdizionali o, meglio, nel limitare l'esperibilità da parte degli organi giurisdizionali dei procedimenti estensivi di norme che pongono divieti (...). Permettere comportamenti che, prima dell'emanazione della norma permissiva, non erano vietati (o, meglio, erano inqualificati) sembra sensato solo allorché non sia ovvio che, in assenza di tale emanazione, i destinatari pos-

²³ F. POGGI, *Norme permissive*, cit., p. 156.

sano continuare a essere liberi... di tenere o meno il comportamento in questione, o, meglio, solo allorché non sia ovvio che l'esistenza della norma permissiva non possa produrre alcun effetto ulteriore rispetto all'assenza di disciplina normativa»²⁴.

3. *La concezione di Leopoldo Elia: leggi «permissive» e leggi «accanto»*

È nella celebre voce dell'*Enciclopedia del Diritto*, dedicata alle forme di governo²⁵, che, come noto, Elia elaborò la teoria delle norme costituzionali come «norme a fattispecie aperta». Sebbene tale teoria fu formulata in riferimento alle norme che disciplinano la forma di governo, essa può rivelarsi utile oggi per tentare di interpretare il pensiero del nostro Autore in ordine alle «leggi permissive» nelle materie eticamente sensibili²⁶.

²⁴ *Ivi*, pp. 157 e 206.

²⁵ L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 634 ss. (ora anche in L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2009, pp. 161 ss.).

²⁶ Peraltro, secondo alcuni, la teoria delle «norme a fattispecie aperta», formulata in riferimento alle norme definitorie della forma di governo, sarebbe «estensibile anche alle altre» (così M. DOGLIANI, *Interpretazioni della costituzione*, Milano, Franco Angeli, 1982, p. 81); secondo altri, invece, «non è dimostrato che la concezione di una Costituzione aperta a virtualità molteplici (o secondo fattispecie aperte) (...) si estendesse all'intera intelaiatura costituzionale, senza eccezioni, come sono sembrati ritenere studiosi a Elia notoriamente vicini» (così C. MEZZANOTTE, *Elia a Roma*, in *Omaggio a Leopoldo Elia*, in *Giur. Cost.*, 1999, p. 1474).

La formula «norme a fattispecie aperta» è stata poi impiegata in dottrina per indicare in modo generico le disposizioni costituzionali di principio, ossia quelle disposizioni prive di una fattispecie dalla quale sarebbe possibile ricavare, «per via di pura ermeneusi, una regola circostanziata da porre come premessa della decisione» (G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 17 e 312).

La ricostruzione delle norme costituzionali di principio come norme a fattispecie aperta o, addirittura, come norme senza fattispecie, in contrapposizione alle regole, è stata diffusa in dottrina da R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977, trad. it., *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982, spec. pp. 90 ss.

Sulla distinzione tra regole e principî la letteratura è vastissima: cfr. almeno S. BARTOLE, *In margine a «Taking Rights Seriously» di Dworkin*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1980, pp. 185 ss.; ID., *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 494 ss.; A. PINTORE, *Norme e principî. Una critica a Dworkin*, Milano, Giuffrè, 1982; L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principî*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1985, 1, pp. 67 ss.; R. GUASTINI, *Sui*

Secondo Elia, le norme costituzionali sulla forma di governo sono «norme a fattispecie aperta», in quanto sono suscettibili di essere integrate da regole che «non potranno considerarsi implicite nella Costituzione stessa o nei suoi principi», perché «corrispondenti ad ipotesi diverse (e non contrarie) da quelle previste nelle norme costituzionali»²⁷.

Questo modo di concepire le norme costituzionali si contrappone alla nota tesi crisafulliana, sopra citata, secondo la quale l'attività d'indirizzo politico, in quanto funzione attuativa della costituzione, consiste nello sviluppare i contenuti delle norme costituzionali, compresi quelli impliciti e presupposti, e dalla quale possono derivare finanche «violazioni costituzionali consistenti nella posizione legislativa di norme, non tanto contrastanti, quanto piuttosto *diverse* dall'orientamento adottato dalla Costituzione»²⁸.

principi di diritto, in *Dir. Soc.*, 1986, pp. 601 ss.; ID., *Principi di diritto*, in *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 1992, pp. 143 ss.; ID., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 115 ss.; ID., *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 271 ss.; ID., *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 199 ss.; R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985, spec. pp. 71 ss.; F. SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Dir. Soc.*, 1987, pp. 181 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, cap. VI; ID., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008, cap. VI; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 9 ss.; M. ATIENZA e J. RUIZ MANERO, *Tre approcci ai principi del diritto*, in *Analisi e diritto*, 1993, pp. 9-29; ID., *Las piezas del Derecho*, cit., cap. I.

²⁷ L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., pp. 639-640. E, in riferimento alla forma di governo, Elia concludeva nel senso che «ogni forma di governo include oggi un contesto partitico che la qualifica almeno in parte, sia dal punto di vista strutturale sia, più ancora, da quello funzionale: e da ciò deriva che la classificazione delle forme stesse si fonderà su dati normativi e insieme su dati insuscettibili di essere in via diretta disciplinati con norme della Costituzione, ma tuttavia a più di un titolo giuridicamente rilevanti (...). Si potrebbe dire che, di conseguenza, le norme sulla forma di governo (e particolarmente quelle relative al governo parlamentare in senso proprio) sono a fattispecie aperta (entro certi limiti) e cioè suscettibili di essere qualificate dal sistema dei partiti e integrate dalle regole convenzionali che ad esso fanno capo» (p. 640).

Ancora in occasione del sessantesimo anniversario della Costituzione, Elia sosteneva esplicitamente la necessità di introdurre, nella materia della forma di governo, «una serie di integrazioni del testo che assimili, modernizzandola, la nostra forma di governo a quelle tedesca e spagnola (e tendenzialmente a quella inglese nei risultati di rafforzamento del potere governativo)» (*Il Discorso del Presidente emerito della Corte costituzionale, Prof. Leopoldo Elia, in occasione del sessantesimo anniversario della Costituzione della Repubblica italiana. Corte costituzionale - Palazzo della Consulta, 29 febbraio 2008*, si legge nel sito web della corte www.cortecostituzionale.it).

²⁸ V. CRISAFULLI, *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione*, in ID., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., p. 49.

La teoria delle «norme a fattispecie aperta», invece, configura le disposizioni costituzionali come suscettibili di essere integrate da *altre* norme, che non si deducono da principi costituzionali, ma che a queste vengono *affiancate* per rispondere a ipotesi ed esigenze diverse, ma non contrarie, da quelle poste a oggetto della disciplina costituzionale stessa: «in questo modo si ammette che *accanto* alla disciplina costituzionale ne possa esistere un'altra, che è diversa – in quanto non può essere, da quella, ricavata – ma che non la contraddice (...). Tra la previsione costituzionale e l'effettiva disciplina dell'istituto non esiste più, allora, (o comunque non esiste più necessariamente) il rapporto tra norma di principio e norma di attuazione, ma un rapporto più labile, che può giungere fino ad essere soltanto di non incompatibilità»²⁹.

Le ragioni per le quali si può determinare la necessità di porre una legislazione «accanto» possono essere molteplici. Tra queste rientra senz'altro quella di disciplinare situazioni che i costituenti non si erano rappresentate, dato il diverso contesto storico-sociale in cui si trovarono a legiferare. Da qui il giudizio di inadeguatezza e di incapacità del testo costituzionale vigente di porsi quale legge fondamentale di riferimento per le esigenze di una società in continua trasformazione. Queste posizioni «sottolineano la necessità di una integrazione del dato costituzionale attraverso un apporto della legislazione ordinaria, che esprime una razionalità non dedotta da quel dato, ma creata attraverso il processo di progettazione culturale e di decisione politica che sfocia nella legislazione medesima, e che è ispirato e delimitato, più che diretto, dal disegno tracciato dalla costituzione»³⁰.

La configurazione della norma costituzionale come «norma a fattispecie aperta» consente dunque di legittimare discipline che colmano lacune originarie o sopravvenute della costituzione, sul presupposto che, come sopra detto, quest'ultima non abbia qualcosa da dire rispetto a qualsivoglia fattispecie: «non si tratta di prendere atto dei limiti della norma costituzionale dal punto di vista, ovvio, dello spazio lasciato alla legislazione ordinaria in quanto non regolato (limiti, per così dire, verticali) ma della possibilità di profili non regolati che si collocano non come successivi o inferiori, ma sullo stesso piano di quelli contemplati dalla norma (limiti orizzontali): della possibilità cioè di configurare profili diversi dall'ipotesi regolata, e di evidenziare, pertanto, una lacuna. La teoria in esame riconosce che *accanto* alla disciplina costituzionale se ne impone, in certi settori, come ef-

²⁹ Così M. DOGLIANI, *Interpretazioni della costituzione*, cit., p. 81, spiega la teoria di Elia.

³⁰ *Ivi*, p. 83.

fettivamente vigente, un'altra – relativa a profili diversi da quelli regolati nella norma scritta – che non è in essa implicita né, conseguentemente, individuabile in via deduttiva, in quanto il contenuto della norma integratrice è conseguenza di scelte ulteriori, non predefinite dalle norme esistenti»³¹.

La conseguenza principale che deriva dall'accoglimento della teoria in esame è che essa non pone problemi di tollerabilità costituzionale delle norme integratrici, sulla base dell'accertato loro riferirsi a problemi o profili non considerati dalla norma costituzionale.

È alla luce di questa teoria che sembra doversi cogliere il riferimento che Leopoldo Elia ebbe a pronunciare a proposito delle «leggi permissive» nelle materie eticamente sensibili: tali leggi non sarebbero altro che le leggi *accanto* alla disciplina costituzionale.

In un articolo apparso nel 2007, a proposito dell'acceso dibattito che imperversa nel nostro Paese in materia di riconoscimento delle unioni di fatto, Elia, dopo aver deprecato l'asprezza di toni e di contrapposizioni che qualifica tale dibattito, fondata in buona parte su equivoci e impostazioni contraddittorie, affermò chiaramente che «il primo e maggiore equivoco consiste in quelle affermazioni secondo cui con la nuova legge si vorrebbe “affiancare”, “mettere accanto” una nuova forma di unione sfidando la “unicità irripetibile” della famiglia secondo il modello dell'art. 29 della nostra Costituzione. Ora, per usare il linguaggio dei costituzionalisti» – scrisse in modo inequivocabile Elia – «la nuova disciplina relativa ai componenti della coppia di fatto, si pone “*praeter*” e non “*contra constitutionem*”: cioè sta oltre e non contro ciò che prescrive l'art. 29 Cost. Sta fuori e oltre perché appunto si riferisce a una formazione sociale profondamente diversa dalla famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio; che, in quanto tale, si presenta davvero come “unicità irripetibile” secondo la formula di papa Benedetto. Nessuno pensa a un qualcosa di simile a un matrimonio (tra l'altro diversi sono diritti e doveri); soprattutto la radicale diversità consiste nello scioglimento dell'unione che non presuppone né divorzio né accertamento di nullità dell'atto fondativo presso un giudice laico o ecclesiastico»³².

Queste assai chiare affermazioni dimostrano che, senza alcun dubbio, Elia non intendeva affatto riferirsi alle «leggi permissive» come a quelle leggi che consentono di servire un principio radicale di autodeterminazione individuale, nel senso sopra specificato, il quale, posto al servizio della volontà di riconoscimento a ogni costo di (pre-

³¹ *Ivi*, p. 87.

³² L. ELIA, *Pacs: gli equivoci e le barricate*, in *l'Unità*, 8 febbraio 2007.

sunti) diritti costituzionali, spesso dimentica i doveri e la necessità della rinuncia all'egoismo individuale.

A tal proposito, sembra particolarmente utile anche la contrapposizione che Elia faceva, in un'interessantissima relazione del 1974³³, tra un concetto di «*privacy* sfrenata» e uno di «*privacy* di inciviltà»³⁴ (dove l'espressione *privacy* veniva impiegata dal Professore nel senso pregnante di *summa* delle libertà civili che delineano lo *status* della persona in un ordinamento giuridico). Rispetto a questa distinzione, sosteneva che «ci può essere (e c'è) anche il permissivismo deteriore (la democrazia di massa può spingere ai «piccoli piaceri volgari», come diceva già Tocqueville); però c'è la possibilità di reagire a questa tendenza che porta a trasformare il nuovo costituzionalismo in un individualismo di tipo estremo in cui prevalga appunto il permissivismo edonistico. Bisogna ammettere, in questa prospettiva, che c'è anche il permissivismo non deteriore. Oggi il pericolo è di squallificare globalmente in senso negativo o di qualificare globalmente in senso positivo fenomeni estremamente complessi; con il giudizio di qualificazione positiva in senso globale si finisce per far passare le frontiere a merce di contrabbando»³⁵.

Le leggi «permissive», come leggi «accanto» o «*praeter constitutionem*», secondo l'insegnamento di Elia, sembrerebbero dunque lo strumento per *comprendere le ragioni dell'Altro*, e, se si vuole, *per*

³³ L. ELIA, *Animazione, istituti e forme dello Stato democratico*. Relazione presentata al 45° Corso di aggiornamento culturale dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, svoltosi a Lucca dal 22 al 27 settembre 1974 sul tema «Impegni per il progresso della società italiana nella prospettiva dell'insegnamento sociale della Chiesa», in *Vita e Pensiero*, 1975, n. 2, pp. 90 ss. (ora in L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., pp. 275 ss.).

³⁴ *Ivi*, p. 284.

³⁵ *Ivi*, p. 285.

In quell'occasione, Elia, critico nei confronti della politica, sorda ai messaggi degli intellettuali impegnati e preoccupati, affermava che «L'esempio più clamoroso è rappresentato (...) dal Convegno organizzato a Lucca nell'aprile 1967 dalla Democrazia cristiana sul tema *I cattolici italiani nei tempi nuovi della cristianità*. Sebbene in quell'incontro assai impegnativo non fossero mancati moniti circa la tendenza dell'epoca odierna a rinunziare, per la tutela di valori etici e religiosi, all'impiego di mezzi giuridici (in altre parole a regole imposte da leggi e presidiate da giudici e gendarmi), il senso di quelle indicazioni andò completamente perduto. Eppure esse si richiamavano a semplici dati di diritto comune euroamericano (...): era assai trasparente l'accento al diritto di famiglia, il terreno sul quale il dominio del diritto andava progressivamente restringendosi in tutto il mondo. Peraltro la sordità dei politici democristiani su questo punto si situava ben oltre il rapporto (inesistente o malsano) nei confronti degli intellettuali. Essa risentiva della totale mancanza di una politica ecclesiastica davvero aperta, e cioè di un approfondimento dei diversi ruoli dello Stato e della Chiesa dopo la Costituzione e dopo il Concilio» (pp. 288-289).

*amare il nemico*³⁶. Si tratterebbe di un'espressione di quel principio di Fraternità che, dimenticato dai giuristi, potrebbe trovare, proprio oggi, nuova vitalità³⁷.

3.1. Le «norme permissive» entro «certi limiti»

A queste conclusioni si potrebbe obiettare, come del resto è stato puntualmente fatto, che la teoria delle leggi «permissive», come leggi «accanto» o «*praeter constitutionem*», secondo l'insegnamento di Elia, applicata alle materie eticamente sensibili, sarebbe solo apparentemente una soluzione.

Infatti, consentire a ciascun soggetto di comportarsi secondo le proprie convinzioni, introducendo nell'ordinamento normative *facoltizzanti* – e, dunque, preservare il diritto all'interruzione della gravidanza pur dando facoltà al singolo medico di astenersi dal praticarla; mantenere il matrimonio, pur consentendo a ciascuno di regolare la propria convivenza attraverso un patto civile non matrimoniale; tutelare la vita, pur dando facoltà alla persona che versa in condizioni disperate di decidere di porre termine alla propria – non potrebbe considerarsi una soluzione poiché non sarebbe possibile fissare dei confini a questo *modus procedendi*: «se si adotta un'impostazione decisamente liberale, non si vede perché non si possa consentire il matrimonio poligamico, oppure quali siano le circostanze disperate che consentono ad un soggetto di decidere di porre fine alla propria esistenza. Inoltre, nell'articolare la deroga e la legge generale dal punto di vista normativo emerge la necessità di chiarire quale degli interessi in conflitto prevalga. Non è chiaro, ad esempio, cosa prevalga tra il diritto ad abortire e quello a rifiutarsi dal praticare l'aborto, in strutture sanitarie ove l'obiezione di coscienza sia particolarmente diffusa (...). La circostanza che non si diano facilmente dei contorni a questo approccio consente margini arbitrari nel decidere quali siano i casi nei quali possono essere concesse facoltà derogatorie oppure no»³⁸.

³⁶ Altrove si è sostenuto che questo sia un dovere costituzionale che discende dal dovere di fedeltà alla Repubblica ai sensi dell'art. 54 della Costituzione (sul punto sia consentito il rinvio a I. MASSA PINTO, *Doveri e formazioni sociali. Il dovere di fedeltà alla Repubblica come dovere di non rompere l'armistizio tra gruppi portatori di fini non negoziabili (ovvero il dovere di comprendere le ragioni degli altri)*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO e J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 52 ss.).

³⁷ Sul punto sia consentito il rinvio a I. MASSA PINTO, *Costituzione e Fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale*, in corso di pubblicazione.

³⁸ A. PIN, *Multiculturalismo: tra immigrazione e ideologia*, dattiloscritto, p. 5.

La teoria di Elia sembra saper replicare a questa critica. Infatti, sul presupposto che le norme costituzionali sono «a fattispecie aperta» solo «entro certi limiti»³⁹, la norma «permissiva» che dovrebbe essere adottata «accanto» alla disciplina costituzionale, nelle materie eticamente sensibili, non solo deve essere compatibile con quest'ultima, «nel senso che non [deve] entra[re] in collisione con essa, muovendosi su un piano separato, non pregiudicato dalla costituzione»; ma deve altresì «assolve[re] all'obbligo di rispettare la pretesa che è contenuta nella norma scritta, o nel principio più generale che questa esprime»⁴⁰.

Con questa essenziale precisazione si giunge ad affermare che la teoria della «norma a fattispecie aperta» pretende che le discipline diverse da quelle positivamente previste sono legittime «solo se siano rispettati certi principi, certi criteri di tollerabilità, desumibili dalle norme della costituzione formale. Si potrebbe allora dire che (...), essendo la lacuna integrata da una norma “conforme” a costituzione, si applicherebbe il criterio della *norma generale inclusiva*». Tale criterio, inserito nella prospettiva della norma «a fattispecie aperta», verrebbe ad assumere nel diritto costituzionale un significato particolare, diverso da quello che ha negli altri rami del diritto. Se in questi ultimi «i procedimenti analogici riescono ad estrarre dall'ordinamento vigente la norma mancante, che direttamente disciplina la materia altrimenti non regolata, nel diritto costituzionale (...) l'applicazione del procedimento in oggetto non potrà – più frequentemente – che fornire il criterio per valutare le discipline diversamente prodotte o emerse, e non porterà ad individuare immediatamente la norma di merito. Non si tratta, dunque, di un'applicazione vera e propria dell'*argumentum a simili*. L'autonomia del processo di produzione delle

Del medesimo A. v. altresì *Laicità e Islam nell'ordinamento italiano. Una questione di metodo*, Padova, Cedam, 2010.

³⁹ L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., p. 640.

⁴⁰ M. DOGLIANI, *Interpretazioni della costituzione*, cit., p. 89.

Giunge alle medesime conclusioni A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 90-91, secondo il quale, se è vero che gli enunciati della costituzione, quando contengono regole, si limitano a disciplinare solo singoli aspetti della situazione giuridica soggettiva proclamata, lasciando, per il resto, spazio alle altre fonti, «ciò però non implica che siffatto “spazio residuo” refluca nel “costituzionalmente irrilevante”. La predeterminazione di tali “spazi residui” da parte della singola disposizione costituzionale consente infatti al valore sotteso alla disposizione costituzionale di indicare all'interprete la via da seguire ovvero consente, in un'ottica giuspositivistica, al principio (in senso stretto) desumibile dalla “regola” di impostare correttamente i problemi che sorgono in quello che si è chiamato lo “spazio residuo”».

norme integrative, come norme non presupposte né implicite né ricavabili da quelle costituzionali, rimane. È solo limitata dall'obbligo di non violazione di principi, schemi, disegni "limite". La disciplina del caso non previsto non è individuata con l'*argumentum a simili*, ma è sottoposta a criteri di legittimità ricavati dalla disciplina dei casi previsti»⁴¹.

Tali ultime considerazioni, come si vedrà a proposito della questione sollevata intorno al divieto di matrimonio tra persone del medesimo sesso, si pongono in stretto collegamento con il tema, che qui non può essere approfondito, della esistenza di principi costituzionali immodificabili, affermata da Elia sin dal 1949 nel saggio sulla *Possibilità di un mutamento istituzionale in Italia*⁴², e poi ripreso esplicitamente nel 2008 nel saggio *I principi supremi presi sul serio*⁴³.

Se la teoria crisafulliana della norma costituzionale come vincolo direttamente obbligante, con tutta la capacità espansiva dei suoi significati logici, era funzionale a un'epoca come quella immediatamente successiva all'entrata in vigore della Costituzione, perché servente l'esigenza di contrastare i suoi inadempimenti e di permettere ai suoi principi di esplicare immediatamente tutti i loro effetti nell'ordinamento esistente, la teoria della «norma a fattispecie aperta», così intesa, risponde alle esigenze delle epoche successive, nelle quali, come oggi accade, «si estende la consapevolezza del fatto che la Costituzione appare come un complesso normativo troppo stretto e povero di fronte ai problemi da risolvere, ma per l'altro si vuole mantenere il nucleo delle scelte che la caratterizzano»⁴⁴.

⁴¹ M. DOGLIANI, *Interpretazioni della costituzione*, cit., pp. 89-90.

Sono da inquadrare in questo discorso le parole con le quali Valerio Onida ha inteso presentare l'opera di L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., p. XIII: «La Costituzione non è un programma politico esaustivo, dal quale si possa trarre una risposta ad ogni interrogativo, ma segna piuttosto i confini non valicabili e gli obiettivi irrinunciabili all'interno dei quali e in vista dei quali si compiono e si attuano le scelte politiche. Ciò che dunque conta, in sede politica, non è che ogni scelta sia direttamente ispirata dalla Costituzione (così da configurare una sorta di "politica della Costituzione"), ma che ogni scelta rispetti quei confini e sia diretta a quegli obiettivi, e, in questo ambito, che sia *politicamente* motivata. La politica va in rotta di collisione con la Costituzione solo quando cerca di valicare quei confini o di disattendere quegli obiettivi, così come quando cerca di piegare ai propri fini il richiamo alla Costituzione».

⁴² In *Cronache Sociali*, 1949, n. 11, pp. 2 ss. (ora anche in L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., pp. 9 ss.).

⁴³ In G. GIACOBBE (a cura di), *Scritti in memoria di Vittorio Sgroi*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 833 ss.

⁴⁴ M. DOGLIANI, *Interpretazioni della costituzione*, cit., p. 91.

La teoria di Elia mostra, dunque, tutta la sua lungimiranza. L'applicazione esemplificativa che segue ne dà testimonianza.

3.1.1. «Norme permissive» entro «certi limiti»: l'unione tra persone del medesimo sesso

Il recente dibattito intorno alla questione del matrimonio tra persone del medesimo sesso, rispetto alla quale si è pronunciata la corte costituzionale con la già citata sentenza n. 138 del 2010, offre l'occasione per applicare la teoria sopra descritta in una tipica materia eticamente sensibile.

Infatti, una volta che si riconosca, come la stessa corte ha fatto, che la costituzione italiana *tace* in merito alla questione delle unioni omosessuali, ossia che i costituenti non intesero disciplinare le unioni omosessuali, e che un'interpretazione evolutiva, che tenga conto cioè dell'evoluzione dei costumi e della società, non è ammissibile, poiché detta interpretazione «non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata»⁴⁵, si deve concludere che «nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette»⁴⁶.

Serve, in altri termini, una legge, una legge «accanto» alla disciplina costituzionale relativa al matrimonio, che realizzi un «riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri» delle unioni omosessuali, quali formazioni sociali *ex art. 2* della Costituzione⁴⁷.

Il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri, dunque. E, infatti, la corte dichiara *inammissibile* – per discrezionalità del legislatore – e non *non fondata*, la questione di legittimità costituzionale sollevata ai sensi dell'art. 2.

Esclude, tuttavia, la corte – e qui sta il punto – che si possa procedere a tale riconoscimento con una equiparazione *tout court* delle unioni omosessuali al matrimonio. E, infatti, la corte dichiara *non fondata* la questione di legittimità costituzionale sollevata ai sensi degli artt. 3 e 29 della Costituzione, sul presupposto fondamentale che «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio»⁴⁸.

⁴⁵ Corte costituzionale, sent. n. 138 del 2010, punto 9 del *Considerato in diritto*.

⁴⁶ *Ibidem*, punto 8 del *Considerato in diritto*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*, punto 9 del *Considerato in diritto*.

Sull'argomento interpretativo del legislatore impotente (a scardinare una tradi-

È, quest'ultima, la norma costituzionale (non scritta) che serve da parametro di legittimità delle norme *permissive/integrative* che il legislatore potrà – e, anzi, dovrà – adottare nella materia di cui si tratta *accanto* alla disciplina costituzionale sul matrimonio⁴⁹.

È proprio alla luce di tali considerazioni che diventa necessario chiarire che cosa s'intenda quando si sostiene che la costituzione italiana *tace* in merito alla questione dell'unione tra persone del medesimo sesso.

La costituzione *tace*. La verifica intorno al silenzio del *testo* costituzionale è assai facile: l'interpretazione letterale e originalista non consente certamente di ricomprendere nel concetto che la parola «matrimonio» esprime l'unione tra persone del medesimo sesso, per cui

zione sedimentata da tempo immemorabile) quale argomento per motivare questa decisione fondamentale della sentenza v. I. MASSA PINTO e C. TRIPODINA, *Sul come per la corte costituzionale «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio»*. Ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010, cit., pp. 10 ss.

⁴⁹ Ritengono che dalla decisione della corte discenda una preclusione per il legislatore futuro a favore di una totale equiparazione tra matrimonio e unione omosessuale: R. CHERCHI, *La prescrittività tra testo costituzionale e legge: osservazioni a margine della sentenza 138 del 2010 sul matrimonio omosessuale*, in www.costituzionalismo.it, pp. 5 ss.; M. Croce, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, in www.forumcostituzionale.it; F. DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro It.*, 2010, I, pp. 1369; L. D'ANGELO, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio «nun s'ha da fare»*, in www.forumcostituzionale.it; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in www.forumcostituzionale.it, il quale tuttavia indica un «escamotage» sostenendo che la sentenza in parola «non certificherebbe un divieto costituzionale assoluto per il matrimonio tra persone dello stesso sesso, limitandosi ad escludere che si tratti di una soluzione costituzionalmente imposta: la sua introduzione è dunque preclusa *per via giurisdizionale* (sia essa l'interpretazione adeguatrice dei giudici comuni o l'intervento additivo della Corte) ma non *per via legislativa*. Così riletta, la pronuncia della Corte costituzionale avrebbe introdotto un divieto di natura *modale*, ma non di *merito*» (p. 21); R. ROMBOLI, *Il diritto «consentito» al matrimonio ed il diritto «garantito» alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice «troppo» e «troppo poco»*, in www.rivistaaic.it, p. 12; C. SILVIS, *Il matrimonio omosessuale fra il «non s'ha da fare» dell'art. 29 ed il «si può fare» dell'art. 2 cost.*, in www.iusreporter.it; V. TONDI DELLA MURA, *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l'artificio della «libertà»*, in www.federalismi.it, p. 2; P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium Juris*, 10/2010. Ritengono invece che non ne discenda una preclusione: M. D'AMICO, *Dopo la sentenza della Corte costituzionale il silenzio della politica*, in www.certidiritti.it; B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in www.rivistaaic.it, pp. 4 ss.

tutte le disposizioni che si riferiscono all'istituto matrimoniale presuppongono la differenza di sesso tra i suoi requisiti essenziali.

Tuttavia la storia insegna che i *testi* costituzionali, attraverso il ricorso ad argomenti interpretativi che fanno leva, in ultima analisi, su una (presunta) evoluzione dei costumi sociali e delle conoscenze tecnologiche, sono stati interrogati per ricercarvi le soluzioni a questioni problematiche che le collettività si sono di volta in volta trovate ad affrontare. E le costituzioni, in molti casi, hanno dato risposte (attraverso i risultati delle lotte politiche, in primo luogo, ma anche attraverso le ricostruzioni dogmatiche della dottrina e le sentenze dei giudici, soprattutto costituzionali) anche rispetto a questioni che non erano state nella mente di coloro che le avevano storicamente generate.

E proprio qui sta il punto. Quando è lecito interrogare (per trovare una risposta nel)la costituzione in riferimento a materie che non erano state nella mente di coloro che l'hanno storicamente generata? Riformulando la domanda in relazione al tema dei diritti fondamentali (tra i quali viene fatto rientrare il preteso diritto a contrarre matrimonio con persona dello stesso sesso), è necessario chiedersi quali siano i diritti fondamentali, oltre a quelli che si ricavano da un'interpretazione letterale e originalista della costituzione.

Anche a non voler privilegiare l'argomento letterale o originalista, e cioè anche a non voler a tutti i costi abbracciare un approccio cognitivista dell'interpretazione costituzionale, generalmente screditato in materia di diritti fondamentali, è davvero dubbio se la costituzione possa oggi essere finanche interpellata in ordine alla materia che qui interessa (e a molte altre che oggi si suole definire come eticamente sensibili). Infatti fino a quando su queste materie non si sia realizzato un *overlapping consensus* in grado di generare una consuetudine di riconoscimento di una qualche norma integrativa/interpretativa, la costituzione non potrà essere invocata dall'una o dall'altra parte in conflitto, se non come argomento retorico-politico per colmare una lacuna in realtà ideologica.

Ne deriva che, in un regime a costituzione scritta e rigida, i diritti fondamentali sono (solo) quelli scritti nella costituzione formale (intesa, però, quale espressione della costituzione in senso materiale e, dunque, non solo quelli che si ricavano da un'interpretazione letterale o originalista) e non possono essere, invece, tutte le (pur legittime) pretese di fatto (che rilevano come impulso di una lotta politica per il riconoscimento di una regola che le sancisca come diritti, appunto). Chiedere oggi, in questo preciso contesto storico-sociale, alla corte di pronunciarsi in merito all'unione tra persone del medesimo sesso, significa affidare alla corte stessa il potere di creare la regola di diritto oggettivo – con la necessità di aprire le porte del ra-

gionamento giuridico ad argomentazioni *lato sensu* morali, dal momento che la lettera del testo tace sul punto – la cui mancanza impedirebbe di riconoscere il (presunto) diritto. In un regime a costituzione scritta e rigida anche la comunità degli interpreti – ivi incluse le corti costituzionali – è soggetta (nel senso che deve confrontarsi con) ai contenuti comunemente, storicamente e socialmente accettati del diritto costituzionale (anche non scritto, dunque), ma, pur sempre, propriamente e pienamente positivo: non, dunque, un insieme di tabù sedimentati da una tradizione oppressiva e discriminatoria, o, peggio, imposta a tutti da una confessione religiosa, ma regole di diritto positivo, non scritto.

La soluzione che vorrebbe assegnare alla costituzione (e alla sua corte) un ruolo, per così dire, onnipotente, e che comporta perciò la necessità di richiedere esplicite motivazioni *lato sensu* morali delle interpretazioni non sostenibili dalla lettera del testo – come nel caso di specie – non fa che contribuire a un vero e proprio processo di svalutazione del diritto costituzionale incorporato, per così dire, nel testo stesso attraverso lo stratificarsi delle sue interpretazioni: un diritto costituzionale non scritto che rappresenta un patrimonio assai prezioso, perché – come la scienza del diritto ha sempre praticato, seppure non sempre teorizzato – riconoscere le consuetudini interpretative e le elaborazioni dottrinali consolidate come elementi costitutivi dell'ordinamento giuridico è una condizione indispensabile per sottoporre gli esiti dell'attività degli interpreti a controllo scientifico. Al contrario, il deliberato e consapevole ricorso a motivazioni in senso lato morali trasforma il ruolo delle corti da organi che interpretano e applicano la costituzione a organi che mediano istanze e attese, che, per quanto generalmente condivise, non possono che essere rappresentate dall'organo produttivo dell'unità politica, ossia dal parlamento⁵⁰. L'alternativa, nel difetto di funzionamento dei meccanismi rappresentativi – come nel caso di specie – non può che essere il ricorso ai principî giuridici, intesi come dati storici e sociali, che si impongono all'interprete come dati obiettivi, come prodotti da un già consolidato riconoscimento. Laddove questi non esistono, poiché i principî non si sono (ancora?) stabilizzati in dati sociali, in istituzioni, in diritto non scritto, ma pur sempre diritto, la corte deve restituire la parola alla lotta politica. Questo è il solo modo, si ripete, per sottoporre a controllo scientifico i risultati dell'attività interpretativa delle corti – e non solo la coerenza con la quale essa viene svolta – anche nelle ipo-

⁵⁰ Cfr. M. DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 41 ss.

tesi estreme in cui si renda necessario l'impiego di parametri di giudizio che non possono essere individuati attraverso lineari procedimenti di attribuzione di significati a disposizioni costituzionali.

Si delinea così il ruolo dei giudici costituzionali come garanti dei diritti intesi non come astratte categorie metafisiche o naturali, pretese fondate su una legge naturale che tuttavia non si limita a porre le premesse per il proprio superamento in un ordinamento civile (come avviene nel modello hobbesiano e poi nella interpretazione che di questo ha fatto il giacobinismo, per cui la legge naturale non vige in sé, ma pone le premesse affinché la legge positiva sostituisca la libertà naturale dell'uomo con la libertà civile), ma pretende di perpetuarsi anche contro l'ordinamento civile. Questa posizione si risolve nella presunzione di far valere, anche contro l'ordinamento positivo, le pretese soggettive di coloro che invocano la legge naturale stessa. Ma in questa prospettiva ciascuna pretesa di fatto evocata diventa automaticamente diritto soggettivo fondamentale, senza che sia data la possibilità di accertare empiricamente l'esistenza di una presunta legge meta-positiva che la fondi⁵¹.

4. Considerazioni conclusive: la laicità di Leopoldo Elia

Se il percorso argomentativo sopra svolto ha un qualche fonda-

⁵¹ Sul punto sia consentito rinviare a I. MASSA PINTO, *L'unione tra persone del medesimo sesso nell'attuale contesto storico-sociale: onnipotenza o impotenza della costituzione (e della sua corte)?*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO e P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 287 ss.

Sull'attenzione al dato giuridico informale e alla storicità dei contesti, quale principale caratteristica dell'attività scientifica di Leopoldo Elia, si rinvia al saggio di F. PALLANTE, *Situazioni condizionanti e diritto non scritto ne La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali di Leopoldo Elia*, in questa *Raccolta*.

Sulla «coscienza sociale» come limite per le corti stesse nell'interpretazione costituzionale, v. L. ELIA, *Relazione di sintesi*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norme giuridica e realtà sociale: bilancio di vent'anni di attività*, Bologna, Il Mulino, 1978, pp. 163 ss.; sul *Wesensgehalt* dei diritti fondamentali come dato propriamente storico-sociale, v. L. ELIA, *Il potere creativo delle corti costituzionali*, in AA.VV., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, Cedam, 1988, p. 223; sul diritto costituzionale non scritto, v. ancora L. ELIA, *La sentenza sul potere di grazia: dal contesto al testo*, in AA.VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 877 ss.

Il riferimento esplicito al «comune sentire dei cittadini», come parametro di legittimità della legislazione ordinaria, accanto allo spirito e alla lettera della norma costituzionale, si trova nella sentenza della corte costituzionale n. 11 del 1981, nella quale Leopoldo Elia appare come giudice redattore.

mento, credo che esso sia utile per confermare, ancora una volta, l'attitudine profondamente laica di Leopoldo Elia, studioso e politico cattolico.

Infatti non sono solo i lavori nei quali il Professore ebbe occasione di affrontare direttamente temi che ruotano attorno alla questione della laicità (a partire dal 1972, quando annotava positivamente la sentenza della corte costituzionale n. 169 del 1971, che riaffermava l'applicabilità della legge sul divorzio ai matrimoni concordatari⁵²) che testimoniano quell'attitudine profondamente laica di cui si è detto.

Direi, invece, che sia soprattutto la sua più generale concezione della costituzione, alla quale sopra si è inteso accennare, a rendere la sua riflessione particolarmente feconda per affrontare le grandi «questioni antropologiche», come lui stesso ebbe a definirle, che le società a forte pluralizzazione etica si trovano e si troveranno sempre più spesso ad affrontare.

Di qui l'appello ai cattolici e alla Chiesa, nel 1974, così come, con il massimo di coerenza, nel 2007, a favore dell'impegno in una «*moral suasion*», in un «libero confronto delle idee di vita e di società», al fine di implementare i valori etico-religiosi nelle società contemporanee, anziché pretendere di tutelarli con mezzi giuridici: se, all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, «la Repubblica appena nata voleva guadagnarsi l'appoggio o per lo meno la non belligeranza delle autorità ecclesiastiche e del mondo cattolico», oggi «bisogna soprattutto tener conto (con un senso di discrezione che non dovrebbe essere un fatto di stile, ma una scelta politica continua) di quella tendenza propria della società contemporanea a non tutelare con mezzi giuridici taluni valori etico-religiosi. Ciò non significa che tali valori vengano perciò confinati in una sfera meramente privata e propria della intimità personale: essi possono essere affermati e sviluppati con una presenza cattolica valida a livello di autonomie sociali, con una particolare utilizzazione del tempo libero, che si fondi anche sull'impiego di mezzi non ancora sperimentati a questi fini»⁵³.

Così, coerentemente, in materia di riconoscimento delle coppie di fatto, Elia, nel 2007, si rivolgeva al mondo cattolico richiamando la

⁵² L. ELIA, *Art. 34 del Concordato e impegno antidivorzista dello Stato italiano*, in *Giur. Cost.*, 1972, pp. 2920 ss.

⁵³ L. ELIA, *Animazione, istituti e forme dello Stato democratico*, cit., p. 289.

Non, dunque, «armistizi, in attesa di riprendere la guerra», «male minore, in attesa del momento opportuno per imporre a tutti il punto di vista universalistico di cui la Chiesa è portatrice»: così G. ZAGREBELSKY, *Scambiarsi la veste. Stato e Chiesa al governo dell'uomo*, Roma-Bari, Laterza, 2010, p. 122, critica le norme permissive proposte da Elia nelle materie eticamente sensibili.

necessità di un impegno per costruire «le premesse culturali (...) idonee a convincere il maggior numero possibile degli appartenenti alle giovani generazioni che è meglio, innanzitutto per loro, orientarsi verso il matrimonio e la famiglia secondo Costituzione: già i costituenti Dossetti e Moro avevano definito la formazione della famiglia, impegno di vita, come una rinuncia all'egoismo individuale. Ma la rinuncia, appunto, è una scelta volontaria, che non si presta a forzature mediante la legge (qui: per omissione della legge). È nel libero confronto delle idee di vita e di società che può esercitarsi la *moral suasion* rivolta all'uomo del *carpe diem*»⁵⁴.

⁵⁴ L. ELIA, *Pacs: gli equivoci e le barricate*, cit.

Il contributo di Leopoldo Elia ai lavori della cosiddetta Bicamerale D'Alema

di Anna Mastromarino

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'esperienza della c.d. Bicamerale D'Alema. – 3. La presidenza Elia. – 4. Istanze di cambiamento e revisione costituzionale. – 5. La forma di Stato. – 6. Il bicameralismo. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

L'opera del Professor Leopoldo Elia suscita immediata ammirazione, per il numero dei suoi interventi, per la capacità dimostrata nel saper cogliere le ispirazioni suscitate dall'esperienza delle cariche ricoperte, per la varietà dei temi di cui si è occupato.

In un tempo in cui la specializzazione sembra essere un valore assoluto, Leopoldo Elia dimostra, con la sua attività scientifica e pubblica, che cosa vuol dire essere un «giurista» a tutto tondo. Leggere i suoi scritti significa compiere un viaggio nel diritto pubblico: un viaggio emozionante per chi è alle prime armi. Attraverso le sue riflessioni, infatti, si va facendo strada l'idea che la pluralità degli argomenti trattati non solo non disperde, ma, anzi, rappresenta la spina dorsale di un più ampio discorso intorno allo Stato.

Anche prestando attenzione alla sua attività politica, infatti, non si ha mai l'impressione di uno iato fra la funzione istituzionale e la passione per il diritto. Resta fedele all'una e all'altro, con l'onestà di chi, in entrambe i campi, persegue un'idea: la salvaguardia dello Stato, della sua integrità istituzionale, sociale, costituzionale¹.

Queste considerazioni possono rappresentare il punto di partenza per avvicinarsi al pensiero del Professor Elia: una possibile chiave di lettura, certo non l'unica, ma, probabilmente, fra le più efficaci per

¹ Come ricorda Livio Paladin nella presentazione degli *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, Giuffrè, 1999, XII, «anche i suoi articoli giornalistici, divenuti frequenti negli ultimi anni, concorrono a confermare l'inestricabile intreccio fra la sua vastissima preparazione costituzionalistica di base e le sollecitazioni della politica quotidiana».

comprendere l'essenza della sua presidenza durante i lavori del comitato forma di Stato nella Bicamerale cosiddetta D'Alema e, più in generale, per ricostruire il ruolo che egli ha giocato nelle vicende riguardanti la trasformazione del sistema regionale italiano.

2. *L'esperienza della c.d. Bicamerale D'Alema*

La legge costituzionale n. 1 del 24 gennaio 1997, con la quale si provvede a derogare all'*iter* di revisione costituzionale al fine di pervenire, dopo tanti infruttuosi tentativi², alla «grande modi-

² Gli anni Ottanta si inaugurano nella prospettiva di un rinnovamento della Costituzione. La fase di riforma delle istituzioni che sembrava volersi porre se non in alternativa, almeno in termini paritari rispetto alla precedente stagione di attuazione del testo del 1948, si apriva in quegli anni, per essere destinata a protrarsi inesorabilmente sino ai giorni nostri. Nei primi tempi essa fu caratterizzata dalla costituzione di gruppi di lavoro in sede referente, la cui attività fu pressoché sempre arrestata dalle condizioni di instabilità politica in cui versano le istituzioni italiane in quel periodo. Così nel secondo governo Spadolini del 1982, quando vennero istituiti due comitati monocamerale sotto la presidenza dell'on. Riz e del sen. Bonifacio; così nel 1983, quando, essendo Presidente del Consiglio dei ministri l'on. Craxi, si diede luogo alla formazione di una «Commissione bicamerale per le riforme istituzionali» successivamente denominata «Bozzi», dal nome del suo Presidente. Diversa negli intenti, ma accomunata dalla medesima sorte, la vicenda relativa alla cosiddetta Commissione De Mita-Iotti. Nel 1992, con due atti monocamerale, si provvedeva alla formazione di «una Commissione bicamerale con il compito di una globale ed organica revisione della Costituzione nell'articolazione delle diverse istituzioni... provvista dei poteri e dei mezzi conoscitivi e di indagine previsti dai regolamenti parlamentari». Essa era, pertanto, a differenza delle precedenti esperienze meramente consultive, una Commissione chiamata a prendere in esame le proposte di revisione costituzionale relative alla seconda parte della Costituzione, nonché i disegni di legge in materia elettorale presentati alle Camere e, successivamente, a elaborare «un progetto organico di revisione dei suddetti titoli della Costituzione, comprensivo dei sistemi elettorali per gli organi costituzionali». Dopo le elezioni del marzo del 1994, il primo governo Berlusconi, (ai sensi del I comma dell'art. 29, della legge 400/1988 secondo cui il Presidente del Consiglio dei ministri «può avvalersi di consulenti e costituire comitati di consulenza, di ricerca o di studio su specifiche questioni»), volendo dare nuovo impulso alla mai pienamente decollata azione riformatrice dello Stato, istituiva un «Comitato di studio sulle riforme istituzionali, elettorali e costituzionali». La costituzione di quello che venne comunemente conosciuto come Comitato Speroni presentava evidenti segni di discontinuità rispetto alle trascorse esperienze, essendo formato da esperti ed essendo stati ad esso assegnati obiettivi assai più precisi e puntuali rispetto a quanto accaduto in passato. Pur presentato al Consiglio dei ministri, il testo non fu neppure discusso: la crisi del governo Berlusconi trascendè con sé l'ennesimo tentativo di addivenire ad un concreto confronto parlamentare in tema di riforme istituzionali. Nel 1996, infine, si assiste al fallimento di quello che fu mediaticamente definito il «tentativo Maccanico», sostenuto da un governo di unità nazionale con il compito di affrontare nodi irrisolti dell'ordinamento:

fica»³ della Carta del 1948, è figlia di un dibattito che si apre negli anni Ottanta e che raggiunge il suo apice in corrispondenza della grave crisi politica che attraversa l'Italia nei primi anni Novanta.

Allora, infatti, da più parti era stata evidenziata la necessità di mettere mano alla modifica dell'art. 138 o quantomeno di intervenire nel senso di un suo superamento⁴, al fine di poter rendere più agevole il procedimento di revisione costituzionale, per aprire la strada al rinnovamento di una Costituzione ritenuta ormai inadatta a far fronte alle esigenze del sistema politico e sociale italiano.

Con la legge costituzionale n.1/1997 veniva, dunque, istituita una «Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, composta

si ponevano, dunque, le basi per quella che sarebbe stata la successiva esperienza della Bicamerale D'Alema. La bibliografia sul tema è decisamente vasta. Si rimanda fra gli altri a P. COSTANZO, G.F. FERRARI, G.G. FLORIDIA, R. ROMBOLI e S. SICARDI (a cura di), *La Commissione bicamerale per le riforme costituzionali. I progetti, i lavori, i testi approvati*, Padova, Cedam, 1998; A. DI GIOVINE, *Note sulla legge costituzionale n. 1 del 1997*, in *Quad. cost.*, 1997, 383 ss.; M. OLIVETTI, *La Commissione Bicamerale sulle riforme costituzionali: profili storico-istituzionali e rilievi di ordine procedimentale*, in *Iustitia*, Anno I, 1997, 159 ss.

³ In particolare S.P. PANUNZIO, *Le vie e le forme per l'innovazione costituzionale in Italia: procedura ordinaria di revisione, procedure speciali per le riforme costituzionali, percorsi alternativi*, in A.A. CERVATI, S.P. PANUNZIO e P. RIDOLA, *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l'innovazione costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001, 113 ss.

⁴ Nei primi anni ottanta Gianfranco Miglio aveva aperto un dibattito intorno alla esigenza di andare oltre l'*iter* di revisione proposto dai costituenti con l'art. 138. Egli considerava preferibile l'elaborazione, in seno ad un comitato di esperti, di un testo che sarebbe stato solo in un secondo tempo sottoposto all'attenzione del Parlamento. L'approvazione delle Camere ne avrebbe determinato l'entrata in vigore. L'eventuale opposizione avrebbe dato luogo a due possibili esiti: la decadenza del progetto, nel caso in cui si fossero espressi negativamente almeno i due terzi dei parlamentari; la sua automatica sottoposizione a *referendum* popolare, qualora i voti negativi non avessero raggiunto la maggioranza qualificata. Cominciò, dunque, a farsi strada l'idea circa la possibilità di ricorrere ad un procedimento di revisione costituzionale sostanzialmente alternativo rispetto a quello di cui all'art. 138. Si parlò in proposito di «sbrego della Costituzione», ritenendo che la via per modificare l'art. 138 era scritta nel medesimo articolo. Ma per lo più le forze politiche sembravano ormai concordi circa la necessità di addivenire ad un accordo che permettesse non la abrogazione/modifica dell'art. 138, bensì la sua deroga *una tantum*, al fine di superare l'*empasse* in cui si trovava la fase delle riforme istituzionali, attraverso l'alleggerimento della fase parlamentare (con la costituzione di una commissione bicamerale *ad hoc*) e la valorizzazione della partecipazione popolare al procedimento (con la previsione di una consultazione referendaria obbligatoria). In generale, sul dibattito circa l'inidoneità dell'art. 138 della Costituzione a traghettare il nostro ordinamento verso una grande riforma si veda T. GROPPI, *La revisione della Costituzione. Commento all'art. 138 della Costituzione*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario della Costituzione*, vol. III, UTET, Torino, 2006, in particolare 2720 ss.

da trentacinque deputati e trentacinque senatori, nominati rispettivamente dal Presidente della Camera dei deputati e dal Presidente del Senato della Repubblica su designazione dei Gruppi parlamentari, rispettando le proporzioni esistenti fra i gruppi medesimi» (art. 1, comma 1).

Si segnava immediatamente la distanza fra l'esperienza della Bicamerale cosiddetta D'Alema, dal nome del suo Presidente, rispetto a quella delle precedenti commissioni, istituite per addivenire all'approvazione (/proposizione) di «riforme istituzionali» e non «costituzionali». Così, se da una parte sembrava essere esclusa la possibilità di prevedere, fra i temi di riflessione, un ripensamento del sistema elettorale italiano, dall'altra, nel silenzio della legge, restava compresa fra i possibili oggetti di riforma la sezione II del titolo VI, parte II della Costituzione. Ciò, pur non legittimando alcun intervento rispetto all'art. 139, evidentemente al di fuori della portata di un organo «costituito», sembrava permettere alla Commissione bicamerale di intervenire, qualora l'avesse ritenuto necessario, direttamente sull'art. 138.

I lavori della Bicamerale D'Alema erano articolati su quattro comitati, dedicati, rispettivamente, alla forma di Stato, alla forma di governo, al sistema delle garanzie, al Parlamento e alle fonti normative, nonché alla partecipazione dell'Italia all'Unione europea. Per ciascun comitato, composto da diciannove membri (meno quello relativo allo studio della forma di Stato, che contava ventuno componenti) si procedette alla nomina di un Presidente e di un relatore.

A Leopoldo Elia venne affidata la presidenza del comitato sulla forma di Stato.

I lavori in sede decentrata si protrassero dal 5 marzo sino alla fine del mese di maggio. In particolare, per quanto riguarda la Commissione presieduta dal Professor Elia, essi si chiusero il 22 di maggio, quando il relatore, on. D'Onofrio, presentò la propria relazione finale al *plenum* della Bicamerale, che l'approvava.

La centralità del comitato forma di Stato nell'economia generale dei lavori della Bicamerale apparve immediatamente evidente. In tal senso, basti ricordare che, assodato che fosse necessario un coordinamento fra i diversi comitati in relazione alla plurime proposte che si andavano formulando, si procedette ad organizzare quattro sedute di concertazione, alle quali partecipavano non più di due comitati per volta: quello relativo alla forma di Stato fu presente a tutti gli incontri.

Il dibattito intorno alle scelte da compiere per procedere all'eventuale modifica della forma di Stato della Repubblica italiana, infatti, mise in luce alcuni nodi, che difficilmente avrebbero potuto essere

sciolti senza tenere conto della direzione assunta dagli altri comitati. Si trattava, in particolare, di coordinare le scelte assunte in materia di bicameralismo e di valutare la compatibilità della forma federale, rispetto alle opzioni prese in considerazione relativamente alla forma di governo italiana.

Non vi è dubbio che se anche il confronto nel comitato fu per lo più monopolizzato dalle scelte da assumere intorno all'eventuale trasformazione del «tipo» di Stato, esso non poteva non spingersi a tracciare un quadro complessivo delle conseguenze che questa trasformazione avrebbe necessariamente avuto sulle relazioni tra i diversi elementi costitutivi dello Stato, come la stessa denominazione della sottocommissione sembrava, del resto, richiedere.

3. *La presidenza Elia*

La riflessione intorno ai tipi e forme dello Stato non paiono aver rappresentato un filone centrale nella bibliografia scientifica di Leopoldo Elia.

Non di meno, come si è detto, anche rispetto a questo tema è possibile rintracciare alcune linee guida, che emergono anche grazie ad alcuni suoi interventi giornalistici. È possibile, così, anche in questo campo d'indagine *a latere*, rintracciare una posizione solida, funzionale allo Stato, inteso come apparato efficace ed efficiente sul piano delle garanzie e della rappresentanza.

La sua «presidenza» durante l'esperienza della Bicamerale D'Alema si caratterizza per il costante riferimento al diritto comparato; per la precisione tecnica del linguaggio adoperato; per l'apertura dimostrata rispetto al cambiamento.

L'esperienza istituzionale delle altre democrazie contemporanee rappresenta l'orizzonte entro il quale Leopoldo Elia si muove al momento di immaginare il nuovo assetto territoriale italiano. La comparazione costituisce il metodo di indagine e lo strumento di previsione attraverso i quali avanza ipotesi, procede nell'analisi del «caso Italia», evidenzia similitudini e differenze per formulare previsioni attendibili⁵.

Quest'attitudine, del resto, non fa che avvalorare quanto ricordato

⁵ Si veda ancora la presentazione di Livio Paladin, cit., XX: «è proprio la sua larga visione storica e comparatistica che lo ha reso e lo rende assai diffidente nei confronti delle facili proposte imitative di altri regimi costituzionali, spesso ignare dei fallimenti di quei sistemi e delle difficoltà che incontrerebbe il loro trapianto in Italia».

circa la sua propensione a non abdicare mai al suo ruolo di giurista, anche nelle sedi politiche. I suoi interventi nel comitato sono sempre chiari e puntuali al pari dei suoi scritti scientifici; il linguaggio utilizzato è quello tecnico degli addetti ai lavori e non scade mai nel pressapochismo; i termini sono usati sempre con precisione e mai a fini meramente politico-mediatici.

Quella del Professor Elia è, dunque, una direzione dei lavori rigorosa, ma non per questo «statica».

Nonostante l'evidente attaccamento al testo costituzionale (che traspare in ogni suo scritto), e nonostante le accuse di conservatorismo e di eccessiva cautela che in più di una occasione gli vennero mosse, a ben vedere, gli interventi del Professor Elia nella Bicamerale sono un continuo incentivo alla ricerca del nuovo. Sono le considerazioni di un animo «giovane», mai ancorato al passato, anzi curioso rispetto al futuro. Il cambiamento non lo intimorisce: per lui rappresenta, piuttosto, una sfida, da affrontare, però, necessariamente con le armi del diritto costituzionale.

Perché è questo il nocciolo duro della sua presidenza: la tutela dell'ordinamento costituzionale, che non si concreta attraverso la difesa ad oltranza del dettato costituzionale, ma che anzi può essere attuata anche per mezzo di una sua modifica, purché tesa ad implementare e non a svilire i principi fondamentali che sono alla base della Costituzione italiana.

4. *Istanze di cambiamento e revisione costituzionale*

La funzione propulsiva di Leopoldo Elia nella Bicamerale appare ancora più apprezzabile perché svolta da un uomo che sin dall'inizio non pare essere stato pienamente convinto della bontà istituzionale dell'esperienza delle commissioni De Mita-Iotti, prima, e D'Alema, dopo⁶.

Nel 2006, alla vigilia del *referendum* confermativo relativo all'ampio progetto di riforma costituzionale elaborato ed approvato a maggioranza assoluta dall'allora governo di centro-destra⁷, non esitava a

⁶ Intervistato da M. CAPRARA, *Elia: i cambiamenti li fa il Parlamento e con le procedure indicate dal 138*, in *Corriere della sera*, del 29 maggio 1996, L. Elia non esitava nel manifestare la sua convinzione che le «innovazioni necessarie all'Italia sono realizzabili secondo le vie classiche: le procedure indicate dall'art. 138 della Costituzione, forse utilizzando una Commissione bicamerale solo per la fase istruttoria». Senza alcun bisogno di un'assemblea costituente».

⁷ Nel corso dell'*iter* che ha portato alla approvazione in Parlamento del testo di riforma costituzionale, successivamente respinto dagli elettori con il *referendum* con-

dichiararsi favorevole rispetto ad una modifica dell'art. 138, ma in termini assolutamente contrari all'opinione politica dominante.

Egli, infatti, auspicava l'intervento di una riforma volta ad aggravare ulteriormente il procedimento di revisione costituzionale «per mettere in sicurezza la rigidità della Costituzione sminuita dal sistema elettorale maggioritario o a premio di maggioranza». Appare piuttosto evidente la sua volontà di allontanarsi tanto dalla pervadente «psicosi dell'azzeramento» quanto dalla attesa messianica della fase costituente che a periodi alterni sembrano essersi impadronite del dibattito politico italiano⁸.

Riteneva, infatti, che i vantaggi cui avrebbe condotto un irrigidimento dell'iter di cui all'art. 138 Cost., avrebbero di gran lungo potuto superare le perplessità emergenti, sostenendo che «non è per colpa dell'art. 138 se le riforme della XIII e XIV legislatura hanno prestato il fianco a tante critiche e contestazioni. Dunque bisogna finalmente mettere in soffitta l'idea della «riforma organica» della seconda parte della Costituzione che ha alterato lo spirito dell'ultima Bicamerale (quella presieduta dall'on. Bozzi non aveva poteri): l'alterazione è bene espressa dalla formula «percorso costituente» che mette in crisi la distinzione tra revisione costituzionale ed attività costituente in tema di principi supremi, che sono stati adottati nel 1947 dall'Assemblea eletta il 2 giugno 1946. Insomma nella scelta del metodo di revisione per emendamenti di tipo statunitense non c'è nulla di conservatore, ma soltanto il tentativo di evitare gli errori compiuti in passato. Le bicamerali, la Costituente, le Convenzioni, specie se con poteri redigenti, appaiono strumenti inidonei, per eccesso o per difetto, a realizzare quelle revisioni anche importanti che tendano a risolvere i problemi aperti del nostro ordinamento costituzionale»⁹.

fermativo del giugno 2006, sono stati numerosissimi gli interventi di Leopoldo Elia, rivolti ora a stigmatizzare le singole innovazioni prospettate rispetto alla forma di governo, ora a mettere in luce i limiti del modello decentrato che si pretendeva introdurre e, comunque, tutti coerentemente critici rispetto al risultato nel complesso insoddisfacente, quando non snaturante del testo costituzionale, cui la riforma, se approvata, avrebbe condotto. La raccolta *La Costituzione aggredita*, Bologna, il Mulino, 2005, ha riunito in un unico testo le tappe del percorso di analisi scientifica che ha guidato la sua attività oppositiva.

⁸ Si veda L. ELIA, *Intervento nel dibattito sui temi contenuti nel messaggio del Presidente della Repubblica Francesco Cossiga sulle riforme istituzionali*, (1991), oggi nella raccolta ID., *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2009, in particolare 404.

⁹ Si veda l'intervento di L. ELIA, *Un problematico superamento del bicameralismo paritario*, in R. BALDUZZI (a cura di), *La Carta di tutti. Cattolicesimo democratico e riforme costituzionali (1948-2006)*, Roma, Editrice AVE, 2006, 119-127: atti

5. *La forma di Stato*

La lettura dei verbali delle sedute del comitato forma di Stato mette in luce come, sin dalle prime battute, il modello federale si impose prepotentemente rispetto ad ogni altra opzione, o, per meglio dire, come unica possibile opzione¹⁰. Non di meno, risulta chiaro che questa scelta, vissuta come una via quasi obbligata per assecondare un cambiamento radicale ormai in atto nel paese, non venne affiancata da alcun confronto circa il significato che ciascuno dei membri del comitato attribuiva al termine «federalismo», né intorno alle conseguenze che sul piano simbolico-ideologico sarebbero derivate dalla sua assunzione.

Forse per questo, lo studio delle singole proposte, così come l'analisi dei dibattiti, evidenzia una certa ambiguità irrisolta (volutamente irrisolta?), rispetto all'accezione con cui il termine viene utilizzato e non scioglie gli eventuali dubbi che potevano e possono sorgere circa la volontà del legislatore costituzionale di approdare ad una trasformazione dello Stato in senso autenticamente federale¹¹.

Anzi, la sensazione che il termine «federalismo» sia impiegato a fini più mediatici che giuridici resta viva, rafforzata anche dalla tendenza ad aggirare un franco confronto attorno all'evoluzione del regionalismo italiano, in favore di un discorso che è tutto rivolto al cambiamento *ex novo*, piuttosto che all'implementazione di un modello di decentramento con proprie potenziali prerogative di sviluppo in senso autonomico¹².

Il Professor Elia solo apparentemente sembra voler assecondare questo gioco di parole: il tenore dei suoi interventi svela immediata-

del convegno promosso dal MEIC (Movimento Ecclesiale di Impegno Culturale), tenutosi a Roma il 5-6 maggio 2006.

¹⁰ Cfr. P. COSTANZO, G.F. FERRARI, G.G. FLORIDIA, R. ROMBOLI e S. SICARDI (a cura di), *La Commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, cit., 65 ss.

¹¹ Cfr. L. ELIA, *Una Camere delle garanzie che tuteli anche le Regioni*, in *Il Sole 24 Ore*, del 3 aprile 1997.

¹² S. MANGIAMELI, *Riforma federale, luoghi comuni e realtà costituzionale*, in A. PACE (a cura di), *Quale, dei tanti federalismi?*, Padova, Cedam, 1997, 307 e s., afferma che nel «dibattito che affronta il tema del *federalismo* in Italia si ha molto spesso l'impressione che si voglia obliare l'esperienza vissuta dall'ordinamento, prima, con le cinque regioni a statuto speciale e, a partire dal 1970, anche con quelle di diritto comune» dal momento che «i richiami ai principi del federalismo e al pensiero federalista sono aspetti tenuti in ampia considerazione, ma non altrettanto può dirsi delle elaborazioni del nostro diritto regionale. La sensazione che ne trae l'osservatore è, pertanto, che l'Italia, quasi uno Stato centralista di stampo napoleonico, anche dopo la Costituzione del 1947, si stia avviando ad un cambiamento costituzionale radicale, introducendo, al posto del più ferreo centralismo, il più ampio decentramento istituzionale che dovrebbe portare il nome di *federalismo*».

mente le sue priorità, che non sono legate alla definizione necessariamente in senso federale o regionale dell'ordinamento italiano.

Egli crede fermamente nell'esigenza di articolare a livello territoriale il potere centrale, ritenendo che «un solo organo legislativo, che si muove per di più secondo procedure complesse, non sarebbe sufficiente in nessuna società contemporanea a rispondere alle esigenze collettive»¹³. Più che la denominazione che l'ordinamento decentrato italiano è destinata ad assumere, paiono interessarlo i contenuti ed i caratteri della nuova forma di Stato.

L'idea espressa in Bicamerale è coerente con quanto sostenuto nei suoi scritti in materia: in Italia deve essere esclusa ogni soluzione che punti ad un decentramento di tipo competitivo. Tutti i suoi interventi sono orientati a mettere in luce la necessità di puntare alla coesione sociale attraverso procedimenti di cooperazione tra il centro e la periferia e tra gli enti periferici stessi, nella convinzione che «certo è difficile educarsi all'etica della cooperazione, ma senza di questa non si dà oggi etica della responsabilità»¹⁴.

Egli, dunque, a priori, non sembrerebbe contrario ad una trasformazione federale dello Stato¹⁵, purché ci si allontani dal modello classico ed in particolare dal paradigma del *dual federalism* statunitense. A prescindere dal tipo di Stato assunto¹⁶, egli, esplicitamente, prende parte in favore di un modello cooperativo di decentramento in grado di incrementare le occasioni di convergenza fra centro e periferia ed

¹³ Cfr. L. ELIA, *Giustizia costituzionale e poteri legislativi decentrati*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1977, 358.

¹⁴ Così nel suo intervento in. A. PACE (a cura di), *Quale, dei tanti federalismi?*, cit., 377.

¹⁵ Nella seduta del 12 marzo esorterà, anzi, i colleghi a non aver paura del federalismo, temendo derive secessioniste: a suo avviso, «tale atteggiamento più che altro «psicologico» deve essere superato, nella convinzione che vi sono serie ragioni di tipo generale per una riforma federale della forma di Stato, la quale è altresì legittimata da fondate ragioni di opportunità costituzionale: infatti, la crisi dello Stato centralista può essere superata da un assetto ordinamentale, che soprattutto restituisca credibilità ed efficienza alla pubblica amministrazione. Quanto al divario Nord-Sud, alcune esperienze straniere (cita il recente caso della Germania Ovest e dei territori dell'ex Germania est) sono incoraggianti circa i benefici e il recupero di fiducia reciproca che possono ottenersi mediante l'introduzione di modelli federali.

Vi è poi la tesi che fonda sulla stessa crisi del sistema dei partiti una ulteriore spinta verso il federalismo; ma a suo avviso tale debolezza non va enfatizzata in chiave semplicistica. Anzi, occorre prestare attenzione affinché non si riproducano quelle stesse degenerazioni lamentate a livello nazionale nei nuovi assetti istituzionali sul territorio».

¹⁶ A patto di avere le idee chiare sull'obiettivo che si intende raggiungere, il Presidente Elia nella seduta del 22 maggio richiamerà ancora tanto il modello decentramento amministrativo quanto quello federale come possibili alternative.

al contempo di contenere le controversie dinnanzi alle supreme magistrature ordinarie, amministrative e costituzionali¹⁷.

La consapevolezza delle problematiche politico-sociali, nonché del crescente divario che, dal punto di vista delle singole regioni, contraddistingue lo sviluppo economico del nostro paese, lo induce, dunque, a pronunciarsi in favore di un assetto politico-territoriale in grado di garantire al governo centrale spazi di dialogo con la periferia ed interventi a fini perequativi. Assicurare un livello minimo di godimento dei diritti sociali fondamentali in ogni parte del territorio rappresenta, infatti, a suo parere, una funzione irrinunciabile di ogni Stato democratico¹⁸.

Anche per questo Leopoldo Elia, nel corso del dibattito in comitato, pur fedele al suo ruolo imparziale di Presidente, non mancherà di evidenziare il proprio scetticismo rispetto alla possibilità di disporre a livello costituzionale elenchi di materie separati per definire il riparto di competenze tra lo Stato e le regioni, considerando, anche alla luce del diritto comparato, piuttosto anacronistica la scelta di prediligere una piattaforma duale, a discapito di quella volta ad istituire nuovi luoghi di cooperazione multilaterale o riconoscere dignità costituzionale a quelli già esistenti¹⁹.

¹⁷ Leopoldo Elia porterà la sua esperienza di giudice costituzionale in Bicamerale. Nella seduta del 10 aprile «segnala i riflessi del tipo di federalismo che si vorrà introdurre sul funzionamento dell'organo di giustizia costituzionale. Una forma di federalismo competitivo produrrebbe, a suo avviso, un incremento del contenzioso dinanzi alla Corte, incidendo inevitabilmente sulla funzionalità dell'organo, mentre una forma federale, caratterizzata da una pluralità di sedi di composizione, verso la quale manifesta le sue preferenze, renderebbe il ricorso alla Corte meno frequente, forse anche inferiore rispetto a quello che oggi si registra.

Un altro aspetto, sul quale la riforma in senso federale dello Stato potrebbe avere riflessi, è quello della composizione della Corte medesima. Al riguardo segnala come, secondo un principio di funzionalità, la dimensione ottimale sia quella, abbastanza ristretta, propria della Corte suprema degli Stati Uniti; se si intendesse ampliare il numero dei componenti, rispetto a quello attuale, si dovrebbe porre il problema di un'articolazione in più collegi della Corte. In ogni caso, nel revisionare le forme di nomina o elezione dei giudici costituzionali, occorre evitare il rischio di una eccessiva politicizzazione della Corte stessa; al riguardo richiama la positiva esperienza tedesca che ha sempre garantito l'accesso al tribunale costituzionale di personalità di grande prestigio e indipendenza.

Manifesta quindi molte perplessità sulle proposte di riforma tese a ridurre la varietà della tipologia delle pronunce della Corte; in particolare crede che il vietare espressamente il ricorso ad alcuni tipi di pronunce interpretative condurrebbe inevitabilmente ad un incremento del numero delle sentenze di accoglimento, con inevitabili riflessi negativi sulla coerenza dell'ordinamento giuridico».

¹⁸ Cfr., A. PACE (a cura di), *Quale, dei tanti federalismi?*, cit., 374.

¹⁹ Avendo ben chiara la distinzione fra quelle che possiamo definire sedi di concertazione e gli organi deputati alla sintesi ed alla integrazione politica. Si veda il verbale della seduta del 30 aprile 1997 del comitato forma di Stato.

D'altra parte, la scelta di aderire ad un modello cooperativo non significherà per Elia adesione incondizionata al modello di federalismo cooperativo «alla tedesca». Con l'attenzione del comparatista che, abbiamo ricordato, contraddistingue le sue riflessioni, egli metterà in luce le molte difficoltà insite nell'assunzione di un sistema di decentramento di tipo attuativo, sulla falsa riga di quello vigente in Germania, almeno senza dubbio, sino alla metà degli anni Novanta.

Il peso delle entità locali, ed in particolare delle grandi metropoli, nella gestione della cosa pubblica italiana, lo portavano, infatti, a considerare l'eventualità di una ferma opposizione da parte degli enti territoriali minori rispetto ad un assetto che preveda la generale allocazione delle funzioni amministrative presso la regione²⁰.

6. *Il bicameralismo*

Cooperazione per Leopoldo Elia significa predisposizione politica, definizione di procedure di collaborazione, creazione di luoghi istituzionali di confronto²¹.

²⁰ In quest'ottica appaiono comprensibili le perplessità avanzate dal Professor Elia nelle sedute del comitato forma di Stato del 12 e 13 marzo rispetto alla individuazione dei soggetti istituzionali del nuovo assetto della forma di Stato. L'attenzione al livello locale sarà alla base della proposta di modifica dell'art. 114 della Costituzione (successivamente recepita nella sostanza dalla legge costituzionale 3/2001) presentata da Bressa ed Elia nella seduta del 14 marzo: «1. La Repubblica è formata da Comuni, Province, Regioni e Stato.

2. Le funzioni legislative, regolamentari e amministrative sono ripartite fra gli enti territoriali, sulla base del principio di sussidiarietà, a partire da quelli più vicini alle rispettive comunità, senza duplicazione di funzioni e con l'individuazione delle rispettive responsabilità. La ripartizione delle funzioni può prevedere che esse siano esercitate dagli enti in forma coordinata attraverso accordi, intese o altri strumenti di cooperazione.

3. La funzione legislativa è ripartita tra lo Stato e le Regioni, sulla base di leggi costituzionali e di leggi statali adottate previa intesa con le Regioni.

La Regione, nell'ambito della propria competenza legislativa, concorre a determinare e ad attuare direttamente gli atti normativi dell'Unione Europea.

Lo Stato garantisce la responsabilità dell'Italia nei confronti dell'Unione Europea.

4. I Comuni hanno competenza amministrativa generale, salvo le funzioni amministrative espressamente attribuite alle Province, alle Regioni e allo Stato dalla Costituzione, da leggi costituzionali, da leggi dello Stato o delle Regioni. Nelle materie in cui hanno competenza amministrativa i Comuni e le Province hanno autonomia normativa e regolamentare».

²¹ Nelle sedute del 12 e 13 marzo del comitato forma di Stato il Presidente Elia parlerà esplicitamente di «zone fluide», contrapponendo questa idea dinamica della sussidiarietà ad una visione cristallizzata tutta orientata alla definizione di elenchi,

Anche per questo, le sue considerazioni in tema di forma di Stato finiranno inevitabilmente con il coinvolgerlo nel dibattito relativo alla eventuale «ristrutturazione» della seconda Camera in Italia: sia prima²² che durante i lavori della Bicamerale, sia in seguito nell'elaborazione delle leggi costituzionali n. 1 del 1999 e n. 3 del 2001, nonché, infine, nel corso della campagna elettorale che ha preceduto il voto referendario del 25-26 giugno 2006 sul progetto di revisione costituzionale presentato dall'allora governo Berlusconi ed approvato con la sola maggioranza assoluta dalle Camere.

L'esistenza del Senato, per il Professor Elia, è anzitutto manifestazione di un bicameralismo differenziato nelle «procedure», prima che negli «interessi» da rappresentare. Poco propenso ad analizzare la questione in termini di *perfezione* di un ramo del Parlamento rispetto all'altro²³, egli insiste, sin dall'abbrivio dei suoi studi, supportati da una già intensa attività politica ad alti livelli, sull'idea che solo la previsione di procedure decisionali diverse avrebbe potuto rappresentare un valido antidoto all'imperversare della sindrome del «doppione parlamentare», garantendo responsabilità, trasparenza e tempestività nell'azione politica del Senato²⁴.

Crede nella necessità di un ripensamento circa la configurazione della seconda Camera in Italia: un ripensamento che non necessariamente coincide con la trasformazione della Camera alta in una Camera *delle* Regioni²⁵, quanto piuttosto in una Camere *per* le Regioni, le cui competenze possano spaziare dall'approvazione delle leggi cornice, alle questioni di merito costituzionale.

A partire da queste considerazioni il progetto di bicameralismo

preferibilmente superabili tramite il coinvolgimento degli attori istituzionali nei circuiti politici attraverso procedure di collaborazione. Ancora, nella medesima direzione si veda il verbale della seduta del 14 marzo del Comitato forma di Stato in seno alla Bicamerale D'Alema

²² Si veda L. ELIA, *E dopo il Senato...il filo di lana*, in *la Discussione*, del 5 maggio 1990; ID., *Bicameralismo*, in *la Discussione*, del 16 giugno 1990.

²³ Si vedano le considerazioni di J. LUTHER, *Il contributo di Leopoldo Elia al bicameralismo*, in *Rassegna parlamentare*, 2009, 1055 ss., in particolare 1061.

²⁴ L'idea di una diversificazione fra le due Camere che non passa necessariamente attraverso la differenziazione delle attribuzioni o dell'intensità del potere, ma dalla definizione delle modalità dei tempi e delle procedure, è già presente in *Una democrazia di investitura e di indirizzo. Proposta per un riordino istituzionale possibile*, in *La questione morale come riconciliazione cittadini-istituzioni*, Atti del Convegno di Villa Miani, Roma, 11 e 12 gennaio, 1988, oggi in L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., 363 ss., in particolare 374.

²⁵ Cfr. l'intervista di P. ARMAROLI, *Elia: perché no alla «Camera delle regioni»*, in *Il tempo*, del 2 ottobre 1985.

che Leopoldo Elia tenterà di far passare nella Bicamerale D'Alema appare al contempo originale, puntuale e articolato.

Originale perché non si ripiega sulla mera riproposizione di modelli di matrice federale, già richiamati e già superati dalla storia costituzionale di altri ordinamenti; puntuale perché definito a partire dalle peculiari esigenze manifestate dal nostro sistema regionale; articolato, infine, perché, arricchisce di contenuto le funzioni tradizionalmente affidate alla seconda Camera.

In questo senso, da una parte la previsione di una Camera *per* le regioni permetterà al dibattito di aprirsi alla questione del municipalismo, tenuto conto del peso sociale e politico dei comuni nel nostro paese; dall'altra il mantenimento di un'anima «nazionale» in corrispondenza del Senato permetterà di riconoscere ancora nella seconda Camera italiana uno strumento di riflessione per controbilanciare il potere esecutivo, secondo lo stesso progetto costituente²⁶. Leopoldo Elia proporrà pertanto la creazione, in seno al Senato, di una «Commissione delle autonomie territoriali», prevedendo due modalità d'azione della seconda Camera: l'una attraverso la Commissione, l'altra per mezzo dell'Assemblea. Il Senato sarebbe così composto da una quota di senatori (ipoteticamente 150) eletti direttamente dal popolo, cui competerebbe in particolare la tutela dei diritti fondamentali, e da una parte di senatori rappresentati dai presidenti di regione e da altri rappresentanti delle istituzioni locali. Le due classi di senatori solo in casi eccezionali si troverebbero a deliberare in seduta comune²⁷.

Questa visione all'avanguardia del Senato gli costerà critiche ed incomprensioni, cui Leopoldo Elia saprà ribattere, senza indietreggiare, anzi fortificando l'idea di un Senato baluardo delle garanzie non solo degli enti territoriali, ma anche dei cittadini²⁸.

²⁶ Si rinvia alle riflessioni svolte da L. Elia nel testo inviato alla Commissione Affari costituzionali del Senato nel novembre 2003, *Troppi poteri per un uomo solo*, oggi in *La Costituzione aggregata*, Bologna, il Mulino, 2005, 69 ss., in particolare 77.

²⁷ Cfr. L. ELIA, *Una Camera delle garanzie che tuteli anche le Regioni*, cit.

²⁸ Così in L. ELIA, *Mai proposto un «Senatino»*, in *la Repubblica*, del 29 giugno 1997, dove l'autore lamenta che la proposta presentata durante i lavori della Bicamerale per la riforma del Senato «fatta propria dal gruppo Ppi e avanzata per risolvere un problema molto serio (basti citare Germania, Austria e Spagna) si è scontrata con un persistente misonicismo ed è stata coperta di dileggi e battute di dubbio gusto (senatino, camerino): in particolare Montanelli, non rifuggendo da insinuazioni assolutamente volgari nei miei confronti, ha creduto di trovarsi di fronte ad un deplorabile aumento di poltrone. Invece il problema rimane. Ci sono soluzioni migliori? Chi le ha si faccia avanti»; ed anche ID., *Il saliscendi della bicamerale*, in *Il Popolo*, del 28 ottobre 1997.

L'analisi del diritto comparato lo porterà, infatti, a sostenere che l'idea di una camera *di rappresentanza del territorio* nascerebbe già vecchia, essendo essa recessiva negli stessi Stati genuinamente federali²⁹.

Leopoldo Elia, che trattando di tipi di Stato non si lascerà mai sedurre dalla illusione di poter confidare in un modello duale basato su una rigida divisione delle competenze, sviluppa, quindi, la sua idea di bicameralismo, coerente con la sua visione dello Stato, rifiutando la prospettiva di una Camera delle regioni specializzata dal punto di vista delle materie rispetto alla Camera bassa, e aprendosi ad una ripartizione fluida delle funzioni, sopportata da procedure differenziate e da uno spirito di cooperazione fra i due rami del Parlamento e fra i diversi livelli di governo.

7. Conclusioni

È innegabile che il contributo di Leopoldo Elia alla trasformazione del sistema regionale italiano va ben oltre l'esperienza della Bicamerale D'Alema. Le vicende politiche successive sembrano mostrare, però, quanto poco si sia saputo cogliere fino in fondo il senso di questo contributo.

L'approvazione della legge costituzionale n. 3 del 2001 fu un evento politico-istituzionale che non convinse mai fino in fondo Elia: non poteva essere altrimenti. Quell'atto, che pure raccoglieva in sostanza l'eredità del lavoro compiuto dal comitato forma di Stato, tradiva l'essenza stessa dell'idea che aveva guidato la presidenza di Elia. La convinzione che la riforma della Costituzione dovesse passare o attraverso una puntuale modifica, secondo la prassi degli emendamenti statunitensi, o attraverso un ripensamento sistematico e largamente condiviso del testo nel suo insieme aveva sostenuto gli sforzi di Leopoldo Elia durante le sedute dei comitati, al fine di creare un dialogo che permettesse la definizione di un progetto complessivamente unitario ed armonico.

²⁹ L'idea è ben rappresentata dalle parole del Professor Elia intervistato da P. ARMAROLI, *Elia: perché no alla «Camera delle regioni»*, cit.: «il modello cooperativo, se si guarda alla esperienza dei vari paesi si sta rafforzando. E questa tendenza sta a dimostrare il superamento del cosiddetto federalismo duale, caratterizzato da competenze rigidamente ripartite tra stato centrale e stati membri». Ed ancora, negli anni successivi, L. ELIA, *Il Senato delle regioni*, in *la Repubblica*, del 28 marzo 1991 dove si afferma che parlare di «Senato o Camera delle regioni appare senz'altro fuorviante perché contrasta persino con l'evoluzione che organi simili (si pensi al Senato statunitense) hanno avuto negli ordinamenti federali».

Il testo approvato dal comitato forma di Stato avrebbe potuto avere un senso compiuto se letto in combinato disposto con i documenti redatti dalle altre sottocommissioni. Messo al mondo da solo, nasceva orfano di padre e di madre: le difficoltà che a partire dall'entrata in vigore del nuovo titolo V hanno caratterizzato lo sviluppo del regionalismo italiano dimostrano i limiti di un progetto di revisione in perenne attesa di completamento.

L'atto di forza compiuto con l'adozione di una modifica costituzionale a maggioranza assoluta stride con i caratteri che complessivamente emergono dalla ricostruzione della figura del professor Elia attraverso i suoi scritti. Al punto che si potrebbe legittimamente dubitare del fatto che, chiamato a farlo, avrebbe vantato la paternità della legge costituzionale n. 3 del 2001, nonostante molti dei suoi contenuti fossero chiaramente emersi in Bicamerale. Di quella legge non poteva condividere i modi di attuazione, evidentemente svalutativi dell'anima della Costituzione; non poteva condividere quel senso di non finito di cui essa era profondamente intrisa; né poteva dirsi soddisfatto dell'effetto finale prodotto dalla modifica del Titolo V, nel suo complesso destinato ad apparire per molti versi un corpo estraneo rispetto al resto del testo costituzionale.

Forma di governo, stabilità e scioglimento anticipato delle camere nell'opera di Leopoldo Elia

di Antonio Mastropaolo

SOMMARIO: 1. Metodo e forma di governo. – 2. Il problema della stabilità nella forma di governo italiana. – 3. Lo scioglimento delle camere negli anni '50 e '60. – 4. Lo scioglimento delle camere negli anni '70 e '80. – 5. Lo scioglimento delle camere negli anni '90. – 6. Lo scioglimento delle camere nel premierato assoluto.

1. *Metodo e forma di governo*

A colpire, nell'opera di Leopoldo Elia, è, fra le altre cose, la prevalenza di studi d'occasione, intesi nel senso più nobile del termine, i quali ciò malgrado hanno l'aspirazione e la capacità di collocarsi al di sopra delle contingenze storiche. È lo stesso Elia, citando Galizia, a ricordarci che: «il costituzionalista è condizionato dalla situazione storica in cui opera più di qualsiasi altro ricercatore nel campo delle scienze sociali»¹. Se ciò è incontrovertibile per lo studioso di diritto costituzionale in generale, ancor di più lo è per un autore la cui riflessione fu per lunghissimo tempo sollecitata dal suo impegno politico², il quale non solo gli offrì spunti sempre nuovi, ma non gli impedì di essere eccezionalmente ascoltato tanto dalla politica tutta, quanto dal mondo accademico.

La sfera degli interessi di Leopoldo Elia fu assai più ampia di quella normalmente propria del costituzionalista³. Ma è forse inesatto parlare di un vero e proprio metodo «eliano», nei confronti del quale egli stesso appariva molto dubbioso⁴, mentre invece si può ritrovare

¹ L. ELIA, *La scienza del diritto costituzionale dal fascismo alla repubblica* (1981), ora in ID., *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2009, p. 318.

² L. PALADIN, *Presentazione a Studi in onore di L. Elia*, Milano, Giuffrè, 1999, p. XII.

³ *Ibidem*, p. XIII.

⁴ G. ZAGREBELSKY, *Introduzione a L. ELIA, Studi di diritto costituzionale (1958-1966)*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. XXIX-XXV.

una più circoscritta attitudine argomentativa, ricca di nessi con la sua militanza politica, che egli pur tuttavia considerava tipica del ragionamento costituzionalistico *tout court*, quale si era consolidato metodologicamente a partire dal secondo dopoguerra. La ricerca nell'ambito del diritto costituzionale, pur non rinunciando ad essere giuridica, doveva per lui essere aperta anche alle istanze sociologiche e alle urgenze della politica.

È per questo che Elia respingeva il rimprovero più volte rivolto-gli, nel corso degli anni, di essersi allontanato da un «corretto» metodo giuridico. Un simile metodo esisteva e si era consolidato nella prima metà del '900, ancora nel quadro della concezione hegeliana dello Stato, con la pretesa di emancipare il diritto dal legame originario con la realtà sviluppando una teoria generale e una dogmatica che prescindessero dalla storia costituzionale e dagli incontri interdisciplinari⁵. Ma una siffatta concezione, pur se ancora accolta da molti studiosi, forse più come aspirazione astratta che come reale metodo di ricerca, era da considerarsi da tempo superata, in Italia quanto meno dall'elaborazione del concetto di costituzione materiale da parte di Costantino Mortati, che aveva ampliato gli orizzonti del diritto costituzionale includendo nell'indagine costituzionalistica lo Stato-comunità oltre allo Stato-persona. Come lo stesso Elia ricorda, fu proprio Mortati a insegnargli «a comprendere e a non sottovalutare le situazioni che condizionano la dinamica delle istituzioni, con particolare riguardo ai partiti e al loro funzionamento» e ad avviarlo sulla strada di quel «realismo critico»⁶ che egli cercò sempre di applicare con rigore prestando sempre la massima attenzione alle dinamiche pluralistiche⁷. Come ebbe lui stesso a definirla, era questa una prospettiva «non tanto... realistica, quanto... invece non arbitrariamente riduttiva della realtà giuridica»⁸.

Se la virtù del giurista è quella di essere abile sarto con la stoffa di cui si serve, Elia fu molto attento nel suo tentativo di adattare il tessuto delle norme costituzionali al corpo della società italiana, mai dimenticando che diritto e realtà devono intrecciare un dialogo serrato e che solo la realtà ricostruita con rigore scientifico è in grado

⁵ Sulla configurabilità stessa di un «metodo giuridico» si veda L. PALADIN, *Elia e «il» metodo giuridico* in *Omaggio a L. Elia*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1999, pp. 1456 ss.

⁶ L. ELIA, *Premessa*, in *Studi di diritto costituzionale (1958-1966)*, Milano, Giuffrè, 2005, p. IX.

⁷ P. RIDOLA, *L. Elia: il profilo dello studioso*, p. 2 in <http://www.astrid-online.it/Dicono-di/-L.-E/index.htm>.

⁸ L. ELIA, *Le Forme di Governo (1970)*, ora in Id., *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., p. 173.

di fornire risposte giuridiche soddisfacenti⁹. Buon sarto è colui che sa dare forma al suo modello con la stoffa di cui dispone e la qualità di tale stoffa non è indifferente per il risultato finale. Ciò non significa, come l'opera di Elia dimostra, ricadere nell'eclettismo metodologico: al contrario nella nota relazione messinese del 1981, egli condannava tanto le acquiescenze pragmatiche quanto le esasperazioni illuministiche, sottolineando l'importanza di un'ampia visione storica onde dare forma a una tradizione costituzionale intesa come premessa indispensabile del *sensus constitutionis*¹⁰.

Non si può neppure non concordare sull'esistenza di «un profondo legame tra le opzioni politico-morali-costituzionali di Elia e la sua attenzione per i fatti, per la storia, per gli *exempla*, per le situazioni condizionanti la dinamica delle istituzioni»¹¹. Alla sua concezione del diritto è strettamente legata una prospettiva morale¹² per la quale i principi etico-politici assumono la veste ulteriore di principi giuridici positivi, in grado di orientare sia l'interpretazione dei testi, sia l'interpretazione dei fatti¹³: «Il punto è quell'itinerario che dai fatti e dall'esperienza morale da essi indotta giunge alla formulazione di principi etico-giuridici di cui si afferma la verità, e che di qui (passando

⁹ «Tra Costituzione e situazione costituzionale esiste un rapporto di scambio; il risultato di questo rapporto è il diritto costituzionale»: cfr. G. ZAGREBELSKY, *Introduzione*, cit., p. XXX.

¹⁰ L. ELIA, *La scienza del diritto costituzionale dal fascismo alla repubblica (1981)*, ora in ID., *Costituzione, partiti, istituzioni*, p. 330. Ciò naturalmente comporta che, nella prospettiva di una democrazia stabilizzata, «ogni generazione di italiani dovrà compiere lo sforzo di realizzare in proprio e secondo il modo di sentire dei tempi futuri i valori supremi del nostro ordinamento costituzionale, valori profondamente umani e civili per i quali altri italiani seppero combattere e cadere; ma è da auspicare che i giovani possano accingersi a questa continua riappropriazione in una cornice più ferma di principi univocamente condivisi e di tradizioni democratiche avvalorate»: cfr. L. ELIA, *La Costituzione materiale di uno Stato pluriclasse*, in «Parlamento. Rivista di vita politica e parlamentare», Anno XXV, n. 10-11, ottobre-novembre 1979, p. 9.

¹¹ M. DOGLIANI, *Dalla verità dei fatti alla verità nella scienza del diritto*, 2009, p. 904.

¹² Secondo Elia, l'accettazione del regime emerso dopo il 1948 aveva e ha un carattere positivo. Al contrario di quanto era successo per il fascismo, tale accettazione era «caratterizzata dalla speranza, se non sempre dalla fiducia, di uno sviluppo democratico che riavvicini le istituzioni italiane a quelle dei paesi di più alta civiltà politica, usciti vittoriosi anche moralmente dalla seconda guerra mondiale... Non più lo Stato mero realizzatore di un ordine sovrapposto alle forze turbolente delle parti politiche e sociali, ma lo Stato promotore di progresso e di garanzia dei diritti di libertà e nella più ripartizione dei beni della vita»: cfr. L. ELIA, *La scienza del diritto costituzionale dal fascismo alla repubblica (1981)*, ora in ID., *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., p. 324.

¹³ M. DOGLIANI, *op. cit.*, p. 905.

dal piano della verità morale a quello della verità scientifica) elabora il diritto continuando a mettere in relazione fatti e norme, anche al fine di saggiare i principi di fronte agli interrogativi (moralì) che i fatti pongono»¹⁴.

Una preziosa esemplificazione di questa prospettiva teorica la offrono i contributi dedicati da Leopoldo Elia alla teoria delle forme di governo, con specifica attenzione al caso italiano¹⁵. Coerentemente con le sue premesse metodologiche, ciò che per lui giuridicamente rileva a tal fine non sono le sole disposizioni costituzionali, ma anche la prassi, i caratteri del regime parlamentare considerato in un quadro comparatistico, nonché i riferimenti al passato statutario¹⁶. Ciò non lo induce comunque a disconoscere la priorità dell'istituto giuridico e delle sue ragioni nel quadro complessivo della forma di governo delineata dalla Costituzione¹⁷: le condizioni di fatto se si stabilizzano assumono rilevanza giuridica, in quanto entrano nel sistema presupposto dalle norme costituzionali.

Questa prospettiva non solo di studio, ma anche di valore, compare fin dai primi scritti. Già nella relazione su *L'attuazione della Costituzione nei rapporti tra partiti e istituzioni* del 1965¹⁸, Elia dava prova di conoscere gli studi politologici in quegli anni condotti da Giovanni Sartori e mostrava una fondamentale fiducia nelle capacità adattative del sistema dei partiti italiano. Ma è nel saggio su *Le forme di governo* apparso nel 1970 sull'*Enciclopedia del diritto*¹⁹ che il suo «stile» argomentativo trova pieno sviluppo ed emerge la sua originalità scientifica. In particolare, laddove egli evidenzia il complesso rapporto tra forme di governo e sistema dei partiti, proponendo una visione che, secondo Livio Paladin, è da un lato «puntuale e fattuale delle forme stesse», ma dall'altro «non scade nella pura politologia, ma tiene fermo un costante riferimento ai rispettivi ordinamenti giuridici»²⁰.

Affrontando più nel dettaglio tale scritto, nella parte generale l'autore sottolinea «l'immediata rilevanza giuridica del fatto»²¹, rappre-

¹⁴ *Ivi*, p. 908.

¹⁵ Si vedano in proposito tutta la raccolta di scritti in L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit.

¹⁶ *Ivi*, p. XIII.

¹⁷ Sull'influenza di Carlo Esposito nell'argomentazione giuridica di L. Elia cfr. P. RIDOLA, *op. cit.*, pp. 2-3.

¹⁸ L. ELIA, *L'attuazione della Costituzione nei rapporti tra partiti e istituzioni (1965)*, ora in Id., *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., pp. 115-141.

¹⁹ L. ELIA, *Le Forme di Governo*, cit., p. 162.

²⁰ L. PALADIN, *Presentazione*, cit., p. XV.

²¹ L. PALADIN, *Presentazione*, cit., p. XV.

sentato dall'assetto dei partiti nei vari regimi in cui si può articolare lo Stato democratico. Le norme sulla forma di governo, in particolare parlamentare, gli appaiono entro certi limiti a fattispecie aperta, suscettibili di essere qualificate dal sistema dei partiti e integrate dalle regole convenzionali che a esso fanno capo²². Ciò giustifica l'analisi comparata dei regimi congiuntamente a quella dei sistemi partitici, fermo restando che l'individuazione di elementi comuni tra regimi e sistemi diversi non impedisce agli uni e agli altri di funzionare in maniere differenti. Se ciascun ordinamento è considerato nella sua concreta evoluzione storica, a prescindere da ogni modello astratto, ciò mette inevitabilmente in discussione le classificazioni tradizionali.

La configurazione del sistema partitico – determinata dal numero e dalla dislocazione delle forze politiche – è così per Elia indispensabile per la comprensione della forma di governo contemporanea, anche se, come egli stesso altrove sottolinea, non ogni mutamento del sistema partitico comporta necessariamente un mutamento nella forma di governo, pur se intesa come costituzione reale e materiale²³. La dimensione prescrittiva della forma di governo contribuisce, infatti, alla vita dell'ordinamento, in quanto è capace di regolare gli sviluppi successivi del sistema partitico. Rinunciare alla dimensione prescrittiva della Costituzione significherebbe renderla inservibile²⁴.

2. Il problema della stabilità nella forma di governo italiana

Nell'opera di Elia manca una trattazione organica del tema dello scioglimento anticipato del Parlamento, ma ne possono essere ricavati ampi spunti di riflessione, che la collegano strettamente ai caratteri della forma di governo italiana e al ruolo che in essa hanno assunto i partiti, con particolare riferimento al concetto di stabilità politica. Aspetti conoscitivi e aspetti normativi, momento sociologico e momento giuridico, dogmatica e dottrina, appaiono qui intrecciarsi in modo serrato. Non bisogna dimenticare d'altra parte che le norme volte nella Costituzione italiana a disciplinare i poteri del Presidente della Repubblica, come da sempre rilevato dalla dottrina²⁵, sono ca-

²² LEOPOLDO ELIA, *Le Forme di Governo*, cit., p. 174.

²³ «A mio avviso la forma di governo e la Costituzione sono il frutto di scelte a maglie larghe»: cfr. L. ELIA, *La forma di governo nell'Italia odierna (1991)*, ora in ID., *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., p. 396.

²⁴ L. ELIA, *La forma di governo e il sistema politico italiano (1982)*, ora in ID., *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., p. 332.

²⁵ Tra i tanti L. PALADIN, L., *Presidente della Repubblica*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXV,

ratterizzate da una forte indeterminatezza che ne fa uno degli istituti più problematici dell'intero impianto costituzionale e quello che più di altri è mutato nel tempo.

Trova qui piena conferma l'idea di una disciplina costituzionale a fattispecie aperta, «disponibile a tenere conto di situazioni e convenzioni molto differenziate, purché non contrastanti con il precetto fondamentale sul rapporto fiduciario intercorrente tra camere e Governo»²⁶. Solo la tipizzazione consente di riempire le indefinite formule costituzionali e di confrontarle con le norme scritte e non scritte che hanno vigore in materia di poteri del Capo dello Stato. Un corretto inquadramento dello scioglimento anticipato può pertanto avvenire esclusivamente prendendo le mosse dai caratteri propri della forma di governo italiana.

Nella sua definizione minima, secondo Elia, si può parlare di forma di governo parlamentare solo qualora la titolarità del potere esecutivo sia intesa come dipendente dalla fiducia del potere legislativo, cioè dal Parlamento. Gli altri istituti storicamente realizzatisi nel quadro di questo rapporto hanno carattere non essenziale ai fini della definizione della forma di governo parlamentare²⁷.

Se non che, è proprio laddove è prevista la responsabilità politica del Governo verso il potere legislativo che il problema della stabilità assume però rilievo, essendo qui implicita la possibilità di cambiare in ogni momento i titolari del potere esecutivo. Dove esiste una rigida separazione dei poteri il problema è invece assente, così come nella forma di governo presidenziale. È lo stesso Elia a rilevare ancora, in uno scritto del 2004, che il Congresso statunitense è il Parlamento più forte del mondo non perché l'America sia una superpotenza democratica, ma perché, a differenza delle forme di governo parlamentari europee, la costituzione americana non prevede né potere di scioglimento, né questione di fiducia. Esso è sì sottratto all'influenza diretta dell'esecutivo, ma in compenso non può sfiduciare il Presidente²⁸. Nella forma di governo parlamentare, stabilità del Governo e stabilità del Parlamento sono invece strettamente collegate: l'instabilità del primo può in casi estremi riflettersi sul secondo anche attraverso l'esercizio del potere di scioglimento delle camere, che

Milano, Giuffré, 1986, p. 204. Ma anche E. CHELI, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, Giuffré, 1999, p. 302.

²⁶ L. ELIA, *L'evoluzione della forma di governo* in ID., *La Costituzione aggregata*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 46.

²⁷ L. ELIA, *Le forme di Governo*, cit. pp. 178-179.

²⁸ L. ELIA, *Relazione*, in *Il ruolo delle assemblee rappresentative nell'esperienza recente degli Stati Uniti e dell'Italia*, Roma, Camera dei deputati, 2004, pp. 38-39.

rende possibile mutare la composizione delle assemblee legislative prima della loro normale scadenza²⁹.

Il tema della stabilità è di considerevole rilievo per la definizione della forma di governo parlamentare italiana. Preso in esame nello scritto su *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, del 1958, a caratterizzare tale tema è quella che da Elia è chiamata continuità in senso sostanziale, connessa a un'esigenza non solo di non interruzione nella titolarità dell'organo, come nel caso della continuità formale, ma anche di durata per un periodo sufficientemente lungo nell'ufficio³⁰. La stabilità ha rilievo giuridico quando le costituzioni contengono norme tali da favorire la permanenza in carica dei titolari degli organi di governo. «Senza stabilità – osserva d'altra parte Elia – non vi può essere né efficacia di Governo, né responsabilità dei governanti di fronte ai governati: sicché vengono a mancare gli elementi di fondo per una ordinata convivenza democratica»³¹. Inoltre, l'instabilità governativa è un problema in quanto incide irrimediabilmente sul livello di autorità detenuto dai titolari del potere, ovvero impedisce la personalizzazione del potere, nella quale Elia ravvisa un elemento necessario della vita democratica attuale, che consente l'identificazione di coloro che sono responsabili dell'azione politica³². Ma soprattutto «dosi troppo forti di instabilità [finiscono] alla lunga per indebolire il consenso e la fiducia sulle quali si basa la vigenza di una costituzione»³³.

Nella Costituzione italiana del dopoguerra la stabilizzazione era avvenuta rafforzando, attraverso la semplificazione, la struttura degli organi, esecutivo e Parlamento, su cui si fonda il regime parlamentare. Sul versante del Governo, era stata eliminata ogni bicefalia del potere esecutivo, affidando al solo gabinetto il compito della formulazione dell'indirizzo politico, mentre al Capo dello Stato era conferita l'altissima funzione di custode della regolarità costituzionale. Sul

²⁹ L. ELIA, *La continuità*, cit., p. 72-73.

³⁰ La stabilità, nel suo connotato minimo di permanenza nel tempo dei titolari dell'organo, è perciò divenuta un'esigenza generale di ogni ordinamento statale. Ovviamente, lo Stato non democratico la soddisfa più facilmente, ma anche lo Stato democratico, sebbene tenda a privilegiare le discontinuità proprie del processo democratico, è tutt'altro che disinteressato ad essa, forte del fatto che la periodicità delle elezioni e il loro carattere competitivo evitano il rischio di un «eccesso» dannoso di stabilità. Anzi, la continuità sostanziale si connoterà del carattere ulteriore di continuità democratica, in quanto garanzia della stabilità degli indirizzi politici: cfr. L. ELIA, *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali (1958)*, in *Id.*, *Studi di diritto costituzionale*, cit., p. 18.

³¹ *Ivi*, p. 13.

³² *Ivi*, p. 15.

³³ *Ivi*, p. 18.

versante del Parlamento il rafforzamento era stato favorito rinunciando all'eterogeneità della seconda camera rispetto alla prima. Alla stabilizzazione avrebbero dovuto concorrere poi la regolazione dei rapporti tra gli organi tramite istituti classici come il potere di scioglimento e dispositivi volti a «razionalizzare» il rapporto di fiducia tra Governo e Parlamento³⁴.

Ancora di recente Elia si è soffermato sul tema della stabilità, nella relazione su *L'evoluzione della forma di governo*, del 2003, sottolineando come in sede costituente si fosse comunque scelto di limitare al minimo la razionalizzazione e il ricorso a congegni protettivi, rimettendosi al comportamento dei partiti, al loro pluralismo e alla loro forza bilanciante. Nella forma di governo era stato cioè riconosciuto un ruolo centrale ai partiti e alle loro alleanze, privilegiando «la politica senza i presidi istituzionali adottati in altri Stati democratici»³⁵.

Nel 1946 il noto ordine del giorno Perassi aveva comportato l'adozione della forma di governo parlamentare, ritenuta più consona in ragione del numero dei partiti italiani, ma aveva al contempo sollevato l'esigenza di individuare dei dispositivi idonei a garantire la stabilità governativa ed evitare le degenerazioni del parlamentarismo di cui si riteneva esemplare il caso della Francia della Terza Repubblica. I costituenti, e in particolare i «professori di diritto pubblico», sottolinea Elia, si erano mostrati fermi nel sottolineare la necessità di dar vita a un regime parlamentare presidiato da dispositivi stabilizzanti³⁶. Non disposti ad accontentarsi della razionalizzazione del rapporto fiduciario, essi avevano auspicato soluzioni più robuste³⁷.

La consapevolezza maturata negli anni Trenta, in ambito scientifico, in tema di indirizzo politico e di conduzione della politica economica da parte dell'esecutivo, insieme a quella del fallimento dei meccanismi stabilizzatori previsti della Costituzione di Weimar, come ricorda Elia, avevano così spinto Mortati a proporre una contaminazione con il modello elvetico, che prevedeva una durata minima di due anni dell'efficacia del conferimento della fiducia all'esecutivo. A giustificare ulteriormente la proposta c'era l'assai probabile adozione di un sistema elettorale proporzionale. Di contro Egidio Tosato, l'altro costituzionalista eletto nelle fila della Democrazia cristiana, aveva suggerito di concentrare il rapporto fiduciario sulla figura del premier

³⁴ L. ELIA, *La continuità*, cit., pp. 75-77.

³⁵ L. ELIA, *L'evoluzione della forma di governo*, cit., 2003, p. 46.

³⁶ L. ELIA, *La «stabilizzazione» del Governo dalla Costituente ad oggi*, in «*La Costituzione ieri e oggi*», Convegno Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 2008, p. 3.

³⁷ *Ivi*, p. 4.

e aveva inventato in anticipo sul costituente tedesco la soluzione della sfiducia costruttiva. Né De Gasperi né Togliatti, tuttavia, ricorda Elia³⁸, si erano mostrati per ragioni analoghe favorevoli a una stabilizzazione dell'esecutivo, nonostante gli ampi rischi di crisi extraparlamentari paventati da Calamandrei: il primo perché temeva l'esito delle prossime elezioni e la formazione di un esecutivo forte in mano ai comunisti, il secondo perché a sua volta temeva un Governo forte da cui i comunisti fossero esclusi. Veniva meno così l'aspirazione dossettiana di governi forti in grado di realizzare il programma politico riformatore delineato in Costituzione e di evitare una condizione di vuoto che avrebbe rafforzato le possibilità di intervento dei partiti a tutti i livelli.

Furono però il fallimento della legge elettorale del 1953, volta a rimediare alle omissioni del costituente, con un ampio premio di maggioranza, e l'esito delle elezioni dello stesso anno, che privò la Democrazia Cristiana della maggioranza, seppur ristretta, che aveva ottenuto dopo le elezioni del 1948, a sgomberare definitivamente il campo a favore dell'autonomia non limitata dei partiti. Tale evoluzione, ricorda Elia, non fu priva di conseguenze: la conformazione del sistema dei partiti può influenzare enormemente la stabilità. Dove prevale un sistema bipartitico con una rigorosa disciplina all'interno di entrambi i partiti, Governo e Parlamento godono un grado elevato di stabilità e il ruolo degli istituti di stabilizzazione è circoscritto. Essi del pari risultano superflui laddove l'indisciplina e la molteplicità dei partiti è tale da annullare ogni difesa predisposta dalla costituzione. I mezzi di stabilizzazione possono essere invece utili nelle situazioni intermedie in cui sia possibile dare vita a coalizioni relativamente omogenee in grado di costituire governi capaci di durata.

3. *Lo scioglimento delle camere negli anni '50 e '60*

Nel regime parlamentare italiano gli strumenti di razionalizzazione previsti dalle norme costituzionali erano evanescenti in partenza e furono bilanciati soprattutto dai poteri di controllo affidati al Capo dello Stato. Il principale rimedio a eventuali disfunzioni consisteva nell'esercizio dei poteri attribuiti al Presidente della Repubblica per la formazione del Governo e per lo scioglimento delle camere: a dire di Elia, «funzioni di garanzia ma eccezionalmente anche di intervento per rimettere in moto la macchina inceppata»³⁹. Tale innovazione tut-

³⁸ *Ivi*, p. 6.

³⁹ L. ELIA, *L'evoluzione della forma di governo (2005)* in *La Costituzione ag-gredita*, cit., p. 46.

tavia si scontrava – e doveva perciò combinarsi – con il persistere di taluni istituti ereditati dall'esperienza statutaria come la controfirma ministeriale e l'irresponsabilità presidenziale.

Per dare un giudizio sul rendimento di siffatti strumenti nei primi anni della storia repubblicana occorre tenere conto della fisionomia assunta dal sistema dei partiti dopo il primo Governo di Alcide De Gasperi, grazie alla presenza di una «coalizione stabile a partito preponderante»⁴⁰, la quale fu determinante nel qualificare i rapporti tra Governo e Parlamento e, di conseguenza, il ruolo svolto e i poteri esercitati dal Presidente della Repubblica⁴¹. Negli anni successivi, anche se la Democrazia cristiana avrebbe perso la maggioranza assoluta, fu comunque la sua presenza, secondo Elia, a consentire la persistenza del regime democratico malgrado il pluralismo estremo dei partiti, conferendo stabilità alle forze prosistema e favorendo una politica costituzionale finalizzata alla integrazione delle forze ai margini o al di fuori del sistema⁴².

Se per taluni aspetti si può parlare perciò di un sistema connotato da un pluripartitismo esasperato, per altri la realtà italiana si discostava dagli esempi della Repubblica di Weimar e della Quarta Repubblica francese in ragione della presenza di una forza politica che otterrà sempre la maggioranza relativa sino al suo scioglimento nel 1994. Dal 1945 sino al 1981 il Presidente del Consiglio è stato esponente della Democrazia Cristiana, la quale però, una volta uscito di scena Alcide De Gasperi, non sarebbe più stata in grado di esprimere un *leader* della sua stessa statura, indebolendo la sua prevalenza⁴³.

Fu anzitutto la mancata coincidenza nella stessa persona dei due uffici di *leader* del partito di maggioranza relativa e dell'ufficio di capo del Governo⁴⁴ a costituire un principio di divisione dell'autorità insidioso per la stabilità e l'efficienza del Governo⁴⁵. Ciò non toglie che le esperienze politiche fondate sulla *conventio ad excluden-*

⁴⁰ L. ELIA, *L'attuazione della Costituzione in materia di rapporto tra partiti e istituzioni* (1965) in ID., *Costituzione, partiti, istituzioni*, p. 116.

⁴¹ L. ELIA, *La continuità*, cit., p. 20.

⁴² L. ELIA, *L'attuazione della Costituzione in materia di rapporti tra partiti e istituzioni* (1965), in ID., *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., pp. 115-119.

⁴³ 1974, L. ELIA, *Perché l'Italia si è tenuta e si tiene questo sistema di Governo* (1974), in ID., *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., p. 250.

⁴⁴ Non sono mancati tentativi nel senso di istituzionalizzare l'unione tra i due ruoli come avviene in Gran Bretagna sulla base di una *convention*. Sono però falliti il tentativo di Fanfani nel 1959 e quello di DeMita nel 1988. L'unione personale si realizzò su scala minore con Spadolini e con Craxi: cfr. L. ELIA, *La «stabilizzazione» del Governo dalla Costituente ad oggi*, cit., pp. 7-8.

⁴⁵ L. ELIA, *Il Primo ministro nel diritto comparato* (1966), in ID., *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., pp. 149-151.

dum nei confronti del Pci⁴⁶ – quelle delle coalizioni prima di centro e poi di centro sinistra e infine di solidarietà nazionale – in cui al Pci era concesso solo l'appoggio esterno – incontrarono sì considerevoli difficoltà a condurre l'azione di governo, ma ebbero in compenso larghi spazi per la libera crescita delle articolazioni della società civile⁴⁷: «Dalla esclusione della sinistra nacque anche una forte tendenza dialettica alla integrazione o reintegrazione e, in sostanza, alla inclusione»⁴⁸.

Il sistema avrebbe tuttavia funzionato in maniera accettabile solo fino ai primi anni Settanta. Con la solidarietà nazionale e poi con i governi del pentapartito la situazione sarebbe divenuta più problematica. Non a caso diventarono frenetici gli scioglimenti anticipati. È quindi il funzionamento del sistema dei partiti nel quadro della forma di governo che consente di chiarire la funzione che deve riconoscersi allo strumento dello scioglimento anticipato nel corso della storia repubblicana.

Per quanto riguarda le considerazioni di più stretta interpretazione delle disposizioni costituzionali, si può ricordare innanzi tutto, il modo con cui egli affrontò la questione della titolarità del potere di scioglimento, negando con fermezza al Presidente della Repubblica un'autonoma determinazione in merito⁴⁹. In base alla Costituzione, egli osserva, l'atto di scioglimento richiede necessariamente la collaborazione non puramente notarile del Presidente del Consiglio. Quest'ultimo, attraverso la minaccia delle proprie dimissioni, potrebbe opporsi all'eventuale iniziativa del Capo dello Stato⁵⁰. Tali dimissioni avrebbero come conseguenza la formazione di un Governo sostanzialmente non diverso dal precedente, mentre la minaccia opposta di dimissioni da parte del Capo dello Stato potrebbe condurre solo all'elezione di un nuovo Presidente della Repubblica risultando del tutto inefficace come strumento di condizionamento.

Anche l'ipotesi alternativa di uno scioglimento deciso in accordo con un Governo di minoranza, appositamente formato, non sembra percorribile⁵¹: anche in questo caso un esito elettorale che confer-

⁴⁶ Vera e propria polizza di assicurazione che escludeva l'alternanza e ed esimeva la DC da qualsiasi tentativo di migliorare la funzionalità del governo: cfr. L. ELIA, *La «stabilizzazione» del Governo dalla Costituente ad oggi*, cit., p. 8.

⁴⁷ L. ELIA, *Perché l'Italia si è tenuta e si tiene questo sistema di Governo (1974)*, in ID., *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., p. 253.

⁴⁸ L. ELIA, *Errori passati, sguardo al futuro (1999)*, in ID., *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., p. 445.

⁴⁹ L. ELIA, *La continuità*, cit., p. 114.

⁵⁰ *Ivi*, p. 115.

⁵¹ In ciò Elia scorgeva una importante differenza rispetto alla Francia della Quarta

masse in un secondo momento la medesima ripartizione di forze del passato creerebbe una situazione in cui al Capo dello Stato non rimarrebbe altra scelta che «*se soumettre ou se démettre*»⁵².

Ciò su cui Elia concorda è la sostanziale irresponsabilità politica del Presidente della Repubblica, nel senso della irrevocabilità e inamovibilità, al di fuori del giudizio penale previsto nell'art. 90 della Costituzione, irresponsabilità che si desume, oltre che da considerazioni di carattere sistematico e dal riferimento ai lavori preparatori, da due punti specifici: l'esclusione di un potere di revoca del Governo, nonché l'impossibilità di procedere liberamente allo scioglimento di una o di entrambe le camere⁵³. In contrasto con l'opinione prevalente della dottrina del tempo, Elia trae dal riferimento all'esperienza sostanziale del primo decennio di applicazione della Costituzione la conclusione che lo scioglimento ha nel sistema italiano carattere duumvirale. Non potendo il Capo dello Stato revocare il Governo, ne deriva che gli spostamenti di opinione sono rilevanti solo se incidono politicamente sul rapporto tra maggioranza e gabinetto. Se il blocco maggioritario non ritiene di prenderne atto, perché li ritiene effimeri o per altri motivi, il Capo dello Stato non può liberamente disporre la consultazione del corpo elettorale.

Lo scioglimento, secondo Elia, è perciò sottoposto a una triplice condizione: una modificazione degli orientamenti politici del paese; il riconoscimento di questa modificazione o da parte delle camere che rovesciano il Governo, o da parte dello stesso gabinetto, sicché il Presidente del Consiglio concordi con la necessità di sciogliere; la volontà, infine, dello stesso Presidente della Repubblica di fare appello agli elettori. L'iniziativa dell'atto è poi indifferente: l'importante è che Presidente del Consiglio e Capo dello Stato concordino nell'applicare l'art. 88. È in tal senso che l'atto di scioglimento ha carattere duumvirale⁵⁴.

Non manca, anche in questo caso, nella ricostruzione di Elia, un

Repubblica. Il Capo dello Stato italiano può sciogliere con l'assenso di un Gabinetto minoritario che non ha ottenuto la fiducia del Parlamento. In Francia al contrario ciò è impossibile perché la mancanza del *vote de confiance* impedisce la costituzione del Governo stesso. Naturalmente Elia escludeva la possibilità stessa di una controfirma a un decreto presidenziale di scioglimento prima che il Governo si fosse presentato al Parlamento per ottenerne la fiducia sulla base dell'obbligo di cui al 3° comma dell'art. 94: cfr. L. ELIA, *Appunti sulla formazione del Governo (1957)*, in ID., *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., n. 65, p. 61 e p. 67.

⁵² *La continuità*, cit., n. 54, p. 115.

⁵³ Anche se altrove aveva affermato che il Presidente della Repubblica godeva di ampie possibilità in materia di scioglimento nel sistema italiano: cfr. L. ELIA, *Appunti*, cit., p. 68.

⁵⁴ L. ELIA, *La continuità*, cit., 199-200.

riferimento alla storia costituzionale e in particolare al fatto che tale carattere duumvirale era storicamente nato in Inghilterra, dopo le riforme elettorali, quando il potere di scioglimento verrà esercitato congiuntamente dal sovrano e dal primo ministro, espressione della maggioranza ai Comuni, e non avrà più come in passato i caratteri della prerogativa regale. Il residuo di potere regio assume nel nostro ordinamento un significato particolare. È una garanzia sostanziale contro possibili arbitri del Governo e della coalizione di partiti di cui è espressione.

Secondo Elia gli interventi del Capo dello Stato sono dunque riflesso di premesse poste fuori dalla sua sfera. Lo scioglimento anticipato delle camere riflette il deficiente funzionamento degli organi costituzionali. Mancando un'iniziativa sostanziale, è di conseguenza escluso che si possa parlare di un indirizzo politico del Presidente o che si possa sostenere una co-titolarità nell'indirizzo politico-costituzionale⁵⁵.

In certa misura, il ricorso allo scioglimento anticipato ha carattere «residuale». Con il sistema proporzionale, ricorda Elia, riferendosi a sistemi a multipartitismo moderato assimilabili alla peculiarità italiana, «lo scioglimento non è tanto un mezzo per conseguire la stabilità dei governi (anzi il suo uso è meno raro dove i ministeri sono più instabili), quanto per «censire» di nuovo le forze politiche al termine di un periodo di grave incertezza⁵⁶. È perfino prevista una deroga implicita alla *conventio ad excludendum*, in quanto l'esercizio del potere di scioglimento appariva condizionato dall'accordo dei maggiori partiti, compreso il Partito comunista⁵⁷. Citando Montesquieu, Elia ricorda che la forza di una magistratura va compensata dalla brevità della sua durata. Così nella forma di governo parlamentare lo scioglimento serve ad adeguare la stabilità parlamentare alle esigenze della consultazione democratica. L'immediata rappresentatività prevale rispetto alla continuità sostanziale del Parlamento⁵⁸.

Lo scioglimento anticipato è dunque un potere la cui funzione storicamente prevalente è restituire rappresentatività alle camere. Ciò malgrado, non è un potere essenziale per definire la forma di governo parlamentare, e, per questa ragione, come sottolinea Elia – ri-

⁵⁵ Elia precisa tra l'altro che l'uso stesso della parola «indirizzo» si presta ad ambiguità se riferita all'azione del Presidente non essendo questa autonoma: cfr. L. ELIA, *La continuità*, cit., pp. 117-118.

⁵⁶ L. ELIA, *La continuità*, cit., p. 198.

⁵⁷ *Il Forum, Politica e diritto costituzionale* in «Rivista di Diritto costituzionale», 2003, p. 315.

⁵⁸ *Ivi*, p. 195.

cordando che esso era assente nella costituzione norvegese e che nella Francia della Quarta Repubblica si era atrofizzato dopo il caso Mac Mahon del 1877⁵⁹ – non bisogna sopravvalutarne il ruolo, come era avvenuto nei primi anni dell'esperienza repubblicana. Tale amplificazione derivava, secondo Elia, dal troppo frequente richiamo al modello inglese, dove però lo scioglimento ha natura differente in relazione ai caratteri del sistema bipartitico.

In conseguenza della perfetta identificazione tra *leader* del partito e Primo ministro, in Inghilterra il potere di scioglimento è da sempre concepito come un mezzo a disposizione del partito al potere per procedere alla consultazione degli elettori nel momento ritenuto più favorevole al suo successo⁶⁰. In Italia il ruolo del Presidente della Consiglio è invece istituzionalmente e politicamente più debole, dato che nell'interpretazione più favorevole egli partecipa solo all'esercizio del potere di scioglimento delle camere⁶¹.

Già nel 1958 nello scritto sulla continuità Elia criticava l'eccesso di studi dedicati ai poteri del Presidente della Repubblica, dovuto a quella che lui chiama un'«enfasi congiunturale» determinata dal passaggio dalla coalizione paritaria durata fino al 1947, che garantiva equilibrio al sistema attraverso i rapporti di forze all'interno dello stesso Governo e della maggioranza parlamentare, alla coalizione a partito preponderante la quale sollevò – in ambito scientifico e non solo – l'esigenza di valorizzare elementi di garanzia esterni al blocco maggioritario Governo-Parlamento e che condusse talora la dottrina a immaginare una sorta di indirizzo politico-costituzionale cui partecipava lo stesso Presidente della Repubblica capace di interferire con l'indirizzo governativo⁶².

Anni dopo, affrontando il tema delle forme di Governo, Elia riconoscerà l'accrescimento del ruolo del Capo dello Stato rispetto alle

⁵⁹ In ragione dei suoi meriti sul campo di battaglia contro la Comune di Parigi Patrice de Mac Mahon fu eletto Presidente della Terza Repubblica francese, nominando primo ministro il repubblicano Jules Simon. Nel 1877 scoppiò una crisi tra il Presidente, monarchico, e l'Assemblea nazionale eletta nel 1876, a maggioranza repubblicana. Dopo aver sostituito il primo ministro con l'orlenista duca di Broglie, Mac Mahon procedette allo scioglimento dell'Assemblea nazionale nel 1877.

⁶⁰ L. ELIA, *Forme di Governo*, p. 179 e p. 191. Sullo scioglimento in Inghilterra si veda anche L. ELIA, *Realtà e funzioni del partito politico: orientamenti ideali, interessi di categoria e rappresentanza politica* (1963), in ID., *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., p. 112. 1965, L. ELIA, *L'attuazione della Costituzione in materia di rapporto tra partiti e istituzioni*, in *Ivi*, p. 138.

⁶¹ L. ELIA, *Il primo ministro nel diritto comparato* (1966), in ID., *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., p. 157.

⁶² P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, a. VIII, fasc. 2, 1951, pp. 332 e ss.

molto vaghe previsioni costituzionali. Tale accrescimento gli appariva «istituzionalizzato»⁶³, a partire dalla presidenza Einaudi, mediante convenzioni, divenute poi consuetudini, in merito alla controfirma ministeriale, la quale comporta il riconoscimento di una volontà determinante del gabinetto o di uno dei suoi componenti nell'adozione degli atti del presidente e che, nei casi della nomina dei giudici costituzionali e dei senatori a vita, prevede invece che la volontà del Capo dello Stato sia fondamentale.

Se ciò non sollevava particolari problemi interpretativi per l'atto di nomina del Presidente del Consiglio, rispetto al quale la controfirma ha i caratteri dell'accettazione a formare il Governo, meno chiara appariva la questione dello scioglimento delle camere, tenuto anche conto del precedente del decreto di scioglimento del 1953, il quale non indicava nel preambolo una proposta, né un «sentito» governativo. È proprio a partire da questo momento che una parte autorevole della dottrina si orienterà decisamente a sostenere il carattere presidenziale dell'atto di scioglimento.

Nel quadro della forma di governo di quegli anni, riconosce Elia, lo scioglimento aveva tuttavia un ruolo modesto e il relativo potere era stato sempre utilizzato di fatto dal Capo dello Stato in accordo con il Presidente del Consiglio e non certo per verificare il consenso degli elettori nei confronti di un Governo che godeva della fiducia parlamentare, ma più semplicemente per adeguare la durata del Senato a quella della Camera. Ma ciò non escludeva che in futuro, al crescere delle difficoltà politiche nella formazione di una maggioranza – che già egli intravedeva nella primavera del 1969⁶⁴ – l'istituto potesse assumere più forte rilevanza. Ma era comunque già escluso per Elia che lo scioglimento delle camere potesse assumere i caratteri di un atto libero del Capo dello Stato esercitato per eliminare maggioranze esistenti, ritenendolo incompatibile con la forma di governo parlamentare⁶⁵.

4. Lo scioglimento delle camere negli anni '70 e '80

Gli sviluppi della vicenda repubblicana solleciteranno Elia a proporre all'inizio degli anni Ottanta una periodizzazione in due fasi.

⁶³ Sul modo dell'«istituzionalizzazione» mediante *conventions* o mediante norme scritte, istituzionalizzazione flessibile o istituzionalizzazione rigida si veda 1966, L. ELIA, *Il Primo ministro nel diritto comparato*, cit., pp. 144-146.

⁶⁴ L. ELIA, *Le forme di governo*, cit., n. 118, p. 215.

⁶⁵ *Ivi*, pp. 215-216.

Prima del 1968 il Governo aveva svolto un'attività di mediazione all'interno delle forze disomogenee della maggioranza riuscendo a farne accettare i risultati al Parlamento. Anche dopo la fine della *leadership* degasperiana il Governo mantenne un'accettabile funzionalità, a dispetto delle numerose crisi, che gli consentiva non solo di ottenere la fiducia, ma diverse volte di porre anche la questione di fiducia. A parere di Elia se forse era eccessivo parlare del Governo come «comitato direttivo della maggioranza», si poteva almeno riconoscere che, come in molti paesi dove vigesse una forma di governo parlamentare, anche in Italia, il potere di proporre e di realizzare l'indirizzo politico si era spostato verso l'esecutivo, riducendo il Parlamento a sede solenne di approvazione delle decisioni del Governo da parte della maggioranza e di critica da parte della minoranza⁶⁶.

Negli anni successivi al '68 inizierà invece a ridursi la polarizzazione tra posizioni del centro e centro-sinistra da un lato e PCI dall'altro. La *conventio ad excludendum* entrerà in crisi e si aprirà la strada a un'evoluzione della forma di governo che Elia auspicava fosse nel senso della cosiddetta normalizzazione. Con il centrosinistra prima e l'esperienza della solidarietà nazionale poi si iniziò a far valere il consociativismo parlamentare, che compensava in parte l'assenza dal Governo del Pci. La *conventio ad excludendum*, espressione dell'«anticomunismo democratico» del nostro paese, era ormai prossima a cadere, anche di fronte all'esigenza di uno schieramento comune contro la crisi economica e la minaccia del terrorismo. Molte leggi, come lo Statuto dei lavoratori e la riforma regionale nel 1970, furono approvate, con l'astensione o addirittura con il voto dei partiti dell'opposizione; e si diede vita anche a governi di minoranza. La negoziazione avveniva tra i partiti di tutto l'arco costituzionale.

È nel corso della VII legislatura (1976-1979) che la difficoltà dei rapporti tra i partiti si aggraverà, con effetti sulla dinamica della relazione tra Governo e Parlamento. I risultati delle elezioni avevano ridotto la distanza tra Dc e Pci, il centrosinistra si era indebolito e i processi di mobilitazione, le gravi difficoltà economiche, la sfida terroristica indebolivano la maggioranza che aveva finora guidato il paese. In particolare, entrarono in crisi le convenzioni tra i partiti di coalizione che avevano surrogato, ai fini della stabilità e dell'efficienza governativa, gli strumenti di stabilizzazione carenti nell'ordinamento costituzionale. Non solo il ruolo del Parlamento veniva rivalutato assieme a quello della Corte costituzionale, ma anche la figura del Capo dello Stato acquisiva nuovo rilievo nella dinamica del sistema, in-

⁶⁶ L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo negli Stati Uniti d'America* (1961), in L. ELIA, *Studi di diritto costituzionale*, cit., p. 237.

staurando a più riprese un particolare rapporto di fiducia con il Governo⁶⁷. La scena non era più dominata dalle mediazioni politiche, ma dalle istituzioni; e a loro danno.

Così Pertini nel 1981 contribuì a ridimensionare il rilievo del partito di maggioranza relativa, conferendo per la prima volta l'incarico di formare il Governo a un non Dc, ovvero a Giovanni Spadolini, segretario del PRI⁶⁸. È proprio di fronte a questa evoluzione nel senso di una governabilità più difficile, e alla stessa peculiare figura di Pertini, che emerse la flessibilità della disciplina costituzionale concernente il Presidente della Repubblica, capace di consentirgli interventi più significativi, purché compatibili con il rapporto fiduciario tra Governo e Parlamento. È in quegli stessi anni che il ricorso allo strumento dello scioglimento diverrà più frequente, anche se all'atto che ne decideva si seguì a riconoscere carattere duumvirale.

Le difficoltà del momento e l'evoluzione dei rapporti tra le forze politiche aprirono in ogni caso il dibattito sulla riforma dei «rami alti» della forma di governo. È importante osservare nel pensiero di Elia non una rigida posizione di difesa della Costituzione come progetto politico da realizzare in tutte le sue parti, bensì, in accordo con la Corte costituzionale, l'affermazione dell'insuscettibilità di revisione costituzionale solo della forma democratica dello Stato, intesa come insieme di principi supremi e di diritti inviolabili. Non erano cioè modificabili la separazione dei poteri, le elezioni libere e periodiche, l'esistenza di organi rappresentativi del popolo, la garanzia dei diritti fondamentali. Erano questi i principi che «costituiscono il diritto comune dei «rami altissimi» negli ordinamenti democratici di tradizione occidentale»⁶⁹. Oltre a questo limite Elia non ne scorgeva altri che si opponessero all'utilizzo dell'art. 138 per la modifica anche radicale della forma di governo, fatta salva la necessità di valutare se fosse opportuno il passaggio da un regime a un altro⁷⁰. Ciò malgrado, restava convinto che l'ordinamento della Repubblica non fosse un semplice strumento per realizzare la prima parte della Costituzione, ma costituisse altresì una particolare interpretazione del fondamento democratico dello Stato. Condivideva perciò la scelta del costituente per una democrazia non semplicemente «di investitura», e cioè di delega in bianco all'autorità, ma per una forma di governo che riconoscesse

⁶⁷ L. ELIA, *La forma di governo e il sistema politico italiano (1982)*, cit. p. 339-340.

⁶⁸ Già in precedenza Pertini aveva conferito incarichi senza consultare i vertici della DC a La Malfa, Cossiga e Craxi.

⁶⁹ L. ELIA, *A proposito del messaggio del Presidente Cossiga (1991)*, cit., p. 407.

⁷⁰ L. ELIA, *Per una nuova forma di governo parlamentare (1991)*, in *Id.*, *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., p. 419.

un potere popolare di indirizzo sia sul vertice del potere esecutivo sia sul suo programma⁷¹; e considerava quindi non coerenti con questa scelta eventuali riforme che ufficializzassero la riduzione dell'influenza dei partiti alla sola fase di investitura dei titolari degli uffici politici. Piuttosto, alla democrazia di investitura egli opponeva la realizzazione di una vera democrazia «di indirizzo». Eventuali riforme avrebbero dovuto garantire funzionalità alla forma di governo e favorire la realizzazione di coerenti indirizzi politici per dare attuazione continua alla prima parte della Costituzione sintetizzabile tramite la formula dello Stato sociale di diritto⁷². Ciò naturalmente comportava anche un atteggiamento fiducioso nei confronti delle riforme costituzionali, anche se fin dal 1958, citando Georges Vedel, Elia aveva con lungimiranza precisato che «le regole giuridiche sono impotenti a creare le condizioni del loro funzionamento»⁷³.

Com'è noto, il dibattito sulle riforme alla fine degli anni '70 coinvolse studiosi di estrazione differente e investì l'intera forma di governo. Se all'interno del PCI, muovendo dalla considerazione dello stretto legame tra forma di Stato e forma di governo, rimaneva ferma la fiducia nella forma di governo parlamentare e nel sistema elettorale proporzionale, tra le altre forze politiche, per diverse ragioni politiche, le scelte dei costituenti in materia di rapporti tra organi costituzionali venivano messe in discussione⁷⁴. A rendere il clima più aperto alle riforme era il fatto che i maggiori partiti avessero dismesso i reciproci dubbi circa la lealtà alla Costituzione⁷⁵. In compenso, Elia temeva il profilarsi di situazioni di immobilismo o trasformismo, in seno ai partiti, che rischiavano di produrre riforme minimali e secondarie⁷⁶.

A Elia la strada verso un miglioramento della forma di governo appariva pur tuttavia percorribile. E la direzione da seguire gli appariva quella di una forma di governo neoparlamentare in grado di rafforzare il binomio *leadership-premiership* e di una nuova legge elet-

⁷¹ L. ELIA, *Proposta per un riordino istituzionale possibile*, cit., p. 371.

⁷² Fermo restando che «La seconda parte della Costituzione ha ... per me un valore in sé, perché attuazione in una certa maniera della forma democratica di Stato»: cfr. L. ELIA, *La forma di governo nell'Italia odierna*, cit., p. 397.

⁷³ L. ELIA, *La continuità*, cit., p. 78.

⁷⁴ L. ELIA, *Legittimazione e potere (1982)*, in ID., *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., pp. 356-357.

⁷⁵ Si pensi al discorso di Benevento del 1977 nel corso del quale Moro poneva domande cruciali al Pci circa il rapporto tra libertà economica e instaurazione di una società socialista: cfr. L. ELIA, *Errori passati, sguardo al futuro*, cit., p. 447.

⁷⁶ L. ELIA, *Per una democrazia di investitura e di indirizzo. Proposta per un riordino istituzionale possibile (1988)*, in ID., *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., pp. 371-372.

torale che correggesse i difetti del proporzionale puro⁷⁷. Se nel passato si era rinunciato a modificare norme legislative e costituzionali per non ostacolare i processi di integrazione in corso delle forze antisistema, ora il cambiamento della forma di governo poteva essere affrontato in termini di efficienza e non solo di garanzia, purché si raggiungesse un accordo chiaro sui fondamenti del sistema a seguito di un dibattito culturale diffuso⁷⁸. «In ogni caso – egli scriveva – una sicura componente del pensiero riformatore è la netta reazione al ‘trasformismo’ insito nel ‘connubio’ tra DC e PCI: contro le soluzioni consociative si privilegiava l’alternativa, che avrebbe visto il superamento della diversità residua del PCI non già per intese tra i vertici di partiti, fondate sullo scambio di polizze di assicurazione, ma prodotto della scelta ben altrimenti legittimante del corpo elettorale»⁷⁹.

In questa prospettiva di riforma Elia non affrontò mai la questione dello scioglimento anticipato, a conferma della portata limitata che egli riconosceva all’istituto e soprattutto della sua adesione all’impostazione «elastica» dei costituenti in materia di poteri del Presidente della Repubblica. Nel corso degli anni ‘80 le maggioranze diverranno però ancora più difficili in ragione della «vischiosità» pentapartitica: alla coalizione a partito preponderante si sostituirà quella di tipo paritario, caratterizzata da forti contrasti per la conquista del primato⁸⁰. A ciò si aggiungerà il fatto che la Democrazia cristiana ancora nel Congresso del 1980 approvava un documento – il cosiddetto Preambolo – con cui dichiarerà chiusa la parentesi della solidarietà nazionale e pretenderà di restaurare la situazione precedente al 1976 insistendo sull’anticomunismo come principio irrinunciabile per il partito.

Un impegnativo sforzo di razionalizzazione e miglioramento della forma di governo fu infine compiuto durante la X legislatura. Furono approvate la l. n. 400/1988 sulla Presidenza del Consiglio; la l. n. 142/1990 di riforma degli enti locali e la l. n. 241/1990 sui procedimenti e documenti amministrativi. Ma si trattava solo di inizi. In compenso, dopo gli eventi del 1989, che segnarono la fine della guerra ideologica su cui si fondava la democrazia italiana, e dopo la mobilitazione referendaria del 1991 e il fallimento della bicamerale De Mita-Jotti, si determinerà la crisi non solo politica, ma anche morale del soggetto «partito». Il modello parlamentare disegnato nel 1947

⁷⁷ L. ELIA, *A proposito del messaggio del Presidente Cossiga*, cit., pp. 411-415.

⁷⁸ L. ELIA, *La democrazia incompiuta (1981)*, in ID., *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., pp. 352-353.

⁷⁹ L. ELIA, *La forma di governo e il sistema politico italiano*, cit., p. 344.

⁸⁰ *Ivi*, pp. 345-346.

era entrato, a parere di Elia, definitivamente in crisi, dimostrandosi il Parlamento nel 1992 incapace di produrre una nuova legge elettorale prima del referendum⁸¹.

5. *Lo scioglimento delle camere negli anni '90*

A costituzione invariata e nonostante i tentativi di riforma, fu dunque la crisi dei partiti a determinare un blocco nel funzionamento della forma di governo. Si crearono così le condizioni perché il Presidente della Repubblica Scalfaro intervenisse a garantire la continuità della funzione di governo, senza più attenersi alle indicazioni dei partiti, che non avevano perso definitivamente l'autorevolezza del passato, conferendo a maggio del 1992 l'incarico di costituire il Governo a Giuliano Amato e in seguito a Carlo Azeglio Ciampi⁸². A segnare un ulteriore sviluppo fu la nuova legge elettorale a prevalenza maggioritaria, originata dal referendum del 1993, cui seguì nel 1994 lo scioglimento delle camere da parte del Presidente Scalfaro, secondo un'impostazione del tutto pacifica in dottrina in tema di cause di dissoluzione.

A partire dalle elezioni del 1994, ma poi anche in quelle del 1996 e del 2001, si produsse per Elia, che riprendeva la definizione dei politologi francesi, un «fatto maggioritario»: un candidato riconoscibile aveva ottenuto la legittimazione popolare a guidare il Governo e il suo partito o coalizione conquistava la maggioranza assoluta dei seggi. Come Elia ebbe a rilevare in seguito, in quel frangente sembrava che si stesse aprendo una nuova fase in cui la forma parlamentare, rinnovata dal principio maggioritario, appariva più favorevole alla partecipazione dei cittadini e contrassegnata dalla fine delle esclusioni ideologiche e della frammentazione dei partiti, da accordi di coalizione conclusi prima delle elezioni e dall'individuazione di un leader candidato a ricoprire la carica di Presidente del Consiglio⁸³.

Ciò avrebbe dovuto produrre un adeguamento delle garanzie costituzionali, affievolitesi dopo l'abbandono del sistema elettorale proporzionale e trasformata la dialettica tra i partiti in chiave bipolare. L'ordinamento costituzionale sino ad allora era stato protetto da revisioni della Carta compiute a maggioranza. In una prospettiva di ulteriore miglioramento della funzionalità della forma di governo sarebbe stato in particolare opportuno innalzare le maggioranze quali-

⁸¹ L. ELIA, *La «stabilizzazione» del Governo dalla Costituente ad oggi*, cit., p.1.

⁸² L. ELIA, *L'evoluzione della forma di governo*, cit., p. 48.

⁸³ *Ivi*, pp. 49-50.

ficcate previste dalla Costituzione e introdurre regole a tutela dell'opposizione e dell'equilibrio nella competizione politica⁸⁴. Ma il problema maggiore, secondo Elia, era che la nuova situazione politica aveva prodotto una mancanza di omogeneità nel modo di pensare del personale politico-parlamentare. Tale difetto faceva sì che i contrasti tra le forze politiche non fossero più concentrati sul merito di un programma politico in un quadro di condiviso riconoscimento dei principi costituzionali, ma assumessero, frequentemente e immediatamente, le caratteristiche di questioni di costituzionalità⁸⁵.

In questo quadro l'elemento di criticità, intorno al quale riprese il dibattito sulle riforme che ha connotato la lunga transizione ad oggi ancora non chiusa, divenne l'assetto costituzionale degli organi di vertice⁸⁶. Il giudizio di Elia si appuntò allora sull'idealizzazione di modelli stranieri, come la Quinta Repubblica francese: idealizzazione che veniva sostenuta trascurando aspetti essenziali che il giurista era invece tenuto a prendere in considerazione⁸⁷. Tale atteggiamento si ritrova nei lavori della Commissione bicamerale D'Alema, incaricata di predisporre nel 1997 un progetto di revisione della parte seconda della Costituzione, ma anche e soprattutto nel programma politico della coalizione di Berlusconi nel 2001, che immaginava una riforma che doveva concentrare il potere di indirizzo nelle mani del Premier superando lo stesso modello francese⁸⁸.

⁸⁴ L. ELIA, *Costituzione: con questa riforma non ci sono garanzie*, in *La Costituzione aggredita*, cit., p. 181.

⁸⁵ L. ELIA, *Relazione in Il ruolo delle assemblee rappresentative nell'esperienza recente degli Stati Uniti e dell'Italia (2003)*, cit., p. 48.

⁸⁶ «Emergeva una «psicosi costituente» che spostava la riforma da un'impostazione funzionalista ed efficientista, migliorativa della forma di governo parlamentare, ad un'altra «palingenetica» promossa da un duvergerismo a scoppio ritardato e dalla spinta crescente a riformare l'ordinamento repubblicano nella direzione di un regionalismo più forte o di un vero e proprio federalismo»: cfr. L. ELIA, *Costituzione: con questa riforma non ci sono garanzie*, cit., p. 182.

⁸⁷ A parere di Elia da noi l'indistinzione tra *government* e *constitutional law*, sbilanciata verso l'impostazione giuridica stretta, ha condizionato il ruolo dei costituzionalisti rispetto al tema delle riforme. Il timore che avvicinandosi troppo al *government* fossero screditati come ceto e avvicinati ai politologi li ha fatti ritirare. Così è prevalsa l'ingegneria costituzionale sul costituzionalismo: cfr. L. ELIA, *Il Forum*, cit., pp. 340-341. «È vero che nel revisionismo di oggi c'è la presunzione di chi ritiene di cominciare da zero, rifiuta i predecessori e vuole affarmare una novità che talvolta non trova riscontro nella continuità della vicenda storica»: cfr. L. ELIA, *Errori passati, sguardo al futuro*, cit., p. 448.

⁸⁸ «Quanto al Presidente non mancano proposte di legge costituzionale (presentate anche da parlamentari dell'opposizione) che trasferirebbero il potere di scioglimento anticipato delle camere dal Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio. Si dice che il Capo dello Stato svolgerebbe un ruolo improprio, esercitando

Ciò che però ripropose il tema del potere di scioglimento fu, nella XII legislatura, il succedersi di due maggioranze diverse, la seconda delle quali era sprovvista di legittimazione elettorale, e nella XIII legislatura l'introduzione nella medesima maggioranza di varianti anch'esse non legittimate elettoralmente. In entrambi i casi, nel 1994 e nel 1998, Scalfaro si rifiutò di procedere allo scioglimento richiesto dai partiti di centrodestra, i quali, ricorda Elia, accusarono il Capo dello Stato di attenersi a un'interpretazione delle norme costituzionali la quale penalizzava la coesione interna di ciascun polo⁸⁹.

Negli anni successivi alla Bicamerale i poteri del Governo, si sono in ogni caso ulteriormente rafforzati⁹⁰. Al contempo sul piano delle riforme «c'è stata la fine della sbornia semipresidenzialistica fran-

un potere politico inconciliabile con la sua irresponsabilità: ma l'attribuzione si giustifica per le finalità di riequilibrio istituzionale, di garanzia complessiva del sistema, che la Costituente volle affidare al nostro Presidente, assai diverse da quelle che il Premier da solo (obiettivi di politica partitica) sarebbe portato a perseguire; ma forse sarebbe meglio parlare di politica personale, dato che il potere di scioglimento anticipato gli verrebbe conferito con la finalità di tenere a freno lo schieramento parlamentare maggioritario. E proprio l'esempio inglese (che viene a torto richiamato) dimostra che in quel regno il potere di sciogliere la Camera dei Comuni non è concesso a chi perde la fiducia del proprio partito parlamentare (così Eden, McMillan e Thatcher). L'on. D'Alema ha osservato che viviamo già in un quadro di dilagante plebiscitarismo e che tanto vale prenderne atto accettando o proponendo il premiato fortissimo, dotato anche del potere di cui all'art. 88 della Costituzione: ma il ragionamento può essere rovesciato, concludendo per la non ulteriore incentivazione di un potere già troppo personalizzato. Del resto una parte notevole della dottrina italiana (basti citare Mortati e Paladin) ha scelto come risultato interpretativo degli artt. 88 e 89 Cost. la soluzione dell'atto duumvirale che richiede il consenso sia del Capo dello Stato che del Presidente del Consiglio controfirmante»: cfr. 2003, L. ELIA, *Politica e Costituzione, Lectio magistralis* in occasione dell'inaugurazione dell'a.a. 2002-2003 della Facoltà di Scienze politiche dell'Università della Calabria, Rubbettino.

⁸⁹ L. ELIA, *A un passo dalla controriforma*, in *La Costituzione aggredita*, cit., p. 143.

⁹⁰ La sfera potestativa dell'esecutivo si è ampliata per il suo carattere di potere di «snodo» nella relazioni con l'Unione europea e con il sistema delle autonomie locali. Oltre a ciò, in Parlamento, sono intervenute nuove norme regolamentari, approvate nel corso della XIII legislatura, che tutelano i diritti della maggioranza contro ogni diritto dell'opposizione; e nell'apparato centrale le norme dei decreti Bassanini e prassi come quella di sostituire senza crisi ministri importanti. Senza contare poi gli effetti della l. 145 del 2002 (legge Frattini) che in merito al rapporto tra governo e amministrazione statale ha prodotto un pesante risultato di *spoil system*. Da ultimo la crisi dell'istituto del referendum abrogativo che ha determinato un ulteriore rafforzamento per leggi approvate dalla maggioranza; oltre al costante ricorso allo strumento della legge-delega. Il governo agisce ben oltre il ruolo di comitato direttivo del Parlamento: cfr. L. ELIA, *L'evoluzione della forma di governo*, cit., pp. 50-52.

cese»⁹¹, che mitizzava una forma di governo, secondo Elia, priva di equilibrio perché conferisce troppo potere a chi non è responsabile nei confronti del Parlamento e troppo poco a chi è responsabile⁹². Erano emerse profonde perplessità non solo per il modello francese, ma anche per ogni interpretazione della forma di governo parlamentare che valorizzasse la concentrazione dei poteri e la personalizzazione⁹³. L'esigenza di rafforzare il Governo era ormai stata in larga parte soddisfatta e nella prospettiva di una riforma occorreva, secondo Elia, procedere ad aggiustamenti e integrazioni che non alterassero il principio costituzionale della responsabilità del Governo nei confronti del Parlamento⁹⁴.

In questa prospettiva, Elia definiva assai pericoloso affidare a un solo organo – o al solo capo del Governo, o al solo Presidente della Repubblica⁹⁵, che peraltro, secondo parte della dottrina, sarebbe già titolare esclusivo di questo potere⁹⁶ – il potere di scioglimento. Non poteva, secondo Elia, essere considerato un precedente lo scioglimento deciso da Scalfaro nel 1994, che, motivato dall'adozione di una nuova legge elettorale, aveva ampi precedenti storici in dottrina a sua giustificazione. Né valeva come precedente il diniego di scioglimento dopo la crisi del primo Governo Berlusconi, in quanto era intervenuto in una fase di transizione nella quale lo stesso Governo non di-

⁹¹ Lo stesso Elia fa qui ammenda dichiarando di essersi spinto allora troppo in là configurando la possibilità di soluzioni di tipo svedese in cui il governo, sconfitto sulla fiducia poteva comunque sciogliere le camere: cfr. L. ELIA, *La forma di governo*, in *La costituzione aggredita*, cit., p. 36.

⁹² «I confini invalicabili della nostra Costituzione», *EUROPA* (7 ottobre 2008).

⁹³ L. ELIA, *La forma di governo*, cit.

⁹⁴ L. ELIA, *Il cerchio si chiude*, in *La Costituzione aggredita*, cit., p. 150.

⁹⁵ «Si allude talvolta ad una «minoranza riottosa» da bloccare con la minaccia del ritorno davanti agli elettori o con quella della non ricandidatura come sanzione; ma chi ci dice che la minoranza riottosa non possa diventare anche da noi la maggioranza del partito parlamentare se riuscisse ad affrancarsi dalla padronalità clientelare? E poi mi sembra fantomatica, allo stato degli atti, la prospettiva di un presidenzialismo strisciante: o si affermerà, come non mi auguro, un presidente eletto dal popolo e dotato di poteri di Governo o altrimenti non converrà ridurre il Presidente italiano alla figura simbolica del re di Svezia. Se fosse privo di ogni potere come potrebbe esercitare una funzione di equilibrio e di garanzia secondo le intenzioni dei nostri maggiori costituenti (Mortati, Tosato, Perassi e Ruini)? Anche gli esponenti dell'opposizione che hanno proposto il conferimento al Premier del potere di scioglimento vorrebbero che con esso andasse «di pari passo» l'adozione dello statuto di cui ho già parlato, unitamente alla soluzione seria del conflitto di interessi. Temo molto che questa contestualità non sia all'orizzonte e che la maggioranza, pur frammentata, si ritroverebbe unita sui temi che interessano davvero il suo leader»: cfr. L. ELIA, *L'evoluzione della forma di governo*, cit., pp. 55-56.

⁹⁶ L. ELIA, *L'evoluzione della forma di governo*, p. 55.

sponeva in partenza di una maggioranza al Senato⁹⁷. Né si può parlare di diniego presidenziale dopo le dimissioni di Prodi del 1998, poiché non risultavano iniziative a favore dello scioglimento e lo stesso Prodi aveva partecipato alla riunione dei capigruppo di maggioranza in cui, con il suo consenso, era stato designato Massimo D'Alema come suo successore.

La descrizione dello scioglimento come atto duumvirale restava, secondo Elia, la più soddisfacente anche nel nuovo contesto: il Presidente del Consiglio propone e il Capo dello Stato, sulla base dell'esame della situazione politica può consentire o dissentire. «La nostra figura di Presidente del Consiglio», egli ricorda, resta diversa da quella del Cancelliere e del Premier inglese, ed «è un mix tra la figura inglese e quella tedesca adattata alla situazione nostra»⁹⁸. Il potere del Presidente del Consiglio in Italia ha carattere condizionato⁹⁹. La stessa evoluzione in chiave bipolare del sistema dei partiti attuale spingeva ancor di più, a parere di Elia, a intendere come diviso il potere di scioglimento piuttosto che a concentrarlo. Mentre la forma di governo non si comprende se non si tengono in considerazione i partiti, lo scioglimento delle camere non si inquadra correttamente se non si ricorda che i vari scioglimenti prima del 1993 erano caratterizzati da un'intesa generalizzata tra i partiti, che scavalcava tutte le ricostruzioni astratte sul tema¹⁰⁰. Difficile è ritenere invece l'Italia degli ultimi anni, secondo Elia, «una democrazia bipolare a costituzionalismo condiviso»¹⁰¹: i due poli ricorrono troppo frequentemente all'arma della delegittimazione e lo fa troppo soprattutto chi ha maggiori responsabilità istituzionali, non offrendo sufficienti garanzie. Il

⁹⁷ «Anche la Regina d'Inghilterra prospetto nel 1977 la sua disponibilità a sciogliere il Parlamento senza indagare circa la possibilità di una maggioranza alternativa nelle camere, ma solo perché i liberali avevano negoziato con esito negativo una possibile alleanza con il leader del partito conservatore all'inizio della legislatura e in quel momento gli stessi liberali si trovavano in dissenso anche con i laburisti di Callaghan»: cfr. L. ELIA, *La forma di governo*, cit., p. 38.

⁹⁸ *Ivi*, p. 39.

⁹⁹ «A proposito di questa mia opinione sullo scioglimento, confesso che non mi turberebbe la critica, che già mi è stata rivolta nel periodo dell'ultima bicamerale, di «nobile conservatorismo»: è lo stesso atteggiamento che mi ha visto sempre contrario alla importazione in Italia del modello francese di quinta repubblica, che può realizzare, come è avvenuto anche nel 2002, un massimo di concentrazione di poteri istituzionali nel Presidente della Repubblica. Aggiungo che, dopo la riforma del quinquennato, il nostro Presidente del Consiglio, dotato di un solitario potere di scioglimento, assomiglierebbe troppo, quanto ad invulnerabilità, al Capo dello stato d'oltralpe»: cfr. L. ELIA, *L'evoluzione della forma di governo*, cit., p. 56.

¹⁰⁰ L. ELIA, *Il forum*, cit., p. 341. Si veda anche L. ELIA, *La forma di governo*, in *La Costituzione aggredita*, cit., p. 37.

¹⁰¹ L. ELIA, *L'evoluzione della forma di governo*, cit., p. 55.

partito di maggioranza si presenta, a parere di Elia, come un partito «personale» o meglio «padronale»¹⁰²; e perciò non offre alcuna certezza di esercizio responsabile del potere di dissoluzione delle camere. E l'opposizione mancherebbe dei caratteri di una coalizione coesa con l'evidente rischio che lo scioglimento potesse dipendere da visioni troppo parziali.

Al contrario sia in Inghilterra sia in Germania i partiti di maggioranza e di opposizione hanno ben diverso radicamento «diacronico» e sono caratterizzati da una ben altra democraticità interna, che offre ampie garanzie¹⁰³. Nel Regno Unito il gruppo parlamentare *tory* costrinse alle dimissioni Eden, dopo la crisi di Suez, MacMillan, dopo l'affare Profumo, e la Signora Thatcher, dopo la *poll tax*, senza contare i pericoli corsi da Blair sulla questione irachena e sulle tasse universitarie: in questi casi nessuno ha pensato che il potere di scioglimento in mano al Premier potesse salvarlo¹⁰⁴. Così è avvenuto in Germania con le dimissioni di Adenauer e di Erhard da cancelliere e quelle di Brandt dopo l'affare Guillaume, nonché con la sostituzione di Schmidt da parte di Kohl nel 1982, XXX unico caso di ricorso alla sfiducia costruttiva dal 1949¹⁰⁵.

¹⁰² *Ivi*, p. 55.

¹⁰³ *Ivi*, p. 40.

¹⁰⁴ «In appoggio alla attribuzione del potere di scioglimento al Premier si è soliti citare il modello Westminster. Ma nella monografia di G. MARSHALL, *Constitutional Conventions* (1984), pp. 55-56, troviamo scritto a proposito del Premier: «*His right is only to advise, not to have, dissolution; since dissolution can in some circumstances to be refused*». Infatti il Primo ministro britannico ha buone chances di ottenere lo scioglimento della Camera dei Comuni, se innanzitutto ha la maggioranza nel partito parlamentare di maggioranza. Dunque, il primo vero contrappeso al potere del Premier consiste nella funzione di controllo che esercita nei suoi confronti proprio il suo gruppo»: cfr. L. ELIA, *Il premierato assoluto*, cit., p. 64.

¹⁰⁵ «Non sono solo i testi e le *conventions* inglesi a rimanere invariate ma proprio le norme, le regola della vita costituzionale: come dimostrano le vicende, specialmente inglesi, che ho richiamato ed altre che ora cito. Soprattutto si conferma che il potere di scioglimento della Camera con cui intercorre il rapporto fiduciario non può essere esercitato contro la propria maggioranza ed anzi [...] il suo esercizio è condizionato al consenso del partito di appartenenza (nel bipartitismo) o della sua coalizione (nel bipolarismo). In tanto il *premier* può chiedere al sovrano la dissoluzione dei Comuni in quanto egli rimanga *leader* del suo partito; altrimenti perde il titolo per chiederla, come avvenne alla signora Thatcher verso la fine del suo terzo mandato. Del resto la stessa Lady di ferro fece discutere il gabinetto circa l'opportunità dei due scioglimenti anticipati da lei poi proposti alla Regina.

Ed in Germania gli scioglimenti promossi a norma dell'art. 68 della Legge Fondamentale sono proposti al Presidente Federale dal Cancelliere dopo che i parlamentari della maggioranza hanno consentito a togliergli solennemente la fiducia con un voto del Bundestag: sarà una procedura, se si vuole, un po' barocca (messa in scena, peraltro, anche in Italia nelle crisi del 1972 e del 1987): ma costituisce la prova

6. *Lo scioglimento delle camere nel premierato assoluto*

Nell'ultimo periodo della sua attività scientifica, Leopoldo Elia accoglierà con entusiasmo la lezione di politica costituzionale che Giuseppe Dossetti, rientrando sulla scena del dibattito pubblico, offrì all'inizio degli anni '90, invitando a vedere nella Costituzione: «non più un programma di governo per una o due legislature (le riforme di struttura), ma un patto di convivenza aperto a garantire a tutti, senza distinzione di provenienza, i diritti fondamentali e ad assicurare l'osservanza di doveri non derogabili». In questa prospettiva «l'accento non poteva cadere solo sul rafforzamento dell'esecutivo, perché Governo, Parlamento, Capo dello Stato, Corte costituzionale e ordine giudiziario, dovevano comporsi in un equilibrio (giusta diffusione del potere), che, insieme al pluralismo degli enti territoriali, promuovesse un autentico sviluppo di democrazia sostanziale»¹⁰⁶.

«Il costituzionalismo moderno – più ancora che la democrazia – è da lui [Dossetti] inteso come una dottrina sul modo di esercizio del potere, pur quando questo potere trae origine dalla sovranità popolare. Anche in questi casi c'è una dottrina sui limiti del potere, sulla non concentrazione, anzi sulla diffusione del potere, sul pluralismo istituzionale e sul delicato equilibrio tra gli organi costituzionali. Il che implica che i principi supremi... non siano solo nella prima parte della Costituzione, ma... anche nella seconda parte... La Costituzione non è più una Costituzione programma da parte di un Governo motore dell'attuazione programmatica... Questa concezione della Costituzione come patto di convivenza comporta un ridimensionamento del valore attribuito prima al potere esecutivo... l'equilibrio tra i poteri è un bene prezioso»¹⁰⁷.

Per Dossetti, sottolineava Elia, prima viene il costituzionalismo, che salvaguarda i principi di fondo sull'equilibrio tra i poteri e garantisce il controllo democratico su chi esercita funzioni di Governo, e solo secondariamente viene l'ingegneria costituzionale, che pure può produrre esiti positivi¹⁰⁸. Ciò corrisponde all'adesione a un paradigma

provata dell'accordo tra chi promuove il ricorso anticipato alla urne (i cancellieri Brandt, Kohl e Schröder) e i deputati della loro maggioranza; e ancora, si deve aggiungere, con i loro partiti»: cfr. L. ELIA, *La presidenzializzazione della politica, Lectio doctoralis* pronunciata in occasione del conferimento della laurea honoris causa in Scienze politiche dalla Università di Torino (29 novembre 2005), p. 2. Ora in «Teoria politica», fasc. 1, 2006.

¹⁰⁶ L. ELIA, *Da Dossetti a Prodi*, in *La Costituzione aggredita*, cit., p. 129.

¹⁰⁷ L. ELIA, *La riforma della Costituzione a dieci anni dall'appello di Giuseppe Dossetti*, in *La Costituzione aggredita*, cit., pp. 172-173.

¹⁰⁸ L. ELIA, *Introduzione*, cit., p. 21.

interpretativo identificato con «un nucleo forte di costituzionalismo coerentemente accolto nella nostra costituzione». Solo così la barra restava ferma sui principi del costituzionalismo: «personalismo, pluralismo, Stato democratico, libertà, giustizia sociale, organizzazione «diffusa» dei poteri che assicurino equilibrio e controllo reciproco, sistemi di garanzie»¹⁰⁹. Per Elia in sede di revisione costituzionale non era escluso che si potesse passare da una forma di governo a un'altra¹¹⁰, dalla forma di governo parlamentare a quella presidenziale, ma a condizione che ogni forma di governo avesse un «equilibrio» e che evitasse ogni concentrazione di poteri¹¹¹.

A partire da queste premesse, Elia si sarebbe mostrato molto preoccupato per le minacce portate ai principi e agli equilibri costituzionali dal tentativo di riforma costituzionale del 2006, la quale a suo parere si spingeva ben oltre la tendenza alla presidenzializzazione che egli stesso riscontrava nei regimi parlamentari contemporanei¹¹². Si impegnerà pertanto attivamente nella campagna referendaria contro quello che lui definiva il «premierato assoluto», accusato apertamente di essere in contrasto col principio cardine del costituzionalismo, «che si oppone alla concentrazione di troppi poteri in un solo titolare di un ufficio pubblico»¹¹³. Le sue sono senza dubbio riflessioni che investono la forma di governo, ma in realtà riguardano i rischi che corre la stessa forma di stato democratica. Sono preoccupazioni che non attengono tanto alla sfera del diritto costituzionale quanto a quella della politica costituzionale, come è stata intesa negli ultimi anni.

Elia criticò severamente quel tentato intervento di ingegneria costituzionale, volto in apparenza alla stabilizzazione del Governo e della maggioranza – peraltro già raggiunta, a suo giudizio, a partire dal 1993 – e che invece sanciva una condizione di invulnerabilità del primo ministro per l'intera legislatura. La riforma prevedeva una concentrazione potestativa che privava di ogni potere gli altri organi costituzionali, assimilando la condizione del capo del Governo a quella del Presidente della Repubblica francese, quando è lui stesso il leader della maggioranza all'Assemblea nazionale e si configura come

¹⁰⁹ L. ELIA, *Discorso in occasione del sessantesimo anniversario della Costituzione della Repubblica italiana*, 2008 in www.Cortecostituzionale.it.

¹¹⁰ In Assemblea costituente non fu inserito l'aggettivo «parlamentare» accanto alle parole «Repubblica democratica» nell'art. 1: cfr. L. Elia, *A proposito del messaggio del Presidente Cossiga*, cit., pp. 404-405.

¹¹¹ *Intervista a L. Elia - di Mariantonietta Colimberti*, «I confini invalicabili della nostra Costituzione», EUROPA, 2008.

¹¹² L. ELIA, *La presidenzializzazione della politica*, cit., p. 3.

¹¹³ L. ELIA, *Il premierato assoluto*, in *La Costituzione aggredita*, cit., p. 62.

una sorta di «monarca repubblicano»¹¹⁴. Unica nel panorama delle moderne democrazie costituzionali, quella francese, non era per Elia affatto un buon modello da seguire.

La preoccupazione maggiore di Elia riguardava proprio l'attribuzione del potere di scioglimento anticipato delle camere al primo ministro, ed al conseguente superamento del carattere duumvirale dello scioglimento, che nell'ordinamento italiano costituisce il principale elemento di correzione della forma di governo parlamentare pura e del possibile potere di ricatto del primo ministro nei confronti dell'Assemblea. È proprio sulla disciplina del potere di scioglimento come potere esclusivo del premier, prevista dalla riforma, che si concentrarono le sue critiche più vigorose.

La critica si rivolgeva altresì all'estensione della normativa «antiribaltone» prevista per le regioni, per la quale alla sfiducia del consiglio nei confronti del vertice di governo regionale devono seguire le dimissioni del titolare e lo scioglimento del Consiglio (*simul simul*). Tale soluzione, come rilevava Elia seguendo la dottrina consolidata in materia, appariva inadatta ai rapporti tra Governo e Parlamento «sia per l'anelasticità e l'automatismo del collegamento tra la sfiducia e le sue conseguenze, sia perché il potere legislativo delle camere riguarda non di rado situazioni costituzionalmente protette come diritti fondamentali: porre la fiducia su questioni riguardanti tali diritti (si pensi al diritto di informare ed essere informati ex art. 21 Cost.) può presentare pericoli che è doveroso non incentivare»¹¹⁵.

Oltre a ciò la tentata riforma prevedeva un potere permanente in capo al premier di chiedere al Presidente della Repubblica lo scioglimento delle camere anche a prescindere da ogni manifestazione di sfiducia, in piena solitudine, senza nemmeno coinvolgere il consiglio dei ministri¹¹⁶, neutralizzando così *in toto* quell'elemento strutturale della forma di governo parlamentare che è costituito dal rischio politico di una crisi¹¹⁷. Una simile razionalizzazione di tipo neoparlamentare avrebbe condotto, con altri mezzi, ai medesimi risultati del

¹¹⁴ L. ELIA, *Troppi poteri al Primo ministro nella riforma della CDL*, in *La Costituzione aggredita*, cit., p. 126.

¹¹⁵ L. ELIA, *Troppi poteri per un uomo solo*, in *La Costituzione aggredita*, cit., p. 71.

¹¹⁶ «Perfino nella legge fondamentale israeliana del 14 aprile 1992, che introduceva l'elezione diretta del Primo ministro, lo scioglimento della Knesset, su proposta del Premier non sfiduciato, era previsto con l'approvazione del Presidente di Stato; e, a *fortiori*, dopo l'abrogazione di questa legge (7 marzo 2001), si è affermato che lo scioglimento del Parlamento può essere attivato dal Premier in accordo con il Capo di Stato»: cfr. *Ivi*, p. 72.

¹¹⁷ L. ELIA, *Introduzione a La costituzione aggredita*, cit., pp. 7-14.

semipresidenzialismo francese, configurando un primo ministro al sicuro da ogni incertezza della vita politica e violando nuovamente il canone costituzionalistico della limitazione dei poteri¹¹⁸.

Nella razionalizzazione «normale» il Governo può porre la questione di fiducia, ma se questa è respinta deve dimettersi e il Parlamento non è automaticamente sciolto. Negli Stati Uniti il Presidente non può essere rimosso, salvo *impeachment*, ma non può porre la questione di fiducia, né sciogliere le camere del Congresso. Nella progettata riforma, per Elia, si sarebbe sommata l'invulnerabilità del Presidente americano ai poteri del Premier britannico. Di fatto il primo ministro sarebbe divenuto il padrone esclusivo del processo legislativo¹¹⁹, sia perché poteva sciogliere sotto la sua responsabilità la camera, sia perché aveva la possibilità di blindare con la questione di fiducia le sue iniziative legislative¹²⁰. Tale padronanza risultava ulteriormente aggravata dalla previsione che in sede elettorale si indicasse sulla scheda del nome del candidato, definitivamente risolvendo la dialettica democratica nella democrazia di investitura¹²¹.

Per quanto aspra fosse la critica, ancora una volta però Elia non si attestava su posizioni di mera difesa. Non mancava nei suoi interventi una proposta, come quella volta ad avvicinare la figura del presidente del consiglio italiano a quella del primo ministro britannico in materia di scioglimento anticipato. Sottolineando l'importanza di non farsi cogliere impreparati dalla prospettiva delle riforme, contro una lettura del potere di scioglimento in chiave eccessivamente presidenzialistica avanzata dopo lo scioglimento del 1953¹²², Elia suggeriva di rendere esplicita l'iniziativa del Premier¹²³: «per evitare il monopolio del Capo dello Stato basterebbe stabilire in Costituzione che

¹¹⁸ L. ELIA, *A un passo dalla controriforma*, in *La Costituzione aggredita*, cit., p. 146.

¹¹⁹ Anche se «non si deve dimenticare anche la reversibilità della deterrenza! La deterrenza, infatti, con la minaccia dello scioglimento, può essere esercitata non solo dal Presidente del Consiglio nei confronti della sua maggioranza ma anche da uno o più piccoli gruppi di questa che ricattino il Primo ministro, nel caso rifiutasse di procedere a fare quanto gli si chiede, adottando, magari, una riforma piuttosto di un'altra, prendendo una decisione al posto di un'altra: pochi voti potrebbero impedire la nomina di un nuovo Presidente del Consiglio dalla stessa maggioranza oppure essere aggiunti a quelli dell'opposizione, determinando lo scioglimento della Camera»: cfr. 2004, L. ELIA, *La riforma peggiora ancora*, in *La Costituzione aggredita*, cit., p. 111-112.

¹²⁰ *Ivi*, p. 110.

¹²¹ L. ELIA, *Il premierato assoluto*, cit., p. 66.

¹²² *Ivi*, p. 65.

¹²³ L. ELIA, *Il potere di scioglimento oggi è un rischio*, in *La Costituzione aggredita*, cit., p. 90.

il Premier può proporre al Presidente lo scioglimento e che questi può accettare o rifiutare la proposta, in base a valutazioni di estrema delicatezza, fondate generalmente sulla sussistenza o meno della maggioranza uscita vittoriosa dalle ultime elezioni, ma eccezionalmente, anche su situazioni imprevedibili sopravvenute all'*election day*»¹²⁴.

¹²⁴ L. ELIA, *La riforma peggiora ancora*, cit., p. 114.

La differenziazione regionale nel Titolo V della Costituzione nel pensiero e nell'attività parlamentare di Leopoldo Elia

di Linda Michelotti

SOMMARIO: 1. Premessa: la differenziazione regionale in senso statico ed in senso dinamico quali manifestazioni del principio di differenziazione che permea il Titolo V della Costituzione. – 2. Lo sviluppo dell'autonomia regionale tra le questioni più delicate interessanti la revisione della II Parte della Costituzione. – 3. La differenziazione regionale derivante dall'esercizio della potestà statutaria. – 3.1. La differenziazione regionale nella Commissione bicamerale D'Alema. – 3.2. La differenziazione regionale nella Legge costituzionale n. 1/1999. – 4. La differenziazione regionale derivante dall'applicazione dell'art. 116, III c., Cost. introdotto dalla Legge costituzionale n. 3/2001. – 5. La differenziazione regionale derivante dall'esercizio della potestà legislativa regionale nel progetto di *devolution*. – 6. Considerazioni conclusive: la prospettiva dinamica del principio di differenziazione regionale.

1. *Premessa: la differenziazione regionale in senso statico ed in senso dinamico quali manifestazioni del principio di differenziazione che permea il Titolo V della Costituzione*

Quando si parla di differenziazione regionale il pensiero corre, in prima battuta, alla ben nota «specialità regionale storica» (propria delle cinque Regioni a Statuto speciale) prevista dai primi due commi dell'articolo 116 Cost. ed, in seconda battuta, al nuovo modello della «specialità regionale intesa come differenziazione regionale in senso dinamico» attivabile da ciascuna Regione ordinaria¹ interessata me-

¹ Invero, si deve altresì considerare che per una parte della dottrina la clausola di differenziazione di cui all'articolo 116, terzo comma, Cost. si applicherebbe indistintamente a tutte le Regioni.

Infatti, in forza dell'articolo 10 della Legge costituzionale n. 3/2001 non si potrebbe impedire alle Regioni a Statuto speciale di avvalersi della clausola di asimmetria di cui all'articolo 116, terzo comma, Cost. Cfr.: G. PASTORI, *La nuova specialità*, in *Le Regioni*, 2001, p. 494; S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 142; D. GALLIANI, *All'interno del Titolo V: le «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» di cui all'art. 116.3 Cost. riguardano anche le Regioni a Statuto speciale?*, in *Le Regioni*, 2003, pp. 423 e ss., il

dianche la complessa procedura delineata dall'articolo 116, terzo comma, Cost.²

quale argomenta diffusamente la tesi sopra richiamata, specificando che proprio l'esperienza delle Commissioni paritetiche previste per le Regioni a Statuto speciale ha influenzato la procedura negoziata costituzionalizzata nell'articolo 116, terzo comma; ID., *Brevi osservazioni su due concetti apparentemente opposti ma probabilmente speculari: specialità e regionalismo differenziato*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2003, p. 236; E. DE MARCO, *Il regionalismo differenziato*, in B. CARAVITA (a cura di), *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 410; F. RATTO TRABUCCO, *L'evoluzione della forma di Stato in Italia: dal federalismo mancato a un regionalismo asimmetrico?*, in *Archivio giuridico «Filippo Serafini»*, 2007, p. 600. *Contra*: A. RUGGERI e C. SALAZAR, *La specialità regionale dopo la riforma del Titolo V. Ovvero: dal «lungo addio» al regionalismo del passato verso il «grande sonno» del regionalismo «asimmetrico»?*, in G.F. FERRARI e G. PARODI (a cura di), *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo. Problemi applicativi e linee evolutive*, Padova, Cedam, 2003, p. 401, i quali rilevano la scarsa utilità per le Regioni a Statuto speciale di avvalersi del meccanismo di cui all'articolo 116, terzo comma, Cost., anziché intraprendere la revisione degli Statuti speciali, perché quest'ultima strada avrebbe una portata più ampia rispetto a quella risultante dalla disposizione in parola «[...] utilizzabile unicamente con riferimento alla crescita di alcune forme di autonomia, dallo stesso art. espressamente indicate»; A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Federalismo fiscale: rivista di diritto ed economia*, 2007, fasc. 1, pp. 155 e ss.; E. CARLONI, *Teoria e pratica della differenziazione: federalismo asimmetrico ed attuazione del Titolo V*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2008, p. 81; A. RUGGERI, *La «specializzazione» dell'autonomia regionale: se, come e nei riguardi di chi farvi luogo*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2008, p. 46 e ss.

² La letteratura sul principio di specialità regionale è molto vasta, *ex multis*, si veda: A. RUGGERI, *Prospettive di una «specialità» diffusa delle autonomie regionali*. Relazione al Convegno su Le Regioni a Statuto speciale e Province autonome nell'Europa del 2000. Le ragioni della specialità nell'ordinamento federale, Villasilmius (CA), 16 settembre 2000, in *Nuove autonomie*, 2000, fasc. 6, pp. 845 e ss., ove l'A. auspica, a p. 868, che si gettino «[...] le basi per un regionalismo asimmetrico e progressivo, idoneo a portare alla realizzazione di un modello di specialità «plurale» o diffusa, fondata sulla integrazione delle competenze»; G. PASTORI, *La nuova specialità*, cit., pp. 488 e ss.; C. ERCOLANO, *Il regionalismo differenziato: un buon punto di partenza per la riforma federalista*, in http://www.ambientediritto.it/dottrina/Federalismo/2003/regionalismo_differenziato.htm (17/06/2009); A. FERRARA e G.M. SALERNO (a cura di), *Le nuove specialità nella riforma dell'ordinamento regionale*, Milano, Giuffrè, 2003; G. MOSCHELLA, *L'incerta prospettiva delle Regioni speciali*, in S. GAMBINO (a cura di), *Il «nuovo» ordinamento regionale. Competenze e diritti*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 275 e ss.; ID., *Regioni a Statuto speciale e neoregionalismo*, in D. DOMINICI, G. FALZEA e G. MOSCHELLA (a cura di), *Il regionalismo differenziato. Il caso italiano e spagnolo*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 452 e ss.; A. CARIOLA e F. LEOTTA, *Art. 116*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, vol. III, pp. 2178 e ss.; M. CECCHETTI, *Attualità e prospettive della «specialità» regionale alla luce del «regionalismo differenziato» come principio di sistema*, 3 dicembre 2008, in <http://www.federalismi.it> n. 23/2008 (03/12/2008), pp. 1 e ss., secondo il quale (p. 2) il modello di regionalismo basato sulla contrapposizione tra «regionalismo dell'uniformità» e «re-

Peraltro, gli osservatori più attenti si sono domandati se «[...] la questione della “differenziazione” regionale, del suo (pericoloso o meno) potenziale, delle sue implicazioni e della sua collocazione nel contesto dell’ordinamento costituzionale»³ sia espressione di una tendenza disarmonica all’interno del Titolo V, oppure, all’opposto se costituisca applicazione di un principio di differenziazione regionale che permea l’intero Titolo V.

Pare che la prospettiva più feconda, al fine di dare una risposta a questo interrogativo, sia quella di considerare il regionalismo asimmetrico di cui all’articolo 116, terzo comma, Cost.⁴ non isolatamente,

gionalismo della specialità» «[...] è ormai irreversibilmente destinato ad essere superato da un nuovo modello definibile come “regionalismo della differenziazione” e fondato [...] su un nuovo binomio necessario ed inscindibile: il “diritto comune” e i “diritti differenziati”». Questo nuovo modello rappresenta uno sviluppo dei principi del riconoscimento e della promozione delle autonomie previsti dall’articolo 5 Cost.; A. FERRARA, *Riflessioni in punta di penna sul principio di specialità regionale*, 3 dicembre 2008, in <http://www.federalismi.it> n. 23/2008 (11/12/2008), il quale, a p. 3, parla del «[...] carattere ormai residuale della specialità storica rispetto alla nuova specialità diffusa»; D. GALLIANI, *Le Regioni speciali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione: ancora «speciali»?», in *Quaderni regionali*, n. 2/2008, pp. 549 e ss.; ID., *Brevi osservazioni su due concetti apparentemente opposti ma probabilmente speculari: specialità e regionalismo differenziato*, cit., pp. 221 e ss.*

³ Così A. POGGI, *Esiste nel Titolo V un «principio di differenziazione» oltre la «clausola di differenziazione» del 116 comma 3?*, in J. M. CASTELLÀ ANDREU e A. MASTROMARINO (a cura di), *Esperienze di regionalismo differenziato. Il caso italiano e quello spagnolo a confronto*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 29.

⁴ Sulla clausola di differenziazione prevista dall’articolo 116, terzo comma, Cost., tra i numerosi contributi, si veda almeno: L. ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, Milano, Giuffrè, 2000; F. PIZZETTI, *Audizione del Presidente dell’A.I.C. al Senato sulla revisione del Titolo V, parte II della Costituzione. Risposte dei soci dell’A.I.C. ai quesiti*, 20 novembre 2001, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/speciali/senato/pizzetti.html> (29/05/2009); ID., *Le intese per l’attuazione dell’art. 116*, 10 dicembre 2001, in <http://www.forumcostituzionale.it> (29/07/2008); ID., *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico «esploso»*, in *Le Regioni*, 2001, pp. 1164 e ss.; A. POGGI, *Il principio di «differenziazione» regionale nel Titolo V e la «clausola di differenziazione» del 116, comma 3: modelli, prospettive, implicazioni*. Relazione presentata al Convegno «Il regionalismo differenziato. L’esperienza italiana e quella spagnola a confronto», Primo Seminario italo-spagnolo per lo studio dell’autonomia regionale, organizzato dal Centro Studi sul Federalismo, Moncalieri Collegio Carlo Alberto, 23-24 novembre 2007, in http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-24/30-11-2007/Poggi_Regionalismo_differenziato.pdf (10/03/2009); EAD., *La problematica attuazione del regionalismo differenziato*, 9 gennaio 2008, in <http://www.federalismi.it> n. 1/2008 (09/01/2008); EAD., *Esiste nel Titolo V un «principio di differenziazione» oltre la «clausola di differenziazione» del 116 comma 3?*, cit., pp. 27 e ss.; A. ANZON DEMMIG, *Quale «regionalismo differenziato»?», in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2008, pp. 51 e ss.; R. BIN, «Regionalismo differenziato» e utilizzazione dell’art. 116, terzo comma, Cost. Alcune tesi per aprire il dibattito, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2008, pp. 9 e ss.; E. CARLONI,*

ma come manifestazione del generale principio di differenziazione regionale che compenetra il Titolo V della Costituzione sia a livello dell'esercizio dell'attività legislativa ed amministrativa, sia sul versante della scelta della forma di governo regionale e della gestione delle risorse finanziarie (artt. 117, 118, 119, 122 e 123 Cost.)⁵. Perciò risulta indispensabile ampliare il raggio d'indagine, in particolare non focalizzando esclusivamente l'attenzione sulla disposizione dell'articolo 116 Cost. novellata dalla riforma costituzionale operata dalla Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 «Modifiche al Titolo V della Parte seconda della Costituzione», per volgere lo sguardo anche alle altre disposizioni del Titolo V revisionate già dalla Legge costituzionale 22 novembre 1999, n. 1 «Disposizioni concernenti l'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e l'autonomia statutaria delle Re-

Teoria e pratica della differenziazione: federalismo asimmetrico ed attuazione del Titolo V, cit., pp. 75 e ss.; P. CIARLO e M. BETZU, *Dal regionalismo differenziato al regionalismo pasticciato*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2008, pp. 67 e ss.; G. DI COSIMO, *Sui contenuti del regionalismo differenziato*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2008, pp. 63 e ss.; A. RUGGERI, *La «specializzazione» dell'autonomia regionale: se, come e nei riguardi di chi farvi luogo*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2008, pp. 21 e ss.; I. RUGGIU, *Il «ritorno» del principio di competenza?*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2008, pp. 101 e ss.; G. SCIULLO, *Art. 116, comma 3, Cost. e beni culturali*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2008, pp. 95 e ss.; L. VIOLINI, *Regionalismo differenziato e utilizzazione dell'art. 116, comma 3, Cost. (con particolare riguardo al regime dei diritti sociali)*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2008, pp. 87 e ss.; L. ANTONINI, *Metodo della differenziazione versus metodo dell'uniformità*, in J.M. CASTELLÀ ANDREU e A. MASTROMARINO (a cura di), *Esperienze di regionalismo differenziato. Il caso italiano e quello spagnolo a confronto*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 1 e ss.; A. ANZON DEMMIG, *Problemi ed esperienze del regionalismo «asimmetrico» secondo l'art. 116 comma 3 della Costituzione italiana*, in J.M. CASTELLÀ ANDREU e A. MASTROMARINO (a cura di), *Esperienze di regionalismo differenziato. Il caso italiano e quello spagnolo a confronto*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 17 e ss.

⁵ Per un'approfondita trattazione del principio di differenziazione regionale nel Titolo V della Costituzione, si veda: F. PIZZETTI, *Il nuovo ordinamento italiano fra riforme amministrative e riforme costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 62 e ss.; Id., *La riforma del Titolo V tra resistenza al cambiamento e incompiutezza delle scelte*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2003, pp. 538 e ss.; A. POGGI, *Esiste nel Titolo V un «principio di differenziazione» oltre la «clausola di differenziazione» del 116 comma 3?*, cit., pp. 32 e ss.

Con specifico riferimento alle differenziazioni nell'articolo 117 Cost., nell'articolo 118 Cost. e negli articoli 122 e 123 Cost., si veda rispettivamente: E. CARLONI, *Teoria e pratica della differenziazione: federalismo asimmetrico ed attuazione del Titolo V*, cit., pp. 76 e ss.; M. CAMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, pp. 1282 e ss.; S. SICARDI, *La forma di governo regionale: dall'«uno» (con qualche diversificazione) al «molteplice» (diversamente consentito)*, in G.F. FERRARI e G. PARODI (a cura di), *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo. Problemi applicativi e linee evolutive*, Padova, Cedam, 2003, pp. 193 e ss.

gioni», nonché al dibattito intercorso durante i lavori della Commissione bicamerale D'Alema.

Nello specifico, l'oggetto di queste brevi note si prefigge di ricostruire il pensiero di Leopoldo Elia, il quale si rivela un precursore d'avanguardia sull'argomento *de quo* decodificato criticamente con particolare attenzione alla differenziazione regionale derivante dall'esercizio della potestà statutaria e legislativa unitamente all'attivazione della clausola prevista dall'art. 116, terzo comma, Cost., tentando di effettuare una ricognizione non soltanto dei Suoi numerosi contributi dottrinari, che purtroppo dedicano cenni marginali, seppur incisivi, a questa tematica (dal momento che, come noto, sono altre le questioni di maggior spessore che hanno impegnato principalmente la Sua riflessione), quanto soprattutto della Sua cospicua attività parlamentare⁶ che risulta decisiva sul punto. Entrambi i richiamati filoni d'indagine dimostrano che la risultante della componente «intellettuale» (espressione eminentemente dello studioso attento) e «politica» (frutto dell'impegno nella vita istituzionale del Paese) del Maestro appare ben condensata in un'espressione che Egli stesso utilizzò per indicare la virtù essenziale che dovrebbe possedere un costituzionalista – la «[...] capacità di vedere gli svolgimenti della Costituzione vivente»⁷ – della quale, appunto, il Suo complessivo operato è al contempo manifestazione e testimonianza.

2. *Lo sviluppo dell'autonomia regionale tra le questioni più delicate interessanti la revisione della II Parte della Costituzione*

In merito alle vicende che hanno interessato l'istituto regionale, la riflessione di Elia offre un contributo di notevole interesse sia sul versante dell'attuazione del principio autonomistico, che dei progetti volti alla modifica del Titolo V della Costituzione.

Per quanto concerne il primo aspetto, con il c.d. secondo trasferimento di funzioni dallo Stato alle Regioni, operato con il D.p.r. 24 luglio 1977, n. 616, Elia sostenne che la posizione politica-istituzionale del nuovo ente territoriale istituito *de facto* soltanto nel 1970 si era finalmente imposta, ma allo stesso tempo intuì che il compiuto

⁶ Ricoprì la carica di senatore nella X Legislatura, successivamente, di deputato nella XII Legislatura ed, infine, di Presidente del Gruppo del Partito popolare al Senato durante la XIII Legislatura.

⁷ Si veda L. ELIA, *Costituzione-processo, democrazia «governante», riforme istituzionali*, in G. AMATO, L. ELIA, N. IOTTI e G. SPADOLINI, *Quattro lezioni sulla Costituzione. Attualità e riformabilità della Costituzione repubblicana*, a cura del Consiglio regionale della Toscana, Bologna, Il Mulino, 1989, pp. 25 e s.

sviluppo della forza programmatica riposta nel dettato costituzionale dedicato all'autonomia regionale avrebbe conosciuto «[...] una vita difficile ma non priva di *chances* di successo»⁸.

Per il secondo, nella lezione che Elia tenne all'Università di Pisa, in occasione della celebrazione del quarantesimo anniversario della Costituzione italiana promossa dal Consiglio regionale della Toscana, Egli affermò con lucidità che quando si affronta il tema della revisione costituzionale, mentre «[...] la prima parte della Costituzione ha un nucleo che mantiene completamente il suo valore e la sua forza», è la seconda parte della Costituzione, dal momento che si riferisce all'organizzazione dello Stato, ad apparire intrinsecamente «[...] più esposta alle ali del progresso, della ingegneria costituzionale»⁹. Ed a questo proposito, Elia annoverò le questioni concernenti le autonomie territoriali proprio tra le problematiche più delicate interessanti la riforma della seconda Parte della Costituzione¹⁰.

⁸ Si veda L. ELIA, *Lo Stato e le Regioni dopo la riforma '77*. Parte conclusiva della Conferenza sul tema «Funzioni dello Stato e delle Regioni nella Repubblica italiana dopo la riforma del 1977» tenuta presso l'Istituto italiano di cultura di Parigi, in *Il Popolo*, 27 novembre 1977, p. 8.

⁹ Si veda L. ELIA, *Costituzione-processo, democrazia «governante», riforme istituzionali*, cit., pp. 31 e s.

¹⁰ Cfr. Id., *ivi*, pp. 32 e s., ove Egli argomentava: «ci sono i problemi in materia di Repubblica delle autonomie: è uno degli esempi di incapacità di autoriforma della Repubblica italiana, che non ha saputo rendere aggiornato, né in via convenzionale, né in via statutaria scritta, il meccanismo dei rapporti fra Stato centrale e Regioni, oscillando tra ritorni centralisti non giustificati in taluni settori, ed accentuazioni autonomistiche che mal si prestano a quel regionalismo cooperativo che la vita contemporanea richiede, come dimostrano le convenzioni ed i patti stabiliti tra i *länder* tedeschi per poter realizzare certe opere pubbliche e poter ordinatamente raggiungere degli obiettivi che trascendono la Regione, ma che però la interessano profondamente».

Emblematiche pure le parole di L. ELIA, *Prefazione - Postscriptum 1998 (cinquantennio della Costituzione)*, in C. BORTOLANI, *Guida alla Costituzione che cambia*, Bologna, Zanichelli, 1998, 4^a edizione, p. IX: «Nessuno, peraltro, potrebbe sottovalutare l'importanza e le difficoltà del compito che incombe sulle Camere della XIII Legislatura. Partiamo dalla forma di Stato, intesa come struttura territorialmente qualificata della Repubblica. A prima vista si poteva pensare che il regionalismo cui si informa il Titolo V della seconda parte potesse agevolmente essere trasformato in un federalismo di tipo mitteleuropeo. Invece le tensioni tra municipalismo (specie dei Comuni delle grandi città) e Regioni, come sperimentate in una vicenda ultraventennale, giudicata complessivamente negativa per le autonomie, hanno determinato il rifiuto di conferire alle Regioni a statuto ordinario quel potere ordinamentale su enti territoriali infraregionali già attribuito con legge costituzionale alle Regioni a statuto speciale. È evidente che il neomunicipalismo si risolve in un esito neocentralistico, giacché la sfiducia nelle Regioni comporta che le attribuzioni degli enti territoriali diversi dallo Stato siano conferite con leggi statali. Inoltre la tensione tra diritto comune delle Regioni e specialità di cinque Statuti e dei progetti di au-

Per quanto concerne il metodo, Elia, pur concordando con D'Alma sull'ipotesi di riscrittura delle disposizioni costituzionali concernenti il regionalismo, si oppose fermamente alla proposta, ventilata da altri esponenti politici, relativa all'elezione di una nuova Assemblea costituente¹¹, giacché il ricorso all'art. 138 Cost. avrebbe permesso la revisione di una parte della Costituzione, ma non ne avrebbe abilitato una sua totale modifica. La fondamentale obiezione *contra* una revisione complessiva della Carta si radicava nella constatazione che tale modalità avrebbe potuto integrare una sorta di intimidazione nei confronti del popolo sovrano che sarebbe stato privato della libertà di optare tra l'accoglimento di una revisione costituzionale su un singolo aspetto e la bocciatura di un'altra modifica¹².

Dunque, da un lato, la modifica del Titolo V della Costituzione si sarebbe potuta realizzare seguendo il procedimento delineato dall'art. 138 Cost., impiegando una Commissione bicamerale soltanto

tonomia speciale ha provocato altre incertezze e oscillazioni che rischiano di distruggere il paradigma delle Regioni a statuto ordinario. Queste valutazioni critiche non inducono a disconoscere il carattere altamente positivo delle finalità perseguite con la riforma: stimolare le energie degli amministratori e degli imprenditori periferici, responsabilizzando i titolari degli uffici nei Comuni, nelle Province, nelle città metropolitane e nelle Regioni».

¹¹ L'elezione di un'Assemblea costituente non sarebbe stata giustificata. Infatti, «la nascita di nuovi partiti non può mettere fuori gioco una Costituzione di cui si deve riconoscere la complessiva vitalità. Altrimenti si aggiungerebbe alle altre instabilità italiane l'instabilità costituzionale» (così L. ELIA, *Una dichiarazione di Elia per le riforme costituzionali*, in *Il Popolo*, 4 gennaio 1996, p. 3), per specificare, pochi mesi dopo, in modo ancora più perentorio che «l'ipotesi di un'Assemblea Costituente? La ritengo di incertissima costituzionalità. Sarebbe una rottura della Costituzione» (si veda M. GALLUZZO, *Elia: non cerchiamo alibi sulle riforme*. Intervista a Leopoldo Elia, in *Il Popolo*, 28 maggio 1996, p. 3).

¹² Cfr.: S. MAZZOCCHI, *Elia: bene il 'patto' no all'Assemblea*. Intervista a Leopoldo Elia, in *La Repubblica*, 21 febbraio 1995, p. 9; M. CAPRARA, *Elia: i cambiamenti li fa il Parlamento e con le procedure indicate dal 138*, Intervista a Leopoldo Elia, in *Corriere della sera*, 29 maggio 1996, p. 4. Nello stesso senso si vedano anche gli interventi dell'onorevole L. ELIA, nel corso delle sedute della Camera dei Deputati, tenutesi giovedì 19 maggio 1994 e mercoledì 10 gennaio 1996, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Atti parlamentari*, XII legislatura, rispettivamente p. 152 e p. 19328.

Al sopra richiamato principale inconveniente che sconsigliava la strada di un'Assemblea costituente se ne sommarono altri: ai fini della sua istituzione essa avrebbe richiesto sia l'adozione di una legge costituzionale che avrebbe dilatato i tempi delle riforme, sia un'elezione con il sistema proporzionale che si sarebbe potuta rilevare destabilizzante per il Paese; infine, l'intervento di un'unica assemblea sarebbe stato meno garantista rispetto al procedimento di revisione previsto dall'art. 138 Cost. Cfr.: R.A., *Elia: Un'Assemblea non è necessaria e farebbe perdere troppo tempo*. Intervista a Leopoldo Elia, in *L'Unità*, 27 maggio 1996, p. 4; M. GALLUZZO, *Elia: non cerchiamo alibi sulle riforme*. Intervista a Leopoldo Elia, cit., p. 3.

per la fase referente¹³. Dall'altro, per non inficiare la libertà di scelta dell'elettore, tale procedimento avrebbe dovuto produrre almeno tre diverse leggi di revisione costituzionale (interessanti, separatamente, il federalismo, la forma di governo e le garanzie) ed, all'occorrenza, altrettanti referendum costituzionali¹⁴.

3. *La differenziazione regionale derivante dall'esercizio della potestà statutaria*

3.1. *La differenziazione regionale nella Commissione bicamerale D'Alema*

In seguito all'istituzione della terza Bicamerale presieduta dall'onorevole Massimo D'Alema con il compito di elaborare progetti di riforma della Parte II della Costituzione, il 26 febbraio 1997 il Senatore Elia assunse la presidenza del Comitato istruttorio sulla forma di Stato, mentre il compito di relatore fu affidato al Senatore Francesco D'Onofrio.

Sin dalle prime sedute del Comitato il Presidente Elia evidenziò che la sostanza della questione della differenziazione regionale sarebbe stata suscettibile di svilupparsi sotto due angolature diverse, ma complementari: per un verso, la procedura di approvazione degli Statuti regionali, per l'altro, la definizione degli oggetti di competenza degli Statuti regionali.

Per quanto concerne l'aspetto procedurale, nella proposta presentata dal Relatore D'Onofrio in seno al Comitato sulla forma di Stato, essi venivano definiti a livello regionale, con il coinvolgimento degli Enti locali, per poi essere approvati dallo Stato con legge costituzionale¹⁵. Invero, da un lato, nelle intenzioni del Presidente Elia, con-

¹³ Cfr.: M. CAPRARA, *Elia: i cambiamenti li fa il Parlamento e con le procedure indicate dal 138*, Intervista a Leopoldo Elia, cit., p. 4; l'intervento dell'onorevole L. ELIA, nel corso della seduta della Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, tenutasi martedì 16 settembre 1997, in <http://www.camera.it/parlam/bicam/rifcost/ressten/sed054r.htm> (02/03/2009), p. 2189.

¹⁴ Soluzione poi non accolta a causa dell'opposizione del Polo per le Libertà che, invece, preferì affrontare la questione della forma di Stato congiuntamente a quella sulla forma di governo. Cfr.: M. GALLUZZO, *Elia: non cerchiamo alibi sulle riforme*. Intervista a Leopoldo Elia, cit., p. 3; L. ELIA, *L'intesa salvaguarda le garanzie essenziali contenute nell'art. 138*. Sintesi dell'intervento in Senato sull'istituzione della Commissione Bicamerale, in *Il Popolo*, 27 luglio 1996, p. 3.

¹⁵ Cfr. la proposta di proposizioni normative relative agli Statuti regionali, presentata dal Relatore F. D'ONOFRIO nel corso della seduta del Comitato sulla forma

segnare la procedura di approvazione degli Statuti regionali in modo tale che la proposta originasse da ciascuna Regione per ciò stesso avrebbe consentito differenziazioni statutarie, ossia avrebbe abilitato Statuti regionali con diverso contenuto, vantando il pregio di introdurre una differenziazione regionale sul modello spagnolo, nel quale ogni Comunità autonoma calibra le proprie competenze sulla base delle rispettive possibilità. Tuttavia, dall'altro, Elia manifestò perplessità in relazione alla previsione dell'approvazione degli Statuti con legge costituzionale, poiché presumibilmente la valenza uniformante di quest'ultima avrebbe soffocato l'aspirazione nutrita da ogni Regione ordinaria di differenziare il proprio ordinamento¹⁶.

Per quanto riguarda il profilo contenutistico, in seguito, la relazione iniziale sulla forma di Stato del Senatore D'Onofrio, illustrata al *plenum* della Commissione Bicamerale il 22 maggio 1997, ribadiva l'intento di configurare un sistema in cui potenzialmente ogni Regione avrebbe potuto ritagliarsi il proprio ambito di autonomia, in conformità alle proprie esigenze specifiche, mediante singoli Statuti approvati con legge costituzionale cui era deferita la specificazione del riparto di competenze legislative fra lo Stato e la Regione nelle materie non coperte dalla riserva di legislazione unitaria, mentre nella Costituzione, da un lato, sarebbe stata elencata la rosa di materie in cui spettava allo Stato l'esercizio della potestà legislativa esclusiva, dall'altro, alle Regioni sarebbe stata attribuita la funzione legislativa in ogni altra materia residuale¹⁷.

L'appunto che Elia mosse a proposito della previsione di Statuti speciali diversi per ogni Regione ordinaria rifletteva la seguente criticità: traendo spunto dall'esperienza spagnola, l'apertura di separati tavoli di trattativa fra la singola Regione ed il livello di governo nazionale volti all'enucleazione delle competenze che avrebbero potuto essere efficacemente esercitate da ogni Regione, presupponendo *de facto* un potere contrattuale di alcune Regioni maggiore di quello di

di Stato, tenutasi giovedì 20 marzo 1997, consultabile in <http://www.camera.it/parlam/bicam/rifcost/comitati/fsframe.htm> (02/03/2009).

¹⁶ Cfr.: l'intervento dell'onorevole L. ELIA, nel corso della seduta del Comitato sulla forma di Stato, tenutasi venerdì 21 marzo 1997, in <http://www.camera.it/parlam/bicam/rifcost/comitati/fsframe.htm> (02/03/2009); la proposta emendativa presentata dal Presidente ELIA insieme con il Deputato Bressa riguardante il testo del Relatore D'Onofrio concernente gli Statuti regionali, nel corso della seduta del Comitato sulla forma di Stato, tenutasi mercoledì 26 marzo 1997, in <http://www.camera.it/parlam/bicam/rifcost/comitati/fsframe.htm> (02/03/2009), che prevedeva che ciascuna assemblea regionale deliberasse a maggioranza assoluta il proprio Statuto.

¹⁷ Cfr. l'intervento del Relatore D'ONOFRIO, nel corso della seduta della Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, tenutasi giovedì 22 maggio 1997, in <http://www.camera.it/parlam/bicam/rifcost/ressten/sed024r.htm> (02/03/2009), p. 883.

altre, avrebbe implicato una spaccatura del Paese a livello istituzionale correndo il rischio di instaurare un federalismo differenziato con «[...] punti di arrivo molteplici e diversi»¹⁸, giacché il rinvio alle venti leggi costituzionali prospettate dal Relatore D'Onofrio avrebbe avuto l'inconveniente «[...] di spostare tutto sul futuro, rischiando intanto di creare preoccupazioni sia allo Stato che alle Regioni, perché ogni esito diventa possibile e ogni soluzione diventa aleatoria»¹⁹. In altri termini, il tasso di differenziazione da rimettere all'autonomia statutaria senza compromettere la tenuta del sistema avrebbe potuto interessare la forma di governo regionale²⁰, mentre avrebbe dovuto essere bandita la possibilità di definire negli Statuti secondo criteri differenziati le materie di competenza regionale. Infatti, percorrere quest'ultima strada avrebbe consentito l'inveramento di un processo federalista che dilatando eccessivamente la forbice di differenziazione regionale non avrebbe adeguatamente assicurato l'intervento legislativo statale a presidio dell'unità della Repubblica²¹.

3.2. *La differenziazione regionale nella Legge costituzionale n. 1/1999*

Con riferimento alla partecipazione ai lavori preparatori che hanno interessato la Legge costituzionale n. 1/1999, Elia incisivamente sostenne che «il binomio autonomia statutaria-scelta della forma di governo è la pietra d'angolo dell'intera costruzione»²². Dunque, Egli consolidò il medesimo orientamento già espresso in seno alla Commissione bicamerale D'Alema.

¹⁸ L'espressione è stata utilizzata dall'onorevole L. ELIA, nel corso della seduta della Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, tenutasi lunedì 26 maggio 1997, in <http://www.camera.it/parlam/bicam/rifcost/ressten/sed025r.htm> (02/03/2009), p. 947.

¹⁹ Così L. ELIA, *Intervento*, in C. DESIDERI e G. MELONI (a cura di), *Le autonomie regionali e locali alla prova delle riforme. Interpretazione e attuazione della Legge n. 59/97*, Atti del Forum, Roma, 2 giugno 1997, Milano, Giuffrè, 1998, p. 98.

²⁰ Cfr. l'intervento dell'onorevole L. ELIA, nel corso della seduta pomeridiana della Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, tenutasi martedì 17 giugno 1997, in <http://www.camera.it/parlam/bicam/rifcost/ressten/sed038r.htm> (02/03/2009), p. 1453.

²¹ Cfr.: l'intervento dell'onorevole L. ELIA, nel corso della seduta del Comitato sulla forma di Stato, tenutasi venerdì 21 marzo 1997, cit.; l'intervento dell'onorevole L. ELIA, nel corso della seduta della Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, tenutasi lunedì 26 maggio 1997, cit., pp. 945 e s.

²² Così L. ELIA, *Prefazione*, in M. OLIVETTI, *Nuovi Statuti e forma di governo delle Regioni. Verso le Costituzioni regionali?*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. XIII (anche in *Stato federale e Stato regionale dopo le riforme: la via italiana all'autonomia possibile*, in *Europa*, 25 marzo 2003, p. 11).

Questa presa di posizione, che rifugge dall'idea di prefigurare un'uguale forma di governo da imporre mediante una normativa statale a tutte le Regioni, ammette, invece, in capo a ciascuna Regione il potere di preferire una determinata forma di governo ad un'altra, in ossequio ad un obiettivo di valorizzazione dell'autonomia regionale anche in relazione alle opzioni più gravose circa la propria organizzazione interna. Comunque, se, per un verso, «[...] è bene che le Regioni cerchino loro la forma migliore»²³, per l'altro, Egli indicò, come antidoto al pericolo di uno strapotere dei Presidenti regionali, la possibilità, sia di derogare al modello transitorio dell'elezione diretta, sia di modificare la legge elettorale del Consiglio regionale²⁴.

Infatti, se, senza dubbio, la previsione dell'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale iniettava nel sistema regionale un incremento di legittimazione democratica²⁵, peraltro, la rigidità della Costituzione che rimetteva all'autonomia statutaria di ciascuna Regione la scelta in merito alla disciplina della forma di governo regionale non imponeva necessariamente un'uniformità nella sua definizione a livello regionale proprio perché era l'applicazione del principio democratico a richiedere che «[...] quando c'è la possibilità di far scegliere senza pericoli il popolo, allora questa possibilità di scelta si deve lasciare»²⁶. Tuttavia, Elia non mancò di evidenziare come, in realtà, la fissazione di un rapporto fiduciario tra il Consiglio regionale ed il Presidente della Giunta regionale restringeva ad imbuto l'ampiezza della differenziazione regionale convogliandola nell'ambito

²³ La citazione nel corpo del testo è tratta da Id., *ivi*, p. XIV. A questo riguardo, Elia aggiunse, manifestando appieno la Sua preoccupazione in merito: «se ho un qualche rammarico per le opzioni compiute nell'ormai lontano biennio 1998-1999 è per non aver lasciato più spazio alle deliberazioni statutarie in questa materia: perché escludere a priori il modello presidenziale statunitense con forte separazione strutturale dei poteri? Per quanto le Regioni siano cresciute in ruolo politico e in potere legislativo, il rischio di paralisi operativa potrebbe essere meno incombente e pericoloso che a livello nazionale. Certo non mi piace la diffusa disattenzione che circonda le importanti scelte dei costituenti regionali». Si veda Id., *ivi*, pp. XIV e s.

²⁴ Cfr.: Id., *ivi*, p. XIV; Id., *Intervento*, Nuovi Statuti e forme di governo delle Regioni - Presentazione del volume di Marco Olivetti, in *Arel informazioni*, 2003, n. 1, p. 86.

²⁵ Cfr. le dichiarazioni di voto dell'onorevole L. ELIA, espresse nel corso delle sedute del Senato della Repubblica, tenutesi rispettivamente mercoledì 23 giugno 1999 (consultabile in <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00005338.pdf>, pp. 50 e s.), giovedì 29 luglio 1999 (consultabile in <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00005367.pdf>, p. 29), venerdì 12 novembre 1999 (consultabile in <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/5415.pdf>, p. 24).

²⁶ Si veda la dichiarazione di voto dell'onorevole L. ELIA, espressa nel corso della seduta del Senato della Repubblica, tenutasi martedì 22 giugno 1999, in <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/5337.pdf>, p. 42.

della forma di governo parlamentare. In ogni caso, la novella costituzionale faceva salva la garanzia che un cinquantesimo degli elettori regionali eventualmente richiedesse la sottoposizione a referendum dell'intervenuta modifica statutaria.

Parimenti, la connessa forma di differenziazione fruibile dalle Regioni inerente la scelta del sistema elettorale non avrebbe suscitato grossi timori, dal momento che le leggi elettorali regionali sarebbero state vincolate al rispetto dei principi fondamentali della materia fissati dal legislatore statale²⁷.

Perciò, Elia si espresse a favore della novella costituzionale che affidava alle Regioni la scelta della forma di governo e della legge elettorale, perché essa avrebbe introdotto una formula equilibrata, ovvero, come ebbe già modo di auspicare in qualità di Ministro per le riforme elettorali ed istituzionali del I Governo Ciampi all'epoca della Commissione bicamerale per le riforme istituzionali presieduta da Leonilde Iotti, essa sostanzialmente avrebbe perseguito l'obiettivo di una «[...] convergenza unitaria possibilmente temperata da varianti ma con differenziazioni non troppo profonde [...]»²⁸.

Allo stesso tempo, invero, Elia fu ben consapevole che la differenziazione regionale *ex art.* 123 Cost. non avrebbe potuto spingersi sino ad elevare gli Statuti regionali al rango di Costituzioni regionali²⁹. Anzi, proprio l'inaugurazione di una stagione statutaria in cui si rivelava allettante la prospettiva di introdurre disposizioni che avrebbero colmato i vuoti costituzionali generati dal graduale scredito che aveva colpito il Titolo V della II Parte della Costituzione, lo convinse dell'assoluta impellenza con la quale si sarebbe dovuto proce-

²⁷ Cfr.: la dichiarazione di voto dell'onorevole L. ELIA, *ibidem*; l'intervento dell'onorevole L. ELIA, nel corso della seduta pomeridiana della 1ª Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica, tenutasi giovedì 6 maggio 1999, in <http://www.parlamento.it/leg/13>.

²⁸ Si veda l'intervento di L. ELIA, nella veste di Ministro per le riforme elettorali ed istituzionali del I Governo Ciampi, nel corso della seduta della Commissione bicamerale per le riforme istituzionali, tenutasi giovedì 21 ottobre 1993, in CAMERA DEI DEPUTATI - SENATO DELLA REPUBBLICA, *Atti parlamentari*, XI legislatura, p. 2076.

Successivamente, Elia continuò a sottolineare l'importanza di una riforma del sistema elettorale regionale che, sebbene improntato ad ammettere differenziazioni regionali nel rispetto di principi stabiliti nell'ambito di una legge cornice statale, allo stesso tempo facesse affidamento su «convergenze spontanee» delle Regioni con la medesima fascia di abitanti. Cfr. gli interventi dell'onorevole L. ELIA, nel corso delle sedute della Camera dei Deputati, tenutesi venerdì 23 settembre 1994, martedì 27 settembre 1994 e mercoledì 15 febbraio 1995, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Atti parlamentari*, XII legislatura, rispettivamente pp. 3012 e s., p. 3075, p. 8166.

²⁹ Cfr. L. ELIA, «No al federalismo di comodo», Intervista, in *Il Popolo*, 2 novembre 2000, p. 3.

dere alla revisione del medesimo al fine di rettificare tale contesto che definì di «Costituzione fluida»³⁰ mutuando un'espressione di Massimo Severo Giannini³¹.

4. *La differenziazione regionale derivante dall'applicazione dell'art. 116, III c., Cost. introdotto dalla Legge costituzionale n. 3/2001*

Elia valutò positivamente la riforma del sistema regionale del 2001, tanto che anticipò che un'eventuale sua bocciatura in sede di referendum confermativo avrebbe vanificato il coinvolgimento degli esponenti delle autonomie territoriali nel lavoro di stesura della legge di revisione costituzionale del Titolo V e, conseguentemente, la conquista di una posizione di bilanciamento nelle relazioni centro-periferia³². Si trattava – secondo Elia – della più grande riforma costituzionale intervenuta nei primi cinquant'anni di vita dell'ordinamento repubblicano: una realizzazione dei principi costituzionali sulle autonomie territoriali sanciti dall'art. 5 Cost.³³ che avrebbe segnato l'abbandono di una visione statocentrica, in quanto avrebbe permesso «[...] la liberazione delle energie locali»³⁴.

In altre parole, la Legge costituzionale n. 3 del 2001 avrebbe rappresentato «[...] un avviamento ad un federalismo adatto all'Italia [...] consent[endo] di andare verso un largo trasferimento di poteri, già

³⁰ Cfr. L. ELIA, *La revisione del Titolo V della parte II della Costituzione. Una riforma urgente: federalismo e istituzioni europee*, in *Il Popolo*, 11 novembre 2000, p. 1.

³¹ Cfr. L. ELIA, *Il referendum incostituzionale*, in *Il Popolo*, 26 settembre 2000, p. 2, allorché, in occasione della deliberazione del Consiglio regionale della Lombardia adottata nella seduta del 15 settembre 2000 recante «Proposta di indizione di referendum consultivo per il trasferimento delle funzioni statali in materia di sanità, istruzione, anche professionale, nonché di polizia locale alla Regione», puntualizzò che uno dei contenuti necessari dello Statuto regionale contemplante la disciplina del referendum su leggi e provvedimenti amministrativi della Regione, appunto, non può avere ad oggetto iniziative regionali di leggi ordinarie o costituzionali statali. In seguito, L. ELIA, ribadì le proprie perplessità sull'argomento *de quo*: si leggano le dichiarazioni rilasciate in *Devolution, sì al referendum*, in *Il Popolo*, 6 aprile 2001, p. 3.

³² Cfr. L. ELIA, *Ecco perché il 7 ottobre bisogna votare sì. Una riforma che cambierà in meglio il Paese*, in *Il Popolo*, 5 ottobre 2001, p. 3.

³³ La cui necessità era stata evidenziata da Elia già da parecchio tempo. Si veda sul punto l'intervento dell'onorevole L. ELIA, nel corso della seduta pomeridiana del Senato della Repubblica, tenutasi mercoledì 24 luglio 1991, in SENATO DELLA REPUBBLICA, *Atti parlamentari*, X legislatura, p. 16.

³⁴ Si veda L. ELIA, *Elia: una legge che rende l'Italia più moderna*. Testo dell'intervento al Senato in occasione del voto sulla legge per il federalismo, in *Il Popolo*, 18 novembre 2000, p. 2.

iniziato peraltro con la legge Bassanini. Un cammino graduale, che non confonda mai Stato unitario con Stato accentratore»³⁵.

Tuttavia, è critica la posizione che Elia assunse con specifico riferimento alla potenziale attivazione da parte di ciascuna Regione ordinaria di un regionalismo differenziato. Difatti, Egli avanzò dubbi sulla legittimità costituzionale dell'articolo 116, ultimo comma, Cost., in quanto la disposizione in esame – che consente di ottenere ulteriori forme e condizioni di autonomia attraverso una legge ordinaria rafforzata, stravolgendo in questo modo l'assetto delle competenze fissato dal Titolo V della Costituzione per le Regioni di diritto comune – sarebbe incostituzionale per violazione dell'articolo 138 Cost. in quanto lederebbe il principio fondamentale della rigidità costituzionale. In altri termini, il ricorso, seppure non necessitato ma del tutto eventuale, alla fonte atipica introdotta dal terzo comma dell'articolo 116 Cost., da un lato, pone sul tappeto, la questione dell'adequazione della procedura di revisione costituzionale delineata dall'articolo 138 Cost.³⁶, dall'altro, induce a riflettere sulla disponibilità, re-

³⁵ Questa l'opinione di L. ELIA riportata da F. ALBERTI, *Elia: è il giusto federalismo la devolution è un pasticcio*, in *Corriere della sera*, 6 ottobre 2001, p. 16.

Circa la partecipazione al voto referendario del 7 ottobre 2001, si percepisce la soddisfazione di L. ELIA, quale sostenitore del fronte dei sì, leggendo il Suo articolo intitolato significativamente *Ha perso chi voleva delegittimare la riforma*, in *Il Popolo*, 9 ottobre 2001, p. 7.

³⁶ Elia nel corso della Sua attività istituzionale ha ripetutamente preso posizione su questo delicato aspetto. In qualità di Ministro per le riforme elettorali ed istituzionali intervenne nella discussione sulla Proposta di legge costituzionale «LABRIOLA ed altri: Abrogazione del terzo comma dell'articolo 138 della Costituzione (2665) e della concorrente proposta di legge costituzionale TASSI (1830)» focalizzando l'attenzione sulla necessità di diversificare la procedura di revisione costituzionale qualora essa interessi i diritti fondamentali dei cittadini (cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, resoconto stenografico della seduta di giovedì 28 ottobre 1993, in *Atti parlamentari*, XI Legislatura, pp. 19752 e s.). Durante la XII Legislatura, il 28 febbraio 1995, presentò la proposta di legge costituzionale C. n. 2115, d'iniziativa dei Deputati BASSANINI, ELIA ed altri «Modifica agli articoli 64, 83, 136 e 138 della Costituzione» (consultabile in <http://www.bassanini.eu/public/AC-2115-XII-lex.pdf> (12/03/2010) che prevedeva di innalzare a due terzi dei componenti di ciascuna Camera la maggioranza richiesta per l'approvazione delle leggi di revisione costituzionale, considerando che le impellenti riforme istituzionali volte alla trasformazione in senso federale della forma di Stato italiana avrebbero dovuto essere adottate con l'accordo di tutte le principali forze politiche. Tuttavia, il sistema elettorale maggioritario impediva alla procedura prescritta dal vigente art. 138 Cost. di salvaguardare il concorso delle minoranze nell'elaborazione delle revisioni costituzionali. In occasione della discussione sul p.d.l.cost. in parola, Elia precisò ulteriormente che «le questioni inerenti l'articolo 138 [avevano] una priorità logica», specificando la possibilità di garantire la rigidità sia della prima parte della Costituzione, unitamente all'indipendenza ed all'imparzialità degli organi di garanzia, introducendo la regola della maggioranza dei

putata sproporzionatamente facile, del procedimento di attivazione di una potenziale differenziazione tra le Regioni ordinarie³⁷.

In sostanza, secondo Elia³⁸, il meccanismo descritto nell'articolo 116, ultimo comma, Cost. avrebbe potuto comportare il verificarsi in concreto di revisioni costituzionali che spianerebbero la via ad un incremento delle potestà regionali non definibili a priori nella loro esatta consistenza e, per di più, prodotto aggirando le garanzie previste dall'articolo 138 Cost. A ciò si aggiunga che, con l'adozione del sistema maggioritario, la garanzia dell'approvazione della legge atipica a maggioranza assoluta dei componenti delle Camere, inserita nel terzo comma dell'articolo 116 Cost., non sarebbe apparsa sufficiente. Per tale ragione sarebbe stato più opportuno ponderare meglio la proce-

due terzi, sia dei titoli della seconda parte concernenti l'organizzazione costituzionale mediante il conseguimento della maggioranza dei tre quinti che avrebbe rappresentato la cartina di tornasole sulla base della quale misurare la sussistenza dell'intesa ultramaggioritaria necessaria per apportare modifiche alla Costituzione (si veda CAMERA DEI DEPUTATI, resoconto stenografico della seduta di mercoledì 2 agosto 1995, in *Atti parlamentari*, XII Legislatura, pp. 14383 e ss.).

Si leggano, nello stesso senso, le dichiarazioni rilasciate sui quotidiani negli anni '90: G. FREGONARA, *Elia: ma non si modifica la Carta impugnando la spada di Brenno*, Intervista a Leopoldo Elia, in *Corriere della sera*, 5 aprile 1996, p. 4; M. GALLUZZO, *Elia: non cerchiamo alibi sulle riforme*. Intervista a Leopoldo Elia, cit., p. 3. Per una sintesi recente sul punto, si veda F. BASSANINI e L. ELIA, *Le nuove riforme? Ci porteranno alla paralisi*, in *Corriere della sera*, 22 novembre 2005, p. 36: «se vogliamo ristabilire il principio della supremazia e della rigidità della Costituzione, se vogliamo dire basta alle riforme costituzionali fatte a colpi di maggioranza, occorrerà rivedere il procedimento per l'approvazione delle riforme costituzionali: il vigente articolo 138 bastava in un contesto nel quale tutte le forze politiche avevano insieme costruito e approvato la Carta costituzionale, e si ritenevano vincolate a non apportarvi modifiche se non largamente condivise; per di più il sistema elettorale proporzionale, senza premi di maggioranza, rendeva difficile raggiungere la maggioranza assoluta su una riforma controversa. Nessuna delle due condizioni è oggi presente. Perciò occorre, come proponemmo già nel 1995, elevare il quorum per l'approvazione delle leggi di revisione costituzionale (portandolo a due terzi, come in Germania e in Usa, o a tre quinti), e riaprire su questa base un confronto sulle riforme realmente necessarie e perciò largamente condivise». Successivamente, in seguito all'esito negativo del referendum costituzionale confermativo del 25-26 giugno 2006, L. ELIA ha ribadito la Sua posizione in occasione dell'*Intervento* al Seminario «Dopo il referendum: c'è una strada per le riforme?», organizzato dalla Fondazione della Camera dei deputati, 4 luglio 2006, Palazzo Montecitorio - Sala della Regina, in http://fondazione.camera.it/Files/Incontri/Resoconto_seminario_Riforme_costituzionali1.pdf (12/02/2010), pp. 8 e 19.

³⁷ Cfr. L. ELIA, *Audizione*, Indagine conoscitiva della 1^a Commissione permanente del Senato «Sugli effetti nell'ordinamento delle revisioni del Titolo V della Parte II della Costituzione», 23 ottobre 2001, in <http://mobile.senato.it/documenti/repository/commissioni/comm01/Indagini%20conoscitive/cost-001d.pdf> (07/01/2009), p. 13.

³⁸ Peraltro, il dubbio sollevato da L. Elia è condiviso anche da L. ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, cit., p. 8.

dura *de quo*, «[...] perché altrimenti questo regionalismo rischia di essere sì asimmetrico, ma a danno della Costituzione»³⁹.

Proprio, al fine di scongiurare che l'applicazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. potesse comportare una contrapposizione tra il Nord ed il Sud del Paese, Elia individuò un antidoto nell'auspicata costituzionalizzazione del sistema delle Conferenze in chiave di salvaguardia dell'unità nazionale⁴⁰.

5. *La differenziazione regionale derivante dall'esercizio della potestà legislativa regionale nel progetto di devolution*

Successivamente, però, Elia sostituì all'iniziale posizione di presoché totale rigetto manifestata nei confronti del meccanismo previsto dal terzo comma dell'art. 116 Cost. una visione di parziale apertura a seguito della presentazione del disegno di legge costituzionale Bossi. Tale progetto, proprio perché intendeva modificare il vigente art. 117 Cost. in modo tale che si sarebbe potuta determinare un'unilaterale autoassunzione regionale di competenze legislative esclusive in materie importanti (quali l'organizzazione scolastica, l'assistenza e l'organizzazione sanitaria e la sicurezza regionale e locale) conseguente alla semplice adozione di leggi regionali in tali ambiti, sarebbe stato responsabile, qualora approvato, di «[...] un autentico sfascio della Repubblica unitaria, che invece deve restare tale anche in un ordina-

³⁹ Cfr. L. ELIA, *Audizione*, Indagine conoscitiva della 1^a Commissione permanente del Senato «Sugli effetti nell'ordinamento delle revisioni del Titolo V della Parte II della Costituzione», 23 ottobre 2001, cit., p. 13, il quale esprime la Sua preoccupazione osservando, *ibidem*: «Io ritengo che questo sia un problema molto grave. Mentre eravamo partiti in modo ortodosso, in sede di Bicamerale, ci siamo poi venuti a trovare, passo dopo passo, con poteri sempre più estesi delle Regioni e con garanzie sempre minori per il procedimento di revisione costituzionale: invece dell'articolo 138, una legge *sui generis* approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti sulla base di intese fra lo Stato e la Regione interessata».

⁴⁰ Cfr. L. ELIA, *Audizione*, Indagine conoscitiva della 1^a Commissione permanente del Senato «Sugli effetti nell'ordinamento delle revisioni del Titolo V della Parte II della Costituzione», 23 ottobre 2001, *ivi*, p. 14.

Elia, infatti, sin dagli esordi della Sua attività parlamentare auspicò che la disciplina della Conferenza Stato-Regioni sarebbe stata «[...] una buona premessa di "regionalismo cooperativo", quello vero, che pretende una distinzione non rigida di competenze, ma respinge come la separatezza anche la confusione delle attribuzioni, a esercizio negoziato in mediocri mercanteggiamenti». Si veda L. ELIA, *Dichiarazione di voto sul d.d.l. «Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri» (558), d'iniziativa dei deputati Labriola ed altri*, in SENATO DELLA REPUBBLICA, resoconto stenografico della seduta pomeridiana di giovedì 21 luglio 1988, *Atti parlamentari*, X Legislatura, pp. 90 e s.

mento federale»⁴¹. Perciò riconobbe che l'obiettivo di ampliare la sfera delle potestà regionali avrebbe potuto essere perseguito, senza una carica così eversiva per l'unità nazionale, attuando l'art. 116, terzo comma, Cost. che, invece, presuppone la previa intesa con la Regione interessata ai fini dell'attribuzione con legge statale, approvata a maggioranza assoluta dei componenti delle due Camere, delle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia⁴².

Furono sostanzialmente due pesanti criticità interessanti la potenziale differenziazione regionale scaturente dall'implementazione del progetto di *devolution* che indussero Elia a manifestarsi più incline al risultato di un'eventuale differenziazione regionale che si sarebbe potuta ottenere percorrendo la via tracciata dall'art. 116, terzo comma, Cost. In primo luogo, un'autodeterminazione delle attribuzioni regionali di tal fatta non si rinviene in alcuna Costituzione federale. Secondo Elia la *ratio* di questa assenza è evidente: «[...] non può essere l'arbitrio di uno stato membro, di un *Land* o di un Cantone ad ampliare unilateralmente la sfera di competenze di una componente dello stato federale unitario, anche se non più accentrato»⁴³. Non solo, la pericolosità del progetto di *devolution* che avrebbe stabilito la contemporanea vigenza di competenze legislative esclusive statali su materie contigue («norme generali sull'istruzione» e «norme generali sulla tutela della salute») sarebbe stata acuita dalla probabile impraticabilità per un Governo influenzato dall'alleanza politica con la Lega Nord di percorrere la via del ricorso in via principale dinanzi alla Consulta nei confronti delle leggi regionali espressive di una lettura forte della potestà legislativa esclusiva in materia di organizzazione scolastica e sanitaria in spregio del limite delle competenze trasversali statali per quanto concerne la determinazione dei LEP riguardanti i diritti civili e sociali. In altri termini, si sarebbe potuto facilmente inverare il rischio di una patente violazione del principio di

⁴¹ Si veda L. ELIA, *Devolution. Una mina per la Costituzione*, in *L'Unità*, 27 novembre 2002, p. 30. Anche in un'altra circostanza Egli non mancò di stigmatizzare duramente il progetto avanzato dalla Lega Nord sostenendo che «[...] la *devolution* frantumava i diritti sociali e divide il Paese» (così L. ELIA, *Votare in tanti, votare sì*, in *Il Popolo*, 21 settembre 2001, p. 5).

Già precedentemente, in qualità di deputato, infatti, ribadì in varie occasioni la necessità di difendere il principio dell'indivisibilità dello Stato consacrato nell'art. 5 Cost. e manifestò un certo scetticismo nei confronti di quegli orientamenti volti a trapiantare *sic et simpliciter* nell'ordinamento italiano modelli federali che in altre esperienze avevano dato buona prova di sé. Cfr. F. PINTORE, *La Costituzione va salvata, ma aggiornata*, Intervista a Leopoldo Elia - Convegno Aritzo, in *Unione sarda*, 5 settembre 1995, p. 1.

⁴² Cfr. L. ELIA, *Devolution. Una mina per la Costituzione*, cit., p. 30.

⁴³ Così L. ELIA, *Una sfida ai devoluzionisti*, in *Il Popolo*, 4 dicembre 2002, p. 1.

eguaglianza nella fruizione dei servizi pubblici essenziali da Regione a Regione⁴⁴. Dunque, in ultima analisi, la fondata preoccupazione di un progetto devolutivo che avrebbe potuto mascherare lo scisma delle aree più ricche del Paese⁴⁵.

6. *Considerazioni conclusive: la prospettiva dinamica del principio di differenziazione regionale*

Per quanto concerne l'argomento della differenziazione regionale, il filo rosso, o meglio, la coerenza che accomuna l'esperienza politica e la passione scientifica di Elia pare, dunque, facilmente individuabile: nel porre mano all'indispensabile opera di aggiornamento della Costituzione non si può prescindere dall'aver ben chiari quali siano i confini che delimitano il perimetro di questa delicata operazione.

Pur essendo manifestatosi favorevole al rafforzamento del ruolo delle Regioni, mediante l'esaltazione delle possibilità di differenziazione regionale insite negli artt. 122 e 123 Cost., Elia ha ripetutamente assunto una ferma presa di posizione contro la differenziazione regionale interessante l'art. 117 Cost. secondo il progetto della c.d. *devolution*, ritenuta una formula vuota che avrebbe potuto sferzare un grave *vulnus* alla Costituzione⁴⁶, proprio perché essa, a differenza dell'altra declinazione del principio di differenziazione regionale rappresentata dalla clausola di cui all'art. 116, terzo comma, Cost., non avrebbe adeguatamente salvaguardato i diritti sociali, cioè avrebbe potuto minare alle fondamenta la Prima parte della Costituzione ed in particolare il principio dell'unità della Repubblica. Come ribadì nell'ultima intervista inedita rilasciata alla rivista *Arel*: «la nozione di confine è essenziale alla stessa nozione di Costituzione, perché questa, nella sua essenza, è costituita da un complesso, da un nucleo di

⁴⁴ Cfr. L. ELIA, *Introduzione*, in *La Costituzione aggredita. Forma di governo e devolution al tempo della destra*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 19 e s.

⁴⁵ Si veda F. ALBERTI, *Scuola, sanità e polizia locale. Tutti i dubbi e i sì alla devolution*, in *Corriere della Sera*, 24 novembre 2002, p. 5, il quale riporta uno stralcio dell'opinione di Leopoldo Elia in merito al dibattito *de quo*: «L'auto-attribuzione da parte delle Regioni di pieni poteri in materie di tale rilevanza non potrà che produrre effetti pericolosi, eversivi. La potestà legislativa della periferia non può non essere subordinata a una cornice di norme statuali».

⁴⁶ Unitamente all'altro «male», che si sarebbe potuto aggiungere alla prima, rappresentato dal progetto di modifica della forma di governo volto all'introduzione di un premierato forte. Cfr. L. ELIA, *L'autunno triste della Costituzione*, 22 ottobre 2005, in http://www.europaquotidiano.it/dettaglio/37191/lautunno_tristedella_costituzione (01/02/2010).

principi che la identificano. Quindi, se si violano questi principi supremi si passa il confine, si realizza il passaggio del Rubicone»⁴⁷. Ecco l'attualità della lezione impartita dal Maestro: il concetto di limite deve essere mantenuto vivo nella coscienza pubblica dal momento che nemmeno una legge di revisione costituzionale adottata seguendo la procedura di cui all'art. 138 Cost. può violare i principi supremi della Costituzione⁴⁸.

Se è assodato, come ricordò in occasione del sessantesimo anniversario dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, che la Carta fondamentale «[...] ha dimostrato con la sua tenuta di possedere una prudente elasticità e attitudine a “comprendere” con i suoi principi fenomeni non prevedibili dai costituenti: e tutto ciò senza perdere di significato»⁴⁹, allora la modernità della Costituzione, facendo proprio il pensiero di Giuseppe Dossetti, è radicata nel connubio tra lo zoccolo duro, costituito dai principi imm modificabili, ed il nuovo, rappresentato dagli istituti che sono passibili di emendamenti correttivi od integrativi. In questo contesto, gli istituti modificati dalle riforme intervenute nel 1999 e nel 2001 ed, *ergo*, la diffusa differenziazione regionale di cui è intriso l'intero Titolo V pare un'evoluzione non contraddittoria del principio di autonomia regionale sancito dall'art. 5 Cost.: rimanendo all'interno di una compagine statale unitaria, l'ideale di un passaggio da un regionalismo ad un federalismo intrinsecamente cooperativo ove l'ammissibilità di un tasso di differenziazione regionale inneschi un processo di positiva competizione tra Regione e Regione senza intaccare l'indispensabilità della concertazione tra i vari livelli di governo⁵⁰.

Peraltro, se Elia ebbe in animo di dimostrare che si sarebbe potuto spezzare il legame, ritenuto erroneamente biunivoco, tra Stato unitario e Stato accentratore mediante l'instaurazione di uno Stato federale⁵¹, sin dai tempi della Bicamerale D'Alema non mancò di av-

⁴⁷ Si veda M. COLIMBERTI, *I confini invalicabili della nostra Costituzione*, Intervista inedita a Leopoldo Elia rilasciata alla rivista Arel, 7 ottobre 2008, in http://www.europaquotidiano.it/gw/producer/dettaglio.aspx?id_doc=59802 (01/02/2010).

⁴⁸ Cfr. *ibidem*.

⁴⁹ Si veda L. ELIA, *Discorso del Presidente emerito della Corte costituzionale, Prof. Leopoldo Elia, in occasione del sessantesimo anniversario della Costituzione della Repubblica italiana*, 29 febbraio 2008, in www.cortecostituzionale.it (30/03/2009), p. 13.

⁵⁰ Cfr.: l'intervento dell'onorevole L. ELIA, nel corso della seduta della Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, tenutasi venerdì 4 aprile 1997, in <http://www.camera.it/parlam/bicam/rifcost/ressten/sed016r.htm> (02/03/2009), p. 505; L. ELIA, *Cinquantanove anni dopo*, in http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-22/30-06-2006/ELIA_cost.salva_28_06_06.pdf (30/03/2009), *passim* pp. 1 e ss.

⁵¹ Cfr.: l'intervento dell'onorevole L. ELIA, nel corso della seduta della Com-

vertire che questo passo non avrebbe potuto essere effettuato in modo istantaneo, dal momento che «il federalismo dovrà essere accolto, dovrà essere realizzato, ma sarà un percorso abbastanza lungo»⁵². Non solo, ed in questo si rinviene la persistente attualità del Suo pensiero, Elia, tra le innumerevoli declinazioni dei «federalismi possibili» (in ragione delle mutevoli manifestazioni storiche di questo concetto), si dimostrò favorevole all'elaborazione di un modello di Stato federale differenziato⁵³, in cui la differenziazione non rappresenta soltanto un'opportunità per le Regioni che intendono avvalersene quanto piuttosto una necessità imprescindibile per la stabilità unitaria di un sistema decentrato più condiviso, proprio perché già sul finire degli anni '90 intuì che «[...] oggi il federalismo – inteso quale sistema dinamico di allocazione delle funzioni fra diversi livelli istituzionali – appare sempre più come un elemento permanente degli assetti istituzionali, e non una semplice fase di passaggio verso qualcosa di diverso»⁵⁴.

missione parlamentare per le riforme costituzionali, tenutasi giovedì 18 settembre 1997, in <http://www.camera.it/parlam/bicam/rifcost/ressten/sed055r.htm> (02/03/2009), p. 2225; L. ELIA, *Forme di Stato e forme di governo*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, vol. III, p. 2598.

⁵² Queste le parole di Elia riportate da A. CELLETTI, *Attenti ai demagoghi, il federalismo non s'improvvisa*. Intervista a Leopoldo Elia, in *L'Avvenire*, 22 settembre 1996, p. 7.

⁵³ Su questa nozione, si veda per tutti P. PERNTHALER, *Lo Stato federale differenziato*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 32, secondo il quale: «“autonomia” non significa solo relativa indipendenza nell'ambito delle leggi statali generali e dei loro principi giuridici informativi a carattere unitario (“nazionali”), bensì vera e propria capacità di auto-organizzazione, non predefinita nel contenuto, e solo circoscritta dal diritto costituzionale federale».

⁵⁴ Così L. ELIA e G. BUSIA, *Stato democratico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 1999, vol. XV, p. 75.

Depongono in questo senso anche le parole pronunciate dall'onorevole L. ELIA, nel corso della seduta della Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, tenutasi mercoledì 12 febbraio 1997, in <http://www.camera.it/parlam/bicam/rifcost/ressten/sed003r.htm> (02/03/2009), p. 52: «[...] l'elasticità dei rapporti è determinata anche dall'interpretazione del principio di sussidiarietà. [...] ed ecco che siamo ricondotti alla considerazione per cui il federalismo non si può risolvere [...] in un riparto di competenze attribuito una volta per tutte. Il federalismo è un processo [...] che deve essere continuamente riequilibrato e garantito per non espropriare totalmente una delle due parti, la più debole».

Gli interventi ed il pensiero di Leopoldo Elia in materia di radiotelevisione

di Marco Orofino

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'esperienza nel Consiglio d'amministrazione della RAI. – 3. La riforma della RAI e la legge n. 103 del 1975. – 4. Segue. – 5. La sentenza della Corte Costituzionale n. 148 del 1981. – 6. L'opposizione alla legge n. 223 del 1990: la dichiarazione in «dissenso» in Senato – 7. Dal progetto di legge del Comitato di Ministri per la riforma del sistema radiotelevisivo istituito dal Presidente Ciampi nella XI Legislatura all'approvazione della Legge n. 249 del 1997 passando per la Commissione per il riordino del sistema radiotelevisivo della XII Legislatura. – 8. La contestata approvazione della legge n. 112 del 2004, cd. Legge Gasparri. – 9. Una breve osservazione finale.

1. *Premessa*

Al fine di ricostruire il pensiero di Leopoldo Elia in materia di radiotelevisione è opportuno prendere in considerazione sia gli scritti più propriamente dottrinari sia gli interventi compiuti nelle sedi istituzionali sia, infine, gli articoli e le interviste, di volta in volta, pubblicate sui quotidiani italiani.

La ricerca compiuta su una pluralità di fonti ha evidenziato come Elia abbia mantenuto un'attenzione sempre vigile sulla RAI e sull'assetto della radiotelevisione italiana.

I suoi primi interventi in materia sono riconducibili al ruolo di consigliere di amministrazione della RAI che ha ricoperto nella seconda metà degli anni sessanta; gli ultimi interventi sono quelli sulla legge n. 112 del 2004, la più recente legge di sistema del settore radiotelevisivo, meglio nota come legge Gasparri.

Tra i due estremi temporali, vi sono le considerazioni di Leopoldo Elia nei primi anni settanta sulla questione della riorganizzazione della RAI e sul nodo – ancora attualissimo – della sua natura giuridica; la partecipazione come Giudice della Corte Costituzionale alla definizione del giudizio sulla legittimità costituzionale del cd. monopolio riformato (sent. n. 148 del 1981), il dissenso parlamentare sulla legge n. 223 del 1990, cd. legge Mammi, ed il tentativo – negli anni novanta – prima nel Comitato di Ministri per la riforma del sistema ra-

diotelevisivo (Governo Ciampi) e poi nella Commissione parlamentare per il riordino del sistema radiotelevisivo (Commissione Napolitana) di approvare una normativa in grado di garantire il pluralismo radiotelevisivo.

La quantità di materiale recuperato è stata tale da permettere di suddividere – anche se non esiste una discontinuità di pensiero nell'opera di Leopoldo Elia – la ricostruzione che segue in paragrafi, che corrispondono alle grandi trasformazioni che hanno contraddistinto il sistema radiotelevisivo italiano¹.

2. *L'esperienza nel Consiglio d'amministrazione della RAI*

Leopoldo Elia è nominato membro del Consiglio di amministrazione della RAI, come rappresentante del Ministero delle partecipazioni statali, ai sensi della determina ministeriale n. 0672 del 28 febbraio 1966; rimane in carica per quasi quattro anni, fino al 19 dicembre 1969, quando è sostituito dal Prof. Marcello Camillucci².

La nomina del Consiglio di amministrazione della RAI è, all'epoca, disciplinata da una convenzione siglata tra l'azienda e il Ministero delle Poste e Telecomunicazioni ed emanata con d.P.R. 26 gennaio 1952, n. 180.

Con tale atto, lo Stato concede in esclusiva alla RAI la diffusione dei servizi di radiodiffusione e televisione circolari. Contestualmente, il d.P.R. 26 gennaio 1952 prevede anche il trasferimento della maggioranza assoluta delle azioni della RAI all'Istituto per la Ricostruzione Industriale (IRI).

La Convenzione del 1952 è, fino al 1975, la fonte normativa dell'intera attività radiotelevisiva e, nello specifico, dell'attività posta in essere dalla RAI.

Per questo al suo interno vi sono anche norme integrative del Codice Civile che definiscono la composizione e le funzioni degli or-

¹ Desidero ringraziare la dott.ssa Federica Pantani e la dott.ssa Federica Faitelli per la disponibilità e l'aiuto nella consultazione dei verbali del Consiglio di amministrazione della RAI SpA; il dott. Roberto Dallari, Biblioteca della Camera dei Deputati, per il prezioso e gentile aiuto nella ricerca degli atti parlamentari.

² Il Ministro delle partecipazioni statali che nomina Leopoldo Elia è l'On. Giorgio Bò, partigiano e membro storico della Democrazia Cristiana. L'On. Bò regge il Ministro delle partecipazioni statali in otto esecutivi diversi ed ininterrottamente dal 26 luglio 1960 al 12 dicembre 1968, quando è sostituito dall'On. Arnaldo Forlani. La nomina di Elia avviene con il Governo Moro III. La sua sostituzione è decisa dal Ministro On. Franco Maria Malfatti, Ministro delle partecipazioni statali del Governo Rumor II.

gani societari. In particolare, l'art. 5 della Convenzione prevede che facciano parte del Consiglio di amministrazione sei membri «designati, rispettivamente, dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, dal Ministero degli Esteri, dal Ministero dell'Interno, dal Ministero del Tesoro, da quello delle Finanze, e da quello delle Poste e Telecomunicazioni». Nel 1966 anche il Ministero delle partecipazioni statali acquista, in seguito ad una modifica della Convenzione, il potere di designare un membro³. Il numero totale dei membri del C.d.A. non è specificato nella Convenzione, ma rimesso all'autonomia statutaria della società. La nomina dei membri non direttamente determinati dai Ministri avviene per cooptazione⁴.

Il Consiglio di Amministrazione della RAI – del quale Leopoldo Elia entra a far parte nella seduta del 29 marzo 1966 – è composto da quindici membri e non è, dunque, formalmente tutto di derivazione governativa. Ciò non toglie che, nella sostanza, anche le cooptazioni avvengano in maniera tale da rispettare gli equilibri tra le forze politiche di maggioranza.

Come derivazione del Consiglio di Amministrazione opera il Comitato direttivo RAI: si tratta di un organo ristretto composto da sette (poi nove) membri. Leopoldo Elia entra a far parte anche del Comitato direttivo con la nomina del Consiglio di Amministrazione del 23 novembre 1966, in coincidenza con un'ampia devoluzione di poteri di indirizzo e controllo dal Consiglio di amministrazione al Comitato⁵.

Il C.d.A. della RAI è, in questa fase, formato da personalità di spicco del mondo della cultura e delle istituzioni italiane. Il Presidente è l'ambasciatore Pietro Quaroni, l'amministratore delegato è il

³ La Convenzione RAI del 1952 è modificata con il d.P.R. 22 novembre 1965. Il potere attribuito al Ministero delle partecipazioni statali di provvedere alla nomina di un proprio rappresentante in Consiglio di Amministrazione RAI si inserisce nel completamento della riforma del sistema delle partecipazioni statali iniziata con la nascita del Ministero delle partecipazioni statali. L'IRI – detentore della maggioranza assoluta delle quote sociali della RAI – diventa un organismo finanziario di diritto pubblico inquadrato nel Ministero delle Partecipazioni Statali di cui è anche uno degli enti di gestione.

⁴ L'art. 15 dello Statuto RAI al tempo in vigore prevedeva che il Consiglio di amministrazione fosse composto di 15 membri e che i consiglieri non direttamente designati dai Ministri indicati nella Convenzione fossero nominati per cooptazione ai sensi dell'art. 2386 del C.C.

⁵ Cfr. Verbale del Consiglio di amministrazione RAI del 23 novembre 1966. Il Consigliere Alberto Cesaroni propone di portare da sette a nove i membri il Consiglio Direttivo RAI e di nominare Leopoldo Elia e Leo Solari. La proposta è approvata dai consiglieri all'unanimità.

noto scrittore e giornalista Gianni Granzotto, il direttore è Ettore Bernabei. Tra i consiglieri si alternano intellettuali quali, per citarne solo alcuni, Italo De Feo, Giampietro Dore, Silvio Golzio e Giacomo Devoto.

Forse proprio per l'elevata competenza e sensibilità dei Consiglieri, l'esame dei verbali delle sedute del C.d.A. e del Comitato mostra con estrema chiarezza il periodo di trasformazione in cui la RAI e la società italiana nel suo complesso si trovano. L'attenzione dei consiglieri è principalmente rivolta, nel quadriennio considerato, allo sviluppo dell'azienda. I temi al centro del dibattito sono: il completamento della rete dei ripetitori sul territorio nazionale; l'irradiazione nazionale della seconda rete; il rafforzamento della struttura amministrativa, anche attraverso la costruzione della sede attuale di viale Mazzini.

Non vi sono, invero, almeno in sede di Consiglio di Amministrazione discussioni in merito alla programmazione RAI. La programmazione delle due reti RAI è, infatti, affidata in questa fase largamente alle scelte del direttore generale Bernabei e dei direttori editoriali.

Pochi accenni si trovano in Comitato di direzione e riguardano per lo più la qualità dei programmi di divulgazione culturale, quali lo sceneggiato «Le vite» sulle biografie dei grandi personaggi della storia italiana oppure la trasmissione «Noi e gli altri» sui grandi problemi e le grandi sfide che attendono l'Italia e gli altri paesi europei.

Proprio un intervento di Elia mostra efficacemente il tipo di dibattito.

Esso risale al 9 novembre del 1967. Leopoldo Elia, dopo essersi dichiarato favorevole alle semestrali linee di programmazione, invita per la trasmissione «Noi e gli altri» ad indirizzarsi per i confronti con altri Paesi «preferibilmente verso nazioni più prospere dell'Italia, come ad esempio la Germania e l'Inghilterra (...). Per quanto riguarda lo spettacolo (...) invita a fare ogni possibile sforzo per migliorare i testi (...), per quanto riguarda le rievocazioni di vicende storiche complesse raccomanda di equilibrare dati e giudizi diversi. A suo parere, ad esempio lo sceneggiato che riportasse il dialogo – nel noto processo – tra Bellarmino e Bruno dovrebbe illustrare in contrapposizione quello che nello stesso periodo accadeva in Inghilterra, dove Tommaso Moro era decapitato, ed in Olanda ed in Germania, dove gravi e talvolta cruenti contrasti si verificavano»⁶.

Si affacciano, già nelle discussioni dei consiglieri, alcune questioni

⁶ Verbale del Comitato Direttivo Rai del 9 novembre 1967.

che diverranno poi centrali negli anni successivi – e sulle quali anche Leopoldo Elia interviene – quali la natura dell'informazione pubblica ed il finanziamento pubblico.

Sulla natura dell'informazione RAI, i commenti che Leopoldo Elia esprime, nelle sedute del Comitato direttivo del 28 novembre 1966 e del 7 marzo 1969, sono particolarmente interessanti.

Nella prima seduta citata, Egli auspica, infatti, che la RAI conceda «un sempre più largo posto all'approfondimento degli aspetti economici, storici e sociologici del nostro tempo». Nella seconda chiede apertamente che la RAI svolga un servizio informativo riguardo alla necessaria attuazione di istituti costituzionali (quali quello regionale e quelli della democrazia diretta) anche in considerazione della contestazione studentesca⁷. In sostanza, Elia auspica un'apertura della programmazione RAI ai grandi temi d'attualità del momento.

E, tuttavia, questa apertura deve avvenire, secondo Elia, «con la massima obiettività nel campo delle informazioni». Un'obiettività che non significa però, per Elia, la rinuncia alla personalizzazione dell'informazione, «per non cadere», come egli afferma, «nella forma arida del puro e semplice bollettino».

Quello che Egli richiede è invece «dare al pubblico che ci ascolta un «interlocutore» valido⁸. Sembra essere evidente in queste parole la presa di coscienza del fatto che l'informazione non possa essere neutrale ed asettica. Elia è sul punto estremamente chiaro quando afferma «che obiettività ed imparzialità non debbono essere scambiate per neutralità»⁹.

E, tuttavia, questo non significa che l'informazione possa essere faziosa oppure artatamente costruita. L'informazione della RAI deve, quindi, essere rispettosa del pubblico.

La questione posta da Elia è solo in parte assimilabile alla questione del pluralismo informativo, così come esso verrà definito dalla giurisprudenza costituzionale. La questione posta è, infatti, etica prima ancora che giuridica. In quanto tale, essa trascende la contingenza storica per proiettarsi nel futuro e rimanere centrale nel dibattito ancora attuale sul ruolo del giornalista e dell'informazione, in particolare di quella finanziata con fondi pubblici.

Altrettanto importante è l'intervento di Elia sul dibattito che emerge nei verbali riguardo al finanziamento pubblico della RAI. Occorre al riguardo dire che la gestione economica della RAI si presenta nel periodo considerato estremamente onerosa e problematica.

⁷ Verbale del Comitato Direttivo Rai del 7 marzo 1969.

⁸ Verbale del Comitato Direttivo Rai del 28 novembre 1966.

⁹ Verbale del Comitato Direttivo Rai 7 marzo 1969.

Sul versante finanziario, le entrate sono per lo più costituite dai trasferimenti dello Stato (per la precisione da una quota del canone versato dagli abbonati). Per questo, da un punto di vista giuridico, la RAI è assoggettata ex d.P.R. 20 luglio 1961 al controllo della Corte dei Conti. La pubblicità copre, all'epoca, solo il venticinque per cento degli introiti¹⁰. Per contro, la RAI si trova ad affrontare ingenti spese. Nella seconda metà degli anni sessanta si assiste, infatti, sia a cospicui investimenti infrastrutturali sia il rafforzamento della struttura amministrativa dell'azienda.

Questi investimenti sono resi necessari dall'aumento dei canali e dalle ore di trasmissione. Essi, tuttavia, determinano un pesante deficit di bilancio, che è oggetto di pesanti critiche.

Elia interviene sull'argomento in più di una circostanza. Egli, infatti, raccomanda «la più attenta economia nelle spese non strettamente necessarie all'esercizio dei programmi radiofonici e televisivi»¹¹, chiede chiarimenti sui costi di alcune coproduzioni¹² ed auspica «criteri omogenei che consentano rapidi e chiari raffronti e giudizi sull'effettiva situazione (economica dell'azienda)»¹³.

Sul canone, in particolare, Elia consiglia di non agganciare – come poi purtroppo sempre avverrà – il problema degli aumenti del canone ad uno squilibrio economico già maturato, quanto piuttosto di legarlo all'aumento delle ore di trasmissione (fascia pomeridiana), alla duplicazione della rete (copertura del territorio nazionale per il secondo canale) ed, inoltre, alle nuove programmazioni (quali, ad esempio, la telescolastica) che la RAI si trova a dover affrontare.

3. *La riforma della RAI e la legge n. 103 del 1975*

Conclusa l'esperienza nel Consiglio di amministrazione, non si esaurisce però l'interesse di Leopoldo Elia per l'evoluzione della RAI e, più in generale, per il ruolo e per il funzionamento del servizio pubblico radiotelevisivo.

Nel primo lustro degli anni settanta, Elia dedica a questi temi la sua attenzione partecipando (e contribuendo all'organizzazione) di un Convegno su *Regioni e riforma RAI TV* tenutosi a Napoli il 20-21

¹⁰ Cfr. Verbale del Comitato Direttivo Rai del 19 ottobre 1966.

¹¹ Verbale del Comitato Direttivo Rai del 15 novembre 1966 e del 20 novembre 1968.

¹² Verbale del Comitato Direttivo Rai del 2 febbraio 1967

¹³ Verbale del Comitato Direttivo Rai del 9 gennaio 1968 e del 8 gennaio 1969

ottobre 1972¹⁴ e pubblicando uno scritto nell'opera collettanea *La nuova RAI TV* edita nel 1975¹⁵.

Nel Convegno di Napoli del 1972, come si evince immediatamente dal titolo, si legano insieme due temi, in quel momento, di grande attualità: quello della approvazione di una legge di sistema nel settore radiotelevisivo che ponga fine al regime transitorio e quello della definizione dei compiti della neonate Regioni ordinarie italiane.

Il dibattito è aperto dalla relazione introduttiva congiunta di Elia e Barile¹⁶.

Il punto di partenza della relazione è l'identificazione del servizio pubblico radiotelevisivo con il servizio pubblico essenziale ai sensi dell'art. 43 della Cost. Ne deriva la legittimità del monopolio pubblico e, nello specifico, della riserva allo Stato di tale servizio nonché – in linea con la giurisprudenza costituzionale del tempo – l'ineludibilità di questa opzione, pena la formazione di un oligopolio privato¹⁷.

Partendo da questa constatazione, i relatori procedono ad esaminare le possibilità in discussione sul tipo di ente cui affidare la prestazione del servizio pubblico radiotelevisivo. In altri termini, la relazione esamina le opzioni di trasformazione della RAI sia in merito alla natura giuridica dell'ente (società o ente pubblico) sia in merito alla sua organizzazione interna (modalità di nomina degli organi societari o di gestione) sia, infine, ai rapporti della RAI con il Governo ed con il Parlamento.

La relazione identifica, *in primis*, tre possibili opzioni.

Esse sono: a) l'opzione ente pubblico che consentirebbe sia la dipendenza senza filtro dal potere politico e, quindi, la piena responsabilità politica; sia la possibilità di orientare l'attività imprenditoriale dell'ente non condizionandola ad una linea di redditività economica; b) l'opzione del mantenimento della società per azioni, ma con una modificazione della organizzazione societaria; c) l'opzione ente di gestione (cd. progetto ISLE Barile, Cheli, Loiodice) che rappresenterebbe una via di mezzo tra le precedenti in quanto l'ente pubblico si configurerebbe, per un verso, come holding rispetto alle società private satelliti e, per un altro verso, avrebbe come attività principali quelle propriamente radiotelevisive¹⁸.

¹⁴ Gli atti del Convegno di Napoli sono pubblicati nel libro, *Regioni e riforma RAI-TV*. Napoli, Consiglio Regionale della Campania, 1974.

¹⁵ Cfr. AA.VV., *La nuova RAI-TV*, Bologna, Il Mulino, 1975

¹⁶ V. P. BARILE e L. ELIA, *Schema di relazione* in AA.VV., *Regioni e riforma RAI-TV*. Atti del Convegno di Napoli, Palazzo Reale, 20-21 ottobre 1972, Napoli, Consiglio Regionale della Campania, 1974, 22 ss.

¹⁷ P. BARILE e L. ELIA, *Schema di relazione*, cit., 22-23.

¹⁸ P. BARILE e L. ELIA, *Schema di relazione*, cit., 24.

Successivamente la relazione affronta il nodo fondamentale delle modalità di nomina degli organi di vertice¹⁹.

Quale che sia l'opzione scelta, gli Autori sottolineano la necessità di coinvolgere il Parlamento modificando, dunque, il regime esistente, che consentiva al Governo (attraverso i Ministri designati dalla Convenzione) di procedere sostanzialmente alla nomina del Consiglio di amministrazione della RAI.

Questa trasformazione è per Elia e Barile una necessità costituzionale al fine di riconoscere il diritto di accesso che la giurisprudenza costituzionale ha ricavato dall'art. 21 Cost. Proprio come riconoscimento del diritto di accesso – che la Corte aveva definito non già come diritto individuale bensì come diritto delle rappresentanze politiche, degli interessi e delle comunità locali – gli Autori propongono il coinvolgimento degli enti regionali nella gestione della RAI.

Alla relazione generale seguono numerosi interventi.

Leopoldo Elia – in due interventi successivi – precisa la propria posizione con alcune osservazioni che meritano di essere ricordate²⁰. Esse appaiono, infatti, innovative se si tiene conto del momento storico in cui esse sono pronunciate.

La prima osservazione riguarda il mantenimento del monopolio pubblico. Elia dapprima dichiara di ritenere opportuna la sua conservazione, poi precisa però che la sua opinione in proposito non deve essere intesa in senso aprioristico. Per chiarire il punto, Egli paragona l'attività radiotelevisiva a quella giornalistica e sottolinea che se un giorno sarà possibile dare inizio ad un'attività radiotelevisiva in modo paragonabile a quanto avviene con la stampa e cioè, con una «relativa modestia di mezzi», allora si dovrà porre «un problema di riesame della scelta compiuta a favore non solo del monopolio degli impianti, ma soprattutto del monopolio della produzione dei programmi»²¹.

In questa affermazione si possono cogliere due elementi di novità.

Il primo elemento – immediato alla luce dell'evoluzione successiva del settore – è il legame che Egli definisce tra disponibilità tecnica e disponibilità finanziaria, da un lato, ed il mantenimento del monopolio pubblico, dall'altro. Egli pone, quindi, in evidenza come le norme costituzionali (l'art. 3, 21 e 43) non impongano un modello di gestione pubblica, ma che tale scelta sia il risultato obbligato di

¹⁹ P. BARILE e L. ELIA, *Schema di relazione*, cit., 26.

²⁰ V. L. ELIA, *Intervento (relazione) e Replica*, in AA.Vv., *Regioni e riforma RAI-TV*, cit., rispettivamente 85 ss. e 295 ss.

²¹ Così L. ELIA, *Intervento (relazione)*, in AA.Vv., *Regioni e riforma RAI-TV*, cit., 86.

una contingenza tecnico-economica. Il che vale a dire che, al mutare delle condizioni tecnico economiche, può essere necessario ripensare e superare il monopolio pubblico²².

Il secondo elemento di novità – di grande attualità ancora oggi – è la distinzione che Elia fa tra monopolio degli impianti e monopolio della produzione dei contenuti.

È evidente che all'epoca del Convegno di Napoli del 1972 non è lontanamente immaginabile la diversificazione odierna tra reti, servizi e contenuti ed, invece, è scontato che il proprietario della rete sia al tempo stesso anche il fornitore del servizio ed il produttore del contenuto. Tuttavia, è di tutta evidenza come Elia colga con la sua osservazione un fatto importante e, cioè, che sono i programmi con il loro contenuto ad influenzare i costumi degli utenti. Il che significa che l'eventuale e futura apertura del sistema dovrebbe avvenire innanzitutto a monte e, cioè, nella produzione e programmazione televisiva.

La seconda precisazione di Elia, che occorre ricordare, riguarda specificamente la natura giuridica della RAI. Egli afferma di propendere per il mantenimento della natura privatistica della società per azioni.

Le argomentazioni che fondano tale preferenza sembrano essere anche il frutto dell'esperienza compiuta nel Consiglio di Amministrazione dell'azienda.

Elia osserva, infatti, che «l'attività di un Ente radiotelevisivo, per quanto voglia essere in futuro meglio controllata e, diciamo, più trasparente tuttavia risulterà sempre, per le sue modalità di sviluppo e di esecuzione, troppo legata a scelte estremamente opinabili»²³.

Questo perché «l'affidare la esecuzione di un telefilm a un certo gruppo anziché ad un altro, lo spingere le spese e gli investimenti in una certa particolare direzione anche quando si eserciti un serio controllo politico (controllo in senso anglosassone, non ex post, ma di controllo proprio nel momento dinamico dell'attività), tutto ciò rappresenta un complesso di decisioni che possono essere valutate non atto per atto, ma solo globalmente da un'autorità sia essa di origine parlamentare sia essa di altra origine»²⁴.

Al contrario, l'adozione di un modello di gestione pubblicistico determinerebbe per Elia un'eccessiva ingessatura delle scelte aziendali, un controllo anche giurisdizionale sui singoli atti di gestione e, dun-

²² Questa argomentazione è ripresa anche nell'articolo di Elia, *La Costituzione e la RAI-TV*, pubblicato sul quotidiano il *Giorno* il 19 novembre 1972.

²³ L. ELIA, *Intervento (relazione)*, cit., 87.

²⁴ *Ibidem*.

que, in sintesi l'impossibilità per la RAI di attuare rapidamente le scelte aziendali strategiche e di sviluppo.

Come Egli stesso chiarisce, la sua preferenza per il mantenimento della società privata non vuol significare un suo favore per l'organizzazione societaria del momento. Al contrario, Leopoldo Elia critica – nel suo intervento – il fenomeno delle partecipazioni statali che – secondo lui – nasconde «una situazione in cui in sostanza lo Stato più che all'IRI o alla RAI dà la concessione all'esecutivo stesso e alle forze politiche di maggioranza; di conseguenza non c'è un dualismo, non c'è un distacco tra concedente e concessionario»²⁵.

Il ricorso alla società a prevalente partecipazione statale con nomina degli amministratori da parte dei Ministri «presenta pericoli che oramai sono stati denunciati dagli stessi partiti di maggioranza, quando non sono presi dalla passione per la esclusività del potere»²⁶.

Il punto centrale è, pertanto, quello della risoluzione dell'antinomia tra il mantenimento della società per azioni – e, quindi, dei vantaggi che lo strumento privatistico garantisce nella gestione della società – e la sottrazione del controllo della società «alla presa troppo violenta ed esclusiva dei partiti di maggioranza»²⁷.

La proposta di Elia è la costituzione di una società con formula mista, cioè di una società per azioni in cui lo Stato persona attraverso l'IRI abbia la metà della partecipazione, riservando l'altra metà della partecipazione ad un consorzio composto dalle Regioni e, eventualmente, anche dagli enti locali.

In questo caso, la composizione del Consiglio di amministrazione rispecchierebbe la partecipazione regionale mentre la partecipazione statale potrebbe essere qualificata in senso parlamentare scegliendo una designazione dei responsabili direttamente dal Parlamento oppure adottando un sistema di *consent* parlamentare rispetto a nomine di origine governativa²⁸.

La componente regionale nel Consiglio di amministrazione dovrebbe, per Elia, non tanto servire a garantire la promozione del folklore regionale nella programmazione della RAI quanto, piuttosto, valorizzare i centri di produzione territorialmente dislocati.

²⁵ L. ELIA, *Intervento (relazione)*, cit., 88.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ L. ELIA, *Intervento (relazione)*, cit., 89.

²⁸ Nella *Replica*, cit., 297, Elia torna sulla questione del ruolo del Parlamento nella direzione della RAI sostenendo la necessità costituzionale del passaggio del controllo della società dall'alveo dell'esecutivo all'alveo parlamentare, nonché la necessità di un reale rafforzamento dell'autonomia degli operatori.

4. *Segue.*

La seconda opera cui si è fatto riferimento si intitola *La nuova RAI*. Si tratta di un'opera collettanea pubblicata dall'Associazione di cultura e politica «Il Mulino» nella quale sono raccolti una serie di interventi di docenti di diritto pubblico e costituzionale sulla riforma, all'epoca in corso, della RAI²⁹.

Il dibattito dal quale il libro trae origine è incentrato sulla proposta di legge C 3448 presentata l'8 febbraio 1975. La proposta di legge diverrà al termine dell'*iter* parlamentare la legge n. 103 del 1975. La proposta di legge riproduce, a sua volta, il testo di due decreti legge adottati dal Governo Moro IV e precisamente il decreto legge 30 novembre 1974, n. 603 (decaduto) ed il decreto legge 22 gennaio 1975, n. 3, che reitera il precedente decreto e rinnova la convenzione, in scadenza, con la RAI³⁰.

Leopoldo Elia partecipa al dibattito con un intervento che ha specificamente ad oggetto il decreto legge n. 3 del 1975. Per prima cosa, Elia afferma che l'iniziativa del Governo ha il pregio essenziale di rispettare le sentenze della Corte Costituzionale n. 225 e 226 del 1974. Queste due decisioni, avendo dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di ritrasmissione della programmazione estera sul territorio nazionale e della trasmissione radiotelevisiva via cavo in ambito locale, avevano aperto le prime crepe nel sistema di monopolio dell'attività radiotelevisiva. L'intervento governativo, in questo senso, costituisce per Elia, «uno sforzo notevole, anche se non completamente riuscito, per realizzare un monopolio riformato»³¹.

Dopo questa premessa, Leopoldo Elia analizza tre aspetti della nuova normativa. Al riguardo, occorre ricordare che il decreto legge, come poi la proposta di legge e la successiva legge n. 103 del 1975, disponevano la derivazione parlamentare degli organi di direzione ed, in particolare, del Consiglio di amministrazione RAI.

La questione principale che Elia si pone è l'aderenza della riforma della struttura della RAI al tipo di pluralismo emergente dal «sistema di norme e valori contenuti negli articoli 3, 21 e 43 della Costituzione» così come interpretati dalla giurisprudenza costituzionale³².

Per rispondere a questa domanda Elia riprende una distinzione,

²⁹ AA.vv., *La nuova RAI-TV*, Bologna, Il Mulino, 1975.

³⁰ In questa fase, Leopoldo Elia scrive anche alcuni articoli sul quotidiano *Il Giorno* dei quali occorre tenere conto. Essi sono: *La lunga marcia verso la TV libera* pubblicato il 12 luglio 1974; *Riforma RAI-TV* del 28 novembre 1974 e *RAI TV: come uscire dall'ostruzionismo* del 4 febbraio 1975.

³¹ L. ELIA, *Intervento*, in AA.Vv., *La nuova RAI-TV*, cit., 31.

³² *Ivi*, 32.

già utilizzata nel suo saggio del 1972, tra pluralismo di gestione e pluralismo di operazione-produzione³³.

Con riferimento al pluralismo di gestione, Elia valuta positivamente lo spostamento dei poteri di nomina dal Governo al Parlamento. In particolare, Elia ritiene che sia un evento di grande rilievo «soprattutto al fine del processo di integrazione-legittimazione di quella forza politica, che il PCI sia presente» negli organi direttivi della RAI³⁴.

Con riferimento al pluralismo di operazione-produzione, Leopoldo Elia è, invece, critico rispetto alla riorganizzazione delle strutture operative RAI disegnata dal decreto-legge.

La prima obiezione che Egli avanza riguarda le modalità di nomina dei direttori di rete e dei direttori dei telegiornali da parte del Consiglio di amministrazione. Essa sembra infatti presupporre una divisione delle due reti televisive – al tempo esistenti – in una rete cattolica e una rete laico-socialista.

Una suddivisione di questo tipo vuol dire, secondo Elia, «eliminare la preponderanza dell'esecutivo nella gestione per trasferirla a livello di produzione: nel senso più proprio di allocare ai partiti della maggioranza, secondo gli usi dello *spoils system*, reti, direzioni di rete e direzioni di giornali radiofonici e televisivi»³⁵.

Inoltre, la suddivisione tra rete cattolica e rete laico-socialista – oltre che artificiale – elude, sempre secondo Elia, il senso delle sentenze della Corte Costituzionale: il principio del pluralismo interno, così come definito dalla giurisprudenza del giudice costituzionale, deve essere, infatti, inteso come pluralismo di prodotti all'interno delle reti televisive e radiofoniche e non come spartizione e settarismo tra le reti: come, invece, la legge sembra disegnare.

La seconda obiezione di Elia riguardo alla riorganizzazione delle strutture operative RAI ha come oggetto i rapporti tra direttore generale, direttori di rete e direttori dei telegiornali e dei radiogiornali. Leopoldo Elia ritiene che i rapporti e le responsabilità siano poco chiare e che, in tal modo, non sia possibile garantire né l'indipendenza dei giornalisti né una gestione efficace della società.

Collegata alla prima questione ve ne sono altre due che Leopoldo Elia prende in breve esame. La prima è la tutela del diritto di accesso. La posizione che emerge è critica con riferimento alla scelta di ergere a decisore unico delle istanze di accesso la Commissione parlamentare di vigilanza RAI. Egli ritiene che tale scelta sia una stru-

³³ V. L. ELIA, *Intervento (relazione)*, in AA.Vv., *Regioni e riforma RAI-TV*, cit.

³⁴ L. ELIA, *Intervento*, in AA.Vv., *La nuova RAI-TV*, cit., 32.

³⁵ L. ELIA, *Intervento*, in AA.Vv., *La nuova RAI-TV*, cit., 33.

mentalizzazione dell'autonomia parlamentare che limita il diritto d'accesso fino al punto da non garantire l'esperibilità di un ricorso giurisdizionale allorché esso si ritenga violato.

La seconda breve osservazione è sulla natura della RAI. Egli ribadisce, infatti, di ritenere preferibile il mantenimento per la società concessionaria della natura di società privata. Tuttavia avverte che la forma privata deve essere sostanziale e non meramente formale, vale a dire che deve essere consentito alla RAI di mettere a pieno frutto le proprie risorse, anche aldilà delle attività commerciali connesse di cui si parla nel decreto legge.

Sia consentito dire che questa osservazione è di estrema importanza poiché Leopoldo Elia si pone con essa nella prospettiva – per la verità ancora oggi poco studiata – di considerare la RAI non esclusivamente come un'azienda al servizio di un pubblico interesse, bensì come un'azienda anche in grado di produrre utili e, oggi in un contesto del tutto diverso, di rimanere sul mercato in competizione con le altre aziende del settore.

5. La sentenza della Corte Costituzionale n. 148 del 1981

Come noto, dopo l'approvazione della legge n. 103 del 1975 si apre una fase di grande instabilità nel sistema radiotelevisivo italiano.

Il «monopolio riformato» – vero e proprio cardine della normativa del 1975 – è, infatti, rapidamente travolto dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 202 del 1976 che dichiara l'incostituzionalità della norma che vieta ai privati di diffondere trasmissioni radiotelevisive a livello locale.

Il vuoto legislativo aperto dalla decisione della Corte, e non colmato dal Parlamento, apre la strada ad una disordinata evoluzione del sistema radiotelevisivo italiano. Le emittenti private iniziano le loro trasmissioni a livello locale senza alcuna regolazione, di fatto «occupando» le frequenze radio.

La situazione esplose all'inizio degli anni ottanta quando la Rizzoli Editore SpA prova ad aggirare la norma che vieta le trasmissioni nazionali irradiando i propri programmi in contemporanea attraverso 18 stazioni sparse in tutta Italia ed interconnesse fra loro. Il Pretore di Roma, su ricorso della RAI SpA, con decreto 14 ottobre 1980, emesso ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ., inibisce alla Rizzoli S.p.A di diffondere programmi televisivi su scala nazionale. Il Pretore di Roma solleva la questione di legittimità costituzionale delle norme della legge n. 103 del 1975 riguardanti il monopolio radiotelevisivo nazionale.

La Corte Costituzionale, nuovamente adita sul punto, rigetta la questione con la sentenza 148 del 1981. Nel collegio giudicante siede il Prof. Leopoldo Elia che, come noto è giudice della Corte dal 30 aprile 1976 al 30 aprile 1985.

La Corte, dopo un lungo *excursus* delle principali sentenze in materia di radiotelevisione, riafferma che «il servizio pubblico essenziale di radioteletrasmissione, su scala nazionale, di preminente interesse generale, può essere riservato allo Stato in vista del fine di utilità generale costituito dalla necessità di evitare l'accentramento dell'emittenza radiotelevisiva in monopolio od oligopolio privato».

Questa occorrenza, secondo la Corte «non emerge soltanto in relazione alla maggiore o minore disponibilità delle frequenze di trasmissione, ma attiene altresì alla natura del fenomeno delle radioteletrasmissioni visto nel contesto socioeconomico in cui esso è destinato a svilupparsi».

Per la Corte Costituzionale, inoltre, «la permanente carenza di una normazione adeguata» accresce le possibilità di oligopolio o monopolio e rende inevitabile il mantenimento del divieto esistente.

Il richiamo allo stato della legislazione è prodromo alla successiva apertura del giudice costituzionale per cui «a diverse conclusioni, potrebbe eventualmente giungersi ove il legislatore, affrontando in modo completo ed approfondito il problema della regolamentazione delle TV private, apprestasse un sistema di garanzie efficace al fine di ostacolare in modo effettivo il realizzarsi di concentrazioni monopolistiche od oligopolistiche non solo nell'ambito delle connessioni fra le varie emittenti, ma anche in quello dei collegamenti tra le imprese operanti nei vari settori dell'informazione incluse quelle pubblicitarie».

La sentenza n. 148 del 1981, dunque, pur rigettando la questione di legittimità costituzionale è innovativa rispetto alla precedente giurisprudenza laddove si rivolge al Legislatore «avvertendolo» che anche il monopolio a livello nazionale non è da intendersi come un obbligo costituzionale in sé e per sé, ma che può essere superato se si accerta l'esistenza di risorse disponibili e se si approva una normativa idonea a garantire il pluralismo e ad evitare derive oligopoliste.

Pur non potendo ovviamente scindere le responsabilità del collegio è impossibile non notare come, nella motivazione della sentenza in esame, si possano ritrovare similitudini con alcune affermazioni di Leopoldo Elia già espresse negli interventi al Convegno di Napoli del 1972.

In particolare, ci si riferisce all'affermazione in cui Elia, paragonando la TV alla stampa, rifiuta l'assunto che la Costituzione imponga a priori un sistema di monopolio o di mercato e, al contra-

rio, argomenta che monopolio e mercato sono due opzioni – entrambe legittime – con cui assicurare la maggiore ampiezza della libertà di espressione. In questo modo, Egli sembra anticipare che – in un diverso contesto tecnico ed economico – la riapertura del mercato radiotelevisivo ai privati potrebbe garantire più del monopolio l'espansione del diritto costituzionale³⁶.

5. *L'opposizione alla legge n. 223 del 1990: la dichiarazione in «dis-senso» in Senato*

Come noto, la conferma del monopolio non ferma il tentativo di aggirare il divieto di trasmissione su base nazionale. Al termine del 1982 sono già attivi in Italia molti network privati tra i quali si possono ricordare Canale 5 (editore Berlusconi), Rete Quattro (editori Mondadori, Caracciolo e Perrone), Italia 1 (editore Rusconi), Rete A (editore Peruzzo), EuroTv (editore Tanzi).

Nel 1984 i Pretori di Roma e di Torino oscurano Canale 5, Rete 4 e Italia 1, le tre emittenti private che nel frattempo sono state riunite nel Gruppo Fininvest.

La situazione che si produce spinge tra il 1984 e il 1985 il Governo presieduto dall'On. Bettino Craxi ad adottare tre decreti legge³⁷.

I decreti legge recano una normativa transitoria che, infine, consente alle emittenti private di continuare le trasmissioni su tutto il territorio nazionale nelle more di una riforma legislativa che definisca procedure e limiti di dette attività.

Alla riorganizzazione legislativa del sistema radiotelevisivo si giunge, tuttavia, solo nel 1990 con l'approvazione della legge n. 223, comunemente nota come Legge Mammi, dal nome del Ministro delle Telecomunicazioni On. Oscar Mammi.

L'iter parlamentare del disegno di legge è estremamente difficol-

³⁶ Cfr. L. ELIA, *Intervento*, in *Regioni e riforma RAI-TV*, cit., 86. Simili argomentazioni sono peraltro riprese anche nell'articolo *La lunga marcia verso la TV libera* pubblicato sul quotidiano *Il Giorno* del 12 luglio 1974.

³⁷ Il primo decreto legge, d.l. n. 694 del 20 ottobre 1984 cd. decreto Berlusconi, è bocciato dalla Camera dei Deputati il 28 novembre 1984. Il governo ripresenta qualche giorno dopo la bocciatura un nuovo decreto legge, d.l. n. 807 del 6 dicembre 1984 cd. Berlusconi bis, ponendo su di esso il voto di fiducia ed ottenendone così la conversione in legge. Poiché però la legge contiene una serie di norme a carattere transitorio, emanate in attesa dell'approvazione di una «legge generale sul sistema radiotelevisivo», le quali sarebbero scadute sei mesi dopo l'entrata in vigore del decreto, il 1 giugno 1985 il Governo approva con il d.l. n. 223 del 1 giugno 1985 cd. Berlusconi ter, un nuovo atto normativo che prolunga gli effetti transitori.

tos, anche per un contrasto tra le forze di maggioranza (e tra le correnti della democrazia cristiana) che viene superato solo attraverso un accordo politico complessivo o «di governo».

Per quello che è il tema di questo lavoro, occorre ricordare che, nella X legislatura, Leopoldo Elia è senatore e membro del gruppo parlamentare della Democrazia Cristiana.

Il Sen. Elia chiede la parola in Aula in sede di votazione finale sul disegno di legge Mammì per una dichiarazione di voto, in dissenso con il proprio Gruppo. Egli dichiara di prendere la parola, anche a nome degli esponenti più impegnati della sinistra democratico cristiana citando espressamente i sen. Andreatta, Granelli e Cabras, al fine di sottolineare il suo ed il loro profondo dissenso riguardo al progetto di legge S. 1138 posto in votazione (che approvato diventa la legge n. 223 del 1990)³⁸.

L'intervento di Elia è molto duro e suscita – come Egli stesso ricorda in un'intervista tratta dal video-documentario «I libri di Minerva» realizzato dalla Biblioteca del Senato della Repubblica – un forte contrasto anche all'interno del suo partito.

Tre argomentazioni di Elia meritano di essere qui analiticamente ricordate.

In primo luogo, Egli osserva come il progetto di legge – nel consentire ad un unico soggetto privato il mantenimento di tre emittenti – non tenga nel dovuto conto le pronunce della Corte Costituzionale, in particolare la sent. n. 148 del 1981 e la sent. n. 826 del 1988. Elia ricorda come, in entrambe le decisioni, la Corte abbia condizionato «la fine del monopolio a sicure, effettive garanzie del fondamentale valore del pluralismo» e che con la sentenza del 1988 abbia constatato che, in seguito all'approvazione della legge n. 10 del 1985, «il rischio monopolio è già divenuto realtà»³⁹.

Per Elia, il progetto di legge Mammì cristallizza un assetto oligopolistico sul quale la Corte Costituzionale ha già espresso, con la sentenza n. 826 del 1988, le sue perplessità. In quel caso, la Corte costituzionale pur ritenendo che la legge n. 10 del 1985 (legge di conversione del decreto legge d.l. n. 807 del 6 dicembre 1984) violasse il principio del pluralismo non ne pronunciò l'incostituzionalità sul presupposto della sua provvisorietà.

In secondo luogo, Elia lamenta uno squilibrio evidente a favore del potere televisivo privato. Esso emerge da una serie di norme del

³⁸ Resoconto stenografico della seduta pubblica del Senato della Repubblica del 22 marzo 1990.

³⁹ Resoconto stenografico della seduta pubblica del Senato della Repubblica del 22 marzo 1990.

progetto Mammi che definiscono un quadro normativo diverso per l'emittente pubblica e per l'emittente privata quali, ad esempio, quelle che riguardano «la doppia limitazione imposta alla RAI, indici di affollamento più bassi e tetto pubblicitario, la preferenza accordata nella ripartizione delle frequenze a concessionari che si giovano dell'abusiva occupazione dell'etere, la mancanza di specifiche limitazioni rispetto ai singoli mercati» (in particolare, di quello pubblicitario)⁴⁰.

Infine, Elia critica una normativa che, a suo giudizio, viola il principio di eguaglianza tra polo privato e polo pubblico nella competizione sui mercati e i diritti dei «*late comers*, di quelli che non sono ancora entrati, che aspettano di entrare nel mercato televisivo»⁴¹. Quest'ultima osservazione è forse quella che letta oggi appare più innovativa. Elia coglie infatti un profilo non contingente ma valido nei mercati maturi ovvero la difficoltà per gli ultimi operatori che entrano sui mercati di competere con gli operatori già posizionati.

In questo senso Egli evidenzia che il sistema di duopolio tende di fatto a chiudere il mercato, anche quando esso è *de iure* aperto, poiché la mancanza di limiti stringenti al mercato della raccolta pubblicitaria pone gli operatori già presenti in una tale condizione di superiorità da impedire l'accesso ad altri.

L'intervento di Elia – che, infine, dichiara di votare a favore solo per disciplina di coalizione – ha un eco politico importante ed è anche pubblicato – con alcune modifiche ed in forma ridotta – sul quotidiano *La Repubblica* del 24 marzo 1990⁴².

6. *Dal progetto di legge del Comitato di Ministri per la riforma del sistema radiotelevisivo istituito dal Presidente Ciampi nella XI Legislatura all'approvazione della Legge n. 249 del 1997 passando per la Commissione per il riordino del sistema radiotelevisivo della XII Legislatura*

La contestata approvazione della legge n. 223 del 1990 non pone fine alla tormentata vicenda del settore radiotelevisivo italiano.

Il Presidente del Consiglio Carlo Azeglio Ciampi istituisce il 14 giugno 1993 il Comitato di ministri per la riforma del sistema ra-

⁴⁰ Resoconto stenografico della seduta pubblica del Senato della Repubblica del 22 marzo 1990.

⁴¹ Resoconto stenografico della seduta pubblica del Senato della Repubblica del 22 marzo 1990.

⁴² L'intervento di Elia è pubblicato, in forma ridotta e con alcune modifiche, su *La Repubblica* del 24 marzo 1990 in un articolo intitolato *Videocrazia e democrazia*.

diotelevisivo. Il Comitato è composto dai Ministri Barile, Elia, Casese, Paladin, Pagani e dal sottosegretario alla Presidenza del Consiglio Maccanico.

Il Comitato riesce ad elaborare un progetto di legge (senza, tuttavia, la partecipazione del Ministro delle telecomunicazioni Pagani), ma il testo non giunge – anche per la conclusione anticipata della legislatura – all’attenzione del Parlamento.

Il progetto elaborato dal Comitato dei Ministri non è, però, del tutto abbandonato. Esso è recuperato nella successiva legislatura e presentato come proposta di legge d’iniziativa parlamentare da Leopoldo Elia, eletto Deputato nelle fila del Partito Popolare Italiano⁴³.

Nell’ambito della XII Legislatura, la proposta di legge Elia-Spini (C 721) diviene il testo base su cui si svolgono i lavori della Commissione parlamentare per il riordino del sistema radiotelevisivo, *ad hoc* istituita, e presieduta da Giorgio Napolitano. Elia è vicepresidente della Commissione speciale⁴⁴. La Commissione è istituita dopo la caduta del Governo Berlusconi I e la formazione del Governo Dini sostenuto da una maggioranza di centro-sinistra.

La proposta C 721 si pone l’obiettivo di una radicale riforma della legge n. 223 del 1990. Tre novità su tutte appaiono significative e degne di essere ricordate.

La prima novità è la previsione di un’Autorità collegiale di garanzia in sostituzione del Garante monocratico istituito dalla legge Mammi. La proposta prevede un collegio composto da cinque membri nominati, sul modello dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con d.P.R. su proposta congiunta dei Presidenti delle Camere.

La seconda novità è la revisione dei limiti antitrust previsti dalla legge Mammi, con la previsione del divieto di possedere più di una concessione per radiodiffusione in ambito nazionale e del divieto, per l’editore di carta stampata che possiede una quota di mercato superiore al dieci per cento, di possedere alcuna concessione.

La terza novità degna di segnalazione è la definizione di una nuova normativa organica in materia di pubblicità e di sponsorizzazioni, con la previsione di una serie di limiti piuttosto significativi di natura *antitrust* in questo settore ritenuto strettamente connesso a quello radiotelevisivo.

⁴³ Proposta di legge C 721, recante *Nuovo ordinamento del sistema radiotelevisivo*, presentata alla Camera dei deputati il 17 giugno 1994. Cofirmatario della proposta è l’On. Valdo Spini.

⁴⁴ L’On. Leopoldo Elia entra a far parte della Commissione parlamentare il 13 luglio 1995 ed è eletto vice-presidente il 13 settembre 1995.

Il dibattito in Commissione è piuttosto difficoltoso⁴⁵. Questo perché i lavori della Commissione si intrecciano con i referendum del giugno 1995 in materia di radiotelevisione. I tre referendum richiedono rispettivamente l'abrogazione: delle norme che vietano di privatizzare la RAI; della norma che consente a ciascun soggetto di possedere il venticinque per cento delle concessioni disponibili (tre concessioni); delle norme sui limiti alle interruzioni pubblicitarie. Solo il primo referendum ha esito positivo, mentre il corpo elettorale respinge i due referendum che specificamente riguardano le reti private (reti Fininvest). La decisione popolare blocca di fatto il processo di riforma in atto.

Leopoldo Elia interviene, all'indomani della consultazione referendaria, con un'intervista pubblicata sull'Unità⁴⁶, che merita di essere ricordata. In essa, Elia esorta a non confondere la scelta referendaria con la giustizia costituzionale. Egli ricorda che l'esito negativo dei referendum non è idoneo a modificare in alcun modo la pronuncia della Corte Costituzionale. Pertanto Elia ritiene che non venga meno la necessità di ridurre il limite *antitrust* previsto dalla legge Mammi. Semmai, l'indicazione popolare può portare da una a due le concessioni per soggetto privato, ma non può consentire il mantenimento dello *status quo* già dichiarato illegittimo dalla Corte.

Egli, inoltre, osserva nella medesima intervista come sia comunque necessario prima di andare ad elezioni che tutte le forze politiche diano prova di «lealismo costituzionale» prestando osservanza al giudizio della Corte Costituzionale⁴⁷.

L'appello di Elia non è accolto e, come è noto, di lì a poco, il Presidente del Consiglio Lamberto Dini rassegna le dimissioni. La fine anticipata della legislatura non consente, dunque, alla Commissione speciale di terminare il proprio lavoro.

Nella legislatura successiva, la maggioranza di centro-sinistra uscita dalle elezioni del 1996, torna sul tema della riforma del sistema ra-

⁴⁵ I resoconti della Commissione parlamentare per il riordino del settore televisivo danno conto del difficile dialogo tra la maggioranza di governo sorta a sostegno del Governo Dini e la minoranza. I continui stralci e rinvii sulle norme più contestate se da un lato dimostrano il tentativo di procedere nell'esame del progetto, dall'altro testimoniano dell'impossibilità di trovare alcuna forma di convergenza. I resoconti sono consultabili sul sito della Camera/Legislature precedenti, XII Legislatura, sezione Resoconti sommari/Bollettino Giunte e Commissioni. Le date delle sedute sono le seguenti: 8, 23, 30 marzo 1995; 6 aprile 1995; 14, 22, 27, 28 giugno 1995; 5, 13, 14, 19, 20 luglio 1995; 6, 7, 13, 14, 20, 21, 26, 27 settembre 1995; 4, 10, 12, 17 ottobre 1995; 7, 9, 14, 16, 21, 29, 30 novembre 1995; 5, 6, 12, 14, 19 dicembre 1995.

⁴⁶ L'intervista è pubblicata sul quotidiano *L'Unità* il 15 giugno 1995, p. 2.

⁴⁷ *Ibidem*.

diotelevisivo. Il Ministro Maccanico presenta il progetto di legge n. 3755 che dopo il dibattito parlamentare diviene la legge n. 249 del 1997.

Leopoldo Elia è nella XIII Legislatura Senatore della Repubblica e Presidente del Gruppo Parlamentare del PPI. La sua attività è principalmente dedicata al tentativo di riformare la Seconda Parte della Costituzione nella Commissione Parlamentare bicamerale istituita con la legge costituzionale n. 1 del 1997. Dagli atti parlamentari non emergono interventi del sen. Elia nell'*iter* di approvazione della legge n. 249 del 1997.

La legge n. 249 del 1997 è, comunque, debitrice del progetto elaborato dal Comitato di Ministri e discusso dalla Commissione speciale su ricordata. In particolare, la legge n. 249 del 1997 provvede all'istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) e ridefinisce i limiti *antitrust* del settore, prevedendo che nessun operatore privato possa detenere più di due concessioni e che la terza rete RAI debba essere priva di pubblicità.

Nella legge n. 249 del 1997 non è però previsto un termine certo entro il quale applicare i nuovi limiti; la decisione è rimessa ad una futura decisione dell'AGCOM.

7. *La contestata approvazione della legge n. 112 del 2004, cd. Legge Gasparri*

Gli ultimi interventi di Leopoldo Elia in materia di radiotelevisione riguardano la legge n. 112 del 2004, meglio nota come legge Gasparri.

La legge in questione è la terza (ed ad oggi ultima) legge di sistema: si tratta cioè, dopo la legge n. 103 del 1975 e la legge n. 223 del 1990, del terzo tentativo del legislatore italiano di dettare una normativa organica nel settore della radiotelevisione in grado di dare stabilità al medesimo.

Come le precedenti normative, anche la legge 112 del 2004 è preceduta da una pronuncia della Corte Costituzionale, che con la sentenza n. 466 del 2002 interviene ancora una volta sulla questione del pluralismo dell'informazione e sul duopolio nell'informazione radiotelevisiva.

In questa occasione, la Corte Costituzionale accoglie la questione di legittimità costituzionale e dichiara dunque l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 7, della legge n. 249 del 1997 «nella parte in cui non prevede la fissazione di un termine finale certo, e non prorogabile, che comunque non oltrepassi il dicembre 2003», entro

il quale i programmi, irradiati dalle emittenti eccedenti i nuovi limiti *antitrust* previsti dalla legge, devono essere trasmessi esclusivamente via cavo o via satellite.

Elia interviene su tale sentenza con due precisazioni che meritano qui di essere ricordate. Innanzitutto, Egli ritiene che l'indicazione da parte della Corte di un termine massimo entro cui applicare i limiti *antitrust* non costituisca affatto una «pronuncia additiva in senso tecnico, ma soltanto un mezzo per far rispettare le norme degli articoli 136, primo e secondo comma, e 137, comma terzo, della Costituzione, che prescrivono il rispetto del giudicato prodotto dalle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale»⁴⁸.

In secondo luogo, Elia osserva che la pronuncia in questione, laddove definisce un termine massimo, non richiede formalmente un intervento legislativo per le modalità di chiusura del regime transitorio poiché sarebbero per questo sufficienti disposizioni amministrative. Tuttavia, concorda sul fatto che ragioni di opportunità consiglino comunque di procedere ad un intervento legislativo che raccolga le indicazioni della Corte⁴⁹.

L'intervento della Corte ha l'effetto di stimolare l'attività del Parlamento, peraltro già impegnato nell'esame del disegno di legge (C 3184), contenente Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI SpA, nonché delega al Governo per l'emanazione del Codice della Radiotelevisione⁵⁰.

Su questa normativa, Leopoldo Elia interviene in più di un'occasione sia durante il procedimento legislativo sia dopo l'approvazione del Parlamento.

Durante l'iter legislativo, Elia individua una criticità di fondo nel progetto di riforma. Egli, infatti, ritiene che il progetto del Ministro Gasparri possa avere l'effetto di ridurre anziché aumentare il pluralismo dell'informazione.

Questo giudizio si basa su due argomenti.

Il primo argomento sorge dalla constatazione che «la Corte nell'intento di stabilire una condizione di pluralità e di pluralismo, stabilì che Mediaset, in posizione dominante sul mercato dovesse “dimagrire” di una rete, almeno fino a che non fosse arrivata l'era del digitale»⁵¹. Dopo innumerevoli rinvii, ricorda Elia, la Corte Costitu-

⁴⁸ V. L. ELIA, *Nessuno pensi che si possa «aggirare» Ciampi*, in *Europa* del 18 dicembre 2003.

⁴⁹ Cfr. L. ELIA, *Nessuno pensi che si possa «aggirare» Ciampi*, cit.

⁵⁰ Il disegno di legge era stato, infatti, presentato dal Governo alla Camera dei Deputati il 25 settembre 2002: due mesi prima, quindi, della decisione della Corte.

⁵¹ V. L. ELIA, *È una legge chiaramente incostituzionale*, in *Europa* del 22 luglio

zionale ha stabilito una data oltre la quale non è possibile alcuna proroga. Se la data viene spostata in avanti significa che «la riforma Gasparri elude la sentenza della Corte affermando che, siccome il digitale ci sarà, tanto val far finta che c'è»⁵².

Il secondo argomento a fondamento della sua tesi è nelle norme del progetto che disciplinano i limiti di affollamento pubblicitario. In proposito Elia critica con forza l'esclusione delle cd. telepromozioni dal calcolo dei massimali. Egli ritiene, infatti, che tale decisione danneggi la carta stampata poiché, consentendo di fatto una maggiore raccolta pubblicitaria televisiva, drena ulteriori risorse alla carta stampata. Il che significa sotto un diverso profilo un'ulteriore diminuzione del pluralismo delle fonti informative⁵³.

Il disegno di legge è approvato dal Parlamento in data 2 dicembre 2003, dopo quindici mesi di aspro dibattito e passa, dunque, al vaglio del Presidente della Repubblica a pochi giorni dalla scadenza del termine individuato dalla Corte Costituzionale con la sua pronuncia del 2002.

Il giorno successivo all'approvazione parlamentare e nelle more della promulgazione, Leopoldo Elia definisce «legge mostro» la riforma approvata dal Parlamento⁵⁴. Il tono dell'articolo pubblicato sul quotidiano *Europa* è effettivamente duro, ma aldilà della *vis* polemica del momento (l'articolo è scritto all'indomani di uno degli scontri politici più duri degli ultimi anni) Leopoldo Elia individua quattro concrete criticità sulle quali occorre soffermarsi.

La prima è evidentemente la ritenuta violazione del giudicato costituzionale della sentenza n. 466 del 2002. La motivazione è la medesima già fornita in corso di approvazione. La legge Gasparri rimuove il termine perentorio dando per realizzata la transizione al digitale terrestre, che, invece, è all'epoca appena cominciata. In più, come osserva Elia, concede alle sole emittenti già operanti a qualsiasi titolo sul mercato analogico di acquisire le frequenze necessarie per sperimentare il digitale, di fatto trasferendo sul nuovo mercato in formazione le posizioni di dominanza del vecchio mercato analogico.

La seconda e la terza criticità sollevate riguardano la composizione del SIC, il paniere su cui calcolare un nuovo limite *antitrust*, e la compatibilità della nuova normativa con le norme costituzionali. Entrambe le questioni si riveleranno fondate. Il SIC definito da Elia

2003. V. anche l'intervista di Leopoldo Elia intitolata *La televisione al potere* pubblicata sul n. 31 di *Famiglia Cristiana* del 3 agosto 2003.

⁵² V. L. ELIA, *È una legge chiaramente incostituzionale*, cit.

⁵³ Sul punto, L. ELIA, *La televisione al potere*, cit.

⁵⁴ V. L. ELIA, *La legge mostro*, in *Europa* del 3 dicembre 2003.

come «un enorme, eterogeneo paniere» sarà di lì a poco individuato dal Presidente della Repubblica Ciampi come un punto da correggere nel messaggio che accompagna il rinvio della legge alle Camere. L'incompatibilità della legge Gasparri rispetto alle nuove normative comunitarie in materia di comunicazione elettronica sarà, invece, sostenuta nel 2008 dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee nella decisione sul rinvio pregiudiziale operato dal Consiglio di Stato, nell'ambito del giudizio amministrativo vertente sul ricorso dell'emittente televisiva EUROPA 7 contro la mancata assegnazione delle frequenze concesse.

La quarta criticità che Elia individua attiene alla nuova modalità di nomina del Consiglio di amministrazione RAI, che concede al Ministro del Tesoro di nominare due membri dei nove che compongono il C.d.A., mentre i restanti sette sono eletti dalla Commissione di vigilanza con meccanismo tale da far sì che quattro rappresentino la maggioranza e tre l'opposizione. A questo proposito, la conclusione di Elia è che «si restaura, con altre modalità, il predominio governativo precedente il 1975»⁵⁵.

Come anticipato, il Presidente della Repubblica decide di rinviare la legge al Parlamento. Leopoldo Elia, dopo il rinvio, interviene con un nuovo articolo pubblicato sul quotidiano Europa.

In tale articolo, Elia ribadisce alcune perplessità sull'impianto della riforma Gasparri e loda l'iniziativa del Presidente della Repubblica giungendo a definire il rinvio alle Camere come quello «costituzionalmente (ma anche politicamente) più importante tra quelli effettuati in cinquantacinque anni da un Capo dello Stato». Con tale atto, per Elia, si è dato prova che nei momenti più gravi «può funzionare il sistema di garanzie previsto dalla Costituzione»⁵⁶.

Nel medesimo articolo, Egli consiglia di non procedere (tanto meno con decreto legge) sulla strada di un'ulteriore proroga del termine fissato dalla Corte Costituzionale⁵⁷.

Il 24 dicembre 2003 il Governo adotta il decreto legge n. 352 contenente. «Disposizioni urgenti concernenti modalità e tempi di definitiva cessazione del regime transitorio della legge n. 31 luglio 1997, n. 249». Tale decreto legge è convertito con modificazione nella legge n. 43 del 2004. Con esso si stabilisce che la cessazione delle trasmissioni per le emittenti eccedenti i limiti è subordinata alla verifica da parte dell'AGCOM della effettiva disponibilità della programmazione

⁵⁵ L. ELIA, *La legge mostro*, cit.

⁵⁶ Così L. ELIA, *Nessuno pensi che si possa «aggirare» Ciampi*, in *Europa*, 18 dicembre 2003.

⁵⁷ L. ELIA, *Nessuno pensi che si possa «aggirare» Ciampi*, cit.

in tecnica digitale. Il 3 maggio 2004, il Parlamento approva la legge n. 112, cd. Legge Gasparri (con alcune modifiche rispetto al testo oggetto del rinvio presidenziale).

8. *Una breve osservazione finale*

Con l'analisi del giudizio estremamente critico sulla legge n. 112 del 2004, si chiude questo tentativo di ripercorrere le complesse vicende della radiotelevisione italiana attraverso il pensiero, la dottrina e l'impegno istituzionale di Leopoldo Elia.

Molti sono gli insegnamenti che da tali interventi si possono trarre sia con specifico riferimento alla coerenza del suo pensiero indipendentemente dalla sede o dalla veste istituzionale in cui di volta in volta lo ha manifestato sia, concretamente, in riferimento ai singoli interventi e giudizi menzionati.

Senza alcuna pretesa di trarre conclusioni, si può provare a proporre una riflessione – tra le tante suggerite dal pensiero di Elia – che sembra oggi di estrema attualità e meritevole di futuri approfondimenti.

Questa riflessione riguarda sia la natura giuridica che, più ampiamente, il ruolo della RAI nel sistema della comunicazione.

L'insegnamento di Elia appare sul punto particolarmente importante. Egli, infatti, non perde mai di vista, nell'esame di possibili riforme organizzative dell'azienda e del sistema radiotelevisivo, la duplice natura di questa società: vale dire quella di essere contemporaneamente la società concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo – ed in quanto tale finanziata con le risorse pubbliche derivanti dal canone di abbonamento – e quella di essere una società per azioni (ancorché a totale capitale pubblico) che agisce sul mercato radiotelevisivo secondo le regole del diritto civile.

Proprio questa seconda caratteristica è presente nelle riflessioni di Elia tanto nella prima fase in cui la RAI opera come monopolista quanto – a maggior ragione – dopo l'apertura del mercato radiotelevisivo allorché la RAI è chiamata a competere secondo le regole di mercato con gli altri operatori privati operanti nel settore.

Quello che occorre segnalare è che – in entrambi i momenti storici – Leopoldo Elia, dopo aver riflettuto ed analizzato l'impatto delle riforme, di volta in volta in discussione, sulla capacità della RAI di garantire un'informazione plurale ed indipendente, si chieda sempre se l'ipotesi di riforma in discussione incida anche, ed in che modo, sulla capacità della RAI di operare in maniera efficace ed efficiente.

Si può dire, dunque, che la capacità della RAI di ottimizzare le

risorse disponibili emerge nel pensiero di Elia come un valore, quasi parimenti rilevante, rispetto alla sua capacità di garantire il pluralismo dell'informazione.

Orbene questa prospettiva appare oggi di estrema importanza.

Infatti, in un sistema dell'informazione che tende ad allargarsi ed a parcellizzarsi sia per l'incremento innegabile delle emittenti radio-televisive, rese disponibili dal digitale, sia per la proliferazione di nuovi media, occorre ripensare il ruolo della presenza pubblica nel settore dell'informazione e, dunque, anche quello della RAI.

Il ripensamento dovrà riferirsi tanto al «se» dell'intervento quanto, nel caso si risponda positivamente alla prima questione, al «come» detto intervento debba realizzarsi. Entrambe le questioni sono ovviamente in gran parte rimesse alla discrezionalità politica – fermo restando il principio costituzionale del pluralismo dell'informazione – e, dunque, non è consigliabile addentrarsi, in questa sede, sulle possibili ipotesi di trasformazione.

Quello che si può però certamente dire, ricordando l'insegnamento di Elia, è che quale che sia in futuro il ruolo che la RAI sarà chiamata a svolgere nel sistema della comunicazione, dovrà essere salvaguardata e, se del caso rafforzata, la capacità dell'azienda di competere, di utilizzare in maniera efficiente e trasparente il denaro pubblico e di essere all'avanguardia nella sperimentazione.

In sintesi, in ogni ipotesi di riforma dovrà trovare un suo specifico posto – come costantemente segnalato da Elia – il tema dell'efficienza e della capacità della RAI di sviluppare le proprie politiche imprenditoriali.

La domanda di giustizia costituzionale e le risposte dei diversi ordinamenti: le osservazioni di Leopoldo Elia in tema di giustizia costituzionale comparata

di Elisabetta Palici di Suni

SOMMARIO: 1. La domanda di giustizia costituzionale secondo Leopoldo Elia. – 2. Corti costituzionali e politica. – 3. Le decisioni costituzionali e il potere creativo delle Corti. – 4. I diversi modelli di giustizia costituzionale e i loro effetti.

1. *La domanda di giustizia costituzionale secondo Leopoldo Elia*

Negli scritti che Leopoldo Elia, professore universitario, giudice costituzionale e parlamentare, dedica alla giustizia costituzionale c'è una grande tensione verso quella che egli stesso definisce la domanda di giustizia costituzionale: tale domanda scaturisce quando la legge si pone come limite negativo della giustizia o dei diritti, quando le esigenze di giustizia che il giudice tenderebbe ad assicurare nel caso concreto non possano essere soddisfatte dalla norma applicabile¹. Si realizza così un dialogo tra corte costituzionale e giudici comuni, finalizzato alla formazione ed elaborazione del miglior diritto possibile.

Attraverso la giustizia costituzionale la costituzione scritta, secondo Elia, penetra nella vita di una collettività organizzata², «le fredde parole e le formule del testo costituzionale» tendono ad «animarsi ed entrare nella viva storia del popolo italiano», secondo le parole di Carlo Esposito, che Elia richiama al termine di un suo scritto dedicato al ruolo delle corti nelle odierne democrazie³. L'auspicio è dunque che le corti «contribuiscano a creare quella tradizione di coscienza costituzionale della società e del popolo che è il più sicuro fondamento per la longevità delle costituzioni»⁴.

¹ L. ELIA, *Ruolo delle Corti costituzionali nelle odierne democrazie*, in *Rivista amministrativa della Repubblica Italiana*, 2003, fasc. 5, 441.

² *Ivi*, 433.

³ *Ivi*, 444.

⁴ L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, in AA.VV., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica, stile*, Atti del convegno di Ferrara, 10-12 ottobre 1985, Padova, Cedam, 1988, 229.

Ma come ha risposto il nostro ordinamento a questa domanda di giustizia costituzionale? Quale strada è stata scelta e in che cosa si differenzia rispetto alle strade intraprese da altri ordinamenti?

L'attenzione di Leopoldo Elia è rivolta ai principali modelli di giustizia costituzionale, di cui analizza le diverse implicazioni giuridiche, ma dei quali valuta anche e forse soprattutto le ricadute che essi hanno sulla realtà politica e sociale degli ordinamenti cui si riferiscono.

Nella recensione al volume di Cappelletti sul controllo di costituzionalità delle leggi⁵, Elia si preoccupa innanzi tutto di evidenziare che esso offre «una tipologia aggiornata e *realistica* del controllo di costituzionalità delle leggi nel mondo contemporaneo».

2. Corti costituzionali e politica

Rispetto agli effetti reali della giustizia costituzionale, la sua attenzione è rivolta in particolar modo al rapporto tra corti e politica.

Commentando il libro di Cappelletti, Elia ricorda che l'autore non intende esaminare il controllo politico di costituzionalità, ma solo il controllo giudiziario: come osserva lo stesso Elia, però, «non mancano accenni assai interessanti alla funzione originaria della «Cour de cassation» ed al controllo politico nei paesi socialisti». Il volume dimostra inoltre «come le soluzioni continentali presentino, almeno potenzialmente, rischi maggiori di politicizzazione»⁶.

Per ciò che attiene al rapporto tra giustizia costituzionale e potere politico⁷, Leopoldo Elia ritiene molto positivo che si sia arrivati al «superamento della controversia o della contestazione circa la legittimità dell'esercizio di un così rilevante potere riconosciuto alle corti» e che dunque in una democrazia sia «riconosciuto un potere di controllo così penetrante ad un organo diverso da quelli legittimati, in virtù dell'elezione, secondo i principi democratici»: secondo Elia, tuttavia, ciò «non può, non deve provocare nei giudici costituzionali nessuna forma di trionfalismo, di enfasi del proprio compito, perché assieme alla legittimazione del ruolo sono anche cresciute le

⁵ L. ELIA, *Recensione a Mauro Cappelletti, Il controllo di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1968, in *Riv. di diritto civile* 1969, I, 110.

⁶ *Ivi*, 111.

⁷ Sul punto cfr. la ricostruzione di C. TRIPODINA, *Elia e il posto della giustizia costituzionale: remedium omnipotentiae et impotentiae*, in questo volume e in *Diritto Pubblico* 2/2009, 433 ss.

sue difficoltà»⁸. Pur avvertendo «l'ineluttabilità e la stessa ragione storica degli ardimenti della Corte», dunque, «ci si ritrae intimoriti davanti a scelte politiche adottate da un organo libero da ogni responsabilità politica istituzionalizzata»⁹.

Le Corti costituzionali, che possono avere – e hanno – l'ultima parola, non devono pertanto sentirsi autorizzate a superare certi limiti; secondo Elia, «il limite risiede soprattutto nella motivazione: nel dovere di fornire una prova di razionalità persuasiva, non retorica in senso volgare o corrente ma in senso buono nelle motivazioni – siano esse brevi come in Francia siano esse più lunghe come in Italia o in Germania – contribuiscano a creare quella tradizione di coscienza costituzionale della società e del popolo»¹⁰.

Leopoldo Elia distingue «sistemi in cui la Corte costituzionale è «in colloquio» col Parlamento» da quelli, come l'Italia, in cui tale colloquio è invece assente¹¹. Elia, che ha rivestito il ruolo sia di parlamentare che di giudice costituzionale, auspica fortemente che anche in Italia si realizzi quel colloquio con il Parlamento, che consenta di giungere ad un costituzionalismo cooperativo e non di separatezza¹². Elia nota infatti che «il tribunale tedesco si rimette al parlamento molto di più di quello italiano.... il giudice tedesco fida più su una semplice dichiarazione di incompatibilità tra norma ordinaria e norma costituzionale perché sa che il parlamento seguirà; il giudice italiano, viceversa, non tanto perché ritiene che il parlamento vada in contrario avviso, ma perché teme possa troppo ritardare questa parificazione, la realizza giocando sugli automatismi del testo»¹³.

3. *Le decisioni costituzionali e il potere creativo delle Corti*

Ed è in questa prospettiva che Elia analizza il problema del potere creativo delle Corti costituzionali e delle decisioni additive o interpretative¹⁴. Così, con riferimento alla Francia, egli richiama la *te-*

⁸ L. ELIA, *Giustizia costituzionale e diritto comparato (Appunti di ricerca)*, in *Quaderni costituzionali*, 1984, fasc. 1, 8-9.

⁹ L. ELIA, *Recensione*, cit., 113.

¹⁰ L. ELIA, *Il potere creativo*, cit., 229.

¹¹ L. ELIA, *Giustizia costituzionale e diritto comparato*, cit., 14.

¹² *Ivi*, 16.

¹³ L. ELIA, *Il potere creativo*, cit., 227.

¹⁴ Con riferimento alle decisioni della Corte costituzionale italiana v. V. MARCENÒ, *La sdrammatizzazione del potere creativo della Corte costituzionale come discrezionalità nella scelta dei mezzi in funzione dell'adaequatio*, negli scritti di Leopoldo Elia, in questo volume e in *Giur. Cost.*, 2/2010.

chnique de l'adjonction attraverso la quale il *Conseil*, pur intervenendo in via preventiva, ha dato più volte una lettura integrativa delle norme, con una tecnica analoga a quella utilizzata dalla nostra Corte costituzionale¹⁵. Per la Spagna viene ricordato il caso della sentenza del 1985 sull'aborto, con la quale il tribunale costituzionale dichiarò incostituzionale il progetto di legge organica che introduceva l'art. 417 bis del codice penale, a meno che non fosse inclusa una norma che garantisse «la serietà delle condizioni della donna che desidera abortire»¹⁶. Per gli Stati Uniti, infine, si sottolinea che il contributo creativo della corte americana è stato enorme, non solo nelle sentenze sull'*apportionment*, ma anche e soprattutto nella celebre sentenza sull'aborto *Roe v. Wade*, che ha provocato nel paese un movimento favorevole ad un maggiore *restraint*, ad una corte suprema meno attiva¹⁷.

Più in generale, per quanto riguarda le sentenze, Elia pone la questione della possibilità o meno di considerarle fonti del diritto. Il «controllo concreto europeo», con l'attrazione al processo *a quo* e l'ancoraggio della rilevanza, parrebbe precludere la prospettiva del valore per l'avvenire del giudizio di costituzionalità, mentre nell'esperienza americana l'efficacia del precedente rende le pronunce assimilabili ad un'attività di *law making*: sotto questo profilo le due esperienze tendono tuttavia ad avvicinarsi¹⁸. In altra sede Elia giunge infatti ad affermare che le sentenze interpretative di accoglimento costituirebbero «un autarchico surrogato dello «*stare decisis*» di nordatlantica esperienza», a dimostrazione del fatto che «il tipo europeo è irresistibilmente portato ad avvicinarsi al modello statunitense»¹⁹.

4. I diversi modelli di giustizia costituzionale e i loro effetti

Anche analizzando le differenze che tuttora sussistono tra i diversi modelli di giustizia costituzionale, Leopoldo Elia si mostra più interessato ad individuare le ricadute pratiche che esse hanno, e dunque l'effettività, più che le ricostruzioni teoriche.

Rispetto alla distinzione tra sindacato diffuso e sindacato accentrato, ciò che ad Elia preme particolarmente sottolineare è la «diversissima... libertà di scelta e di impegno», poiché la Corte Suprema si

¹⁵ L. ELIA, *Il potere creativo*, cit., 227.

¹⁶ *Ivi*, 227-8.

¹⁷ *Ivi*, 229.

¹⁸ L. ELIA, *Giustizia costituzionale e diritto comparato*, cit., 11.

¹⁹ L. ELIA, *Recensione*, cit., 112.

pone, in questo ambito, come terzo grado del giudizio: essa è pertanto «moralmente, oltreché giuridicamente giustificata quando sceglie i circa duecento casi che vorrà trattare durante l'anno, perché i casi che le vengono sottoposti... sono già stati oggetto di due giudizi precedenti da parte di altri giudici che possono disapplicare le leggi incostituzionali»²⁰: l'assenza di un controllo di costituzionalità nei precedenti gradi del giudizio, con la conseguenza che le Corti costituzionali giudicano in primo ed unico grado, renderebbe invece tale attività selettiva arbitraria e lesiva del principio di eguaglianza. Il problema si pone negli stessi termini per i giudizi diretti di costituzionalità: anche con il *Verfassungsbeschwerde* in Germania o con l'*Amparo* in Spagna, infatti, la questione di costituzionalità è giudicata per la prima volta, dopo essere «passata attraverso l'uno e l'altro giudice...», ma senza che questi avessero il potere di sindacare la costituzionalità delle leggi»²¹.

Sotto altro profilo, la differenza tra sindacato accentrato e sindacato diffuso tende tuttavia a ridursi, considerando che l'accentramento del controllo, che è artificiale, e cioè imposto dalle costituzioni nel continente europeo, si realizza «in modo *naturale* nel sistema statunitense, per il fatto che tutte le questioni di una certa importanza dal punto di vista del controllo arrivano sempre ai nove giudici della Corte Suprema»²².

La composizione delle corti europee è inoltre «molto simile alla composizione «politica» del supremo organo di giurisdizione federale nordamericano»: dal punto di vista soggettivo, la nostra Corte costituzionale è del resto «il solo giudice che nell'ordinamento italiano assomigli ai giudici anglosassoni»²³.

Tra le corti europee e quella americana Elia sottolinea poi un'altra differenza, che egli ritiene molto significativa, relativa «all'ampiezza maggiore o minore della legislazione in materia di economia»: sotto questo profilo le corti europee «si trovano in una posizione molto più esposta di quella americana», mentre in America, «malgrado Roosevelt, gran parte del diritto dell'economia è affidato al contratto e non verrebbe sottoposta al giudizio di una corte cui spetta il sindacato di costituzionalità delle leggi. Meno si è legiferato, minore è il rischio per una corte costituzionale di esporsi alla mediazione di grandi interessi, che è sempre estremamente arrischiata»²⁴.

²⁰ L. ELIA, *Giustizia costituzionale e diritto comparato*, cit., 12.

²¹ *Ivi*, 13.

²² L. ELIA, *Recensione*, cit., 111.

²³ *Ivi*, 111 e 112.

²⁴ L. ELIA, *Giustizia costituzionale e diritto comparato*, cit., 14.

Rispetto alla differenza tra la giustizia costituzionale in Italia e in altri Paesi europei, Elia nota che le corti in Austria e in Germania sono dotate di mezzi tecnici molto più efficaci, soprattutto in relazione agli effetti delle pronunce ed all'esigenza di evitare o ridurre i vuoti normativi, dal momento che la corte tedesca può dettare norme transitorie, mentre quella austriaca può ritardare l'efficacia della sua sentenza: «esse hanno cioè un arsenale molto più fornito di quello della Corte italiana»²⁵.

Queste differenze «tecniche» sono immediatamente collegate da Elia al ruolo che riveste la giustizia costituzionale all'interno della società. Secondo Elia, l'opera dei giudici costituzionali può essere favorita in maniera determinante dall'ambiente in cui essa si colloca: «il ruolo preminente svolto dalla Corte della Repubblica federale tedesca deve certo essere ricollegato alla presenza di un vero *idem sentire* sui problemi sostanziali, molto più profondo di quello registrabile, ad esempio, nel nostro paese. L'esistenza di un *idem sentire* più forte e non solo sulle regole del gioco, ma anche sulle finalità, sugli obiettivi, sui contenuti della Legge fondamentale. Questa è la condizione di fondo perché l'opera della Corte abbia grande rilievo e perché la gente dia fiducia ai giudici»²⁶.

Nei suoi scritti dedicati alla comparazione giuridica nell'ambito della giustizia costituzionale, Leopoldo Elia segue dunque un metodo particolare, in cui il dato giuridico e teorico viene costantemente verificato alla luce dell'esperienza e della effettività: ciò che interessa ad Elia è infatti che il controllo di costituzionalità realizzi e rafforzi il collegamento tra la Costituzione e la società civile, tra i valori costituzionali e la coscienza dei cittadini, per raggiungere quell'*idem sentire*, che per Elia costituisce un obiettivo essenziale. Negli altri ordinamenti Elia non cerca pertanto un confronto teorico, ma gli strumenti più utili per realizzare questo obiettivo: le soluzioni giuridiche prese a confronto sono analizzate non sulla carta, ma nella loro effettiva attuazione, così come esse sono state sperimentate, guardando alle ricadute che esse hanno avuto sulla concezione generale della Costituzione, della giustizia e delle istituzioni all'interno della società civile.

In tema di giustizia costituzionale comparata Leopoldo Elia conferma dunque le caratteristiche di studioso e giurista particolarmente attento al mondo politico e «alle concrete vicende costituzionalmente rilevanti»²⁷, convinto, come era, «che diritto e politica fossero i lati

²⁵ *Ivi*, 13-14.

²⁶ *Ivi*, 13 e 16.

²⁷ Secondo le parole di LIVIO PALADIN, *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano,

della stessa medaglia – la vita delle istituzioni – e che... quindi il giurista dovesse aver sempre presente le conseguenze politiche delle sue ricostruzioni giuridiche»²⁸.

Questa immagine di Leopoldo Elia acquista tanto più valore in relazione ai suoi scritti sulla giustizia costituzionale comparata, dove all'esperienza di professore universitario e parlamentare si unisce quella di giudice costituzionale e presidente della Corte, vissuta con passione e impegno, guardando con curiosità e intelligenza agli organi di giustizia costituzionale stranieri, alla ricerca delle soluzioni più adatte a soddisfare quella domanda di giustizia costituzionale, di giustizia e di istituzioni attente alle esigenze della società civile, che ha segnato la vita di Leopoldo Elia come uomo e come studioso.

Giuffrè, 1999, p. XI, riportate da A. PACE, *Leopoldo Elia: il metodo dello studioso, la fermezza dell'uomo pubblico*, Relazione letta il 3 febbraio 2010, presso la Camera dei deputati, Palazzo di San Macuto, Sala del Refettorio, in occasione della presentazione del volume di L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2009, in <http://www.astrid-online.it/Dicono-di-/Leopoldo-E/index.htm>, 1.

²⁸ A. PACE, *Leopoldo Elia*, cit., 2.

Situazioni condizionanti e diritto non scritto ne «La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali» di Leopoldo Elia

di Francesco Pallante

SOMMARIO: 1. Introduzione: la scelta del libro sulla continuità. – 2. La nozione di “diritto non scritto” in Leopoldo Elia. – 3. La continuità come esigenza dell’ordinamento. – 4. Continuità in senso formale e continuità in senso sostanziale. – 4.1. La continuità in senso formale. – 4.2. La continuità in senso sostanziale. – 5. Il contesto storico-politico. – 6. Ulteriori spunti in tema di diritto non scritto. – 7. Conclusione: le condizioni di funzionamento delle regole giuridiche.

1. *Introduzione: la scelta del libro sulla continuità*

Il tema del diritto non scritto è sempre stato – com’è ben noto – al centro della riflessione di Leopoldo Elia, al punto che in molti hanno ritenuto di poter identificare proprio nell’attenzione al dato giuridico informale e alla storicità dei contesti la principale caratteristica della sua attività scientifica.

Se però si sfoglia la sua amplissima bibliografia alla ricerca di un lavoro specifico sul diritto non scritto, si resta colpiti dalla mancanza di uno studio dedicato all’argomento, così come dall’assenza di titoli contenenti le parole «situazioni condizionanti», «diritto non scritto», «convenzione». Per due volte compare la parola «precedente»¹, per una il termine «prassi»². Solo da ultimo ricorre, in un’occasione, il vocabolo «consuetudine»³. È molto presente la parola «istituzioni», ma – sembrerebbe – mai utilizzata nel senso proprio dell’istituzionalismo.

¹ Cfr. L. ELIA, *Documentazione e cronaca costituzionale. Governo*, n. 2 *La nuova prassi in ordine alle modalità dell’incarico di formare il Governo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1-2, 1960, pp. 370 ss.

² Si tratta, in entrambi i casi, di scritti destinati alla pubblicazione sulla stampa quotidiana: L. ELIA, *Un buon precedente*, in *Il Giorno*, 15 giugno 1974 e ID., *Il precedente che non c’è*, in *Europa*, 28 giugno 2003.

³ Cfr. L. ELIA, *Consuetudini costituzionali e Regolamenti parlamentari*, in *Giornale di Storia costituzionale*, n. 15, 2008, pp. 157-159. Si tratta di uno degli ultimi scritti di Elia.

Viene da chiedersi la ragione di questa (almeno apparente) mancanza. Può darsi che la costante riflessione sul diritto non scritto cui Elia ha informato tutta la sua opera – con la parziale eccezione dei suoi scritti sui diritti⁴ – non gli abbia fatto sentire la necessità di dedicare a tale argomento un apposito lavoro. O forse la ragione sta nel fatto che prima ancora che oggetto di studio, il dato giuridico informale sia stato per Elia elemento fondamentale del proprio metodo di lavoro (quello che lui stesso definì il metodo del «realismo critico» di ispirazione mortatiana)⁵, sicché – si potrebbe dire – Elia non scrisse mai appositamente sull'argomento perché in realtà ne scrisse sempre.

Quale che sia la risposta – ed è evidente che entrambe quelle accennate non possono certo dirsi soddisfacenti – resta la costante attenzione, nell'opera di Elia, a elementi ulteriori rispetto al diritto scritto: un'attenzione che si riscontra già a partire dai suoi primi scritti e che persiste fino ai suoi ultimi lavori (si pensi, tra questi, al breve articolo sulle consuetudini costituzionali e i regolamenti parlamentari⁶ e al commento alla sentenza sul potere di grazia⁷).

Proprio a fronte di questa persistenza, sarebbe stato ingenuo – prima ancora che irrealistico – pensare di poter dedicare queste brevi note a un'analisi, anche solo ricognitiva, della presenza del dato giuridico informale in tutta l'opera di Leopoldo Elia. È risultato inevitabile circoscrivere l'area di ricerca e, a tal fine, si è scelto di concentrare l'attenzione sul primo libro di Elia, quello su *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali* del 1958⁸. Tra i suoi lavori monografici, lo studio sulla continuità sembra infatti quello che più si avvicina, per l'oggetto trattato, al tema dei condizionamenti esercitati dalla realtà sull'ordinamento positivo.

Il libro è suddiviso in due parti, di impianto differente: la prima – la premessa e i primi due capitoli – pone i presupposti teorici della

⁴ Così G. ZAGREBELSKY, *Introduzione*, in L. ELIA, *Studi di diritto costituzionale (1958-1966)*, Milano, Giuffrè, 2005, p. XXI, a giudizio del quale non sembra, in particolare, essere improntato alla consueta attenzione per il diritto non scritto il libro di Elia sulla *Libertà personale e misure di prevenzione* del 1962. Lo stesso Zagrebelsky sottolinea come Elia recuperi l'attenzione al dato giuridico informale anche con riferimento ai diritti quando torna a occuparsi dell'argomento nel periodo del terrorismo.

⁵ L. ELIA, *Introduzione*, in ID., *Studi di diritto costituzionale*, cit., p. IX.

⁶ Cfr. L. ELIA, *Consuetudini costituzionali e Regolamenti parlamentari*, cit.

⁷ Cfr. L. ELIA, *La sentenza sul potere di grazia: dal contesto al testo*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 879-892.

⁸ Cfr. L. ELIA, *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1958.

ricerca; la seconda – il terzo capitolo – analizza il problema della continuità con riferimento all'organo Capo dello Stato nelle diverse forme di governo. L'opera è rimasta incompiuta, rispetto al progetto iniziale di Elia, che contava di realizzare altri due capitoli rivolti all'analisi della continuità con riguardo, rispettivamente, al Parlamento e al Governo.

Gli spunti di maggiore interesse, ai fini qui perseguiti, sono contenuti nella prima parte, anche se – come si vedrà – considerazioni di particolare significato teorico non mancano nella seconda parte del lavoro.

2. La nozione di «diritto non scritto» in Leopoldo Elia

Prima di iniziare l'analisi del testo, può ancora essere utile premettere che, coerentemente con la concezione di Elia, la categoria del «diritto non scritto» verrà di seguito intesa in senso ampio, e cioè includendovi⁹:

- 1) le consuetudini, intese come regolarità produttive di diritto;
- 2) le convenzioni, intese come «regolarità consapevoli, politicamente motivate, che condizionano l'interpretazione degli atti normativi, *in primis* della Costituzione»¹⁰;
- 3) i precedenti, intesi come «atti politici significativi [...] che non generano convenzioni, ma che proiettano una interpretazione saggia del nostro passato (e che dunque dimostrano una comprensione saggia del loro futuro [...])»¹¹;
- 4) le situazioni condizionanti riflessivamente percepite come tali (non generano convenzioni, ma condizionano l'interpretazione: es. il terrorismo, la necessità di una continuità negli organi costituzionali, ...);
- 5) le situazioni condizionanti non riflessivamente percepite come tali («e dunque mantenute nella condizione di «prassi», oggetto di descrizione, ma giuridicamente mute»¹²).

Tutti questi elementi – consuetudini, convenzioni, precedenti, si-

⁹ Si segue, sul punto, M. DOGLIANI, *Leopoldo Elia: dalla verità dei fatti alla verità nella scienza del diritto*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2008, pp. 899-910.

¹⁰ M. DOGLIANI, *op. cit.*, pp. 906-907. Poco prima, a p. 905 l'autore precisa che «per quanto non si sia espresso nettamente sul punto, sembra certo che per Elia le convenzioni non sono norme, perché non vietano una determinata interpretazione, ma motivano una determinata interpretazione concreta: ed è pacifico che le cause della decisione interpretativa concreta non sono norme».

¹¹ M. DOGLIANI, *op. cit.*, p. 907.

¹² M. DOGLIANI, *op. cit.*, p. 907.

tuazioni condizionanti – si ritrovano, sia pure con incidenza differente, nella monografia sulla continuità.

3. *La continuità come esigenza dell'ordinamento*

Iniziando dalla prima parte del libro, già il dato linguistico sembra sintomatico dell'approccio con cui Elia affronta il tema: fin dalla Premessa la continuità è definita una «necessità», un'«esigenza», un «bisogno», che «deve» essere preso in considerazione, che «costringe» ad adottare certe soluzioni, che comporta «naturalmente» determinate conseguenze. In alcuni passaggi Elia scrive che l'esigenza della continuità discende dalla «natura stessa» degli uffici preposti agli organi costituzionali o, più in generale, dalla «natura stessa» dello Stato democratico¹³.

È inevitabile chiedersi da che cosa derivino questa «esigenza», questa «necessità», questo «bisogno» di continuità. In che senso Elia scrive che la continuità è parte della «natura stessa» dell'ordinamento?

Elia sembra seguire uno schema argomentativo articolato in una serie di passaggi, in parte esplicitati, in parte lasciati sottintesi, che può essere così riassunto:

- 1) il punto di partenza è un dato di comune esperienza: la società non può sopravvivere senza essere governata;
- 2) sussiste dunque un'«esigenza di governo», che l'ordinamento soddisfa predisponendo la struttura istituzionale – data dall'insieme degli organi costituzionali¹⁴ – che provvede al governo della società;
- 3) affinché, però, il governo della società da parte della struttura istituzionale predisposta dall'ordinamento possa risultare effettivo, è necessario che tale struttura istituzionale – data dalla costituzione formale – risulti corrispondente alla costituzione materiale, intesa non solo come insieme di regole sui fini comuni alle forze politiche – regole finalistiche, conformative dell'ordine politico-sociale – ma anche come insieme di regole sulle reciproche relazioni tra le forze costituenti (e cioè come regole relazionali che si esprimono nella forma di governo e nella legge elettorale)¹⁵;
- 4) ne deriva che le funzioni di governo – riconducibili alla defi-

¹³ L. ELIA, *La continuità cit.*, pp. 5 e 11.

¹⁴ Elia precisa espressamente che anche il Parlamento va considerato tra gli organi preposti al governo della società (cfr. L. ELIA, *op. cit.*, p. 4).

¹⁵ Cfr. L. ELIA, *op. cit.*, p. 6.

nizione e realizzazione dell'indirizzo politico¹⁶ – non possono mai venire meno. Questo, più precisamente, implica che: (a) non può esserci discontinuità nella struttura istituzionale complessiva, perché altrimenti si violerebbe il punto di partenza: l'esigenza che la società sia governata; (b) non può esserci discontinuità nei singoli organi in cui si articola la struttura istituzionale, perché altrimenti verrebbe meno la necessaria corrispondenza tra costituzione formale e costituzione materiale, posto che se un organo abdicasse al proprio ruolo un altro ne assumerebbe immediatamente le funzioni;

- 5) la conclusione – date le premesse – è obbligata: l'ordinamento «deve» predisporre gli strumenti necessari a garantire la continuità degli organi costituzionali (sia complessivamente, sia singolarmente intesi).

La continuità – si potrebbe dire – è un requisito che la costituzione materiale impone alla costituzione formale nella misura in cui è, per il suo stesso equilibrio interno, essenziale impedire l'alterazione dei rapporti istituzionali definiti nella costituzione formale.

All'origine del «bisogno» di continuità sembrano dunque operare due elementi condizionanti, differenti e tuttavia collegati: (1) l'elemento principale è che la società non può non essere governata; (2) l'elemento consequenziale, derivante dal primo, è che se un organo perde la sua continuità, un altro tenderà a rimpiazzarlo (e questo proprio perché la società, in tutte le sue articolazioni, non può non essere governata).

Impedire che vi sia discontinuità negli organi di governo realizza dunque due scopi, riconnessi ai due elementi condizionanti ora ricordati: (1) evitare, almeno potenzialmente (posto che poi la valutazione dell'inattività è questione politica)¹⁷, che vi siano interruzioni nelle funzioni di governo; (2) evitare che vi siano alterazioni negli equilibri costituzionali e che dunque si rompa la corrispondenza tra costituzione formale e costituzione materiale in seguito a spostamenti di competenza (è questo quello che Elia definisce il «principio di infungibilità degli organi tra loro», principio che però – aggiunge subito – è temperato dalla relativa fungibilità dei titolari degli organi)¹⁸.

¹⁶ Cfr. L. ELIA, *op. cit.*, p. 9.

¹⁷ Cfr. L. ELIA, *op. cit.*, p. 2.

¹⁸ Cfr. L. ELIA, *op. cit.*, pp. 5-6. Elia precisa, inoltre, che se il vicario è titolare di un altro organo, potrebbe non risultare facile stabilire con chiarezza se a entrare in azione è un titolare straordinario dell'organo inattivo o il titolare ordinario di un altro organo (e dunque se di fatto vi è uno spostamento di competenza a favore di un altro organo) (cfr. L. Elia, *op. cit.*, p. 7).

Sotto altro profilo, dal momento che consente di non interrompere l'esercizio delle funzioni di governo, la continuità si presenta come una delle condizioni essenziali per la realizzazione di un indirizzo politico coerente, così configurandosi come una delle condizioni che rendono possibile l'efficacia degli interventi dello Stato moderno nelle sue variegate aree di competenza (e specialmente nei settori più complessi, come quelli dell'economia, della politica estera e delle riforme)¹⁹. Il rischio, in questi campi, non è tanto l'incoerenza, quanto piuttosto l'immobilismo, posto che nessun governo si impegnerà in progetti di ampio respiro se non ha – di nuovo l'uso delle parole da parte di Elia è sintomatico – «coscienza» della possibilità di durare²⁰. La continuità rileva, dunque, non solo come dato di fatto; ma anche come elemento che influisce sulla situazione psicologica dei titolari della funzione di governo.

A sua volta, la coerenza dell'attività governativa consente, nello Stato democratico, di far fronte a due ulteriori esigenze: una sul piano funzionale, l'altra sul piano strutturale.

Sul piano funzionale, la coerenza dell'indirizzo politico permette di conciliare in maniera adeguata quel contrasto di interessi che è tipico dello Stato democratico pluralista e che non può emergere nelle altre forme di Stato (in proposito c'è da chiedersi se non ci si trova di fronte a un'altra situazione condizionante: quella – appunto – che origina dall'esigenza di conciliare gli interessi che la scelta democratica inevitabilmente libera. E tuttavia, in un inciso che si trova nella seconda parte del testo, Elia sembra estendere queste considerazioni oltre la sfera dello Stato democratico, quando afferma che «ogni vicenda costituzionale» si produce «sotto la spinta di precisi interessi politici (personali o di parte)»²¹).

Sul piano strutturale, la coerenza dell'attività di governo consente invece di individuare i responsabili dell'indirizzo politico, e dunque pone le condizioni affinché gli elettori possano consapevolmente esprimere un giudizio sul passato e, sulla base di tale giudizio, possano poi assumere un cosciente orientamento per il futuro. In questo senso la continuità – scrive Elia – è «inerente alla natura stessa dello Stato democratico», perché solo la continuità fa emergere «efficacia di governo» e «responsabilità dei governanti»: gli «elementi di fondo per una ordinata convivenza democratica»²².

¹⁹ Cfr. L. ELIA, *op. cit.*, p. 10.

²⁰ Cfr. L. ELIA, *op. cit.*, punti 6 e 7 della Premessa. L'utilizzo del termine «coscienza» è a pp. 14-15.

²¹ L. ELIA, *op. cit.*, p. 154.

²² L. ELIA, *op. cit.*, p. 11.

Si potrebbe allora dire che la continuità è un'esigenza generale di ogni ordinamento statale. Lo Stato non democratico sembra poterla soddisfare più facilmente, proprio in forza della sua natura non democratica (ma questa è una considerazione che Elia non avanza espressamente)²³. Lo Stato democratico, invece, ha il problema di conciliare la continuità dell'attività di governo con la discontinuità derivante proprio dal processo democratico. In altre parole, la scelta democratica impone di far convivere due situazioni condizionanti di segno opposto: l'esigenza di continuità, da un lato; l'esigenza della dinamica democratica (con le crisi di governo, le elezioni, l'alternanza, ecc.), dall'altro.

4. *Continuità in senso formale e continuità in senso sostanziale*

A partire da questo quadro Elia distingue due concetti di continuità: la continuità in senso formale e la continuità in senso sostanziale²⁴. In senso formale la continuità è la «necessità che vi sia in ogni tempo un titolare (primario o vicario) degli organi di governo»²⁵: è ciò che assicura il rispetto della costituzione in senso materiale (intesa nel senso prima ricordato, come insieme di regole conformatrici non solo dell'ordine sociale, ma anche dei reciproci rapporti tra le forze costituenti). In senso sostanziale la continuità indica invece l'«esigenza per la quale non solo è necessaria la esistenza continua di un qualsiasi titolare dell'organo, ma è desiderabile, entro limiti da accertare, anche la durata, per un periodo di tempo sufficientemente lungo, del medesimo titolare nell'ufficio cui è preposto»²⁶: è quel che assicura la coerenza dell'indirizzo politico.

Come accennato, Elia non prende invece in considerazione la continuità nell'attività degli organi di governo, dal momento che – afferma – «è difficile valutare, se non su un piano politico, quando ci si trovi di fronte a vere e proprie forme di inattività»²⁷.

²³ Si vedano, in ogni caso, le considerazioni di Elia in merito alla difficoltà che in un ordinamento democratico «si verifichi un «eccesso» di stabilità» e, più in generale, in merito alla contrapposizione tra democrazia e stabilità (cfr. L. ELIA, *op. cit.*, p. 16).

²⁴ Cfr. L. ELIA, *op. cit.*, pp. 3 ss.

²⁵ L. ELIA, *op. cit.*, p. 6.

²⁶ L. ELIA, *op. cit.*, p. 10.

²⁷ L. ELIA, *op. cit.*, p. 2.

4.1. *La continuità in senso formale*

Pur senza avere la pretesa di seguire nei dettagli l'analitico esame che Elia svolge dei diversi istituti in cui si articola la garanzia della continuità, può essere utile seguire le linee generali della sua riflessione sull'argomento.

Iniziando dalla continuità in senso formale, sono tre gli istituti sui quali Elia sofferma la propria attenzione²⁸:

- 1) la previsione della rinnovazione antiscadenza del titolare dell'organo (come dispone, per esempio, l'art. 85, co. 2, Cost. con riferimento al Presidente della Repubblica);
- 2) la previsione della proroga dei poteri del titolare scaduto, che può configurarsi come:
 - a) eventuale (se è prevista la rinnovazione antiscadenza, ma questa non viene effettuata),
 - b) necessaria (se non è prevista la rinnovazione antiscadenza);
- 3) l'individuazione di un titolare straordinario (o supplenza), che può essere:
 - a) una persona fisica,
 - b) un altro organo già esistente o appositamente costituito.

I tre istituti sono connotati, sul piano del diritto costituzionale, da differenti pregi e difetti. La rinnovazione antiscadenza assicura la continuità senza alterare la distribuzione delle competenze, ma comporta, come controindicazione, la perdita di autorità del titolare in scadenza (a scapito dell'efficacia della sua azione di governo)²⁹. Anche la *prorogatio* assicura la continuità senza modificare la distribuzione delle competenze, ma ha l'effetto negativo di andare a incidere sull'equilibrio istituzionale complessivo, dal momento che consente al titolare dell'organo prorogato di esercitare oltre scadenza i propri poteri (per questo il prorogato dovrebbe limitarsi all'ordinaria amministrazione, salvo nei casi di necessità e di urgenza)³⁰. Infine, la supplenza – poiché, diversamente dalle ipotesi precedenti, viene in rilievo in caso di mancanza o impedimento del titolare – assicura la continuità al prezzo della modifica della distribuzione delle competenze (sempre, nel caso di supplenza di organi³¹; solo se il supplente è già titolare di altro organo, nel caso di supplenza di persone)³².

²⁸ Cfr. L. ELIA, *op. cit.*, pp. 29 ss.

²⁹ Cfr. L. ELIA, *op. cit.*, pp. 29-30.

³⁰ Cfr. L. ELIA, *op. cit.*, pp. 61 ss.

³¹ Nel trattare l'argomento, Elia precisa la propria concezione di organo, che ritiene debba essere inteso come composto non solo dall'ufficio, ma anche dalla persona fisica a esso preposta (cfr. L. ELIA, *op. cit.*, pp. 34-35).

³² Cfr. L. ELIA, *op. cit.*, pp. 44 ss.

Elia dedica gran parte dell'approfondimento degli istituti della continuità formale alla supplenza, l'istituto che, proprio per la sua incidenza sulla distribuzione delle competenze, e dunque per la sua influenza sull'assetto costituzionale materiale, si presenta come maggiormente problematico.

Anche in questo caso può essere utile seguire i principali passaggi del discorso di Elia. Il supplente – scrive – è colui al quale la legge attribuisce una posizione attiva potenziale, che diventa attuale con il verificarsi di un fatto di legittimazione³³. Detto altrimenti, prima che si verifichi il fatto di legittimazione (morte o impedimento del titolare), il supplente è già titolare (preventività della supplenza), ma non è abilitato ad agire.

Rilevanti differenze possono essere riscontrate tra la supplenza di persone e la supplenza di organi, sia sotto il profilo dei rapporti tra supplente e supplito, sia per quanto attiene alla riconducibilità della titolarità della supplenza all'ufficio o al suo titolare³⁴.

Iniziando dalla relazione tra supplente e supplito nei casi di supplenza di persone, tolta l'eventualità che l'ordinamento disponga diversamente, si deve – secondo Elia – ritenere che il supplente subentri nella medesima posizione giuridica del titolare (sicché, per esempio, il Presidente del Senato sarà imputabile di alto tradimento e attentato alla Costituzione per i suoi atti compiuti in qualità di supplente del Presidente della Repubblica). Ne consegue che l'esercizio delle funzioni dell'organo di cui è normalmente titolare il supplente deve essere considerato incompatibile con l'esercizio delle funzioni di cui egli ha la titolarità straordinaria (nell'esempio il Presidente del Senato chiamato a svolgere la funzione di supplente del Capo dello Stato non può continuare a esercitare i suoi poteri di Presidente del Senato, anche se la Costituzione tace sul punto)³⁵. Quanto invece alla titolarità della supplenza, si deve ritenere che alla stessa sia abilitato solamente il soggetto espressamente designato dalla legge (per continuare nell'esempio: supplente del Presidente della Repubblica è solo il Presidente del Senato e non, in caso di sua mancanza o impedimento, uno dei Vicepresidenti del Senato). Inoltre, la riconducibilità

³³ Cfr. L. ELIA, *op. cit.*, p. 47.

³⁴ Cfr. L. ELIA, *op. cit.*, pp. 49-55.

³⁵ Tuttavia – aggiunge Elia – potrebbero darsi casi di supplenza che non danno luogo a incompatibilità: ciò potrebbe avvenire quando titolare e supplente appartengono entrambi allo stesso potere (per es. sarebbe difficile stabilire quali atti vengono compiuti dal Vicepresidente di una Camera in quanto tale e quali in quanto supplente del Presidente). Il caso è, comunque, più ricorrente nel diritto amministrativo, dove si verifica più frequentemente che titolare e supplente siano appartenenti allo stesso ente.

della supplenza alla persona, comporta che la situazione personale del supplente possa essere valutata solo alla luce della carica di cui egli è titolare, e non anche sulla base dei requisiti previsti per poter ricoprire la carica per la quale si rende necessaria la supplenza (per concludere con lo stesso esempio: il Presidente del Senato può svolgere le funzioni di supplente del Presidente della Repubblica anche se non ha i requisiti di età per essere eletto Presidente della Repubblica).

Quanto, invece, al rapporto tra supplente e supplito nelle ipotesi di supplenza di organi – sempre escluso il caso in cui l'ordinamento disponga diversamente – il supplente non subentra nella posizione giuridica propria del titolare (sicché – è l'esempio portato da Elia – il Sottosegretario di Stato non potrà essere giudicato, come il Ministro supplito, ai sensi dell'art. 96 Cost. dalla Corte costituzionale). Ne consegue che, all'opposto del caso di supplenza di persona, non si produce alcuna incompatibilità per il titolare dell'organo supplente, che può così continuare a svolgere le funzioni dell'organo di cui è normalmente titolare (anche perché, altrimenti, si alimenterebbe un'assurda catena di supplenza tra organi, dato che, a sua volta, anche l'organo supplente avrebbe bisogno di venire supplito). Anche con riferimento alla spettanza della supplenza la soluzione è opposta a quella della supplenza di persone: nel caso in esame, infatti, alla supplenza è abilitato chiunque sia titolare, nel momento in cui si produce il fatto di legittimazione, dell'organo supplente (e dunque, se la supplenza del Presidente della Repubblica fosse supplenza di organi e non di persone, le funzioni di supplente potrebbero essere esercitate anche da uno dei Vicepresidenti che, per mancanza o impedimento del Presidente del Senato, ricoprisse le funzioni di Presidente del Senato).

Ulteriori questioni delicate inerenti alla supplenza sono quelle che investono i poteri esercitabili dal supplente.

Sotto un primo profilo, emerge come rilevante la distinzione tra supplenza *sede vacante* (per esempio in caso di morte del titolare) e supplenza *sede plena* (per esempio in caso di impedimento temporaneo del titolare). Sebbene in diritto positivo possano mancare – e spesso manchino – differenze di disciplina, tuttavia la circostanza che vi sia, ancorché impedito, un titolare ordinario pone limiti impliciti all'attività del supplente, la cui violazione potrebbe dar vita a violazione di norme di correttezza costituzionale³⁶.

Sotto un secondo profilo, si pone la questione più generale del-

³⁶ Cfr. L. ELIA, *op. cit.*, pp. 55-57.

l'estensione dei poteri del supplente³⁷: posto che al supplente spettano tutti i poteri necessari per svolgere tutte le funzioni di competenza del supplito, non è sempre facile, in diritto positivo, stabilire se vi sono poteri conferiti esclusivamente al titolare in quanto tale (e dunque non suscettibili di supplenza) né se eventuali limitazioni previste dalla legge per i poteri del supplente dipendano dal fatto che il supplente è chiamato a sostituire il titolare non in tutte le posizioni da questo assumibili, ma soltanto in una o in alcune di esse (nel qual caso la limitazione dei poteri del supplente non varrebbe a escludere la ricorrenza di una supplenza di persone). Elia rileva la difficoltà di individuare risposte universalmente valide a tali domande, suggerendo di ricorrere all'analisi empirica di ciascun caso si dovesse presentare all'interprete³⁸.

4.2. *La continuità in senso sostanziale*

Passando a trattare la continuità in senso sostanziale, Elia avverte che si tratta di un ambito che – rispetto a quello della continuità in senso formale – è suscettibile di assumere connotazioni maggiormente variegata a seconda dell'ordinamento preso in considerazione³⁹. Per questo, più che analizzare i singoli istituti, Elia predispone una griglia interpretativa all'interno della quale classificare le principali tipologie di discipline normative.

La principale distinzione proposta è quella tra la previsione di una durata fissa delle varie cariche istituzionali e l'adozione di altri strumenti di stabilizzazione.

La prima soluzione – introduzione di un tempo prestabilito per il quale si può rimanere titolari di una determinata carica istituzionale – presenta il vantaggio di risolvere definitivamente il problema della continuità in senso sostanziale, ma solleva il problema del mancato ricambio del personale politico (di qui la previsione dei limiti di mandato, con i quali si limita la continuità in carica degli esponenti politici). Casi tipici sono la previsione della durata in carica degli organi titolari dei poteri esecutivo e legislativo nelle forme di governo presidenziale e direttoriale e del Capo dello Stato nella forma di governo parlamentare⁴⁰.

³⁷ Cfr. L. ELIA, *op. cit.*, pp. 57-59.

³⁸ Elia stesso segue questa indicazione con riferimento al Capo dello Stato, argomentando che il supplente del Presidente della Repubblica non potrà sciogliere le Camere né nominare i Senatori a vita poiché si tratta di poteri spettanti al solo titolare ordinario della Presidenza della Repubblica (cfr. L. ELIA, *op. cit.*, pp. 137-138).

³⁹ Cfr. L. ELIA, *op. cit.*, p. 69.

⁴⁰ Cfr. L. ELIA, *op. cit.*, p. 70.

La seconda soluzione – adozione di strumenti di stabilizzazione – si presenta come maggiormente articolata, dal momento che la stabilizzazione può riguardare non solo i vari organi singolarmente considerati, ma anche i loro reciproci rapporti. Fondamentalmente si tratta di soluzioni che trovano posto nei sistemi organizzati secondo la forma di governo parlamentare, vale a dire in contesti istituzionali basati sulla relazione di fiducia tra organo assembleare e organo governativo, la cui messa in crisi è risolvibile soltanto con la perdita della carica da parte dell'esecutivo o del legislativo o anche di entrambi.

Elia individua quali strumenti di stabilizzazione che operano a sostegno della struttura degli organi singolarmente considerati⁴¹:

- a) l'eliminazione di ogni bicefalia nell'esecutivo attraverso l'attribuzione al solo governo del compito di formulare l'indirizzo politico (mentre il Capo dello Stato, un tempo direttamente coinvolto nell'attività governativa, vede circoscriversi la propria funzione a quella di custode della regolarità costituzionale);
- b) il rafforzamento della posizione del Capo del Gabinetto (che può concretamente essere messa in atto attraverso una molteplicità di interventi);
- c) la differenziazione del ruolo delle due Camere (in particolare concentrando in una sola Camera l'attività di controllo politico sul governo);
- d) l'adozione di sistemi elettorali che attenuino l'applicazione del principio proporzionalistico, che favorisce una composizione maggiormente omogenea (e, quindi, tendenzialmente stabile) dell'organo parlamentare.

Quanto invece alla stabilizzazione dei rapporti tra gli organi costituzionali, questa può avvenire facendo ricorso a⁴²:

- e) strumenti classici (sono quelli storicamente più risalenti): l'esempio principale è la previsione del potere di scioglimento anticipato delle Camere;
- f) mezzi razionalizzati (sono quelli storicamente più recenti): a tale categoria è riconducibile tutto ciò che attiene al rapporto di fiducia (fiducia iniziale, mozione di sfiducia, sfiducia costruttiva, questione di fiducia), nonché l'introduzione dell'incompatibilità tra le cariche di membro del governo e membro del Parlamento.

⁴¹ Cfr. L. ELIA, *op. cit.*, pp. 71-73.

⁴² Cfr. L. ELIA, *op. cit.*, pp. 73-75.

5. Il contesto storico-politico

Tornando più da vicino al tema di partenza, meritano di essere posti in rilievo alcuni passaggi del libro sulla continuità che possono contribuire a illuminare il ruolo del contesto storico-politico nel metodo di lavoro di Elia.

Un primo passaggio ricorre quando Elia, concludendo la trattazione degli istituti della continuità formale, fa riferimento ai presupposti politico-costituzionali che spiegano il ricorso alla supplenza. Egli ne individua due: (1) la volontà di evitare l'inattività di un certo organo (ed è questa un'idea che rimanda alla necessità della continuità affermata all'inizio del lavoro); (2) la irrilevanza e, quindi, la fungibilità delle persone: un presupposto particolarmente evidente nei sistemi democratici, dove gli uomini sono percepiti come tutti uguali e dove quindi nessuno è insostituibile (una caratteristica che Elia definisce elemento costitutivo «naturale» dei sistemi democratici)⁴³. L'istituto della supplenza è dunque condizionato da due dati di fatto ricavabili dalle caratteristiche del contesto: l'esigenza della continuità, da un lato; l'eguaglianza, e quindi la fungibilità, delle persone, dall'altro.

Un secondo passaggio viene invece in evidenza a proposito della distinzione tra forme di governo presidenziali e forme di governo parlamentari, cui Elia fa riferimento per spiegare i diversi istituti della continuità sostanziale. In proposito Elia precisa che la contrapposizione tra le forme di governo risulta più teorica che reale: in concreto, infatti, ben più importante è il ruolo che occupano nel sistema i partiti politici (siamo di fronte, evidentemente, a un'anticipazione della successiva riflessione sulle forme di governo, in particolare per l'accostamento, sotto il profilo della stabilità, dei sistemi parlamentari bipolari ai sistemi presidenziali e a quelli direttoriali). Per Elia – è questo un punto di particolare interesse – la concreta «struttura partitica» di un determinato sistema è un dato da prendere di per sé (e quindi, nell'ottica di questo scritto, è una situazione condizionante), e non da considerare come l'effetto del sistema elettorale o di altri meccanismi istituzionali. Scrive in proposito Elia: un bipolarismo stabile «rende superfluo [...] il ricorso a norme particolari per favorire la stabilità»; e aggiunge: «d'altra parte tali norme rischiano egualmente di essere inutili [...] anche in quei paesi dove la molteplicità dei partiti e la loro indisciplina è tale da aggirare ogni accorgimento predisposto dal costituente». Per poi concludere che solo nei sistemi non chiaramente connotati né da uno stabile bipolarismo né da un mul-

⁴³ Cfr. L. ELIA, *op. cit.*, pp. 59-61.

tipartitismo indisciplinato gli strumenti di razionalizzazione possono «svolgere un loro ruolo, modesto, ma talora efficace»⁴⁴.

Questo stesso tema della struttura socio-politica come un qualcosa di dato, con cui l'ordinamento deve necessariamente fare i conti, torna nella seconda parte del libro, quando Elia passa ad analizzare la continuità con riferimento alle figure che possono essere considerate emblematiche dell'organo di vertice nei sistemi presidenziali e nei sistemi parlamentari: il Presidente degli Stati Uniti e il Presidente della Repubblica italiana.

Prima di entrare nel dettaglio dell'analisi, Elia sottolinea la differenza di posizione tra i due Capi di Stato: organo imparziale, escluso dalla definizione dell'indirizzo politico, rappresentante dell'unità nazionale, nella forma di governo parlamentare; *leader* di partito, principale – se non unico – artefice dell'indirizzo politico, ma ciononostante anche rappresentante dell'unità nazionale, nella forma di governo presidenziale⁴⁵. Quindi – ed è ciò che più interessa – Elia motiva l'adozione di una soluzione piuttosto che dell'altra sulle due sponde dell'Atlantico affermando che la soluzione accolta negli Stati Uniti «presupp[one] un livello [...] di omogeneità propriamente politica, per cui da una parte si ha fiducia che gli interessi di partito non saranno realizzati, oltre certi limiti, contro gli interessi nazionali, e dall'altra si ritiene che il partito sia una struttura naturale della vita politica, a cui nessun attore di questa può tentare, anche temporaneamente, di sottrarsi»; d'altro canto – scrive sempre Elia – «è [...] uno dei segni non ultimi della eterogeneità politica europea l'esigenza (accettata in quasi tutte le Costituzioni democratiche di questo continente) di creare un Capo dello Stato al di fuori e al di sopra dei partiti politici, sia perché questi appaiono divisi da pregiudiziali relative ai fondamenti stessi del regime, sia perché, anche quando non è così, il concetto che si ha del partito contiene sempre taluni elementi negativi ed esso ha perciò bisogno di essere visibilmente trasceso in un portavoce nazionale la cui prima caratteristica sia l'imparzialità»⁴⁶.

Di nuovo, siamo di fronte a un linguaggio sintomatico: la soluzione presidenzialista «presuppone» un'omogeneità di fondo, il partito politico è una «struttura naturale» della vita politica, la soluzione parlamentarista risponde all'«esigenza» di far fronte all'eterogeneità ed è «accettata» dalle Costituzioni europee.

È altresì molto interessante che da tale ricostruzione – interamente basata sull'esistenza di situazioni presupposte di cui è un'esigenza te-

⁴⁴ L. ELIA, *op. cit.*, pp. 71-72.

⁴⁵ Cfr. L. ELIA, *op. cit.*, pp. 91-92.

⁴⁶ L. ELIA, *op. cit.*, p. 89.

ner conto – Elia tragga indicazioni concrete in merito al tema della sua ricerca, da un lato rilevando come nei sistemi presidenziali la continuità non possa che essere assicurata da un Vicepresidente eletto assieme al Presidente (è nella logica del sistema che il supplito sia omogeneo al supplente, sia per appartenenza politica sia per legittimazione: Elia scrive che si tratta di un «fatto fisiologico»); e, dall'altro lato, osservando come nei sistemi parlamentari la continuità venga invece coerentemente assicurata facendo ricorso a figure connotate per la loro tendenziale imparzialità, com'è solitamente il caso dei Presidenti delle assemblee elettive⁴⁷.

6. *Ulteriori spunti in tema di diritto non scritto*

Nella seconda parte del libro ricorrono in più occasioni – come si è accennato in apertura – passaggi argomentativi che, pur non trattando direttamente la questione, consentono di ricavare alcune indicazioni circa il pensiero di Elia in relazione a questioni interpretative inerenti alle fonti del diritto non scritto.

Una prima serie di indicazioni emerge quando Elia parla di «situazione psicologica europea» riferendosi al contesto socio-politico sottostante alla preferenza per la forma di governo parlamentare⁴⁸; di «psicologia degli operatori politici» a proposito dell'interpretazione della clausola costituzionale statunitense sull'«inability» presidenziale nel senso di impedimento temporaneo o permanente⁴⁹; di «comune psicologia» in relazione alle conseguenze del fatto che tutti i Vicepresidenti statunitensi sono entrati in azione a causa della morte del Presidente (e non per impedimenti temporanei)⁵⁰. Certo non è possibile trarre da questi brevi cenni conclusioni di alcun rilievo, ma forse merita di essere segnalato l'utilizzo di espressioni che ricalcano evidentemente il linguaggio proprio della teoria classica sugli elementi costitutivi della consuetudine.

Ugualmente suggestivo è il riferimento alla «prassi» e ai «precedenti» che, affrontando taluni aspetti controversi della supplenza in Italia, Elia avanza a proposito della configurabilità della supplenza per impedimento relativo⁵¹ e delle modalità di accertamento dell'impedimento⁵².

⁴⁷ Cfr. L. ELIA, *op. cit.*, pp. 90-91, 150, 171 e 189.

⁴⁸ L. ELIA, *op. cit.*, p. 89, n. 22.

⁴⁹ L. ELIA, *op. cit.*, p. 163.

⁵⁰ L. ELIA, *op. cit.*, p. 170.

⁵¹ L. ELIA, *op. cit.*, pp. 121, 128 e 129.

⁵² L. ELIA, *op. cit.*, p. 131.

Ancora a proposito dell'impedimento, e più precisamente in relazione alle modalità di accertamento dello stesso, Elia nega che un «accordo tra i titolari degli organi costituzionali interessati» – detto altrimenti: una convenzione – potrebbe risolvere i dubbi interpretativi lasciati dal testo costituzionale, dal momento che tale accordo «non potrebbe vincolare i titolari successivi», e afferma che la materia in questione meglio si presta alla disciplina – «più elastica» rispetto a un'eventuale legge – «delle norme di correttezza» (aggiungendo che tali norme non devono però essere in contrasto «con le esigenze che discendono dal sistema adottato in Costituzione»)⁵³.

Il riferimento alle «norme di correttezza» torna in due passi del testo dedicati ai rapporti tra supplente e supplito. Tali norme sono richiamate una prima volta per escluderne la ricorrenza, negando che i poteri del supplente possano essere in qualche modo condizionati dal supplito, e dunque che esistano norme di correttezza in tal senso; e una seconda volta affermandone l'esistenza, nel senso che esisterebbero norme di correttezza che impongono al supplente di esporsi il meno possibile nell'adozione di atti o nell'assunzione di comportamenti che potrebbero essere sconfessati dal supplito una volta venute meno le ragioni della supplenza⁵⁴.

Infine, con riguardo all'accordo (ma, di nuovo, si potrebbe dire convenzione) stipulato tra il Presidente Eisenhower e il Vicepresidente Nixon in merito ai comportamenti da tenere in caso si verificassero ipotesi legittimanti la supplenza, Elia scrive che tale intesa «non vincolava che i due “contraenti”» e, aggiunge, «più da un punto di vista etico-politico che giuridico»⁵⁵.

7. *Conclusioni: le condizioni di funzionamento delle regole giuridiche*

Quali conclusioni generali possono essere tratte al termine di questa lettura?

Una breve considerazione accennata nel libro merita di essere sottolineata per dare un respiro più ampio alle considerazioni sin qui svolte. Parlando – a proposito dei meccanismi attraverso i quali procedere alla stabilizzazione dei sistemi parlamentari – della difficoltà di introdurre radicali riforme costituzionali, Elia richiama quella che definisce la «legge generale» di George Vedel, secondo la quale «le

⁵³ L. ELIA, *op. cit.*, pp. 147-148.

⁵⁴ L. ELIA, *op. cit.*, p. 139.

⁵⁵ L. ELIA, *op. cit.*, p. 186.

regole giuridiche sono impotenti a creare le condizioni del loro funzionamento»⁵⁶.

Si tratta di un cenno breve, ma significativo, perché lascia intendere il pensiero di Elia su uno dei nodi più rilevanti di teoria generale, quello dell'effettività. Attraverso la citazione di Vedel, Elia dice ai suoi lettori che il diritto positivo funziona solo se risponde a condizioni preesistenti, condizioni che sono un qualcosa di dato, di non controllabile o costruibile artificialmente. È un altro modo per definire le situazioni che condizionano; le condizioni di funzionamento sono le situazioni condizionanti⁵⁷: il diritto – è probabilmente questo il nucleo del pensiero di Elia – non può funzionare se ignora i condizionamenti della realtà; il diritto deve «accettare» la realtà. Questo non significa che la realtà non possa essere cambiata o che vada passivamente subita, ma che il confronto con la realtà è inevitabile, nel senso che è necessario conoscere la realtà per potervi appoggiare in modo solido le basi del diritto positivo. Il diritto deve accettare la realtà nel senso che non può nascondersi l'esistenza del mondo reale, non può fare come se i fatti, con la loro forza condizionante, non esistessero⁵⁸.

In definitiva, se – come è stato scritto⁵⁹ – la preoccupazione costante di Elia è la necessità di assicurare il radicamento sociale dell'ordinamento scritto (e della Costituzione in particolare), è allora chiaro che un'adeguata considerazione del contesto politico inteso in senso lato – ove l'assetto partitico è sintomo del più ampio contesto socio-economico e soprattutto degli *habitus* (degli atteggiamenti intellettuali e morali profondi) dei soggetti politici – è il prerequisite necessario perché quella necessità possa trovare soddisfazione.

⁵⁶ L. ELIA, *op. cit.*, p. 76.

⁵⁷ COSÌ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. XXVI.

⁵⁸ Sull'«accettazione» della realtà da parte di Elia – da intendersi non come atteggiamento di passività, ma come «presa di posizione, scelta» – cfr. M. DOGLIANI, *Elia, giurista classico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, n. 2, pp. 1481-1482.

⁵⁹ Cfr. L. PALADIN, *Elia e «il» metodo giuridico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, n. 2, p. 1456.

Partiti politici e impegno dei cattolici in politica nel pensiero di Leopoldo Elia

di Annamaria Poggi

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La traduzione politica delle «intenzioni cristiane»: realtà possibile o utopia? – 3. L'influenza «indiretta» del cristianesimo sulla politica. – 4. L'influenza «indiretta» del cristianesimo sulla politica. – 5. L'influenza dell'ispirazione cristiana nell'«idea» di partito: il rifiuto della visione «illuministica» di costruzione di un modello legislativo.- 6. Il rifiuto della visione «organicistica» di riconduzione nello Stato. – 7. Il partito politico come «formazione sociale» e «corpo intermedio».

1. *Introduzione*

Non v'è dubbio che la riflessione sui partiti politici costituisca uno degli architravi del pensiero di Leopoldo Elia, destinata a riverberarsi sui molteplici profili ed aspetti della vita dei sistemi democratici da lui descritti, analizzati e tipizzati.

Basta scorrere l'«Indice dei nomi e delle cose notevoli» del volume *Costituzione, partiti, istituzioni* curato da Valerio Onida e Marco Olivetti¹, per cogliere visivamente tale interesse: le voci «democrazia» e «partito politico» sono infatti quelle più frequentemente richiamate nei suoi scritti.

All'interno di tali riflessioni, tra i molti, vi è un aspetto particolarmente fecondo e foriero di implicazioni e sviluppi: l'influenza esercitata dalla sua fede cattolica nella ricostruzione dell'idea di partito e più in generale di democrazia. L'essere cattolico, è noto, ha permeato sia la sua vita privata, sia la sua dimensione di impegno politico. Forse meno sottolineata invece è l'influenza che tale appartenenza ha esercitato sulla sua elaborazione della stessa idea di partito.

Il presente contributo si pone l'obiettivo di far emergere tali implicazioni mostrando al contempo gli intrecci che sono scaturiti dal suo pensiero.

¹ L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, a cura di V. Onida e M. Olivetti, Bologna, il Mulino, 2009.

2. *La traduzione politica delle «intenzioni cristiane»: realtà possibile o utopia?*

Proprio perciò, in qualche modo capovolgendo quello che potrebbe sembrare l'approccio più corretto (cioè la ricostruzione dell'idea di partito e l'influenza in ciò esercitata dalla fede) pare più stimolante partire invertendo l'*incipit* e chiedersi, come ebbe a fare Elia: le intenzioni cristiane possono tradursi nella vita sociale a livello politico? Di tale eventuale traduzione va dato un giudizio positivo o negativo? Possono condurre alla necessità di un partito «dei» cattolici?

Tali interrogativi percorrono la Relazione dal titolo *Animazione, istituti e forme dello Stato democratico* presentata al 45° Corso di aggiornamento culturale dell'Università cattolica del Sacro Cuore, svoltosi a Lucca dal 22 al 27 settembre 1974.

Con la sua consueta acutezza, Elia motiva il perché del primo interrogativo (le intenzioni cristiane possono tradursi nella vita sociale a livello politico?) poiché l'impossibilità dell'animazione cristiana

«colpirebbe non soltanto i sistemi in cui c'è un partito cristiano, ma squalificherebbe altresì in modo molto deciso l'impegno di singoli e di gruppi tesi a realizzare con altri metodi lo stessi obiettivo».

E, dunque, occorre:

«riuscire a dimostrare, sia sul piano razionale, ma soprattutto sul piano storico, che questo concetto di animazione della società e della vita politica ha ancora oggi un suo significato e un suo valore»².

Di motivazioni storiche ve ne era davvero bisogno, dopo l'abbandono di Dossetti e Maritain dall'impegno politico e dopo la pubblicazione del libro di quest'ultimo, *Le Paysan de la Garonne*, in cui veniva considerata utopia l'esistenza di partiti di ispirazione cristiana, sul presupposto che questi si sarebbero dimostrati solo portatori di interessi elettorali, incapaci di conservare lo spirito dell'animazione derivante dalla fede. Soprattutto l'abbandono di Dossetti (su cui Elia spesso ritorna, quasi come ad una personale ferita a lungo rimasta aperta nella sua coscienza) venne letto da alcuni commentatori del tempo non solo quale esito della crisi ministeriale del 1951, ma sostanzialmente del convincimento prevalso in Dossetti dell'*Umanesimo*

² L. ELIA, *Animazione, istituti e forme di Stato democratico*, in *Vita e pensiero*, 1975, ora anche in L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., 276.

integrale quale utopia e della conseguente necessità di separazione delle due sfere, la religiosa e la politica³.

Elia rifiuta l'idea di un umanesimo integrale come utopia, anzitutto sul piano storico. Le idee di Maritain hanno influito, sostiene, sulla stesura della Prima parte della Costituzione (come dimostra la relazione di La Pira all'Assemblea Costituente in sede di lavori preparatori e come dimostrato dal largo ruolo riconosciuto agli interventi legislativi e amministrativi, tipici delle democrazie sociali). Lo stesso Maritain, sostiene ancora, contribuì in maniera decisiva alla stesura della Dichiarazione dei diritti umani all'ONU.

Non può essere utopia, dunque, un'idea che si è tradotta in una Costituzione, al di là della sua effettiva attuazione, sostiene Elia, poiché l'affermazione normativa di determinate posizioni è un fatto storico sempre e potenzialmente foriero di applicazioni. Ma ciò per Elia dipende dalle circostanze dei diversi momenti storici perché è sempre la realtà (altro ricorso frequente nelle sue riflessioni) che si impone e determina le azioni.

L'abbandono di Dossetti, allora, non dimostra secondo Elia l'utopia dell'animazione cristiana nella società civile e politica, ma semplicemente e drammaticamente la sua «difficoltà».

Dal punto di vista razionale, le motivazioni che rendono auspicabile una traduzione effettiva delle intenzioni cristiane nella società sono connesse, secondo Elia, ai caratteri assunti dalla democrazia sociale contemporanea, quale democrazia «governante», secondo la definizione di Burdeau.

Rispetto alla democrazia liberale, in essa si delinea sempre più marcatamente un doppio fenomeno: per un verso un maggior intervento statale nella sfera economica a garanzia di un sistema di sicurezza sociale, per altro verso un maggior sviluppo di libertà civili. Tale ultimo aspetto del fenomeno spinge verso forme di nuovo individualismo che può facilmente assumere il volto di una *privacy* esasperata. Ma può, invece, secondo Elia anche assumere una diversa fisionomia divenendo:

«occasione di partecipazione politica e di vita democratica nella società (...) il tempo libero può divenire anche il tempo privilegiato per attività comunitarie di ispirazione cristiana: in questo senso è possibile stabilire un rapporto più stretto tra l'impegno dei cristiani e il tempo non occupato né dal lavoro produttivo in senso stretto, né da quello speso per l'esercizio delle pubbliche funzioni»⁴.

³ Cfr. G. BAGET BOZZO, *Il partito cristiano al potere. La DC di De Gasperi e Dossetti 1945-1954*, Firenze, Vallecchi, 1974.

⁴ L. ELIA, *Animazione, istituti e forme dello Stato democratico*, cit., 284-285.

Certo la situazione italiana degli anni '50-'60 non presentava un tale sviluppo della democrazia sociale, né sotto il profilo della programmazione economica, né dal punto di vista del progresso delle libertà civili. Per Elia in quel periodo (ovvero di lì in poi) è mancata la volontà politica di attuazione della Prima parte della Costituzione, anche a causa del venir meno della feconda relazione tra politica e cultura che, invece, aveva animato positivamente il periodo costituente. I *leaders* del partito di maggioranza relativa, sottolinea Elia, hanno trascurato il rapporto con gli intellettuali e preferito concentrarsi sulla gestione del potere. Peggio, hanno ridotto l'ispirazione cristiana ad una malsana politica ecclesiastica adagiata sulla difesa ad oltranza dell'art. 7 della Costituzione.

Ma tale critica situazione, conclude Elia,

«non vuole essere, come ho detto in partenza criticando le impostazioni riduttive del marxismo ad utopia, uno sguardo che porta alla desolazione o alla disperazione (...) vuole anzi essere qualcosa di profondamente diverso; nel senso che la situazione italiana, per il peso e per le responsabilità che i cattolici hanno avuto e hanno tutt'ora, non consente abbandoni o evasioni»⁵.

Nell'impegno doveroso, il cattolico riuscirà a caratterizzarsi sulle sole questioni religiose e di fede, mentre sulle altre la sua opera potrebbe non differire da quella del politico non cattolico.

In realtà è proprio qui che si intravede una differenza di prospettiva rispetto all'Umanesimo integrale in cui, invece, piano della fede e piano politico non sono scissi ma strettamente dipendenti uno dall'altro.

Per Elia, in sostanza, ciò che è più rilevante è che la «doverosità» dell'impegno:

«varrà soprattutto sul piano storico dell'esempio, perché l'operatore politico, per la sua capacità di fascino, eserciterà un'influenza non limitata all'opera legislativa e all'opera amministrativa, ma proietterà invece la sua irradiazione su quel gran margine del libro che sta fuori della vita politica organizzata. Solo così riusciremo a dare un inizio di realizzazione all'umanesimo plenario di cui ci ha parlato Paolo VI; solo così faremo in modo che il nuovo costituzionalismo non si risolva soltanto in un mero individualismo, ma possa evolvere in una forma nuova di personalismo comunitario quale alcune Costituzioni del secondo dopoguerra ci hanno fatto, almeno in parte, intravedere»⁶.

⁵ L. ELIA, *Animazione, istituti e forme dello Stato democratico*, cit., 295.

⁶ L. ELIA, *Animazione, istituti e forme dello Stato democratico*, cit., 297.

L'idea del cattolicesimo quale nemico dell'individualismo libertario e «confratello», invece di un nuovo personalismo comunitario è costantemente ribadita:

«Nel cristianesimo il *libera nos a malo* ha un valore preminente, mentre nell'umanesimo liberale la liberazione è vista soprattutto come auto liberazione. La differenza è molto forte. L'umanesimo liberale si fonda sullo sviluppo della persona umana e nell'autorealizzazione che può oscillare tra due pericoli: il pericolo prometeico e il pericolo edonistico»⁷.

L'animazione cristiana, in conclusione, non solo non è mera utopia, ma è in qualche misura indispensabile per lo sviluppo delle democrazie sociali contemporanee, purché essa si alimenti «fuori della vita politica organizzata». È, invece, l'impegno nella società civile il «futuro dei cattolici italiani»⁸, per difendere dal basso la loro stessa azione sociale e culturale.

Per Elia la vera questione risiede nel fatto che:

«i cattolici sono portati a dimenticare che il passaggio dalla tutela autoritaria alla tutela spontanea, fondata sul volontariato dei singoli cittadini e di gruppi extra-statali non degrada, di per sé, gli istituti (ed i valori che essi includono) a situazioni meramente soggettive, socialmente irrilevanti»⁹.

3. *L'influenza «indiretta» del cristianesimo sulla politica*

La peculiarità di tale sua posizione, rispetto, ad esempio, a quella di Sergio Cotta¹⁰, emerge nella vicenda che più lo interroga sulla questione dell'impegno nella politica dei cattolici: l'abbandono di Dossetti. È con questo abbandono che più volte si confronta, sia per in-

⁷ L. ELIA, *Intervento* in AA.Vv., *I diritti fondamentali oggi*, Atti del Convegno dell'A.I.C., Taormina 30 novembre-1° dicembre 1990, Padova, Cedam, 1995, 308.

⁸ L. ELIA, *Intervento* in AA.Vv., *I cattolici italiani nei tempi nuovi della cristianità*, Atti del Convegno di studio della Democrazia cristiana, Lucca, 28-30 aprile 1967, Roma, Ed Cinque Lune, 1967, 598.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Per cui, al contrario, vi è per il cristiano un «dovere di partecipazione responsabile alla vicenda politica della comunità» (S. COTTA, *La responsabilità politica dei cattolici nel rinnovamento odierno della società* in *I cattolici italiani nei tempi nuovi della cristianità*, cit., 94). Per Cotta, infatti, a causa delle carenze del mondo e della sola ragione naturale «l'intero popolo di Dio non può rinunciare a proclamare quella Parola che illumina anche il campo politico».

terrogarsi sul suo più profondo significato, sia per elaborare le riflessioni che effettivamente segnano una rilevante distanza tra i due.

Nell'acuta ricostruzione di Pietro Scoppola viene evidenziato come, oltre alle motivazioni più strettamente politiche da più parti avanzate, alla radice di quell'abbandono vi fu una precisa consapevolezza: la progressiva secolarizzazione e la perdita della coscienza della cristianità nella società italiana. Del resto, in una società secolarizzata, sottolinea Scoppola, «non c'è più spazio per una DC come egli l'ha concepita»¹¹.

Tale concezione, mai teorizzata, emerge sicuramente, in parte, dalla lettera di dimissioni dalla Direzione del partito e dal Consiglio nazionale presentata al Consiglio stesso nella riunione dell'8 settembre 1951. In essa Dossetti assume che si è chiuso un periodo storico: «il periodo della costruzione democratica a ispirazione cristiana che avrebbe dovuto seguire al mandato attribuito dal popolo il 18 aprile»¹².

Pertanto, rileva Scoppola, emerge per contrasto da questa lettera la sua idea di partito, che avrebbe dovuto essere caratterizzato «da una forte democrazia interna, autonomo dal governo e dal suo capo, rappresentativo degli interessi delle classi lavoratrici e aperto alla collaborazione con le forze che le rappresentano, impegnato in un radicale rinnovamento dello Stato»¹³.

Proprio tale idea di partito, osserva ancora Scoppola, evidenzia la profonda distanza con il ruolo che la DC è stata chiamata a svolgere, soprattutto sotto la guida di De Gasperi, e cioè quello di «garantire alla rinascita democrazia italiana il consenso della Chiesa dopo le sue compromissioni con il fascismo; riportare alla democrazia quei ceti medi e quelle realtà popolari che avevano dato il loro consenso al fascismo; assicurare su questa base una valida resistenza democratica al comunismo»¹⁴.

Anche Elia percepisce la secolarizzazione,

la «scarszza di spirito cristiano che qualifica il nostro tempo»¹⁵,

¹¹ P. SCOPPOLA, *Dossetti dalla crisi della Democrazia cristiana alla riforma religiosa* in *A colloquio con Dossetti e Lazzati. Intervista di LEOPOLDO ELIA e PIETRO SCOPPOLA (19 novembre 1994)*, Bologna, il Mulino, 125.

¹² Il brano della lettera è ripreso dal contributo di Scoppola citato nella nota precedente.

¹³ P. SCOPPOLA, *Dossetti dalla crisi della Democrazia cristiana alla riforma religiosa*, cit., 125.

¹⁴ P. SCOPPOLA, *Dossetti dalla crisi della Democrazia cristiana alla riforma religiosa*, cit., 131-132.

¹⁵ L. ELIA, *Dispetto per la vita*, in *Quindicinale della F.U.C.I.*, 1° marzo 1949, commentando l'aumento del numero dei suicidi.

ma a differenza di Dossetti non la valuta necessariamente in maniera negativa, perché in lui prevale il senso della realtà storica e la necessità di confrontarsi «politicamente» con essa. Il terreno su cui il cattolico non deve perdere posizioni è quello religioso e culturale, non quello politico.

Per la verità, tale distinzione può essere in momenti del tutto straordinari abbandonata perché la realtà storica esige che i cattolici si stringano anche ad unità politica. Così lo stesso Elia che teorizza i due piani, il 1° aprile del 1948, in un editoriale comparso sul Quindicinale della F.U.C.I. dal titolo *Oltre l'attivismo*, giustifica la necessità di un impegno «diretto» dei cattolici nella campagna elettorale allo scopo di impedire la vittoria di partiti anticristiani. Perciò:

«tutti gli appartenenti all'Azione cattolica, e, in parte, l'Azione cattolica stessa, sono impegnati su un terreno di lotta, in cui diventa difficile se non impossibile, distinguere i confini del religioso dal politico, cancellati appunto da quei movimenti che tendono a imporre un ordine anticristiano della vita».

Eppure in questa circostanza egli cerca di introdurre un elemento che differenzi l'attivismo dell'Azione cattolica da quella del partito: «uno spirito di apostolato coerente e penetrante». Perciò «oltre» l'attivismo. Passate le circostanze straordinarie che lo legittimano, occorre tuttavia ripristinare la distinzione delle due sfere. Così, sempre dalle colonne del Quindicinale della F.U.C.I., il 15 febbraio 1949 scrive:

«La partecipazione così intensa dei cattolici organizzati all'evento elettorale del 18 aprile, non ci sembra abbia mutato talmente le condizioni generali da richiedere una forma diversa, di equilibrio tra partito e gerarchia, tra Democrazia cristiana e Azione cattolica. Né ci pare che l'unità che si raggiungeva su un piano spontaneo di ispirazione, debba ora essere raggiunta su un piano di intervento più diretto dell'Azione cattolica nella politica».

Sbaglierebbe chi volesse cogliere una contraddizione nelle due posizioni. Per Elia, infatti, ciò che domina sempre è il senso della realtà ed è questa che si impone nei singoli momenti storici¹⁶. Il raggiun-

¹⁶ Di qui la critica indiretta di A. DEL NOCE, *I cattolici e il progressismo*, Milano, Leonardo Ed., 1994, 190, secondo cui i cattolici progressisti (alla Elia) avrebbero subito la storia anziché comprenderla. In quel volume sono raccolti scritti che l'A. redasse nel 1964 dopo che per esplicita richiesta dei dirigenti democristiani si era impegnato nell'elaborazione di una strategia politica diversa da quella sino ad allora seguita. Del Noce in quegli scritti criticava l'impostazione del cattolicesimo progressista in ragione del suo forte legame con il comunismo (dovuto a suo giudizio

gimento del fine «ultimo» (la città celeste), infatti, suppone azioni umane e uno

«scopo temporale da raggiungersi con strumenti naturali, con cause proprie, che variano da epoca a epoca, come da epoca a epoca varia la configurazione concreta del bene comune»¹⁷.

La consapevolezza del mutamento delle condizioni culturali (la cristianizzazione della società italiana) e politiche (l'impronta degasperiana nella politica della DC) conducono invece Dossetti verso un sostanziale disinteresse per il partito che aveva contribuito a creare. Così alla domanda che giustamente si pone Scoppola («Perché la DC non lo interessava più?»)¹⁸ non può che anteporsene, con lo stesso Autore, un'altra: «La domanda non investe solo la vicenda del partito ma coinvolge, come è evidente, il tema più ampio della presenza dei cattolici nella vita pubblica»¹⁸.

In una società secolarizzata, infatti, «non c'è più spazio per una DC come egli l'ha concepita»¹⁹. Di qui il drastico giudizio che precede il suo abbandono: «Perduta questa occasione non ce ne sarà una seconda. Inutile porsi questi problemi perché non ce ne sarà una seconda. Non ci sarà una generazione di cattolici al potere, una seconda generazione, una seconda *chance* non ci sarà. Sicuramente no»²⁰. Dinanzi a queste ultime affermazioni (siamo nel 1993) vi è da chiedersi se Dossetti avesse davvero creduto nella sua giovanile affermazione di non credere «ad un partito di cattolici»²¹.

Probabilmente, come egli stesso dichiara nell'intervista di Scoppola ed Elia, più che frutto di una ricostruzione teorica e culturale tale convinzione era il frutto di una intuizione che, di lì a qualche anno, lo porterà all'abbandono. Non perché non credesse più al partito dei cattolici, ma probabilmente perché ne aveva intravisto l'irrealizzabilità. O meglio ne aveva toccato con mano la «variante» degasperiana di diretto coinvolgimento nel progetto della Chiesa in quanto gerarchia ecclesiastica.

ad una lettura eccessivamente distorta di Maritain) che avrebbe condotto ad un ateismo dello stesso cattolicesimo.

¹⁷ L. ELIA, *Religione e politica*, in *Ricerca*, 1° febbraio 1948.

¹⁸ P. SCOPPOLA, *Dossetti dalla crisi della Democrazia cristiana alla riforma religiosa*, cit., 120.

¹⁹ P. SCOPPOLA, *Dossetti dalla crisi della Democrazia cristiana alla riforma religiosa*, cit., 125.

²⁰ Dalla intervista a Melloni in G. DOSSETTI, *La ricerca costituente 1945-1952*, a cura di A. Melloni, Bologna, il Mulino, 1994.

²¹ In *A colloquio con Dossetti e Lazzati*, cit., 45.

Così in quella intervista ebbe a dire: «per uno che riflettesse sulla storia della Chiesa e sulla storia della vicenda delle due società, non era difficile pensare che se questo tipo di argomentazione poteva servire nell'immediato per un'operazione politica, non sarebbe servito a lungo per tenere i cattolici italiani al coperto da un coinvolgimento politico di dimensioni tali che avrebbe finito col determinare il coinvolgimento della Chiesa e quindi un'usura della religiosità»²².

La consapevolezza della scissione dei due piani (religioso e politico), normale per Elia, diventa invece la drammatica circostanza dell'abbandono di Dossetti, per il quale i due piani dovevano convergere senza l'intervento della Chiesa in quanto tale.

In altri termini «la chiarificazione del problema ideologico»²³ in due cattolici impegnati produsse due esiti speculari.

Per Elia i valori cristiani non possono imporsi con i mezzi della politica ma, anzi, devono irradiarsi fuori dalla vita politica organizzata. La DC per lui non è il partito dei cattolici, ma un partito di ispirazione cristiana, e diversamente non potrebbe essere. La scomparsa dal panorama politico italiano di quel partito è da lui avvertita con rammarico, non in quanto eclisse del partito che aspirava a rappresentare l'unità politica dei cattolici in Italia, ma in quanto partito che aveva saputo, anche grazie alla sua ispirazione cristiana, sconfiggere il pericolo di un ritorno della destra e di un avvento del comunismo, conducendo dunque all'affermazione della democrazia.

Per Dossetti, al contrario, il cattolicesimo politico e sociale non poteva non tradursi in una specifica missione politica.

Resta da capire se la scissione delle due sfere, piuttosto che dichiarazione di irrealizzabilità dell'unione delle due, costituisca una chiarificazione «ideologica» del problema.

Col senno del poi, la scomparsa della DC, non solo non ha eliminato il problema ma lo ha amplificato, come ben ha sottolineato Elia in uno dei suoi ultimi interventi, in cui si chiedeva se la scomparsa della DC, dissolvendo il legame biunivoco che legava quel partito alla Chiesa, avesse o meno favorito l'espandersi del principio di laicità. Questa la sua amara risposta:

«La rottura di quell'equilibrio ha aperto un mercato soprattutto elettorale, che, nelle condizioni politiche italiane, costituisce di per sé una forte tentazione per vari partiti, o coalizioni di partiti, ad offrire le soluzioni di questioni aperte ritenute più gradite all'apparato eccle-

²² In *A colloquio con Dossetti e Lazzati*, cit., 48.

²³ A. DEL NOCE, *I cattolici e il progressismo*, cit., 228.

siastico in cambio di docili voti; i quali, se anche assai inferiori per quantità a quelli di un tempo, presentano una sicura attrattiva nel quadro di un sistema maggioritario bipolarizzato»²⁴.

D'altra parte, l'esistenza della DC nella scena politica italiana ha posto ai cattolici un costante e ricorrente interrogativo: un partito di ispirazione cristiana deve tradurre nella sua azione politica e di governo le idee dei cattolici? Anzi, deve imporre quelle idee? Deve, in altri termini diventare il partito dei cattolici?

Per Dossetti, infatti, il suo abbandono dalla politica è in larga parte motivato dal giudizio negativo sulla politica della DC *post* 1948 e sulla sua scelta di non tradurre il cattolicesimo sociale nell'azione di governo.

Per Elia, invece, l'impegno del cattolico nella politica è essenzialmente fondato sull'animazione nella vita associata, al di fuori della vita politica organizzata. Animazione che consisterà nel portare sempre il messaggio cristiano e nell'essere di sostegno cristiano agli uomini impegnati nella politica attiva. In un articolo dal titolo *A proposito di Cristianesimo e Cristianità*, comparso sul Quindicinale fucino del 1 maggio 1949 firmato Galileo Galilei, si trova espresso in maniera limpida il pensiero di Elia, quasi che l'avesse egli stesso scritto:

«Al cristiano laico che lavora sotto la sua responsabilità nella città terrena, sarà vicino il fratello dell'Azione Cattolica, che vive più a diretto contatto con la Chiesa, e che dà tutto se stesso all'opera di evangelizzazione. Così tra i due immediati di cui dicevamo sorgerebbe l'idea di una mediazione. E naturalmente non soltanto un'idea, un modo di pensare o uno stato d'animo, ma un modo di orientare la propria attività».

4. *L'influenza dell'ispirazione cristiana nell'«idea» di partito: il rifiuto della visione «illuministica» di costruzione di un modello legislativo*

Questa attività indiretta di sostegno del cattolico alla politica, tanto cara ad Elia, si manifesta sotto altro e più rilevante profilo, quello del pensiero, proiettandosi nella costruzione teorica dell'«idea» di partito.

²⁴ L. ELIA, *Intervento in Chiesa cattolica e modernità*, Atti del Convegno della Fondazione Michele Pellegrino, Università di Torino, 6 febbraio 2004, a cura di F. Bolgiani, V. Ferrone, F. Margiotta Broglio, Bologna, il Mulino, 2004, 226.

Di qui il rifiuto della visione illuministica (comunque, prescrittiva) della costruzione di un modello legislativo di partito. Ed è precisamente nella polemica-dibattito contro la partitocrazia, che impegna Elia per lungo tempo, che emerge tale sua posizione. Per inciso, egli è tra i primi ad intravedere il rischio della partitocrazia. In un articolo dal titolo *Prospettive*, comparso sul Quindicinale della F.U.C.I. il 15 gennaio 1949, mette in guardia dall'evenienza (già assai presente all'epoca):

«di un potere politico svincolato da qualsiasi indirizzo concreto di origine popolare, ristretto nelle mani di certi uomini che sono alla testa di certi partiti. In questa prospettiva le differenze tra il fascismo e il regime attuale tendono a ridursi sensibilmente: e lo scetticismo a buon mercato s'alimenta della eterna constatazione che, in fondo in fondo, dietro la facciata delle elezioni, le cose stanno andando come prima».

Dinanzi a tale situazione, anziché scoraggiarsi, indica anzi una direzione di marcia:

«Questa valutazione non è gratuitamente pessimistica ma si appoggia ad una realtà umana che è tuttavia suscettibile di mutamento».

Un mutamento che, tuttavia, non può giungere dall'«alto», ma dal «basso» e cioè bisogna:

«impegnare la massa del 18 aprile in una partecipazione alla vita dei partiti della maggioranza col risultato di legittimarli di fronte alla coscienza nazionale».

La stessa difesa del soggetto partito contro le polemiche, allora (come oggi) infurianti, sulla partitocrazia ed in favore della legittimazione dei partiti democratici, dinanzi all'opinione pubblica, è svolta da Elia nella relazione che tenne al Terzo Convegno di San Pellegrino nel 1963. Ed è in questa sede che revoca in dubbio l'approccio illuministico, e cioè l'idea secondo cui gli interventi normativi possano incidere sulla conformazione dei partiti. Dopo aver ricordato che una tale concezione è propria di quella dottrina francese del secondo dopoguerra che, dinanzi all'inadeguatezza organizzativa e funzionale della democrazia parlamentare, invocò l'avvento della repubblica presidenziale, così commenta:

«mentre normalmente i giuristi sono chiamati a dar forma o al massimo a razionalizzare i risultati di una evoluzione sociale, qui le parti si invertivano: si partiva dalla riforma della Costituzione per modifi-

care profondamente le forze politiche, in particolare le forze partitiche radicate nella società civile»²⁵.

La fallacia di tale impostazione sta per Elia nella errata analogia tra partiti astrattamente intesi come «sistema di partiti» e partiti «*situés*». I partiti, infatti, non possono che essere analizzati nella situazione storica in cui nascono e si sviluppano:

«Per questo da noi, io penso che l'approccio di politica costituzionale non debba essere illuministico pur non rifiutandosi a cauti interventi legislativi e il discorso invece che dalle istituzioni-organismi costituzionali debba partire dalle forze politiche, istituzioni sociali a rilevanza costituzionale, come le ha esattamente definite Mortati»²⁶.

Del resto, proprio il metodo del partito «*situé*» era stato in qualche modo quello prevalso nella fase di elaborazione della Costituzione all'interno del dibattito sul riconoscimento costituzionale dei partiti, quale realtà affermata nel Paese attraverso i partiti politici riuniti nei Comitati di liberazione nazionale. L'attuale formulazione dell'art. 49 della Costituzione riproduce la proposta avanzata da Lelio Basso che, tuttavia, prevedeva un secondo comma dal seguente tenore: «Ai partiti politici, che nelle votazioni pubbliche abbiano raccolto non meno di cinquecentomila voti, sono riconosciute, fino a nuove votazioni, attribuzioni di carattere costituzionale a norma di questa Costituzione, delle leggi elettorali e sulla stampa, e di altre leggi».

Fu Dossetti a proporre un ordine del giorno che, pur ammettendo il principio del riconoscimento costituzionale dei partiti con l'attribuzione ad essi di compiti costituzionali, chiedeva un esame congiunto con la II Sottocommissione in cui discutere le modalità di attuazione di tali principi. La riunione non ebbe mai luogo per cui il testo presentato dalla Commissione plenaria all'Assemblea risultò composto di un unico comma²⁷.

Il rifiuto dell'approccio illuministico emerge, nella stessa sede, nella replica a Galloni, secondo cui, dalla natura privatistica dei partiti sa-

²⁵ L. ELIA, *Realtà e funzioni del partito politico: orientamenti ideali, interessi di categoria e rappresentanza politica*, in L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2009, 84.

²⁶ L. ELIA, *Realtà e funzioni del partito politico: orientamenti ideali, interessi di categoria e rappresentanza politica*, cit., 85-86.

²⁷ G. RIZZONI, voce *Art. 49*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, Utet, 2006, 982-983.

rebbe dovuto derivare il diritto soggettivo ad iscriversi a qualunque partito. Elia rifiuta nettamente questo ragionamento asserendo:

«questo mi sembra veramente eccessivo e da escludere perché esiste anche la libertà di coloro che già sono in un partito di non associarsi con colui che richiede l'iscrizione e come non ci può essere un'associazione forzata così, io penso che non ci possa essere un diritto di iscrizione automatica ai partiti»²⁸.

5. *Il rifiuto della visione «organicistica» di riconduzione nello Stato*

Ma nello stesso tempo Elia si contrappone anche a chi propugna la tesi della riconduzione dei partiti nello Stato, quali parti essenziali dello stesso:

«(...) perciò non è una finzione il distinguere, secondo il testo della Costituzione, tra partito, gruppo elettorale e gruppo parlamentare, giacché solo queste due ultime entità, ed in taluni momenti della loro vita, solo calate direttamente nell'organizzazione statale. Certo è lecito immaginare una situazione (e forse ve n'è qualcuna, nei Paesi a regime democratico) in cui essendo il partito una mera macchina elettorale, è possibile dettare una disciplina legislativa (soprattutto in tema di candidature) che ne faccia qualcosa di molto vicino ad un organo dello Stato, quanto meno un *Traeger* delle elezioni, come si è espressa la Corte federale tedesca. Ma io vedo, al di fuori di ogni schema dogmatico e di ogni pregiudiziale, anche un motivo di tipo garantista a favore dello status quo, di garanzia dico, non solo per i partiti (o per taluni di essi), ma soprattutto per lo Stato. Non potendo concepire il partito come macchina elettorale-apparato servente del cosiddetto Stato-persona, non vorrei nemmeno (se non altro a scopo pedagogico) costruire dei partiti che invece di ispirare dall'esterno la politica nazionale, si identificano con lo Stato per occuparlo, invece che per animarlo»²⁹.

Il fenomeno partito politico si inquadra per Elia, secondo le teorie neoistituzionalistiche, nella prospettiva del diritto di associazione dei cittadini piuttosto che in quello dell'organizzazione dei poteri pubblici. Ed in questo egli riprende e riafferma l'idea di Mortati di

²⁸ L. ELIA, *Realtà e funzioni del partito politico: orientamenti ideali, interessi di categoria e rappresentanza politica*, cit., 44.

²⁹ L. ELIA, *L'attuazione della Costituzione in materia di rapporto tra partiti e istituzioni*, Relazione al Convegno di Cadenabbia del 1965 su «Il ruolo dei partiti nella democrazia italiana», ora in L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., 129.

partito come «parte totale»³⁰ e cioè «propria di una formazione sociale che, pur adottando una visione del mondo necessariamente caratterizzata da uno specifico indirizzo politico ideologico, è in grado di proporre una sintesi politica dei particolari interessi espressi dalla società»³¹.

6. *Il partito politico come «formazione sociale» e «corpo intermedio»*

Il rifiuto di entrambe le precedenti ricostruzioni si fonda, per Elia, anzitutto sul piano delle motivazioni storiche. L'allargamento del suffragio elettorale, infatti, aveva, tra l'altro, mutato qualitativamente il concetto di rappresentanza: dissolta l'omogeneità dei rappresentati, erano prepotentemente emerse le contrapposizioni esistenti all'interno del corpo elettorale³².

Tali trasformazioni spinsero i nuovi elettori a collegarsi tra di loro sulla base di medesimi «sentire», con ciò rendendo inadeguate a spiegare tali nuovi fenomeni alcune concezioni della teoria democratica. In particolare, sia quella che considerava i corpi collettivi come l'insieme delle singole volontà individuali attraverso un «contratto sociale»; sia quella, più risalente, basata sulla preordinazione della società ai singoli. Quest'ultima si dimostrava incompatibile con il mutamento qualitativo della rappresentanza, poiché si fondava su di una sovranità popolare «indivisa» e, dunque, inadeguata a sorreggere una realtà in cui, invece:

«i corpi intermedi nascevano e si sviluppavano come manifestazione del pluralismo esistente nella società, rappresentando gli strumenti attraverso i quali i diritti politici attribuiti ai cittadini potevano concretamente esercitarsi. Non solo: questi stessi diritti, assumendo una dimensione collettiva sconosciuta all'epoca precedente, finivano per essere modificati nella loro stessa essenza. Così le esperienze concrete di democrazia (...) mostravano non solo l'importanza, ma addirittura l'ineliminabilità delle formazioni sociali per l'esistenza e lo sviluppo degli assetti istituzionali democratici»³³.

In questo senso i partiti sono stati:

³⁰ C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, vol. II, Padova, Cedam, 1956, 118.

³¹ G. RIZZONI, voce *Art. 49*, cit.

³² L. ELIA, voce *Stato democratico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV ed., Torino, Utet, 2000, vol. XV, 62.

³³ L. ELIA, voce *Stato democratico*, cit., 63.

«elementi caratterizzanti e costitutivi degli assetti democratici dello Stato»³⁴.

Ma al tempo stesso è propriamente l'affermarsi dello stato democratico a mutare la loro fisionomia rispetto al periodo liberale: l'estensione del suffragio elettorale comportò una loro estensione di compiti funzionale a rispondere alle diverse esigenze dei gruppi sociali di cui erano espressione. Tale estensione di compiti li ha resi, progressivamente, e in qualche modo, autonomi dai gruppi parlamentari. Del resto, le nuove funzioni cui man mano venivano assolvendo ne trasformavano il volto:

«nati per svolgere un'opera di intermediazione fra la società e le istituzioni, i partiti si rafforzavano e si strutturavano, fino al punto da "occupare" ed assorbire al loro interno spazi crescenti delle istituzioni e della loro stessa società»³⁵.

Anche nel nostro Paese tale percorso si è puntualmente verificato. Con l'ingresso della Costituzione la vitalità dei partiti assume le caratteristiche prima descritte e contribuisce decisamente allo sviluppo democratico del Paese. Sebbene, ricorda Elia, il peso del precedente ordinamento corporativo continui a sentirsi (di qui gli interventi protettivi di settore) e sebbene, ricorda ancora Elia, già nel 1947 De Gasperi avesse avvertito il peso del c.d. quarto partito, cioè del potere economico³⁶.

Insomma:

«alla prima voglia di pluralismo i partiti di massa seppero corrispondere con vigore e con un quadro di personale politico-amministrativo notevolmente qualificato, partecipe del moto resistenziale e con riconosciute benemeritenze nel difficile passaggio alla Repubblica e alla nuova Costituzione»³⁷.

Si assiste poi anche in Italia al susseguirsi di fasi alterne, sino a giungere anche da noi ad una «occupazione» delle istituzioni e della stessa società, come dimostra, tra le tante, la vicenda del trasferimento

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ L. ELIA, voce *Stato democratico*, cit., 64.

³⁶ L. ELIA, *Le norme sulle «formazioni sociali» nella Costituzione repubblicana*, in AA.VV., *Studi in onore di Gustavo Vignocchi*, Mucchi Ed., Modena, 1992, 548.

³⁷ L. ELIA, *Le norme sulle «formazioni sociali» nella Costituzione repubblicana*, cit., 549.

delle IPAB e dei loro beni ai Comuni e agli altri enti pubblici disposta d.P.R. 616/1977 con cui si realizzava:

«una transizione dal pluralismo sociale all'accentramento politico-partitico»³⁸.

A tale crisi dei partiti fa da contraltare l'espandersi di sedi e gruppi che si affermano autonomamente dalla mediazione partitica e si rapportano direttamente con le istituzioni politiche, in primo luogo con lo stesso Parlamento:

«emergono in tal modo i sintomi di una società che si corporativizza e smarrisce sempre di più anche la percezione di se stessa come unità. I processi decisionali pubblici si intrecciano con quelli privati in una rete di contrattazioni permanenti che di frequente lasciano alle sedi istituzionali ed alle decisioni formalizzate solo il compito di registrare il frutto di tali negoziazioni»³⁹.

Tuttavia, neppure nelle riflessioni più recenti, quando il suo pessimismo sulla capacità di autoriforma del sistema è oramai palpabile, Elia rinuncia a «rilanciare», a guardare avanti al futuro delle istituzioni, evitando visioni «illuministiche» che attribuiscono alle riforme costituzionali (quanto più organiche esse siano) poteri taumaturgici.

Così come, per un verso, lucidamente mette il dito nella crisi dei partiti, connettendola all'esame complessivo delle trasformazioni sociali e politiche della seconda metà del Novecento («dalla crisi delle ideologie totalizzanti che ne avevano accompagnato la nascita al generale ridursi della partecipazione politica; dall'eccessiva burocratizzazione della loro organizzazione interna, fino ai comportamenti poco trasparenti o giuridicamente scorretti di chi ha rivestito responsabilità al loro interno»⁴⁰), per altro verso non rinuncia all'idea che si possa uscire dalla «lunga transizione»⁴¹. Ma per uscirne non v'è altro modo che «tornare» alla Costituzione:

«Non si tratta di affermare in alcun modo indiscriminato il principio di eguaglianza tra formazioni sociali, certo assai diverse tra loro: né di limitarsi a contrapporre un pluralismo "sano" della società civile a un pluralismo "patologico" dei partiti, che hanno superato il con-

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ L. ELIA, voce *Stato democratico*, cit., 66.

⁴⁰ L. ELIA, voce *Stato democratico*, cit., 65.

⁴¹ L. ELIA, *Le sfide dell'innovazione: istituzioni, società e partiti*, Intervento alla tavola rotonda del Convegno per il cinquantenario de «Il Politico», Pavia 4 dicembre 2000, ora in *Il Politico*, 2001, 70.

fine del privato e sono diventati una specie di struttura parastatale. È necessario piuttosto arrivare ai rimedi, attuando rigorosamente l'art. 49 della Costituzione che assegna limiti ragionevoli alla sfera di azione delle forze politiche»⁴².

In tal modo, peraltro, si tornerebbe alla Costituzione anche lasciando alla società civile lo spazio che merita:

«quel principio di sussidiarietà che era implicito nell'ordine del giorno di Dossetti del settembre '46, non sottoposto al voto della prima commissione, ma accolto come documento ispiratore dei principi fondamentali della nuova Carta»⁴³.

Il richiamo all'ordine del giorno Dossetti del 9 settembre 1946 è emblematico del valore che egli attribuisce al principio personalistico-comunitario, magistralmente esplicitato nell'intervento di Moro il 23 marzo 1947 in sede di Assemblea Costituente quando disse:

«il parlare di diritti dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali, mette in chiaro che la tutela accordata a queste formazioni è niente altro che un'ulteriore esplicazione, uno svolgimento dei diritti di autonomia, di dignità e di libertà che sono stati riconosciuti e garantiti all'uomo come tale». In questa prospettiva, proseguiva Moro, il riconoscimento delle comunità costituisce un naturale «svolgimento democratico, poiché lo Stato assicura la sua democraticità ponendo a base del suo ordinamento il rispetto dell'uomo guardato nella molteplicità delle sue espressioni (...) non soltanto individuo ma società nelle sue varie forme, società che non si esaurisce nello Stato».

Il rispetto della persona umana, la sua priorità rispetto allo Stato, se nasce all'interno di una struttura ontologica non tarda a trasformarsi, ovvero a proiettarsi, nelle questioni cruciali della politica costituzionale. Diventa, in altri termini, la fiducia nella capacità della «moralità» umana di mutare le circostanze, anche quelle più sfavorevoli. Più che le leggi, è l'esempio dell'uomo morale (e la contaminazione conseguente da tale esempio) che può condurre all'instaurazione di una sana democrazia.

Per l'uomo morale «cattolico», e con questo si chiude il cerchio, ciò è in qualche misura doveroso: per ripagare Dio della sua Grazia, contribuendo così alla costruzione della società e alla vita democratica del Paese.

⁴² L. ELIA, *Le norme sulle «formazioni sociali» nella Costituzione repubblicana*, 552.

⁴³ L. ELIA, *Le sfide dell'innovazione: istituzioni, società e partiti*, cit., 69.

Il problema della religione civile ed il pensiero di Leopoldo Elia¹

di Stefano Sicardi

SOMMARIO: 1. Di alcune accezioni della religione civile, in generale e rispetto al tessuto religioso, politico e culturale italiano. – 2. Il pensiero di Leopoldo Elia sui rapporti tra religione, società, politica ed istituzioni, con particolare attenzione alle prospettive ricollegabili alla “religione civile”. – 2.1. I primi lavori. – 2.2. L’apporto dei cattolici nel progressivo consolidamento del quadro costituzionale. – 2.3. Il banco di prova del referendum sul divorzio ed i problemi di diritto matrimoniale. – 2.4. I diritti dell’uomo e delle formazioni sociali nel quadro democratico. – 2.5. Le riflessioni sul principio di laicità. 3. Il lascito di Leopoldo Elia.

1. *Di alcune accezioni della religione civile, in generale e rispetto al tessuto religioso, politico e culturale italiano*

Quando si parla di “religione civile” (che può essere inquadrata nel più ampio contesto della «sacralizzazione della politica»² ed essere intesa come un capitolo della “teologia politica”³) si fa riferimento

¹ Ringrazio calorosamente i dott. Luca Imarisio ed Alberto Racca per il prezioso aiuto fornitomi nella raccolta di un materiale documentario assai pregevole ma estremamente ampio e variegato e spesso di difficile consultazione e problematico reperimento. Proprio questa circostanza ha condotto alla decisione di avviare la sezione del sito www.dsg-archiviocostituzionale.unito.it, diretto dai proff. M. Dogliani e M.A. Losano, dedicata agli scritti di Leopoldo Elia, pubblicando quelli aventi ad oggetto il rapporto tra religione, società, politica ed istituzioni. Gli scritti citati nel presente lavoro senza l’indicazione dell’autore sono da intendersi di L. Elia.

² G. FILORAMO, *Che cos’è la religione. Temi metodi problemi*, Torino, Einaudi, 2004, 334 ss., 338 ss.; ID., *Il sacro e il potere. Il caso cristiano*, Torino, Utet, 2009, 148 ss.

³ Teologia politica assume «tre significati distinti, corrispondenti alle tre diverse relazioni possibili tra i due termini che la costituiscono. Se prevale il primo di essi si genera una “politica della teologia” che rimane subordinata al dettame religioso e che, in determinati casi, aspira a realizzare una ierocrazia o una repubblica santa. Se i due termini hanno forza uguale, avremo una riflessione sul nucleo teologico della politica e sul significato filosofico-politico, cioè ordinante, implicato in ogni teologia. Se infine predomina il secondo termine, viene prodotta una “teologia della po-

ad un insieme di «credenze, ...valori, ...miti, ...riti e ...simboli»⁴ trasportati nella vita collettiva (a livello sociale od anche in una dimensione più specificamente istituzionale/pubblica) da quelli di una determinata religione (o, raramente, da quelli di più religioni), ma anche, spesso, trasformati, riplasmati, resi ibridi rispetto ai loro connotati di partenza. La religione civile, in particolare e come indica l'aggettivo che la connota, si caratterizza per il rafforzamento della sfera politico-istituzionale che ne consegue: «accreditare la cogenza superiore dei vincoli che la condivisione di una città impone ai suoi abitanti»⁵.

L'affermarsi ed il consolidarsi di una religione civile (limitandomi a porre in rilievo talune situazioni e senza alcuna pretesa di esaustività) può rivestire il significato di: 1) frenare gli effetti di una religione dominante o, addirittura, volgersi contro di essa (già Rousseau intendeva "disinnescare" il cristianesimo dai caratteri che reputava "incivili"; e si pensi, dopo l'effimera stagione della Dea Ragione, al costruirsi di una "religione civile repubblicana", nella Francia degli ultimi due secoli o alla "religione civile risorgimentale", peraltro coniata in molteplici accezioni); 2) rafforzare tanto la lealtà secolare, quanto la dimensione religiosa accentuatamente pluralistica presente nella società, in una valorizzazione di elementi ideali fortemente radicati nei singoli e nella collettività⁶, tutelandosi la distinzione degli ambiti e non ricercandosi il dominio del religioso sul secolare e viceversa (si pensi all'assetto, ad un tempo, separatista e teista dell'esperienza statunitense, se vissuta in una prospettiva non fondamentalista⁷); 3) favorire un intreccio di vertice, che agisca a cascata sulle

litica", cioè una "teologia civile", alla quale si chiede di rafforzare il legame comunitario e l'ordinamento interno» (M. SCATTOLA, *Teologia politica*, Bologna, il Mulino, 2007, 7). La *Theologia Civilis* di Varrone ha da intendersi come teologia politica dell'impero: la religione "politica" di una *civitas* a vocazione imperialistica e della sua classe dirigente (G. FILORAMO, *Il sacro e il potere*, cit., 83-84).

⁴ G. FILORAMO, *Che cos'è la religione*, cit., 341.

⁵ A. BENUSSI, *Religione civile e condivisione politica*, in *Fil. Pol.*, 1995/2; e pure in AA.Vv., *Religione civile per condividere la città*, suppl. a *I democratici*, 1995/9, 7 ss., in particolare 8.

⁶ Emblematicamente R. BELLAH, *La religione civile in America* (1967), trad. it. Brescia, Morcelliana, 2007.

⁷ Che, quando diventi troppo forte, tende a superare, in nome di una versione letteralista del cristianesimo, il pluralismo dei valori presente nella società americana, non attraverso una prospettiva di cooperazione istituzionalizzata tra autorità secolari e religiose – come spesso avvenuto in Europa – ma conquistando per quanto possibile, ai diversi livelli, gli organi rappresentativi. Sulla situazione statunitense nel corso del tempo, per tutti, M. RUBBOLI, *Politica e religione negli USA. Reinhold Niebhuhr il suo tempo (1892-1971)*, Milano, Angeli, 1985; G. BOUCHARD, *Protestan-*

istituzioni e la società, tra autorità religiose e politiche; intreccio che, a seconda dei tempi e dei contesti, può dar luogo ad esiti differenti, di maggiore o minore egemonia delle une o delle altre, in un quadro comunque di reciproco sostegno (ciò che ha costituito il connotato principale dei sistemi concordatari).

Elemento comune delle pur diversissime accezioni e manifestazioni della “religione civile” è costituito dalla ricerca di un rafforzamento dell’“identità” della collettività (di regola statale) in cui una certa religione civile si colloca.

Diversi sono peraltro anche i livelli di intensità che caratterizzano la religione civile: da elemento riassuntivo di un insieme di idee e tradizioni prevalenti in una data società per le sue vicende storico-culturali (in una prospettiva di trasmissione di valori non però escludente, punitiva o volta comunque a conculcare altre visioni ideali, considerate come di pari dignità e fonte di arricchimento), essa può trascorrere in un’imposizione sempre più autoritaria di comportamenti e di visioni omologate rivolte al compattamento identitario ed alla correlativa esclusione ed intolleranza verso altre impostazioni, con l’obiettivo di rendere dominanti gli orientamenti dei poteri (secolari e non) più forti in campo, interessati, in questo quadro, al di là delle possibili crisi derivanti da aggiustamenti di equilibrio, a sostenersi reciprocamente. Volendo – un po’ scherzosamente –, oltre che di religione civile si potrebbe anche parlare di “religione incivile”, quando il ripudio di una dimensione “repubblicana” fondata sull’umanesimo e l’impegno pubblico (peraltro, in negativo, così fortemente intriso di un’immedesimazione con la patria da escludere dall’amore cristiano del prossimo i nemici di quella)⁸ lasci il posto, sopra un sostrato di

tesimo e democrazia in America, Torino, Claudiana, 1994; Id., *Dio sta marciando. La religione civile come strumento della politica americana*, Molfetta, La Meridiana, 2003; S. FATH, *In God We Trust. Evangelici e fondamentalisti cristiani negli Stati Uniti* (2004), trad. it. Torino, Lindau, 2005; Id., *Dio benedica l’America. Le religioni della Casa Bianca* (2004), trad. it. Roma, Carocci, 2005; da ultimo P. BERGER, G. DAVIES e E. FOKAS, *America religiosa, Europa laica? Perché il secolarismo europeo è un’eccezione* (2008), trad. it. Bologna, il Mulino, 2010 e V. VALENTINI, *Gli Stati Uniti e la religione*, Padova, Cedam, 2010.

⁸ In proposito si veda M. VIROLI, *Come se Dio ci fosse. Religione e libertà nella storia d’Italia*, Torino, Einaudi, 2009, 44, che richiama il pensiero di Pico della Mirandola, come «cuore della religione repubblicana: non uomini resi divini da Dio, ma uomini che si fanno divini perché servono la libertà con l’animo reso grande e forte dalla carità» (*ivi*, 51), cioè la *caritas* (la carità verso la patria), fondamento del patriottismo e dell’ideale del cittadino cristiano (44), per cui «una religione fondata sulla carità», nel senso qui richiamato, «impedisce di cercare la salvezza nella contemplazione e nella solitudine ed esorta invece a servire con saggezza e coraggio il bene pubblico» (*ivi*, 51).

ipocrisia bigotta, alla ricerca e al consolidamento di un reciproco puntello tra il potere civile e quello confessionale, fino allo scambio simoniaco di benefici tra autorità secolare e religiosa⁹.

La sottolineatura della dimensione della religione civile costituisce uno degli scenari che connotano le attuali vicende italiane; ma comunque le problematiche che la caratterizzano e con le quali essa inevitabilmente si incrocia (anche quando l'espressione "religione civile" non era in voga) e, cioè, i modi di configurare i rapporti e gli apporti tra religione, società, politica ed istituzioni, sono stati oggetto, nella nostra storia, di costante approfondimento e discussione (da prima dell'Unità, passando per le vicende risorgimentali fino ad oggi, in relazione, in particolare, al ruolo del cattolicesimo).

È necessario in ogni caso sottolineare che, rispetto al caso italiano, il problema della religione civile verrà qui considerato soprattutto come richiesta e rivendicazione (sia pur declinata variamente nel corso del tempo) di un "naturale" sostrato di valori cattolici (talora senza mediazioni, tal'altra un po' più filtrati) in relazione non solo alla vita sociale, ma a quella politica ed istituzionale. Il problema della religione civile verrà quindi esaminato soprattutto rispetto al rapporto tra cattolicesimo e società italiana, anche se non si devono dimenticare altri tentativi, più o meno riusciti, di innesco di una religione civile italiana – molto meno correlata o addirittura costruita in contrapposizione al cattolicesimo –: si pensi alla valorizzazione della Nazione risorgimentale¹⁰ o, in tempi a noi più vicini, della Resistenza e dell'antifascismo¹¹ e, ancora, alle pessimistiche riflessioni sulla possibilità di una forma di religione civile non unilateralmente derivata dal

⁹ In particolare su questo modo di intendere la religione civile vedi le considerazioni di G. ZAGREBELSKY in *Stato e Chiesa. Cittadini e cattolici*, ora in *Contro l'etica della verità*, Roma-Bari, Laterza, 2008, 9 ss., in particolare 18 ss.; ed in *Scambiarsi la veste. Stato e Chiesa al governo dell'uomo*, Roma-Bari, Laterza, 2010, 61 ss.

¹⁰ Come costruzione di un patrimonio di valori inevitabilmente – sia pur più (Mazzini, il radicalismo, Carducci) o meno (monarchia e liberalismo moderati) – conflittuale con il cattolicesimo, collegato a date fatidiche, a rituali in onore della patria ed, anche, ovviamente, a libri di formazione di massa – come il "Cuore" di De Amicis o, successivamente e con molto minore impatto, il "Piccolo Alpino" di Salvatore Gotta –. Si pensi anche al ruolo giocato dalle associazioni massoniche, in particolare in riferimento alla scuola, per il superamento dell'influenza confessionale nell'ambito dell'istruzione (Crf., di recente, F. CONTI, *Massoneria e religioni civili. Cultura laica e liturgie politiche fra XVIII e XX secolo*, Bologna, il Mulino, 2009, in particolare Parte prima. III (*Massoneria, scuola e questione educativa dall'Unità al fascismo*), 75 ss., e Parte IX (*Il «buon repubblicano»: la pedagogia democratica*), 259 ss.).

¹¹ Anche qui in relazione a date fatidiche, a cerimonie e alla costruzione di solidarietà collettive (si pensi, solo per fare un esempio, ancora negli anni '70, alle attività dei "Comitati Antifascisti").

cattolicesimo, mentre l'attuale contesto italiano sarebbe invece caratterizzato (e non solo da oggi) dal fatto che «la religione-di-chiesa svolg[e] una *supplenza di religione civile* in assenza di una solida, diffusa, unificante cultura repubblicana», non essendo sbagliato parlare di «funzione civil-religiosa» della Chiesa (ovviamente cattolica) italiana¹².

Il pensiero di Leopoldo Elia si rivela in proposito di grande interesse: la sua riflessione di intellettuale di formazione cattolica – particolarmente attento ed aperto alle differenti prospettive ideali e culturali – e di studioso costantemente legato all'impegno istituzionale e politico copre e percorre pressoché tutta l'esperienza repubblicana; ciò non solo costituisce una testimonianza particolarmente significativa ed autorevole sul piano storico, ma traccia coordinate e prospetta argomentazioni che – pur provenienti da molteplici contributi di diversissimo genere letterario – vengono a comporsi in una coerente ed articolata riflessione.

È indispensabile quindi ricostruire nelle sue linee portanti questo pensiero per poterlo poi, in particolare, raffrontare con le questioni poste dai diversi modi di intendere la religione civile.

2. *Il pensiero di Leopoldo Elia sui rapporti tra religione, società, politica ed istituzioni, con particolare attenzione alle prospettive ricoglabili alla "religione civile"*

La riflessione di Leopoldo Elia correlata alle problematiche qui in esame si snoda, come già ricordato, in tutto l'arco della sua attività di studioso, sia come giurista, sia come intellettuale costantemente impegnato nei dibattiti politico-sociali del suo tempo.

Essa viene a collocarsi nel quadro di una riflessione giuridica mai «retrodatata» ed invece in grado, fin dai primissimi scritti, di cogliere le profonde trasformazioni in atto del diritto costituzionale¹³ e, me-

¹² G.E. RUSCONI, *Possiamo fare a meno di una religione civile?*, Roma-Bari, Laterza, 2000, 8 e 13, corsivi nel testo.

¹³ Paradigmatico *I diritti di libertà nella nuova Costituzione*, in *Ricerca*, 15-IX-1947, scritto a ventidue anni. E, ancora, si veda la ricca rassegna critica degli orientamenti e dei più recenti contributi della dottrina italiana e straniera dell'immediato dopoguerra in *Piccola problematica dei diritti di libertà*, in *Ricerca*, 15-VII-1948. L'analisi del costituzionalista va condotta a tutto campo: «bisogna rifarsi a concezioni giuridiche, le quali, pur non uscendo dal campo del diritto positivo, sappiano guardare oltre le norme scritte, e, con più viva consapevolezza della realtà storica, si propongano di identificare, in una zona più profonda e più remota, i caratteri fondamentali che distinguono tutto l'ordinamento» (a proposito dell'ammissibilità del re-

todologicamente, nella prospettiva di posizioni che rifuggono apriorismi e si propongono di scavare nei problemi senza pregiudiziali e preclusioni e con particolare cura ricostruttiva e documentaria¹⁴.

2.1. *I primi lavori*

Già negli scritti giovanili dell'immediatissimo dopoguerra – quando è in gestazione la Costituzione repubblicana – un Elia poco più che ventenne mette a fuoco, sulla già ricordata rivista *Ricerca* (periodico degli universitari cattolici), alcune questioni essenziali per il tema di cui qui ci si occupa. Egli considera fondamentale la garanzia che si sta apprestando da parte dei Costituenti rispetto alle «libertà di coscienza, di culto e di proselitismo», affermate «con assoluta chiarezza» nell'art. 16 del progetto di Costituzione; condanna le violazioni perpetrate in passato sulle minoranze non cattoliche, sottolineando (già

ferendum sull'art. 139: *Possibilità di un mutamento istituzionale in Italia*, in M. GLISENTI e L. ELIA (a cura di), *Cronache Sociali 1947-1951* (antologia), I, San Giovanni Valdarno-Roma, Landi, 1961-1962, 414 ss., in particolare 416). Ancora si ricordino le consapevoli acquisizioni in merito ad una democrazia contemporanea di partiti rispetto alle posizioni ancora troppo ancorate al contesto ottocentesco: *Realtà e funzioni del partito politico: orientamenti ideali, interessi di categoria e rappresentanza politica* ed, in particolare, *Replica [Relazione al III Convegno di studi della Democrazia Cristiana, S. Pellegrino, 13-16/IX/1963, ora in L. ELIA, Costituzione, partiti, istituzioni, Bologna, il Mulino, 2009, 77 ss., in particolare 107 ss. (anche in AA.Vv., Partiti e democrazia, Roma, Cinque Lune, 1964, 107 ss.)]*. Sull'approccio metodologico di Elia al diritto costituzionale, in particolare come docente e sulla sua figura di giurista ed intellettuale profondamente consapevole dei caratteri della politica e sul suo rapporto con la politica, vedi le pagine di F. PIZZETTI, *La democrazia come equilibrio*, in AA.Vv., *Leopoldo Elia. Costituzionalista e uomo politico rigoroso e innovatore*, Reggio Emilia, Diabasis, 2009, 17 ss.; sul “realismo critico” di Leopoldo Elia, come «itinerario che dai fatti e dall'esperienza morale da essi indotta giunge alla formulazione di principi etico-giuridici di cui afferma la verità, e che di qui... elabora il diritto» e come «l'espressione di una rapporto tra verità, scienza e politica che Elia ha dimostrato, con la sua vita e la sua opera, essere possibile e fecondo», vedi le meditate e commosse considerazioni di M. DOGLIANI, *Leopoldo Elia: dalla verità dei fatti alla verità della scienza del diritto*, in *Diritto Pubblico*, 2008, 899 ss., in particolare, per le citazioni, 908 e 909.

¹⁴ Emblematicamente per questo tipo di approccio vedi gli scritti, su cui si ritornerà, *Art. 34 del Concordato e impegno antidivorzista dello Stato italiano*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, VI, Padova, Cedam, 1974, 2811 ss. (da cui, in seguito, si citerà), e pure in *Giur. Cost.*, 1971, 2920 ss.; e *Giuseppe Dossetti e l'art. 7 della Costituzione*, in L. MONTEFERRANTE e D. NOCILLA (a cura di), *La storia, il dialogo, il rispetto della persona. Scritti in onore del cardinale Achille Silvestrini*, Roma, Studium, 2009; ed anche in F. TRANIELLO, F. BOLGIANI e F. MARGIOTTA BROGLIO (a cura di), *Stato e Chiesa in Italia. Le radici di una svolta* (Atti del Convegno della Fondazione Michele Pellegrino, Torino, 23-XI-2007), Bologna, il Mulino, 2009, 191-212 (da cui si citerà).

fin da ora con una presa di distanza da certe accezioni della religione civile) che le persecuzioni dei non cattolici sotto il fascismo non derivarono da intransigenza dogmatica ma «da bassa manovra politica, di chi vedeva nell'unità religiosa del popolo un puro coefficiente di potenza, un mero "instrumentum regni"»; ed afferma che la rivendicazione del cattolicesimo quale religione di Stato, reputata comprensibile per le caratteristiche della società italiana, «non sia comunque essenziale», rispetto alla garanzia delle libertà sopra ricordate (essendo «unico... l'edificio della libertà e... la violazione di una di esse» ponendo «in pericolo tutte le altre») e possa anzi «servir di pretesto alla pigrizia di certi così detti cattolici, che già pacificamente si addormentarono sui guanciali della Conciliazione. Ciò che conta veramente è la libertà per noi e per gli altri: è in questa condizione che dovremmo tentare in un ambiente nel quale l'ateismo assoluto si alterna a un cristianesimo puramente decorativo, la liberazione, più difficile, la liberazione dal peccato»¹⁵.

Rispetto al rapporto poi tra religione e politica, sulla scorta del richiamo a Maritain¹⁶ (che resterà negli anni un suo preciso punto di riferimento), Elia raccorda l'azione politica dei cattolici alla comprensione della natura del bene comune non individuato nella salvezza delle anime, ma da considerare invece (verrebbe da dire non integralisticamente), sulla scorta del richiamo a Tommaso d'Aquino, «un fine ultimo nel suo ordine, che tende a realizzare la forma più perfetta di convivenza umana: una meta terrena dunque, da conseguire direttamente con mezzi naturali... uno scopo temporale da raggiungere con strumenti naturali, con cause proprie, che variano da epoca ad epoca, come da epoca ad epoca varia la configurazione concreta del bene comune». Si deve tener conto – prosegue Elia – come, nell'ultimo secolo, sia cambiato «il modo di far valere le esigenze di ispirazione cristiana sul piano temporale»: da un'azione della Chiesa rispetto allo Stato confessionale, senza responsabilità per i laici, si

¹⁵ *La libertà religiosa*, in *Ricerca*, 01-III, 1947.

¹⁶ «No, non basta credere, non basta obbedire, bisogna anche pensare: non dico spregiudicatamente, ma affrontando il rischio della cultura come Maritain lo ha affrontato, fermandoci a tutti i porti della sapienza antica e moderna, pagana, razionalista e comunista e ritornando infine nel porto della saggezza cristiana... dinnanzi a un mondo che soffre..., che vuol mutare, tiriamo un gran sipario, ci scriviamo sopra "interclassismo o solidarismo e passiamo oltre"», mentre Maritain indica l'esigenza di «diverse scuole di sociologia cristiana»; La lezione di Maritain ci indica che «è su queste basi di coraggio e non conformismo che dobbiamo far fronte alle responsabilità culturali» (*Esempio di Maritain*, in *Ricerca*, 01-V-1947). Per un successivo richiamo a Maritain si veda, emblematicamente, *Maritain e la rinascita della democrazia: schema per una ricerca*, in *Studium*, 1977, 579 ss. (su cui ci si soffermerà più oltre).

passa oggi a richieste dal basso che concorrono con altre, portatrici di esigenze opposte. Si va verso un'epoca in cui la Chiesa non si accorderà con i principi o i parlamenti, ma con le grandi masse popolari. E «questo regime che trae impulso dalle inclinazioni sociali divise e contrapposte, è un regime di corresponsabilità integrale in cui la esatta percezione delle differenze tra sfera religiosa e sfera politica, acquista importanza vitale»¹⁷.

Sono qui gettate le basi di un pensiero di ispirazione cattolica e, più in generale cristiana, che intende calare i valori che la caratterizzano all'interno di una società che si riconosce consapevolmente come pluralistica (sul piano religioso, politico, culturale, ecc.), di massa ed in via di rapido cambiamento, nella quale il bene comune va ricercato nell'incontro e non nella contrapposizione, nel confronto critico e non nell'irrigidimento dottrinale, nella partecipazione responsabile del laicato e non in un rigido rapporto di gerarchia ecclesiastica. In questo quadro, in dissenso verso le posizioni che vorrebbero, dopo la vittoria del 18 aprile, imporre una concezione rigidamente ed univocamente cristiana delle scelte politiche e legislative, si rivendica la necessità «di maggior fiducia per le intenzioni culturali» nell'Azione Cattolica, criticando un atteggiamento che vorrebbe «solo parole d'ordine e direttive di marcia» e non comprende come «[la] perplessità, [l'] esitazione necessaria sia un momento indispensabile di ogni effettiva presa di coscienza». Per concludere: «È vero: il cristiano non può mai accontentarsi del problemismo: e tuttavia questa disposizione spirituale condiziona la nostra idoneità ad essere fattori di storia. Del resto porci con spirito di indipendenza di fronte ai problemi non significa affatto dimenticare le soluzioni supreme del Vangelo e della Chiesa; significa piuttosto cercare le possibilità di realizzazione temporale, tenendo conto di tutte le incognite di un'epoca»; e, ancora: «una società cristiana è il presupposto inderogabile di una politica cristiana» e la società cristiana è da costruire, in tempi lunghi e quindi bisogna fare i conti con la società di oggi¹⁸.

2.2. *L'apporto dei cattolici nel progressivo consolidamento del quadro costituzionale*

Gli anni successivi, quelli dell'asestarsi della democrazia repubblicana pur tra insoddisfazioni e ritardi, vedono Leopoldo Elia, per quanto qui più specificamente rileva, attivamente impegnato anzitutto nei dibattiti intellettuali interni al mondo cattolico. Le sue coordinate

¹⁷ *Religione e politica*, in *Ricerca*, 01-II-1948.

¹⁸ *Guardare lontano*, in *Ricerca*, 15-IX-1948.

di pensiero e le sue prospettive vanno consolidandosi, spaziando, per i temi che qui interessano, dal ruolo dei partiti (e del partito cattolico, in particolare) nelle democrazie contemporanee ed in quella italiana, alla riflessione sulle proposte del cattolicesimo politico rispetto alle prospettive del nostro Paese. Le considerazioni di ordine generale si intrecciano con il confronto rispetto a figure fondamentali del periodo considerato, costituite anzitutto da De Gasperi e Dossetti, che resteranno non solo presenti ma centrali in tutta la riflessione di Leopoldo Elia.

Si ricordi anzitutto il saggio *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno*, che si dipana nel quadro di un dialogo caratterizzato da grande rispetto e profondo apprezzamento ma anche da rilievi critici nei confronti di alcuni passaggi della relazione di Dossetti al III Convegno nazionale dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani¹⁹. L'approccio di Elia ai problemi dello Stato, del suo ruolo, delle riforme necessarie concordava con l'esigenza dossettiana di superare quietismi, ritardi e concezioni inadeguate del pensiero cattolico del tempo, sottolineava la necessità di abbandonare «ciò che di paternalistico e di assistenziale viene talora contrabbandato sotto il nome di scuola sociale cristiana» (e pure le proposte di stampo corporativo, il cui eco era stato presente anche nella Costituente) e di «collegare in modo diretto l'esigenza cristiana dell'*aequitas* intrinseca» di derivazione tomistica «alla aspirazione alla rappresentatività, che è propria dello Stato moderno»²⁰. Peraltro Elia rimproverava a Dossetti tanto elementi di eccessiva semplificazione²¹, quanto, e non con parole mor-

¹⁹ *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno*, in *Civitas*, 1954/1, 24 ss., in particolare 24, ove il contributo di Dossetti – la sua «serrata relazione» – viene considerato come «il perno dei lavori» del terzo Convegno Nazionale dell'Unione Giuridica Cattolici Italiani, 12-14 XI 1951 e «senza dubbio tra i documenti più notevoli della coscienza cattolica nel secondo dopoguerra» (*ivi*, 25). A questa relazione Elia, anche molti anni dopo, si richiamerà più volte, considerandola un essenziale punto di riferimento: cfr. *Le norme sulle «formazioni sociali» nella Costituzione repubblicana*, in *Studi in onore di G. Vignocchi*, I, Modena, Mucchi, 1992 (da dove si citerà), 546 ss., in particolare 551 (anche in *Il Diritto dell'Economia*, 1989, 349 ss.) e *Democrazia, libertà e liberazione*, in A. CHIODI (a cura di), *Cattolici alla prova tra fede e politica. Per un servizio di promozione umana*, Firenze, Vallecchi, 1977, 27 ss. (specificamente su Dossetti e la sua relazione del 1951: «Dossetti: una democrazia finalizzata a compiti di liberazione», 35 ss.).

²⁰ *Funzioni*, cit., 26.

²¹ «Concepire la «reformatio» in termini di organizzazione del pubblico e limitazione del privato» è riduttivo in quanto «sembra ridurre la questione fondamentale al problema di eliminare una serie di prevaricazioni dei privati; ma ognuno vede che questa impostazione non è affatto sufficiente a spiegare l'ampiezza della crisi e pare restringere al piano politico una iniziativa che dovrebbe propriamente esercitarsi su tutti i piani» (*Funzioni*, cit., 28); in un contesto in cui non è possibile ri-

bide, un eccesso di astrattezza²², nel prefigurare, nella situazione dei primi anni '50, accentuate forme di interventismo statale e di contenimento del potere economico. Potrebbe sembrare fuori tema rispetto all'argomento qui trattato quanto appena richiamato, mentre invece testimonia dell'atteggiamento di Elia, caratterizzato da consapevole ma non minimale realismo (che lo allontana anche dalle posizioni espresse da La Pira nello stesso convegno²³).

Va raccordata a quanto precede la necessità, avvertita da Elia, di una Democrazia Cristiana che sappia interpretare il pluralismo sociale non guardando all'indietro ma in avanti, in relazione alle trasformazioni del sindacato e della politica che investono le società occidentali²⁴. Anche questo richiamo pare pertinente a ciò di cui qui si tratta, perché – lungi dal costituire un luogo comune – viene idealmente a saldarsi con le valutazioni critiche che Elia farà in relazione all'arroccamento della DC al tempo del referendum sul divorzio.

Già intorno alla metà degli anni '60 del secolo scorso, intervenendo ad un convegno sui "Cattolici Italiani nei tempi nuovi della Cristianità", Elia pone alcuni punti fermi che è qui essenziale sottolineare. Egli muove dall'importanza della valorizzazione del pluralismo e della società civile, constatando però l'«estrema tenuità della società civile italiana», non quindi «in pieno vigore» di fronte ad uno «Stato decrepito», ma invece fortemente carente anzitutto nella «dimensione del civismo o della virtù civica»²⁵ e poi ancora in quella

durre il problema della formula proprietaria alla questione delle limitazioni del privato (*ivi*, 29).

²² Il «patetico» della relazione, mancante di «vigenza» (*Funzioni*, cit., 26); la «linea Dossetti» non è certo «solo un fiore del riformismo, nato sulle rovine del riformismo»; vanno però sottolineate, «sia pure in forma problematica», le sue scoperture (*Funzioni*, cit., 27).

²³ *Funzioni*, cit., 27. Verso Giorgio La Pira Elia manifestò sempre grande rispetto ma le *formae mentis* erano lontane: altrove, ad esempio, egli ricorda come la visione di La Pira sulle formazioni sociali fosse orientata in senso organicista, a differenza che per gli altri costituenti cattolici, cui Elia è più vicino (*Le «formazioni sociali»*, cit., 547), ma analoghe lontananze si ritrovano anche in altri scritti su religione e politica.

²⁴ «Quale... l'immagine di partito che noi dobbiamo proporre al Paese? È un partito che, al di là delle consultazioni organiche con i neo-notabili, immaginate da De Gasperi, si presenta aperto nei suoi quadri alla società italiana, che sa prescindere, nella utilizzazione delle competenze e delle capacità, dalla presentazione della tessera, che prende il bene dove lo trova: un partito che a tutti i livelli si apre ai nuovi esponenti della società civile e tenta di recuperare il ritardo che ha nei confronti di questa» (*Relazione al III Convegno di studi della Democrazia Cristiana*, S. Pellegrino, 13-16/IX/1963, ora in *Id.*, *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., 106).

²⁵ *Intervento*, in G. ROSSINI (a cura di), *I cattolici italiani nei tempi nuovi della Cristianità* (Atti del Convegno di Studio della Democrazia Cristiana, Lucca, 28-30 aprile 1967), Roma, Cinque Lune, 1967, 594 ss., in particolare 595.

della debolezza dell'«opinione pubblica»²⁶. Tutto ciò preoccupa fortemente perché proprio dalla società debbono venire gli *inputs* e la risposta ai pericoli della società tecnologica. Ancora, più specificamente, Elia si sofferma su di un secondo punto, «il più delicato», riferendosi «alla debolezza della società religiosa in Italia», correlata alla debolezza della società civile: un primo pericolo sta nel rischio di perdere da parte dei cattolici il senso del sociale, nel senso della difesa nella società di certi valori qualificanti; un secondo pericolo – e ciò va debitamente sottolineato – consiste invece «nella tentazione in cui è posta la Chiesa di cercare appoggio presso l'autorità dello Stato».

Merita qui proporre due citazioni particolarmente significative. In relazione al primo pericolo Elia sottolinea che

«gran parte dei valori della coscienza si difendono con azioni e reazioni nella società civile, diffondendo giudizi e modi di comportamento... sempre più al di fuori del raggio di competenza del potere e dell'autorità statale. I cattolici sono portati a dimenticare che il passaggio dalla tutela autoritaria alla tutela spontanea, fondata sul volontariato dei singoli cittadini e di gruppi extrastatali, non degrada, di per sé, gli istituti (e i valori che essi includono) a situazioni meramente soggettive, socialmente irrilevanti. È vero piuttosto che la falsa dicotomia (tutela del potere pubblico o irrilevanza sociale) si supera soltanto costruendo dal basso (con la partecipazione di coloro che compongono il popolo di Dio) una serie di stati d'animo, di convinzioni e di propositi collettivi: e agire in questa prospettiva è certo più difficile che confidare in interventi dall'alto, nell'azione dell'autorità. Ma il compito che, per molti valori e per molti istituti, sta davanti nel futuro dei cattolici italiani è proprio questo: non chiedere la difesa del potere statale, ma crearla essi stessi, se possono, nell'ambito della società»²⁷.

In relazione al secondo pericolo Elia individua il rischio nel fatto che

«dalla difesa della libertà religiosa si passi alla difesa indiscriminata dei testi concordatari, specie quando questi assicurano alla Chiesa uno *status* particolare privilegiato. Da un impegno assoluto in questo senso

²⁶ *Intervento*, cit., 596; in questo quadro si richiamano criticamente le tendenze alla statizzazione delle Università, con la correlativa esclusione a priori di una prospettiva all'americana che potrebbe favorire la creazione di centri indipendenti di opinione (*ivi*, 597); un ulteriore riferimento all'Università, in relazione qui alla valorizzazione dell'esperienza inglese, di «centri universitari pubblici, ma dotati di notevolissima autonomia finanziaria ed amministrativa», nella *Prefazione* ad A. VINCIGUERRA, *La Scuola possibile*, Roma, Cinque Lune, 1973, V ss., in particolare VI.

²⁷ Per le citazioni che precedono, *Intervento*, cit., 598-599.

è necessario, a mio avviso, mantenere una posizione di distacco perché, in un quadro del tutto singolare come il nostro, non è sempre vero che un partito di cattolici "scleralizzati" la Chiesa... perché viceversa, se non ci guardassimo da quella tentazione, la Chiesa potrebbe essere indotta, a sua volta, a preoccuparsi dell'unità politica dei cattolici, anche al fine di mantenere e consolidare il proprio *status* di confessione più favorita»²⁸.

Di qui l'attenzione per la vicenda ed il futuro della Democrazia Cristiana, che «ha compiuto scelte molto rilevanti in piena autonomia» rispetto alla posizione della Chiesa Cattolica; ma comunque dal Concilio Vaticano II «ci viene un invito ad eliminare, o quanto meno a ridurre» il «tasso di confessionalismo pratico»²⁹, valorizzando l'apertura verso le altre confessioni religiose e la loro correlativa tutela giuridica; affinché la DC possa riproporre la sua

«candidatura alla guida di una società pluralistica difficile, in cui... non si tratta di ridurre le diversità all'unisono, perché non ci sarebbe più la *polis*; ma si richiede di trarre dalla diversità quella linea del bene comune (e di questo bene anche il documento conciliare dà una nozione dinamica) suggerita da una interpretazione spregiudicata e libera degli interessi del Paese»³⁰.

Dalle considerazioni che precedono emerge una linea di pensiero di genuina adesione ad una società libera e pluralistica (senza farne un mito ma avendo ben presenti anche le sue inadeguatezze) in cui le posizioni ideali e politiche dei cattolici devono porsi in una prospettiva che rifiuti rendite di monopolio ed, in particolare, il puntello clericale dello Stato alla Chiesa; insomma, in un rifiuto netto di una delle accezioni di religione civile ricordate all'inizio di questo lavoro, quella cioè che porta alla religione civile intesa come mutuo appoggio e sostegno tra autorità secolari e religiose (con elargizione di privilegi in cambio di sostegno).

2.3. *Il banco di prova del referendum sul divorzio ed i problemi di diritto matrimoniale*

Ci si è soffermati in modo particolare sulle posizioni che prece-

²⁸ *Intervento*, cit., 599, corsivi nel testo.

²⁹ *Intervento*, cit., 601-602.

³⁰ *Intervento*, cit., 603, corsivi nel testo. sul ruolo positivo della DC per la democrazia italiana, anche in una visione retrospettiva, *Il partito cattolico e il suo orgoglio*, in *Il Messaggero*, 04-XI-2003, 1.

dono perché esse vengono a riproporsi e sono ulteriormente sviluppate non solo nel corso dei dibattiti, che vedranno la partecipazione di Leopoldo Elia, sull'introduzione del divorzio in Italia e sul conseguente referendum abrogativo, ma anche in studi più specialistici. Ci si confronta qui, insomma, con lavori di diverso taglio, di più immediato coinvolgimento nel confronto pubblico in ordine alle questioni appena ricordate, ma pure di approfondimento di aspetti storico-giuridici, scandagliati attraverso un'attenta analisi documentale.

Al primo filone appartiene un intervento nel dibattito su "Divorzio e Referendum", organizzato dalla rivista "il Mulino". Colpiscono in modo particolare le considerazioni con le quali Elia afferma (in disaccordo rispetto a Gabrio Lombardi) che «nemmeno la maggioranza può "disporre" della situazione maturata con l'approvazione della legge del divorzio». E non solo per ragioni storico-fattuali (nelle società in cui si è introdotto il divorzio non si è tornati indietro) ma anche – il punto è nuovamente da sottolineare – per il significato che rivestono le «norme permissive o facoltative, o facoltizzanti»: in relazione al divorzio «non si è tornati indietro, perché si aggiunge una possibilità alle scelte dell'individuo», anche in relazione a casi che vengano giudicati negativamente sul piano di una determinata etica³¹. Insomma

«ciò che non è criminoso e che quindi viene in qualche modo incluso nella sfera delle scelte, sia pure in circostanze... disgraziate... viene ad accorparsi con le altre possibilità della persona, cosicché il

³¹ *Intervento*, in AA.VV., *Divorzio e referendum* (Atti del Convegno de il Mulino), Bologna, Quaderni Mulino, 1972, 81 ss.; 116 ss., in particolare, per le citazioni, 81. Anche successivamente Elia noterà, in riferimento ad istituti quali il divorzio e l'aborto, che «non si può negare che nel fenomeno della *privacy* inteso in senso ampio confluiscono componenti che rendono del tutto illusorio tutelare o voler difendere con mezzi giuridico-istituzionali valori ormai rimessi all'iniziativa spontanea, anche se di carattere non meramente privato, di comunità e di gruppi di varia dimensione. L'adesione e il consenso riferiti a taluni di questi valori non possono avvalersi del mezzo giuridico, ma debbano, se vogliono essere efficaci, concretarsi in comportamenti liberamente assunti» (*I diritti dell'uomo, fondamento di convivenza civile e politica*, in AA.VV., *Diritti dell'uomo e società internazionale*, Milano, Giuffrè, 1983, 251 ss., in particolare 254, corsivo nel testo). In altro lavoro si sottolinea che «la moltiplicazione dei diritti... faceva parte del fenomeno di valorizzazione della soggettività, di valorizzazione dell'individuo: fenomeno con zone notevoli anche di ambiguità dal punto di vista di un'elaborazione cristianamente preoccupata e ispirata, ma comunque fenomeno che poteva avere – e ha certamente – aspetti positivi accanto ad altri ambigui o negativi» (*I diritti di libertà, oggi: punti nodali*, in AA.VV., *Personalismo e solidarismo cristiano alla prova dell'evoluzione del Paese – Atti del Seminario, tenuto a Roma il 14/15-II-1987* -, Roma, A.V.E., 1987, 81 ss., in particolare 84-85).

volerglielo riprendere è sentito come sopruso e come sopraffazione. Che mi importa che la maggioranza abbia questa immagine di un matrimonio eternamente vincolante? Quello che mi importa e che questo evento, l'introduzione del divorzio, una volta storicamente maturato anche se a seguito di circostanze deprecabili, aumenta la sfera di possibilità dell'individuo»;

se lo Stato «torna indietro, sia pure attraverso la manifestazione più alta, che è quella del popolo, per limitare questa nuova possibilità, è sentito come fuoriuscente dalla disponibilità della maggioranza, è sentito come prevaricazione sulla società nella pluralità delle sue componenti» (si prospetta qui un argomento che si riproporrà anche in tempi recenti in relazione alla vicenda dei DICO); di qui l'apriorismo di Gabrio Lombardi:

«dove sta scritto che, prescindendo da aspetti religiosi, il matrimonio naturale, inteso con senso storico e con un minimo di plausibilità, debba essere indissolubile? Perché dovremmo considerare innaturale o contro natura il matrimonio di una serie di società storicamente ben definite?».

Il carattere naturale del matrimonio come indissolubile è «un a priori; ma soprattutto è un a priori il giudizio di convenienza»; l'unità delle famiglie è difesa da diversi tipi di matrimoni e l'unione registrata è talmente simile al matrimonio da farne un discorso di nomi³². Va ricordata la doppia sottolineatura nel dibattito da parte di Elia, che evidenzia che «sia pure su scala quantitativamente modesta, la dissolubilità c'è. Per di più in questa materia conta la qualità e non la quantità. In Italia abbiamo un legislatore indissolubilista largamente beffato», attraverso le ricadute dell'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche. Insomma, «non c'è... collegamento meccanico che dovrebbe essere alla base della razionalità referendaria: dico di no al divorzio, ergo, dico sì all'indissolubilità del matrimonio... le scelte sono estremamente più complesse»³³.

³² Per le citazioni che precedono *Intervento*, in AA.VV., *Divorzio e referendum*, cit., 82.

³³ *Intervento*, in AA.VV., *Divorzio e referendum*, cit., 83, 116 e 117, ed anche *Art. 34 del Concordato e impegno antidivorzista dello Stato italiano* (già citato in nota 15) 2835 e nota 84; e, ancora, nella prospettiva che si tuteli davvero il valore dell'indissolubilità e non nella prospettiva di mere ragioni di opportunità: «è lecito ritenere che l'unica garanzia a che il ricorso ai tribunali della Chiesa sia determinato da seri problemi di coscienza passi attraverso l'eliminazione dell'esecutività agli effetti civili delle pronunce ecclesiastiche. Non si può escludere, tuttavia, che la giuri-

Coloro che hanno promosso il referendum abrogativo sul divorzio, muovendo da un

«a priori di tipo giusnaturalistico...hanno ceduto a un vizio illuministico. In un certo senso essi, rovesciando un modo giuseppinistico o giuseppistico di intrudersi nella vita civile, si sono sentiti, con questo cercare di imporre a tutta intera la società italiana, attraverso una maggioranza che può anche esserci³⁴, questo famoso modello, si sono sentiti giuristi riformatori... in ciò il loro difetto culturale: una mancanza di senso storico nel giudicare ciò che è controproducente o meno in una società... io non credo che siano gli articoli del codice civile a garantire un'oasi nella società tecnologica moderna».

Se allora le volontà non sono per l'indissolubilità «cerchiamo di cavarne per la società civile tutto il minor male o tutto il bene che se ne può cavare. Ecco perché io penso che se ci curviamo con senso storico su questa società, forse riusciremo a capire perché non c'è una parificazione assoluta fra permissivismo e norme permissive»³⁵. Il deviare «dall'esperienza di tutti i cattolici europei, dei democratici cattolici europei»³⁶ dà da pensare. Il referendum sul divorzio «divide male». L'eventuale abrogazione (ma lo stesso referendum, quale ne sia l'esito, «preclude la possibilità di revisione del Concordato»³⁷... una delle esigenze più serie e che aveva riunito... i rappresentanti delle maggiori forze politiche italiane») rende impossibile una politica ecclesiastica... dopo una tale vittoria per un lungo periodo di anni non si potrà riavere la collaborazione» delle forze politiche laiche, «per-

sdizione civile sul divorzio (accompagnata da un sostanziale pareggiamento dei regimi patrimoniali conseguenti a divorzio e a dichiarazione di nullità) non produca, almeno in parte, il risultato che siano sottoposti al giudice della Chiesa veri affari di coscienza e non pretese più o meno fondate a liberarsi degli "effetti civili". Va da sé che il riferimento alla "coscienza" non esclude la rilevanza giuridica delle questioni nell'ordinamento canonico» (*ivi*, 2839 e nota 101).

³⁴ Ma che se effettivamente vi fosse, nella prospettiva di Elia, non dovrebbe imporsi, appunto, a colpi di maggioranza.

³⁵ Per le citazioni che precedono *Intervento*, in AA.Vv., *Divorzio e referendum*, cit., 83.

³⁶ *Intervento*, in AA.Vv., *Divorzio e referendum*, cit., 116 (Cfr. anche Art. 34, cit., 2825, nota 45).

³⁷ In altro lavoro, *Appunti per una revisione «sostanziale» del Concordato*, in *Humanitas*, 1974, 170 ss. in particolare 170 [anche in AA. Vv. (Alicata, Calogero, Elia, Forcella, Natoli, Nenni, Piccardi, Scalfari, Scoppola, Togliatti), *L'articolo 7 e il dibattito sul Concordato*, Roma, Savelli, 1977, 161 ss.], Elia noterà che qualcuno potrebbe proprio dire «benedetto almeno questo referendum, se seppellisse per sempre ogni velleità di revisione!».

ché avremo riaperto, da destra invece che da sinistra, le vecchie contrapposizioni... tra clericalismo anticlericalismo»³⁸.

In relazione alle riflessioni contenute in studi maggiormente specialistici viene in questione la finissima analisi sull'art. 34 del Concordato del 1929, nel segno di una fedele ricostruzione della sua genesi e presidiata da un forte senso dello Stato³⁹ e da un'accurata distinzione dei compiti in ambito matrimoniale tra Stato e Chiesa cattolica, guardandosi dal confondere connotati del diritto canonico con quelli del diritto statale e dal far travalicare il primo nel secondo⁴⁰: insomma si manifesta grande attenzione per il principio di distinzione delle sfere o degli ambiti, senza forzature e pur ponendosi nell'ottica di comprendere a fondo le ragioni della Chiesa cattolica⁴¹. Tutto ciò premesso, dall'esame del Concordato Elia afferma che non si possa trarre un vincolo (né esplicito, né implicito) dello Stato italiano al matrimonio indissolubile. È da escludere che il problema possa essere risolto se non da una disciplina espressa⁴². La logica del compromesso concordatario «scinde il momento del contratto-sacramento, imponendone l'accettazione *ut sic* nell'ordinamento civile, dal momento successivo, quello del vincolo matrimoniale che nell'ordinamento dello Stato “nasce da una legge civile ed è da questa regolato”»⁴³; e, ancora, «la pronuncia del giudice italiano che produce la cessazione degli effetti civili del matrimonio è uno dei possibili eventi ricompreso nel più vasto ambito degli “effetti civili” del matrimonio-atto, nato o riconosciuto nel nostro ordinamento statale». L'impegno assunto nel 1929 dallo Stato italiano è consistito nel «far conseguire al matrimonio canonico trascritto la stessa somma di effetti (niente di più, niente di meno), o *rectius*, gli identici effetti del matrimonio celebrato davanti agli ufficiali di stato civile»⁴⁴; e «lo Stato può, fino ad un certo punto, disinteressarsi, oltreché del rito, anche

³⁸ Per le ultime tre citazioni *Intervento*, in AA. Vv., *Divorzio e referendum*, cit., rispettivamente, 116, 117 e 118.

³⁹ Richiamando il pensiero di D'Avack, Elia, in relazione al significato da attribuire alla espressione “effetti civili” da ricavarsi alla stregua del diritto italiano, considera, tra gli altri, «vero argomento essenziale» riportato da D'Avack quello per il quale «i principi stessi fondamentali, su cui poggia» il matrimonio, «restano sempre ed esclusivamente stabiliti dall'autorità dello Stato, senza che la potestà della Chiesa possa in alcun modo intromettersi per sostituirvi o aggiungervi concorrentemente quelli da essa emanati» (Cfr. il già ricordato *Art. 34 del Concordato e impegno antidivorzista dello Stato italiano*, in particolare qui 2834, nota 80).

⁴⁰ *Art. 34*, cit., 2830.

⁴¹ *Art. 34*, cit., 2841.

⁴² *Art. 34*, cit., 2823-2824.

⁴³ *Art. 34*, cit., 2827.

⁴⁴ *Art. 34*, cit., 2828.

dell'atto-matrimonio, ma non può, in base ai principi di eguaglianza tra i cittadini e di unità dell'ordinamento giuridico, ammettere facilmente che quanto agli effetti si ritorni al sistema delle leggi personali. Il compromesso dell'art. 34 non comporta solo il riparto di attribuzioni genericamente designate, ma implica pure che il linguaggio e il correlativo significato concordatario delle formule attribuite vada costruito con le nozioni e i concetti accolti da ciascun ordinamento per la parte che pattiziamente gli spetta... la formula "effetti civili" trae dal diritto italiano la pienezza del suo contenuto»⁴⁵. Da tutto quanto fin qui considerato ne consegue la libertà per il Legislatore italiano di introdurre lo scioglimento per tutti i matrimoni, tanto civili che concordatari. Dall'esame della genesi della normativa concordataria si trae infatti un «doppio rifiuto dello Stato italiano» per «ogni forma di doppio regime» e «di ogni impegno a mantenere l'indissolubilità del matrimonio civile». Come quindi affermò la Corte Costituzionale non vi fu con il Concordato alcuna obbligazione italiana mantenere l'indissolubilità del matrimonio⁴⁶.

A ciò si deve aggiungere, nell'*Intervento* al Convegno dei Giuristi Cattolici del 1975, la garbata differenza rispetto alle posizioni di Lorenzo Spinelli (pur molto elogiato per la soluzione proposta): se Elia potrebbe ammettere «anche la possibilità di ricorrere al giudice civile per la nullità del matrimonio agli effetti civili», pur apprezzando ma non abbracciando la prospettiva di *lex personalis* prospettata da Spinelli (secondo la ricostruzione del pensiero del quale «la coppia sceglie il rito, sceglie il diritto e il regime che è collegato al rito e al diritto prescelto»), Elia però ritiene che questa impostazione «cozza un po' con quella che è stata la scelta del giudice unico, la scelta di fondo operata in ordine al divorzio»⁴⁷; e conclude ritenendo che, «presa la strada dell'acquisizione del principio di dissolubilità all'ordinamento italiano, sia scevra di inconvenienti, soprattutto per la Chiesa, la riduzione della giurisdizione ecclesiastica a mero problema di coscienza religiosa tra i coniugi»; e, ancora – marcandosi la prospettiva di valore di Elia, già emersa in precedenza (volta ad evitare indebite mescolanze tra ambito religioso-spirituale ed ambito secolare) –, così «cadrebbe ogni sospetto circa chi adisce questa giurisdizione, e soprattutto sarebbero più liberi i due ordinamenti. Quella

⁴⁵ Art. 34, cit., 2829, come si è già rilevato nella precedente nota 40.

⁴⁶ Per le citazioni che precedono, Art. 34, cit., 2832; vedi anche 2831 ove si ribadisce il «rifiuto fermissimo di ogni doppio regime».

⁴⁷ *Intervento* (XXVI Convegno Nazionale di Studio dei Giuristi Cattolici Italiani, Roma 6/8-XII-1975), "I rapporti tra Stato e Chiesa in Italia", in *Iustitia*, 1975, 468 ss., in particolare 469.

spinta, che a me sembra impropria, ad assimilare, ad avvicinare per forza i due ordinamenti, che in qualche misura è promossa dal mantenimento degli effetti civili delle sentenze ecclesiastiche, verrebbe a cadere, e ogni diritto percorrerebbe il suo cammino secondo la sua natura e le sue aspirazioni più profonde⁴⁸. Dunque: separazione degli ambiti nel nome di una scelta genuina, di principio, tra l'una o l'altra giurisdizione, non favorita da elementi di comodo, di cui Elia è ben consapevole⁴⁹.

Nel quadro della prospettiva considerata vengono a situarsi "Gli appunti per una revisione «sostanziale» del Concordato"⁵⁰, che ci introducono alle successive considerazioni operate da Elia, in una serie di lavori più recenti, sul concetto e le implicazioni della laicità. Emerge con chiarezza una posizione volta ad immaginare le condizioni più favorevoli (quindi cercando di evitare quello che Elia considerava un referendum, come già ricordato, che divideva male) al fine di condividere la «positività... di una revisione seria (e cioè sostanziale) del Concordato» che muovesse anzitutto dalla sua sostituzione con pattuizioni di diversa struttura (pur ancora coperte dall'art. 7), ciò rendendo «più facile distinguere tra un documento dedicato a sancire la libertà religiosa della Chiesa, con le ulteriori implicazioni, da altre intese su singole *rex mixtae*»⁵¹. Ad Elia peraltro interessa «più la sostanza, e cioè che talune clausole del concordato, giudicate per comune valutazione non in armonia con l'evoluzione del tempo e lo sviluppo della vita democratica, siano comunque eliminate o profondamente corrette»⁵². Si tratta di superare il lavoro della Commissione Gonella per giungere a più testi «che sanciscano la transizione dal presente e tradizionale principio di privilegio ecclesiastico a un sostanziale regime di libertà, sia pure qualificato dalla situazione storica della Chiesa in Italia», con il parallelo cadere di «residui giurisdizio-

⁴⁸ *Intervento* (XXVI Convegno Nazionale di Studio dei Giuristi Cattolici Italiani, Roma 6/8-XII-1975), 471-472.

⁴⁹ «Concorrenza senz'altro incresciosa» quella tra giurisdizione civile ed ecclesiastica, «perché potrebbe sorgere il sospetto che un maggior ricorso alla giurisdizione ecclesiastica si verifica per il fatto che le regole di diritto sostanziale sono più larghe o che la procedura è più agevole e più rapida; e rimarrebbe sempre il sospetto di una sorta di competizione che potrebbe essere ritenuta non soltanto fastidiosa ma in qualche modo quasi sleale o comunque impropria» (*Intervento*, op. ult. cit., 471).

⁵⁰ *Appunti per una revisione «sostanziale» del Concordato*, in *Humanitas*, 1974, 170 ss. e in AA.Vv. (Alicata, Calogero, Elia, Forcella, Natoli, Nenni, Piccardi, Scalfari, Scoppola, Togliatti), *L'articolo 7 e il dibattito sul Concordato*, Roma, Savelli, 1977, 161 ss.

⁵¹ *Appunti*, cit., 170, corsivo nel testo

⁵² *Appunti*, cit., 170-171.

nalistici», al fine di dare «una più rigorosa attuazione al principio di reciproca indipendenza e sovranità» ex art. 7 Cost. e non rimanere inerti di fronte ad un Concordato «malandato e minacciato» anche in relazione ai possibili interventi della Corte Costituzionale⁵³.

I punti maggiormente controversi – che «non debbono» comunque «essere drammatizzati» – vengono qui individuati nella disciplina del matrimonio. Ci si muove – come in altri scritti di Elia già richiamati – nell’ambito di dibattiti condizionati dalle incertezze giuridiche (poi superate) susseguenti all’approvazione della legge sul divorzio. Ma le considerazioni svolte sono assai significative per il discorso che qui si intende svolgere. Si avverte, da parte di Elia, che chi «vuol risolvere la questione dell’art. 34 del Concordato avendo di mira non il domani o il dopodomani soltanto, ma il futuro, deve costruire una disciplina a maglie larghe che non connetta indissolubilmente l’indissolubilità degli effetti civili all’atto di celebrazione del matrimonio canonico, concordatario nella fattispecie. Anzi» – e qui ritornano le posizioni più volte ribadite in precedenza – «chi volesse dare alla disciplina sul matrimonio, contenuta in una nuova pattuizione, un massimo di durata nel tempo dovrebbe anche escludere l’efficacia civile delle sentenze dei tribunali ecclesiastici, ai quali, per mille motivi essenzialmente religiosi, sarebbe giusto che i cattolici ricorressero solo per ragioni di coscienza»⁵⁴. Emergono con chiarezza, ancora una volta, le coordinate di Elia nel rapporto tra Stato e Chiesa: non intrecci indebiti, non sovrapposizione di piani, chiara distinzione tra sfera secolare e sfera spirituale, al fine di preservare da indebite utilizzazioni le vie ecclesiastiche non per ragioni di coscienza, ma di mera opportunità. Siamo anche qui all’opposto di concezioni della religione civile che si incentrano sul mutuo appoggio (e scambio di favori) tra autorità secolari e religiose a “beneficio” – si fa per dire – di entrambe. La proposta di Elia è poi la soluzione che si affermata definitivamente: «un *package deal* che giustappone giurisdizione ecclesiastica con effetti civili da un lato e possibilità di divorzio anche per il matrimonio concordatario dall’altro» (pure per evitare effetti negativi sulle intese con le Confessioni non cattoliche). Ancora Elia ricorda che «la famiglia italiana e le sue fortune dipendono dal mantenimento (e dal recupero) di abiti etici, di fedi religiose, di tensioni spirituali con le quali i “modelli” del Concordato e del Codice civile hanno sempre meno a che fare». A queste considerazioni fondate sull’autenticità dei valori e non su un tessuto normativo ana-

⁵³ *Appunti*, cit., 172.

⁵⁴ *Appunti*, cit., 173.

cronistico (e controproducente) fa riscontro la posizione conclusiva sull'art. 34 del vecchio Concordato:

«Dunque, l'art. 34 potrebbe subire due ridimensionamenti. Uno massimo, auspicabile per chi vuole patti meno soggetti alle intemperie: non incompatibilità o indifferenza alla cessazione degli effetti in sede civile e fine della giurisdizione ecclesiastica civilmente efficace, restando in questo caso alla Chiesa la facoltà particolare in confronto ai culti ammessi, di celebrare con effetti civili, prescindendo, entro certi limiti, dalle condizioni e dai requisiti previsti dal nostro codice; o un ridimensionamento che consiste nel pacchetto risultante dalle sentenze della Corte costituzionale, in questo caso sarebbe evidente la posizione di privilegio mantenuta dalla Chiesa (assolutamente *contra Constitutionem*, malgrado gli effetti della Corte, secondo alcuni giuristi)»⁵⁵.

Ed il giudizio sulla disciplina concordataria matrimoniale si esprimerà successivamente in forme ben più drastiche: «sarebbe meglio rinunciare a istituzioni anacronistiche, che sono sparite dovunque tranne che in Italia, come gli effetti civili della giurisdizione ecclesiastica: ...reliqui del passato, che non esistono nemmeno più nei concordati con la Lituania e la Lettonia»⁵⁶.

A queste riflessioni sulla materia concordataria può essere ricollegato uno scritto recente⁵⁷, terminato dall'autore poco prima della sua scomparsa, sul ruolo di Dossetti nelle discussioni e decisioni dell'Assemblea costituente intorno all'art. 7 (manifestandosi ancora una volta quel legame e dialogo che si ripropose tra Elia e Dossetti per circa un sessantennio⁵⁸).

⁵⁵ Per le citazioni che precedono *Appunti*, cit., 174.

⁵⁶ *Elia; la Chiesa si sbaglia, mai così intransigenti con un governo. Il costituzionalista cattolico; tentano di imporre un'egemonia culturale. Ruini segue Moro: battersi nella società non nelle Camere* (intervista di A. CAZZULLO a L. ELIA), in *Corriere della Sera*, 13-II-2007, 15.

⁵⁷ *Giuseppe Dossetti e l'art. 7 della Costituzione*, cit., 191 ss.

⁵⁸ Ed accentuandosi nel tempo le sintonie sulle differenze e l'esigenza di difenderne l'attività di costituente. Degli scritti di Elia su Dossetti si possono ricordare: *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno*, cit., 24 ss.; *De Gasperi e Dossetti*, in *Nuova Antologia*, 1974, 463 ss.; *Democrazia, libertà e liberazione*, in A. CHIODI (a cura di), *Cattolici alla prova tra fede e politica. Per un servizio di promozione umana*, Firenze, Vallecchi, 1977, 25 ss., in particolare, "Dossetti: una democrazia finalizzata a compiti di liberazione", 35 ss.; *Un pensiero alternativo al dossettismo*, in AA.Vv., *Ricordo di Franco Rodano*, numero speciale di *Quaderni della Rivista Trimestrale*, 1983/75-77; *Introduzione* a AA.Vv., *Giuseppe Dossetti e Nilde Iotti a Montevoglio. I valori della Costituzione*, Reggio Emilia, Pozzi, 1995; *Difendo Dossetti*, in *Nuova Fase*, 1996/4, 47 ss. e *Intervento* alla presentazione del libro di G. DOSSETTI, *La Co-*

Elia, in particolare, di fronte alla centralità del ruolo di Dossetti (in relazione al suo rapporto diretto con la Santa Sede sul problema del futuro art. 7), si interroga sulle opposte valutazioni del suo operato, essendosene sottolineata «l'assoluta intransigenza con cui in tutte le sedi difese la formula convenuta con gli interlocutori ecclesiastici» (i rapporti tra Stato e Chiesa cattolica regolati dai Patti Lateranensi), ma pure, essendo stato segnalato «il suo tentativo di “deconfessionalizzazione” dell'art. 7, peraltro giudicato “fallito”»⁵⁹. Elia nota come si tratti di due facce inscindibili, «nel senso che la sua “irremovibilità” sulla formula era ai suoi occhi giustificabile anche con la esclusione della c.d. costituzionalizzazione delle singole clausole dei patti». Rispetto al primo atteggiamento si ricorda come Dossetti (e De Gasperi⁶⁰) mirassero «a coinvolgere l'impegno della Chiesa italiana» (cui

stituzione, le radici, i valori, le riforme, Roma, Ediz. Lavoro, 1996/4, 47 ss.; *Il contributo di Dossetti alla seconda parte della Costituzione*, in *Humanitas*, 5/2002, 739 ss.; *Dossetti alla Costituente*, in *Giornata di Studio su Giuseppe Dossetti all'Assemblea Costituente e nella politica italiana, 05-XII-2006*, Segretariato Camera dei Deputati, Roma, 2007, 29 ss.; *Discorso del presidente emerito della Corte Costituzionale, prof. Leopoldo Elia, in occasione del sessantesimo anniversario della Costituzione della Repubblica Italiana*, in *Giur. Cost.*, 2008, 629 ss., cit., 636; *Giuseppe Dossetti e l'art. 7 della Costituzione*, cit., 191 ss.; vedi anche *infra*, §. 2. 5. E sulla stampa quotidiana: *Quel che Dossetti ci ha insegnato*, in *Il Popolo*, 19-XII-2001, 1; *Da Dossetti a Prodi*, in *Europa*, 21-IX-2004,1; *Dossetti/1. Non era un clericale*, in *Europa*, 19-II-2006.

⁵⁹ *Giuseppe Dossetti e l'art. 7 della Costituzione*, cit., 194.

⁶⁰ Più volte Elia elogerà la figura di Alcide De Gasperi, in particolare per la sua azione volta a tenere «bassi», gli «antichi steccati» confessionali, per la «sua capacità di impegnare cattolici e non cattolici con appelli di tipo extraconfessionale» [*Intervento* in G. ROSSINI (a cura di), *I cattolici italiani nei tempi nuovi della Cristianità*, cit. 610], proteggendo l'autonomia dei politici cattolici rispetto alle richieste del Vaticano – e pagando, per questo, prezzi alti anche personali –, manifestando attenzione per le altre confessioni religiose [De Gasperi sostenne in Costituente che il vilipendio alla religione di Stato dovesse essere esteso alle altre confessioni (*Intervento* in G. ROSSINI, cit., 602)] e costruendo un vero partito a vocazione maggioritaria, difensore delle nuove istituzioni, capace di accogliere il voto moderato e conservatore per politiche più avanzate, un partito reale e non frutto di elaborazioni intellettualistiche, perno della nuova Italia, consapevole della necessità di costituire blocchi di alleanze compatti per mantenere l'equilibrio e di costruire la valorizzazione del Parlamento sulla dialettica tra maggioranza e opposizione (*De Gasperi e Dossetti*, cit., 466; si veda anche *infra*, §. 2. 5, testo e note). Elia ritiene peraltro scorretto «mettere a contrasto l'umanesimo tollerante e aperto ai laici di De Gasperi con l'integralismo di Dossetti e dei dossettiani: il cliché dell'integralismo non regge alla critica più elementare perché tra l'altro i dossettiani, soprattutto con gli interventi dell'on. Lazzati, dettero un contributo rilevantissimo alla lotta contro il confessionalismo geddiano» (*De Gasperi e Dossetti*, cit., 466). Su De Gasperi vedi anche il contributo di Elia *De Gasperi e la questione istituzionale*, in MINISTERO PER I BENI E LE ATTIVITÀ CULTURALI-COMITATO NAZIONALE 1945-1946 alle origini della Re-

peraltro Dossetti non aveva lesinato critiche) nella costruzione della nuova democrazia postfascista», poiché «la *renovatio* dello Stato non era disgiungibile dalla *renovatio* dell Chiesa»⁶¹. Per quanto riguarda il secondo punto, «finalizzato al ridimensionamento degli aspetti indubbiamente confessionisti» del Concordato del 1929, «Dossetti respingeva la tesi», come ricordato, della costituzionalizzazione (ma, anche, eccessivamente, qualsiasi contrasto tra le normative contenute nei Patti e la Costituzione), tesi che Elia afferma essere stata, almeno in parte, sconfessata successivamente attraverso il ricorso al parametro dei “principi supremi”⁶². Dossetti si propose di bilanciare la difesa del cattolicesimo (compresa l’inclusione, poi non avvenuta, del cattolicesimo come religione di Stato, che testimoniava però la posizione di Dossetti per la mancata costituzionalizzazione dei Patti) con aperture alla libertà di coscienza, alla tutela del diritto comune delle confessioni contro interventi derogatori *in peius* e con proposte al diritto all’assistenza spirituale nelle istituzioni totali esteso a tutte le confessioni⁶³.

pubblica, 1945-1946 *Le origini della Repubblica*, a cura di G. MONINA, II. *Questione istituzionale e costruzione del sistema politico democratico*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2008, 19 ss. Elia ha tenuto in grande considerazione anche la figura di Giuseppe Lazzati, esempio di animatore di «una intrapresa di formazione alla politica, educando a pensare politicamente sulla base di una cultura di ispirazione cristiana, quale si addice ad un laico impegnato nell’ordine temporale oltretutto in quello spirituale» (*Presentazione*, in qualità di vice-presidente dell’Associazione “Città dell’Uomo”, di L. ELIA a AA.VV., *Testimonianze su Giuseppe Lazzati* (con introduzioni di F. Cossiga e G. Dossetti), Milano, Associazione “Città dell’Uomo”, 1986, 5 e, più ampiamente, *Il pensiero etico-politico*, in *Giuseppe Lazzati. Aspetti e momenti di una biografia*, Roma, A.V.E., 1994, 161 ss.). E ancora non deve essere dimenticato il vivido ricordo di Vittorio Bachelet – accostato a Guido Zanobini per «finezza d’ingegno e per livello morale» – «cattolico che serve la ricerca e lo Stato» con totale «distacco dagli interessi personali» (*L’opera di Bachelet giurista e docente di diritto. Servire lo Stato attuando la Costituzione*, in *Coscienza*, 1980, 18).

⁶¹ Per le citazioni che precedono *Giuseppe Dossetti e l’art. 7 della Costituzione*, cit., 195-197.

⁶² *Giuseppe Dossetti e l’art. 7 della Costituzione*, cit., 199-203.

⁶³ *Giuseppe Dossetti e l’art. 7 della Costituzione*, cit., 197-198, nota 17 e 212 nota 46; si veda, sinteticamente, L. ELIA, *De Gasperi, Dossetti e l’art. 7 della Costituzione*, in *Europa*, 20-VIII-2005, 6; *Dossetti/1. Non era un clericale*, in *Europa*, 19-II-2006, 1. Ulteriori elementi utili alla ricostruzione degli antefatti del dibattito intorno all’art. 7 ed alla posizione delle forze in campo si ritrovano in F. MARGIOTTA BROGLIO, *L’art. 7 della Costituzione: una storia ‘meno segreta’*, in S. MERLINI (a cura di), *Piero Calamandrei e la Costituzione dello Stato democratico 1944-1948*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 161 ss.

2.4. I diritti dell'uomo e delle formazioni sociali nel quadro democratico

Le considerazioni svolte da Elia nei lavori fin qui considerati debbono essere completate da alcune significative notazioni da Lui espresse trattando dei diritti dei singoli e delle formazioni sociali in relazione ai connotati della democrazia a lui contemporanea.

Ai nostri fini acquistano particolare significato due scritti, l'uno dedicato ad uno sguardo sintetico in prospettiva generale sui diritti di libertà, l'altro al pensiero di Maritain negli anni immediatamente successivi al secondo conflitto mondiale⁶⁴.

In relazione al primo lavoro qui preso in esame⁶⁵, va sottolineata, perché tipica dell'approccio in termini pacati e costruttivi a problemi anche particolarmente dividenti (come, emblematicamente, il divorzio), la preoccupazione di Elia per il fenomeno dell'assolutizzazione dei diritti, che ha avuto modo di manifestarsi a partire dal carattere assoluto dei beni ambientali, ma anche ricordandosi, esemplificativamente, il rapporto tra cacciatori e protettori della fauna e tra fumatori e non fumatori. E, in conseguenza, Elia notava come si andasse «stabilendo una zona di tensioni per l'assolutizzazione di certi beni» e «la difficoltà di farli coesistere con la tutela di altri beni»⁶⁶; ed al contempo ricordava che «vi è la necessità qualche volta di arrivare a soluzioni provvisorie»; insomma, il problema di fondo consistendo nel fatto che «sono cresciuti i valori a cui si dà rilievo... l'assolutizzazione dei beni e dei valori incorporati nei beni crea tutta una serie di grandi tensioni per la difficoltà di renderli compatibili e di farli coesistere in un modo appropriato»⁶⁷. Si trattava allora di un discorso collegato al tema ecologia-economia, che peraltro avrà modo di riproporsi, in tempi a noi più vicini, a proposito delle valutazioni da

⁶⁴ Si ricordino, inoltre, *I diritti umani nella politica, una politica per i diritti umani*, in AA.Vv., *Diritti umani e politica*, Roma, Ave, 1983, 99 ss.; ed *I diritti dell'uomo, fondamento di convivenza civile e politica*, in AA.Vv., *Diritti dell'uomo e società internazionale*, Milano, Giuffrè, 1983, 251 ss., ove si sottolinea l'importanza – nell'ambito di un sintetico *excursus* storico conclusivo (nella relazione di sintesi all'incontro "Diritti dell'Uomo e realtà internazionale") sulla positivizzazione del diritto naturale – della «tutela della libertà religiosa contro eventuali prevaricazioni della maggioranza» (a proposito della Costituzione della Virginia); e, si ricordino ancora, con E. VOLTERRA e A. LA PERGOLA, *Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ambito de la educacion en Italia*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 1983, 167 ss.; e *Le norme sulle «formazioni sociali»*, cit., 545 ss.

⁶⁵ *I diritti di libertà oggi: punti nodali*, in AA.Vv., *Personalismo e solidarismo cristiano alla prova dell'evoluzione del Paese*, Atti del Seminario, Roma, 14/15-II-1987, Roma, A.V.E., 1987, 83 ss., in particolare 87.

⁶⁶ *I diritti di libertà oggi: punti nodali*, cit., 87.

⁶⁷ *I diritti di libertà oggi: punti nodali*, cit., 88.

operare e delle risposte da fornire di fronte a “soglie dell’intransigibile” sempre più dilatate in relazione alle problematiche della bioetica ed ai diritti di ultima generazione.

Assai significative sono poi le notazioni sul pensiero di Maritain, un autore che – lo si è già potuto rilevare – sarà sempre presente nella riflessione di Elia, con particolare riguardo all’influenza esercitata dal pensatore francese sui processi costituzionali del secondo dopoguerra: un «aspetto assolutamente essenziale per la “legittimazione” di Maritain a consigliere ascoltato in sede di elaborazione costituyente, in Francia e in Italia» è costituito dalla «sua concezione del tutto deconfessionalizzata delle istituzioni pubbliche e delle regole di comportamento imposte dallo Stato». Il problema non consisteva soltanto nel «sostituire al rapporto privilegiato con i principi... l’impegno a favore di una forma di governo democratica», per «ottenere in base ai risultati elettorali la situazione preferenziale per la Chiesa in precedenza garantita dal volere del monarca». Elia infatti sottolineava che Maritain «ha una posizione di chiarissimo diniego rispetto ad una cristianità profano-cristiana gestita..., sia pure indirettamente, dalla Chiesa»⁶⁸, una posizione – è il caso di notare, ancora una volta – che si pone del tutto al di fuori di concezioni di reciproco intreccio e puntello tra politica e religione, tipiche di certe accezioni della religione civile. Maritain – nota Elia – dall’umanesimo integrale passerà all’umanesimo eroico «nel quale l’ispirazione evangelica rimane davvero sottotraccia, nel senso di non privilegiare, sia pure per via democratica, nessuna istituzione religiosa». Elia fa notare che la realizzazione del pensiero di Maritain, oltre alle vie più direttamente politico-sociali (attraverso «minoranze missionarie» o «un partito di massa») ne annovera una – di realizzazione mediata – e non escludente le altre, che consiste (in una prospettiva meno impaziente, ma

⁶⁸ *Maritain e la rinascita della democrazia*, in *Studium*, 1977, 579 ss., in particolare, per le citazioni, 581. Elia richiama passi di *Diritti dell’Uomo e la legge naturale* di Maritain, ad esempio quando quest’ultimo afferma: «per il fatto stesso che la società politica ha più perfettamente differenziato la propria sfera e il suo oggetto temporale e riunisce, di fatto, nel suo comune bene temporale, uomini appartenenti a famiglie religiose differenti, è divenuto necessario che, sul piano temporale, il principio di eguaglianza dei diritti si applichi a tali differenti famiglie. Non vi è che un bene comune sovranaturale, quello del regno di Dio che è sovra politico. Introdurre nella società politica un bene comune particolare, che sarebbe il bene comune temporale dei fedeli di una religione, fosse anche della vera religione, la quale reclamasse per essi una situazione privilegiata nello Stato, sarebbe introdurre un principio di divisione nella società politica e venir meno, pertanto, al bene comune temporale. È una concezione pluralistica che, sulla base dell’eguaglianza dei diritti, assicura le libertà proprie delle diverse famiglie religiose, istituzionalmente riconosciute, e lo statuto del loro inserimento nella vita civile» (*ivi*, 582).

che non coincide con «un ripiego consolatorio») nell'«affermazione o asserzione (in senso anglosassone) istituzionale, mediante l'inserimento di alcune linee di fondo nella parte programmatica di una costituzione»; una via la cui «capacità “promozionale in senso largo” non va sottovalutata». In relazione alla Costituzione italiana gli esiti sono stati, nella prospettiva considerata, solo parzialmente positivi. Le costituzioni, come – per Maritain – la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, conterrebbero «il minimo del minimale», avrebbero un carattere «ecumenico»; rispetto alla Costituzione italiana però, nota Elia, ciò si registrerebbe in termini più apparenti che reali⁶⁹: infatti non si riscontra in essa «un vuoto di valori o... una sostanziale neutralità su questioni fondamentali»; mentre ove minimalità significasse «"deconfessionalizzazione"» come prima ricordata, «o rifiuto di una ideologia dommaticamente chiusa», si tratterebbe «di una caratteristica positiva»⁷⁰. Al fine di realizzare «l'*idem consensus*» sulla disciplina costituzionale «c'è bisogno... di una neutralità ideologica che però non è così totale come altri ha voluto far apparire»⁷¹: i compromessi costituenti «non supponevano in realtà un agnosticismo totale di concezioni» e, muovendo da iniziali posizioni antitetiche, si pervenne ad una «*summa sociale*, in cui si affermava una concezione personalista e pluralista»⁷².

2.5. Le riflessioni sul principio di laicità

Per quanto più specificamente riguarda il principio di laicità, Elia⁷³, oltre ad una serie di riferimenti contenuti in altri scritti⁷⁴, vi dedica due specifici contributi.

Nel primo di questi⁷⁵, muovendo – come più volte accade nei suoi

⁶⁹ Per le citazioni che precedono *Maritain e la rinascita della democrazia*, 582- 584.

⁷⁰ *Maritain e la rinascita della democrazia*, cit., 584.

⁷¹ *Maritain e la rinascita della democrazia*, cit., 587, corsivi nel testo.

⁷² *Maritain e la rinascita della democrazia*, cit., 588, corsivi nel testo.

⁷³ Che, in generale, anche in relazione a questioni non riguardanti il rapporto Stato-Chiese (come le questioni di riforma costituzionale) intende invocare una prospettiva di «confronto laicamente motivato» (Si veda *Difendo Dossetti*, cit., 47 ss., in particolare 53.

⁷⁴ *Discorso del presidente emerito della Corte Costituzionale*, cit. 636, sinteticamente richiamerà tra i principi supremi individuati dalla Corte, quello di laicità «in un significato positivo ed accogliente sia per chi crede che per chi non crede», ricordando, subito dopo, che «la Corte ha emesso nelle materie c.d. eticamente sensibili (aborto, plagio, talune aspettative da unioni di fatto), sentenze ricche di umanità e di saggezza».

⁷⁵ *A proposito del principio di laicità dello Stato e della difficoltà di applicarlo*, in *Studi in onore di G. Berti*, II, Napoli, Jovene, 2005, 1065 ss.

scritti – da un’attenta ricostruzione del dibattito costituente, individua nitidamente il profilarsi in tale contesto, «*in nuce*, [della] dialettica sui contenuti della laicità nella nostra repubblica: libertà religiosa dei singoli individui e delle diverse confessioni o anche pari trattamento di tutte le confessioni nelle diverse situazioni che possono riguardare [le] ...*rex mixtae*»⁷⁶; insomma il confrontarsi tra l’opzione per «confessioni “eguali”» e quella per «confessioni egualmente libere ma a trattamento non parificato». In proposito Elia sottolinea, con richiami alla giurisprudenza costituzionale ed alla legislazione, l’avanzamento dell’una o dell’altra tendenza, per poi chiedersi, di fronte ad una «forte relativizzazione» del principio di laicità (escludendosene infatti la prevalenza solo in aree vetero-confessioniste o, all’opposto, di ateismo militante)⁷⁷, «fino a che punto» tale principio «così relativizzato, possa aiutarci a risolvere le questioni ancora aperte in tema di rapporti tra Stato e confessioni»; e subito aggiungendo che esso, «in una interpretazione aperta, dovrebbe ispirare la legge, tuttora non approvata, contenente norme sulla libertà religiosa»⁷⁸. Viene in ogni caso sottolineata la differenza di soluzioni in prospettiva comparata, affermandosi come la laicità «dia luogo a vicende talvolta non lineari nelle quali prevale solo fino ad un certo grado l’interpretazione del principio stesso inteso come neutralità dello stato indirizzata al trattamento paritario (di diritto comune) delle confessioni religiose»⁷⁹. Elia conclude ricordando che la scomparsa della DC dalla scena politica italiana, invece di migliorare – come avrebbe potuto pensarsi a prima vista – «le condizioni per attuare con coerenza il principio di laicità in Italia», ha incentivato nei partiti e nelle coalizioni «la tentazione... – per acquisire vantaggi elettorali – di offrire soluzioni più favorevoli alle autorità ecclesiastiche» (richiamandosi anche, in un contesto ormai multiculturale, i rischi per quella pace religiosa sostanzialmente assicurata in Italia specie dopo l’epoca del centrismo⁸⁰), mentre, «nella situazione precedente, così singolare per la democrazia contemporanea, Alcide De Gasperi ed altri uomini di governo democratico-cristiani avevano di-

⁷⁶ *A proposito del principio di laicità dello Stato*, cit., 1065, corsivi nel testo.

⁷⁷ Per le citazioni che precedono, *A proposito del principio di laicità dello Stato*, cit., 1071.

⁷⁸ *A proposito del principio di laicità dello Stato*, cit., 1072.

⁷⁹ *A proposito del principio di laicità dello Stato*, cit., 1073.

⁸⁰ *A proposito del principio di laicità dello Stato*, cit., 1074. Il ruolo della Democrazia Cristiana come elemento di filtro rispetto alle richieste ecclesiastiche e di stabilizzazione in relazione alle problematiche relative alla laicità e più volte sottolineato da Leopoldo Elia (si veda, emblematicamente, lo scritto che sarà esaminato subito dopo nel testo).

mostrato in più di una circostanza di possedere una misura notevolissima di senso dello Stato»⁸¹.

La laicità è poi l'argomento di uno degli scritti più recenti di Leopoldo Elia⁸². Egli muove da una definizione di laicità che, al di là di un richiamo in nota ad autori cattolici, si presenta in termini ben diversi dalla "sana" laicità declinata dalla gerarchia ecclesiastica. Elia infatti afferma, richiamando anche lo storico riformato francese Jean Bauberot, che «per laicità intendiamo, grosso modo, una situazione in cui lo Stato si atteggia come "neutrale" e imparziale rispetto alle Chiese, dalle quali prende, per così dire, le stesse distanze, con una separazione che può presentarsi come indifferente, ostile o cooperativa, ma che tutela comunque la libertà religiosa». Si muove quindi da un concetto elaborato in Francia, senza che ciò, nel 1946, abbia spaventato il MRP⁸³, in relazione ad un atteggiamento della Repubblica "neutrale" ed imparziale verso tutte le confessioni religiose. In Italia, negli ultimi due secoli, si sarebbe realizzata «una condizione di base favorevole ad una laicità pacifica o pacificata», senza gli eventi sanguinosi che hanno caratterizzato la storia francese e spagnola. Cavour suscitò a suo tempo l'ostilità cattolica, ma la legge sulle guarentigie fu molto riguardosa verso la Chiesa ed i cattolici parteciparono alla vita delle amministrazioni locali⁸⁴. Invece Mussolini, «con il Concordato, cancellò idee ed istituti dello Stato liberal-democratico; con un ritorno ad un confessionismo»; ed il Vaticano, poi, con la Costituente, ottenne ben di più che il riconoscimento della natura originaria dell'ordinamento ecclesiastico⁸⁵. Con la revisione del Concordato «certo si poteva fare di più, superando quelle che, pudicamente, sono state considerate "eccedenze confessioniste", rimaste nel nuovo Concordato, con particolare riferimento – è da presumere – all'efficacia civile delle pronunce dei tribunali ecclesiastici»⁸⁶ e – nota Elia – Dossetti fu forse troppo ottimista su un futuro diritto comune delle confessioni attraverso uno «slittamento sostanziale del secondo comma dell'art. 7 nell'area delle intese previste dall'art. 8», essendo «il cammino meno agevole di quanto egli si augurasse». Non va però sottovalutata, ad

⁸¹ *A proposito del principio di laicità dello Stato*, cit., 1073.

⁸² *Introduzione ai problemi della laicità*, relazione introduttiva al XXII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti (AIC), Napoli, 26-27-XII-2007, ora in AIC, *Annuario 2007. Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Padova, Cedam, 2008, 3 ss.

⁸³ *Introduzione ai problemi della laicità*, cit., 4.

⁸⁴ *Introduzione ai problemi della laicità*, cit. 5.

⁸⁵ *Introduzione ai problemi della laicità*, cit. 6.

⁸⁶ *Op. ult. cit.*, 7.

avviso di Elia, la «carica programmatica del principio di laicità» che «si esprime soprattutto nella tendenza a trasformare progressivamente l'eguale libertà dell'art. 8 nell'eguale trattamento di tutte le confessioni»⁸⁷. Nella prospettiva della «pace religiosa», Elia richiama in proposito la formula, che riprende da Cesare Mirabelli e «che potrebbe sembrare un ossimoro», del “separatismo cooperativo”, afferma che «all'inizio del nuovo secolo la nostra laicità è molto vicina a quella media europea, con un di più di collaborazione tra Stato, Regioni e Chiesa cattolica», in un contesto in cui anche la laicità alla francese «è venuta come addolcendosi» e considera positivamente il carattere conferito alla laicità dalla sent. 203/1989. Viene però immediatamente notato che «negli ultimi anni si è realizzato un “riposizionamento” della Chiesa, consistente in un interventismo anche politico di carattere identitario»⁸⁸, dalle molteplici complesse ragioni. Esse vengono individuate, in primo luogo, nella scomparsa della Democrazia Cristiana, con il correlativo vuoto colmato da «un partito a destra delle tradizionali posizioni della DC». Ciò – qui Elia richiama il pensiero di Scoppola – ha sempre avuto due costi simmetrici: «la Chiesa deve inevitabilmente pagare in termini di legittimazione del potere i benefici che le vengono concessi; ...il potere usa la religione per i suoi obiettivi, piega o tenta di piegare la Chiesa ai suoi disegni di uso politico che è sempre nocivo all'immagine della Chiesa». Richiamandosi anche a Francesco Traniello, Elia si chiede se «il compromesso di separazione cooperativa non si fondasse su una doppia rinuncia...: quella della Chiesa ad ogni forma di subordinazione dei fini della comunità politica ai propri fini religiosi; e l'altra rinuncia dello Stato a porsi come puro garante della libertà di coscienza, di religione e di culto nel quadro del diritto comune (a favore invece di una dimensione collaborativa)»; di qui le perplessità sulla tenuta per il futuro dell'equilibrio immaginato dalla «sentenza simbolo» 203/1989. Emerge in tutta evidenza la preoccupazione per un disegno di religione civile (con inevitabile ed inquietante scambio di favori e sostegni) che sta soppiantando (con avvisaglie inquietanti, come la campagna astensionistica sul referendum relativo alla procreazione e, in termini ancor più gravi, con l'atteggiamento nei confronti delle unioni di fatto) il disegno pluralistico, non meramente negativo, ma nemmeno di privilegio, che Elia riteneva poter scaturire dalla laicità così come

⁸⁷ *Op. ult. cit.*, 8. Si tratta di un tema già ben presente nel precedente contributo sul principio di laicità.

⁸⁸ *Op. ult. cit.*, 9.

ricostruita nella sentenza 203, più volte richiamata⁸⁹. Ed emerge, ancora una volta, la contrarietà di Elia per un certo modo di intendere la religione civile.

In particolare Elia contesta l'avversione alla proposta dei DICO, affermando che «manca la materia prima per considerare contrarie all'art. 29 della Costituzione regole che si pongono non contro, ma *praeter* o fuori dalla disciplina fondata sul matrimonio»; e, ancora, che «non vale l'accusa per i componenti l'unione di fatto di volere i diritti propri della famiglia secondo il modello costituzionale rifiutandone i doveri, perché qui la differenza riguarda lo *status* e soprattutto le garanzie, incomparabili, relative alla fine dell'unione». Ed Elia soprattutto sottolinea che «gli interventi protettivi per i componenti delle coppie di fatto non comportano per nulla quella "composizione di assoluti", forse incomponibili, di cui hanno parlato il vescovo Paglia e Giuliano Amato, soprattutto a proposito di bioetica e di eutanasia», e si chiede: «Ma dove sono qui i principi e i valori non negoziabili? Perché da parte della CEI non si è proporzionata la reazione ai DICO misurandola su quella dell'episcopato francese ai PACS?». Ancora Elia vede con allarme gli ostacoli al cammino del disegno di legge sulla libertà religiosa e richiama con preoccupazione la posizione del Segretario Generale della CEI per il timore da lui manifestato «per un eccesso di omologazione della confessione cattolica con le altre»⁹⁰.

In un quadro caratterizzato dal crescente protagonismo della Chiesa italiana si sottolinea negativamente, rispetto alla «puntualità» degli interventi operati della Chiesa altrove, ad esempio in Francia, «una *systematicità* di interventi, una nuova "faculté d'empêcher" esercitata in tutte le sedi possibili, facendo differire, ritardare, con palese tattica ostruzionistica, le decisioni sulle proposte legislative sgradite, sostituendo i politici nel giudizio su cosa è più urgente per gli italiani e che cosa lo è meno: insomma, incidendo sull'agenda dell'esecutivo e del Parlamento nelle materie ritenute sensibili». La «grave preoccupazione» di Elia è quella che ha sempre contraddistinto il suo impegno volto a depolarizzare le posizioni, ad uscire dalle prospettive non componibili di scontro: «la divisione del nostro Paese in due Italie come già si realizzò oltr'Alpe la divisione tra le due France»⁹¹: un'ulteriore pericolosissima frattura che si aggiunge alle altre che percorrono il nostro Paese, ribadendosi che «le prospettive non migliorano

⁸⁹ *Op. ult. cit.*, 10-11.

⁹⁰ *Op. ult. cit.*, 11-12, corsivi nel testo.

⁹¹ *Op. ult. cit.*, 13, corsivi nel testo.

con la tendenza a considerare il cattolicesimo una “religione civile”, tendenza», aggiunge, «del resto, respinta, dalla stessa CEI».

Nei campi più specificamente bioetici, se «non ci si può illudere di mediare tra posizioni chiaramente dilemmatiche», si può tuttavia pensare, come già accaduto in passato, «a leggi permissive in senso proprio e cioè non ispirate a lassismo morale» e ad ipotesi di obiezione di coscienza. In ogni caso non è più sufficiente il richiamo, nella società pluralistica, al «diritto naturale»; si deve aver riguardo ai diritti umani, distinguendosi tra quelli suscettibili o meno di bilanciamento, in una prospettiva di approfondimento ed argomentazione⁹². Alla base di tutto sta la domanda: «che estensione ha la pretesa all'autodeterminazione umana per essere compatibile con la dignità della persona?... In che limiti l'uomo ha potere su se stesso, sul proprio corpo e sulla propria vita?», risultando insoddisfacente il ricorso al puro e semplice principio di maggioranza, (comunque, se inevitabile, sciolto dalla disciplina di voto) e «non dimenticando che le leggi vanno fatte per i credenti e per i non credenti e che le leggi facoltizzanti... sono di norma le più adatte ad una società pluralista e multiculturale» (una considerazione che ritorna negli scritti di Leopoldo Elia)⁹³. Molto importante ed emblematico di un'impostazione che ha caratterizzato tutto il suo tragitto, è – rispetto al rapporto tra religione e politica ed al ruolo, in questo quadro, dei cattolici nella politica e nelle istituzioni – il richiamo alla posizione di Aldo Moro, espressa dallo statista pugliese in un discorso tenuto al Consiglio Nazionale della DC, immediatamente successivo al referendum sul divorzio del 1974.

Una vicenda a cui Elia dedica un breve scritto assai significativo⁹⁴

⁹² Per le citazioni che precedono, *op. ult. cit.*, 14-15.

⁹³ Per quanto precede *op. ult. cit.*, 17. Sul significato dei “principi supremi” come «ostacolo», sia pure in «casi estremi», alle «prevaricazioni della maggioranza, consistenti in quelle manifestazioni della...dittatura dei più, deprecata dai moltissimi esponenti del pensiero costituzionalista», Elia insiste in *I principi supremi presi sul serio* (destinato agli Scritti in Memoria di Vittorio Sgroi), in *Giur. Cost.*, 2009, 2147 ss.

⁹⁴ *Come attuare il principio di laicità? (ricordando la lezione di Aldo Moro)*, in F. BOLGIANI, F. MARGIOTTA BROGLIO e R. MAZZOLA, *Chiese Cristiane, pluralismo religioso e democrazia liberale in Europa* (Atti del Convegno della Fondazione Michele Pellegrino), Bologna, il Mulino, 2006, 74 ss.; pubblicato, con alcuni ritocchi e diverso titolo (*Una fede che tutto esige e nulla impone*) in *Famiglia Cristiana*, 27-XI-2005, 53. Il profondissimo rapporto tra Elia ed Aldo Moro (si ricordi emblematicamente anche il richiamo in *Discorso*, cit., 630-631) si attuò nel dipanarsi di un costante sodalizio politico ed intellettuale con lo statista pugliese. Per i contributi di Leopoldo Elia su Aldo Moro si vedano: *Aldo Moro e il Parlamento*, in *Parlamento*, 1978/6-7-8, 12 ss.; *Introduzione* a G. ROSSINI (a cura di), *Aldo Moro. Discorsi politici*, Roma, Cinque Lune, 1978, ss.; *Moro oggi*, in P. SCARAMOZZINO (a cura di), *Cultura politica nell'esperienza di Aldo Moro*, Milano, Giuffrè, 1982, XI ss.; *Intervento*,

(che richiamerà in molte altre occasioni) identificandosi nelle conclusioni a cui Moro perviene. Lo statista pugliese si correlava alla esigenza «di rilevanti settori di opinione pubblica» di «richiedere che nessuna forzatura sia fatta con lo strumento della legge, con l'autorità del potere, al modo comune di intendere e disciplinare, in alcuni punti sensibili, i rapporti umani». Ciò, per Moro (e per Elia) non significa rinunciare all'ispirazione cristiana ma «discrezione rispettosa» verso coloro che chiedono una legge di convivenza basata «su un più largo, e non forzato consenso dell'opinione pubblica». Da qui Elia muove alla situazione del presente per affermare che «è necessario che un equilibrio si ristabilisca e gli italiani non abbiano la sensazione di avere un trattamento giuridico forzatamente differenziato rispetto alla maggioranza dei paesi più importanti dell'Unione» e conclusivamente si richiama all'affermazione di Pietro Scoppola, il quale invoca «la testimonianza di una fede che tutto esige senza nulla imporre»⁹⁵.

in AA.Vv., *Dalla Costituente alla Solidarietà nazionale: trent'anni di vita della Repubblica, Presentazione a Aldo Moro: discorsi parlamentari 1947-1977* (Torino, 19-V-1996), Roma, Camera dei Deputati, 1997, 27 ss. Il richiamo al pensiero di Moro (ritenuto autentico statista, sottolineandosene la «sua capacità non tanto di mediare quanto di integrare e di aggregare», quindi quale «grande integratore» (*Intervento*, in AA.Vv., *Dalla Costituente*, cit., 37; *Aldo Moro e il Parlamento*, cit., 13) e fautore della «democrazia di integrazione»), viene proposto anche in relazione alle tematiche qui specificamente trattate, in relazione alla prospettiva di deconfeSSIONALIZZARE la DC, mantenendone peraltro il contatto con l'ispirazione cristiana (*Aldo Moro e il Parlamento*, cit., 13 e 14) come già posto in rilievo, in relazione alla corretta configurazione della laicità dello Stato – *Come attuare il principio di laicità? (ricordando la lezione di Aldo Moro)* –, citato all'inizio di questa nota. Per quanto riguarda i numerosi contributi su Moro di Leopoldo Elia apparsi sulla stampa quotidiana e periodica, si vedano: *Aldo Moro: il politico delle grandi integrazioni*, in *Il Giorno*, 11-V-1978; *Aldo Moro e le autonomie locali*, in *Il Comune Democratico*, 1978; *Aldo Moro. La strategia della libertà*, in *Il Popolo*, 09-VI-1978, 3-7; *La storia dirà di Moro*, in *Il Giorno*, 9-VI-1978; *Il partito di ispirazione cristiana nell'insegnamento politico di Aldo Moro. Laicità e politica*, in *Ricerca*, 10-VI-1978; *Moro: lo Stato deve assicurare libertà e giustizia sociale*, in *La Discussione*, 07-V-1979, 15-16 e 21; *I tre momenti storici di Moro*, in *La Stampa*, 14-V-1978; *Moro e la difesa della famiglia*, in *Avvenire*, 09-V-1981; *Moro costituente. Sintesi di identità e mediazione* (nell'ambito di uno "Speciale"), in *Il Popolo*, 09-V-1981, II; *Moro, così lo ricorda il presidente della Corte Costituzionale*, in *Corriere della Sera*, 16-III-1982, 2; *La lunga marcia di Moro alla conquista del consenso*, in *Il Sole 24 ore*, 17-III-1982; *Nel quinti anniversario della tragica morte di Aldo Moro. Una testimonianza di Leopoldo Elia*, in *La Gazzetta del Mezzogiorno*, 08-V-1983; *I partiti politici nel pensiero e nell'azione di Aldo Moro*, in *La Discussione*, 26-V-1986, 6-7; L. ELIA, *L'ispirazione cristiana nell'opera dello statista*, in *Il Popolo*, 19-III-2002, 4; *Moro costruttore di democrazia*, in *Avvenire*, 16-X-1996; *Moro e dintorni: ci ha permesso di superare i vecchi schemi culturali*, in *Coscienza*, settembre 1998.

⁹⁵ Nell'intervista con G. TOGNON, in *La democrazia dei cristiani*, Roma-Bari,

Le posizioni prima ricordate si ritrovano in termini talora anche più drastici ed allarmati nei numerosi articoli scritti per la stampa quotidiana: emerge in particolare la preoccupazione tanto per un atteggiamento della Chiesa Cattolica troppo invasivo nelle questioni di scelte istituzionali sulla scuola⁹⁶ e, soprattutto, in tema di morale personale (nella tenace ricerca di terreni di equilibrio al fine di affrontare non strumentalmente, ma con spirito costruttivo le problematiche bioetiche)⁹⁷, quanto un profondo disagio per la posizione del Vaticano rispetto all'atteggiamento diversificato destinato agli schieramenti politici italiani ed al timore che la Chiesa si conegni ad alleati interessati e culturalmente ed eticamente lontani⁹⁸ e ceda troppo alle pressioni identitarie.

Laterza, 2005, 223. Sul percorso intellettuale di Pietro Scoppola vedi ora A. GIOVANNOLI, *Chiesa e democrazia*, Bologna, il Mulino, 2011.

⁹⁶ *Laicità dello Stato e scuola non statale*, in *Il Popolo*, 10-XI-1999, 1, ove si afferma che «altro è propugnare una interpretazione più coerente e più europea» degli artt. 33 e 34 Cost., «altro è pretendere di stabilire con efficacia erga omnes qual è (e di quanto può essere) lo sforzo finanziario che la Repubblica deve sostenere per meglio attuare i principi accolti nei due articoli della Carta»; e più oltre si ricorda che «è evidente» che la norma di cui all'art. 33 Cost., ove si afferma che la Repubblica istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi, «costituisce una deroga al principio di sussidiarietà, quale era contenuto anche nel famoso ordine del giorno Dossetti», presentato alla 1ª sottocommissione (in seno all'Assemblea Costituente) nel settembre 1946; «evidentemente» – prosegue Elia – i costituenti ritennero così essenziale l'obiettivo della istruzione dei cittadini, che affidarono di preferenza alle scuole statali (nemmeno a quelle istituite dagli enti locali) un impegno così rilevante». In termini di depolarizzazione sulle questioni scolastiche, vedi *Fine delle guerre di religione?*, in *Il Popolo*, 25-XI-1998, 1, ricordando che «c'è...una regola generale che riguarda le scuole non statali: lo Stato, con valutazione discrezionale, può dare aiuti finanziari anche alle scuole "private", ma è libero di non darli», come d'altronde emerge anche dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale (in proposito anche «*Senza oneri*» solo la creazione di scuole, in *Il Sole 24 Ore*, 21-XI-1998). Una posizione più vicina, anche se non coincidente, rispetto alle classiche impostazioni cattoliche in argomento la si può leggere in *Non sono in gioco le libertà per chi non resta in classe*, in *Il Popolo*, 05-IX-1989, 1-20. In proposito anche *L'ora della Consulta*, in *La Repubblica*, 16-IV-1989 e *A scuola prigionieri di Stato*, in *Avvenire*, 28-V-1989. Si ricordi pure, in materia di rapporto tra Stato e Chiesa, *Le polemiche sui finanziamenti alla Chiesa. Perché l'otto per mille non lede la Costituzione*, in *Il Giorno*, 30-V-1990.

⁹⁷ *Valori, identità, laicità*, in www.costituzionalismo.it, 15-I-2007 (ed anche in www.astridonline.it), ove si ricorda ancora una volta la posizione di Aldo Moro richiamata poco sopra nel testo (e cfr. nota 94).

Elia: la Chiesa sbaglia, mai così intransigenti con un governo. Il costituzionalista cattolico: tentano di imporre un'egemonia culturale. Ruini segua Moro: battersi nella società, non nelle Camere (intervista con A. CAZZULLO), in *Corriere della Sera*, 13-II-2007, 15; *Lettera al Corriere della Sera*, 16-II-2007, 12, rispetto ai Dico, in dissenso rispetto a Cossiga.

⁹⁸ *L'indulgenza della Cei per Berlusconi*, in *Europa*, 13-XI-2004, 1; il giudizio su

4. Il lascito di Leopoldo Elia

Se ora, conclusivamente, ci si interroga sul lascito di Leopoldo Elia sui temi in qualche modo ricollegabili alla riflessione sulla religione civile, va anzitutto ancora una volta ricordato come egli abbia sempre rifiutato assetti costruiti sulla simbiosi o confusione tra religione e politica, su logiche di scambio di sostegni e privilegi tra i vertici istituzionali e confessionali, o su bellicose accentuazioni identitarie in chiave cattolica.

Se quindi si vuole accostare il concetto di religione civile alla riflessione di Leopoldo Elia, le coordinate alla stregua delle quali ci si deve orientare sono completamente differenti. In questo quadro il cristianesimo (e, in specifico, il cattolicesimo) si presenta come un patrimonio, una sorta di tesoro di valori, messi a disposizione per arricchire la società, suscettibile di contribuire ad “incivilirla”⁹⁹, in un contesto però di libertà, senza imposizioni; ed in una prospettiva di sviluppo di principi, tematizzati dalla cultura cristiana, ma – è bene sottolinearlo – non solo da essa e tali da poter costituire un insieme di elementi unificanti a livello comunitario. Si pensi alla centralità della persona umana (il principio personalista), alla pluralità delle articolazioni sociali da salvaguardare ed allo stesso tempo da armonizzare con la dimensione istituzionale (il principio pluralista, inteso però in una dimensione dinamica, non di statico organicismo¹⁰⁰; così come

Berlusconi ed il berlusconismo si può ritrovare in *Popolarismo sì, populismo no*, in *Il Popolo*, 23-II-2000, 1.

⁹⁹ «Una ragione più profonda, collegata alla nostra ispirazione religiosa, ...ci spinge a qualificare» le tesi della DC, come «partito più forte, a corrente più intensa», «portandole in modo chiaro oltre i limiti di una civiltà puramente consumista» (L. ELIA, *Realtà e funzioni*, cit., 105).

¹⁰⁰ Per Elia è stato essenziale comprendere il pluralismo sociale, nelle sue trasformazioni, in relazione al modificarsi dei connotati, sempre meno di classe, dei partiti e sempre meno programmaticamente antagonisti dei sindacati, da non considerare un gruppo di pressione come gli altri, in quanto, alla stregua dell'art. 3, forse rivolte a rimuovere gli ostacoli di piena partecipazione alla vita del Paese; ciò che li differenzia da altri organismi sindacali nazionali di rappresentanza degli interessi; insomma, «riconoscere questa situazione preferenziale del sindacato dei lavoratori»; mentre, per quanto riguarda i partiti e segnatamente la DC, essa, «senza pretese di monopolio», deve aprirsi ai nuovi esponenti della società civile (*Realtà e funzioni*, cit., 105-106). In questo quadro Elia individuò lo scopo della Democrazia Cristiana nel «riproporre la candidatura alla guida di una società pluralistica difficile, in cui, secondo i canoni della più autentica politica aristotelica, non si tratta di ridurre le diversità all'unisono, perché non ci sarebbe più la *polis*; ma si richiede di trarre dalla diversità quella linea di bene comune», in sintonia con le acquisizioni provenienti dal Concilio Vaticano II, «suggerita da una interpretazione spregiudicata e libera degli interessi del Paese» [*Intervento*, in G. ROSSINI (a cura di), *I cattolici italiani nei*

– nelle sue diverse articolazioni, non solo territoriali – il principio autonomistico). Si pensi ancora alla ricerca continua e convinta di aree di consenso tra attori politici, sociali e culturali anche quando muovano da posizioni molto lontane, con l'obiettivo di assicurare la vita democratica (il principio democratico, quindi, in una delle sue più rilevanti/molteplici accezioni); e, con particolare riguardo alle considerazioni svolte nelle pagine che precedono, all'importanza attribuita al fattore religioso, come fonte di formazione ed arricchimento della personalità, in una dimensione individuale e collettiva, mai però in un'ottica impositiva di omogeneità cristiana a sfondo monofessionale od identitario, ed invece come elemento spirituale e culturale dinamico, sensibile alle differenze¹⁰¹ e volto a riparare le disuguaglianze confessionali, nella ricerca di una positiva conciliazione pluralistica (una delle accezioni del principio di laicità) opposta ad una normalizzazione maggioritaria e semplificante che volesse imporre, in un intreccio tra politica e religione, gli schemi di una fede a tutta la società.

Insomma, un insieme di valori da far gorgogliare, al fine di fecondare la società italiana, nella convinzione peraltro della inesorabile lentezza dei processi politici ed, in particolare, dei processi riformatori¹⁰²; quindi in un contesto in cui alla tenacia si combini la pa-

tempi nuovi della Cristianità, cit., 602]. Si ricordi ancora il riferimento costituzionale «alle formazioni sociali, intese... come enti nei quali l'integrazione dei singoli è elevata a svolgimento della loro personalità, non tende soltanto ad assicurare una tutela costituzionale ad associazioni, comunità o società intermedie tra l'individuo e lo stato, ma sottintende un disegno pluralistico che era giusto definire tra i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale» (*Le norme sulle «formazioni sociali» nella Costituzione repubblicana*, cit. (in nota 20), 545-546; ss. Si rammenti, infine come, a proposito della "libertà attiva", Elia individui l'esigenza di «una vera mobilitazione della vita associativa» (*La nuova cittadinanza*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, II, Mucchi, Modena, 1996, 723 ss., 723-724). Per il rilievo attribuito alle diverse concezioni del pluralismo, non solo cattolico, ma anche socialista e liberal-democratico, si può richiamare, ad esempio, *Le norme sulle «formazioni sociali»*, cit., 546, 547 e 552, e la constatazione data dal fatto che «il riconoscimento delle formazioni sociali intermedie» in Costituente «era proposto in termini più maturi rispetto alla mentalità cattolica tradizionale» (*op. ult. cit.*, 547).

¹⁰¹ Il primo contributo catalogato nella bibliografia di Leopoldo Elia, contenuta nei suoi *Studi in Onore* (Milano, Giuffrè, 1999, I, XLIV), è appunto un breve articolo, già citato all'inizio di questo lavoro, su *La libertà religiosa*, in *Ricerca*, 01-III-1947. Per l'attenzione alla problematica delle Intese con le Confessioni diverse dalla cattolica, ad esempio, *Le norme sulle «formazioni sociali»*, cit., 550.

¹⁰² Si ricordi quanto affermato nel ricordo di Ruffilli: «Roberto sapeva che il processo riformatore non poteva che essere lento, che esso doveva passare attraverso "compromessi ragionevoli", e li aveva indicati collaborando alla stesura del programma di governo» (*La coerenza di Roberto Ruffilli*, in *Parlamento*, 1988/3-4, 11-12, in particolare 12). Sempre in relazione all'autore citato si veda anche, di *La pro-*

zienza, si rifuggano gli atteggiamenti di rottura od esasperazione, si privilegino i processi di depolarizzazione e di raffreddamento delle idee e degli animi, in un impegno che rifugga dai sensazionalismi e dagli slogan e tenga conto della complessità ed articolazione dei problemi e delle scelte della politica¹⁰³; insomma un impegno quotidiano da non considerare però di routine, ove si muova nella direzione della concretizzazione continua e tenace di principi (senza andare in cerca di effetto e di visibilità, di regola controproducenti, in quanto scatenanti azioni avverse) magari nell'immediato non visibile, ma di cui si possano poi, retrospettivamente, misurare i frutti¹⁰⁴.

Si tratta di un bagaglio di valori e metodologie che nasce e poi si rafforza in relazione a determinate stagioni (l'impegno dei cattolici nella Costituente e nelle vicende successive; l'impulso ad un più intenso e rinnovato ruolo dei cattolici in politica e nella vita sociale e culturale derivante dal Concilio) e si inserisce in un certo contesto politico-istituzionale, cioè quello che caratterizza la storia italiana fino ai primissimi anni '90 del secolo scorso (evito di proposito la locuzione "prima" Repubblica che, giustamente, Leopoldo Elia non amava).

Quando quelle stagioni e quel contesto si frantumano (con il tracollo – sia chiaro – non della Carta costituzionale, ma del sistema politico post-resistenziale, e con la virata vaticana verso strategie di restaurazione) subentra in Elia un atteggiamento che, pur in piena continuità di pensiero con il passato, è semmai caratterizzato da una più intensa drasticità nelle prese di posizione che vengono a rivolgersi anche ad un pubblico più vasto: è passato infatti il tempo nel quale lavorare in armonia rispetto ad un quadro (ai cui aspetti negativi non si sono mai peraltro lesinate critiche) dai connotati di fondo intensamente condivisi; mentre subentra invece un tempo nel quale è giocoforza misurarsi con progetti alieni rispetto all'orizzonte non solo politico, ma pure ideale e culturale a cui Elia era legato da decenni di condivisione.

Si è già ricordato che elemento costante del pensiero di Elia è co-

posta di politica istituzionale di Ruffilli, M. RIDOLFI (a cura di), Roberto Ruffilli. Un percorso di ricerca, Milano, Angeli, 1990, 61 ss.

¹⁰³ *Intervento*, in AA.VV., *Divorzio e referendum*, cit., 118, ove, come già in precedenza ricordato, si stigmatizzano i promotori del referendum sul divorzio per «aver voluto semplicisticamente costringere in un sì o in un no delle situazioni che sono molto più complicate, articolate e difficili di quel che appare a prima vista».

¹⁰⁴ Quando si ricorda «quanta prudenza, tenacia e coscienza saldistima» caratterizzarono De Gasperi per poter «conseguire una delle sue maggiori benemerenze», e cioè difendere la distinzione tra il cattolicesimo politico rispetto all'azione della Chiesa e delle sue organizzazioni collaterali (*De Gasperi e Dossetti*, cit., 463 ss., in particolare 464).

stituito dal ripudio dell'omologazione forzata, dalla non imposizione con gli strumenti autoritativi della legge (si ricordino le sue considerazioni sul divorzio e, più di recente, sulle scelte di morale personale) di concezioni religioso/confessionali nei confronti di chi non le condivide; e invece dalla ricerca costante, pur nella piena affermazione dei valori in cui Elia crede, di compromessi "alti" e dalla correlativa resistenza ad allargare a dismisura l'ambito dell'"intransigibile", nella consapevolezza che il coesistere nel pluralismo e nella differenza non è né deve essere solo un mero armistizio da accettare quando si è deboli, ma è la miglior condizione possibile di crescita virtuosa di una società in evoluzione. Proprio tale concezione di società sta al centro delle considerazioni di Elia, una società di confronto e dialogo, non del muro contro muro, dove i valori siano fermento libero e palestra di educazione per tutti e nella quale si invoca parità di *chances* anche in relazione alle diverse confessioni ed eliminazione di privilegi confessionali (si ricordino i lavori, più specialistici e più divulgativi, sui principi supremi dell'ordinamento costituzionale, sul matrimonio religioso, sulla laicità, sulla libertà religiosa), al fine non di arroccarsi su posizioni difensive e di chiusura ma di guardare con impegno e coraggio al futuro. Proprio in quest'opera di problematica sintesi emerge anche il richiamo – già evocato – all'ossimoro del «separatismo cooperativo».

Alla stregua di quanto precede, il pensiero di Elia ha molto da dire all'epoca in cui viviamo. I valori da Lui propugnati hanno sempre rifuggito forme di "reconquista" poggiate sulle spalle di alleati malfidi e discutibili, o facili e spregiudicate ricerche di sostegno e legittimazione per ottenere vantaggi politici. Quei valori si sono all'opposto declinati e concretizzati nel confronto tra credenti di diverso credere, convinti dei propri ideali ma allo stesso tempo persuasi di voler comunicare e continuare a comunicare reciprocamente, nell'impegno tenace rivolto a cercare soluzioni magari laboriose ma comunque durature, opposte alla pulsione di azzerare l'avversario o il nemico, ed invece calate nella prospettiva di far crescere la convivenza ed il consenso. Contro il neoconfessionalismo a base identitaria ed il rilancio in grande stile della religione civile intesa come reciproco puntello, rafforzamento e scambio di favori tra autorità secolari e religiose, rimane integra per tutti noi la lezione, finemente argomentata e coerentemente perseguita, di Leopoldo Elia.

Leopoldo Elia e il posto della giustizia costituzionale: remedium omnipotentiae et impotentiae

di Chiara Tripodina

SOMMARIO: 1. Il posto della giustizia costituzionale. – 2. Giustizia costituzionale come *remedium omnipotentiae*. – 2.1. La garanzia dei principi supremi: che cosa non si deve fare per imposizione di una volontà maggioritaria. – 3. Giustizia costituzionale come *remedium impotentiae*. – 3.1. Il posto della giustizia costituzionale nei rapporti con il parlamento: l’“opera di grande supplenza” e il “singolare concorso competitivo”. – 3.2. Il posto della giustizia costituzionale e dei suoi atti nel sistema delle fonti del diritto: inadeguatezza di una giurisdizione costituzionale di mera “amputazione” e ampliamento dell’arsenale creativo della corte costituzionale. – 3.2.1. I contributi creativi della corte costituzionale: interpretazione e sentenze “autoapplicative”. – 3.2.2. Poteri “creativi”, non “normativi”. – 3.3. Limiti alla legittimità della giustizia costituzionale come *remedium impotentiae*. – 3.4. Crisi della giustizia costituzionale come *remedium impotentiae* e crisi dello stato sociale. – 4. Il posto della giustizia costituzionale durante la presidenza Elia alla corte. – 5. Conclusioni. Il posto della giustizia costituzionale: né rinunzie né tentazioni surrogatorie.

1. *Il posto della giustizia costituzionale*

«La Corte ha voluto stare al suo posto, senza rinunzie ma anche senza cedimenti a tentazioni surrogatorie». Con queste parole – nelle considerazioni conclusive della sua ultima conferenza stampa come presidente della corte costituzionale, quella del 1985, su *La giustizia costituzionale nel 1984*¹ – Leopoldo Elia rende esplicita la sua convinzione che la giustizia costituzionale abbia un “suo posto”. Un posto da individuare attraverso l’indagine sulle ragioni del suo esistere, il fondamento della sua legittimità, la natura dei suoi compiti, i confini dei suoi limiti, i rischi del loro superamento.

Pur senza elaborare una vera e propria dottrina della giustizia costituzionale, a questi temi egli dedica molti dei suoi scritti: talvolta puntualmente e dichiaratamente; talaltra, vertendo la riflessione su al-

¹ L. ELIA, *La giustizia costituzionale nel 1984*, Conferenza stampa del Presidente Leopoldo Elia Palazzo della Consulta, 8 febbraio 1985, in «*www.cortecostituzionale.it*», § 16.2.

tro, fa emergere tuttavia – da una frase, da un cenno – tutta la consapevolezza di un retroterra di questioni, che egli ha ben presenti e vuole si abbiano ben presenti.

Ed è naturale che sia così, essendo il tema del posto della giustizia costituzionale all'incrocio di settori cruciali del diritto costituzionale: non solo, come è ovvio, quello della giustizia costituzionale (qual è il ruolo e il fondamento di legittimità della corte costituzionale?), ma anche quello delle fonti del diritto (sono le sentenze della corte costituzionale atti normativi?); quello della forma di governo (quali rapporti intercorrono tra parlamento e giudice delle leggi?); quello dei diritti (a chi spetta l'ultima parola in tema di tutela dei diritti fondamentali e di garanzia dei principi supremi dell'ordinamento?). E su tutti questi profili Elia sofferma la sua attenzione, come su un poliedro dalle molte facce.

Quale, dunque, il posto della giustizia costituzionale² per Leopoldo Elia?

2. Giustizia costituzionale come *remedium omnipotentiae*

Per tentare una risposta, occorre prendere le mosse dalle sue riflessioni sulle principali funzioni che egli riconosce essere proprie della giustizia costituzionale, o meglio della giustizia costituzionale italiana quale si è storicamente inverteata.

La prima funzione, quella che ha legittimato l'ingresso della giustizia costituzionale – e degli organi accentrati di giustizia costituzionale in particolare – nelle democrazie contemporanee europee, e che pure era nella mente dei padri costituenti italiani quando pensarono di introdurla nel nostro ordinamento, è quella di «*remedium omnipotentiae* e delle tentazioni di onnipotenza»³ della politica.

Per Elia, infatti, l'origine della giustizia costituzionale coincide con «una profonda evoluzione della democrazia»⁴, caratterizzata, in po-

² «Il posto della giustizia costituzionale» riecheggia volutamente M. DOGLIANI, *Il "posto" del diritto costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1/1993, pp. 525 ss., in cui l'Autore, a sua volta, parafrasa *Il posto delle fragole*, film diretto da Ingmar Bergman nel 1957. L'espressione è poi divenuta di uso corrente nella dottrina costituzionalista, ma mi piace qui ricordarne la paternità.

³ L. ELIA, *L'esperienza italiana della giustizia costituzionale. Alcuni nodi critici*, in M. Olivetti e T. Groppi (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 148.

⁴ L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. Barile, E. Cheli e S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, il Mulino, 1982, p. 516.

sitivo, «dalla spinta a valorizzare le costituzioni, riconosciute capaci di *society long range fundamental values*, nonché dalla concezione della sovranità popolare, vista sempre come costituita nel suo esercizio, dunque nettamente differenziata da quella che si esercita nei momenti costituenti»; in negativo, «dalla presa di coscienza che le maggioranze parlamentari non sono infallibili né *naturaliter* osservanti delle norme costituzionali»⁵. Tale evoluzione della democrazia, con la sua necessità di garantire la sovranità della costituzione da un lato e la sua diffidenza verso le maggioranze parlamentari dall'altro, ha portato come conseguenza inevitabile «la crisi della dottrina francese della sovranità nazionalparlamentare, non limitabile, ed il ridimensionamento della legge, concepita ora come atto la cui subordinazione alla costituzione deve essere effettivamente garantita»⁶. Ma pure ha compensato tali perdite con l'iniezione, nella complessità sociale, di «un fattore di unità e integrazione»⁷, di «un simbolo di riconciliazione fra le parti sociali»⁸: la costituzione, appunto, e la sua garanzia, per tutti e sopra tutti, da parte dell'organo di giustizia costituzionale.

Dal punto di vista della forma di governo, l'introduzione di un sistema di giustizia costituzionale ha rappresentato un «elemento di sofisticazione dell'organizzazione istituzionale»⁹, comportando «uno sdoppiamento funzionale degli apparati di vertice della democrazia»¹⁰ alla stregua dell'«antica bipartizione tra *gubernaculum* e *iurisdictio*»¹¹: da una parte, gli organi «di origine popolare elettiva, deputati alla formazione dell'indirizzo politico ed alla sua realizzazione con gli atti di grado più elevato previsti dall'ordinamento immediatamente al di sotto della Costituzione»; dall'altra, «un organo o un complesso di organi composti con criterio diverso dai precedenti, forniti del potere di controllare la legittimità costituzionale di quegli atti, escludendone in caso di incostituzionalità l'efficacia»¹².

La legittimazione per tali organi è «differenziata ma non contra-

⁵ *Ivi*, p. 517.

⁶ *Ivi*, p. 517.

⁷ *Ivi*, p. 516.

⁸ *Ivi*, p. 516.

⁹ *Ivi*, p. 516.

¹⁰ *Ivi*, p. 517.

¹¹ Si vedano sul punto le riflessioni di M. DOGLIANI, *Relazione del Terzo seminario "Parlamento e Governo"*, in A. Pizzorusso, R. Romboli e E. Rossi (a cura di), *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 301 ss., che muove dalle parole di Elia citate nel testo.

¹² L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., p. 517.

stante»¹³: se la legittimazione del parlamento e la ragione della primazia dei suoi atti sta nella sua origine popolare-elettiva, è evidente che «la legittimazione costituzionale dell'organo incaricato di garantire la Costituzione non può essere contestata per la mancanza di un collegamento diretto con il popolo elettorale»¹⁴, per la banale ma inconfutabile ragione che chi controlla deve essere differente da chi viene controllato. Sicché, «per essere servi e custodi della Costituzione, bisogna essere giuridicamente diversificati da chi è chiamato ad approvare le leggi»¹⁵.

L'assenza di un collegamento con il popolo – che da taluni, in consonanza con il pensiero di Jeremy Waldron, viene evidenziata per mettere in discussione la legittimità degli interventi della corte costituzionale, organo “aristocratico e autocratico”, contro gli atti delle assemblee parlamentari¹⁶ – viene così da Elia qualificato come elemento non di debolezza, ma di forza degli organi di giustizia costituzionale, indispensabile perché essi svolgano legittimamente la loro funzione di custodia della costituzione, anche contro le decisioni delle maggioranze politiche: «è evidente che le Corti si legittimano senza intermediazione di investitura popolare per la loro diretta derivazione dalla Costituzione ed in particolare dalla scelta del Costituente a favore di una Costituzione rigida e soprastante alle altre fonti»¹⁷. E l'argomento per il quale non è legittimo contrapporre «il voto parlamentare dei gruppi maggioritari a quello di dieci giudici» – *élite* istituzionale o oligarchia irresponsabile che si oppone «alla sovranità popolare espressa dai parlamentari di maggioranza» – viene da Elia bollato come «completa ignoranza della storia costituzionale [...] dell'Italia repubblicana»¹⁸.

Anzi, spiega Elia, la corte costituzionale italiana è particolarmente qualificata a giudicare la legittimità delle leggi, proprio per la nitidezza della sua differenziazione, e dunque per la sua distanza e indipendenza, dal potere politico organizzato per partiti; per la sua non rappresentatività di chicchessia, e in particolare di chi l'ha eletta o

¹³ *Ivi*, p. 517.

¹⁴ *Ivi*, p. 517.

¹⁵ *Ivi*, p. 517.

¹⁶ L. ELIA, *L'esperienza italiana della giustizia costituzionale*, cit., p. 137. Il riferimento è a J. WALDRON, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione* (1999), trad. it. a cura di A. Pintore, Milano, Giuffrè, 2001.

¹⁷ *Ivi*, p. 138.

¹⁸ L. ELIA, *La Corte costituzionale e la politica*, in *La Costituzione aggredita. Forma di governo e devolution al tempo della destra*, Bologna, il Mulino, 2005, pp. 79 ss.

nominata¹⁹. A partire dal modo della sua composizione, teso a smarcare la sua derivazione dall'assemblea parlamentare e «accentuare il distacco dall'organizzazione per partiti»²⁰. Altri segni evidenti della volontà di fare della corte un organo non rappresentativo sono la preclusione per i giudici costituzionali di svolgere attività inerenti a una associazione o a un partito politico, «con una limitazione di diritti costituzionali che non trova riscontro per altri giudici»²¹; il divieto di *dissenting* o *concurring opinion*, non tanto «perché la pubblicazione delle *opinions* ridurrebbe o minaccerebbe l'indipendenza dei giudici costituzionali o anche solo di quelli eletti dal Parlamento (tutti i giudici, assolutamente alla pari, si comportano secondo scienza e coscienza) ma perché si potrebbe pensare ad una appropriazione delle *opinions* da parte dei partiti e ad un loro uso per la lotta politica *partisan*»²²; l'esclusione della compatibilità con l'insegnamento

¹⁹ L. ELIA, *L'esperienza italiana della giustizia costituzionale*, cit., p. 142.

²⁰ L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., p. 523. È noto che una delle modifiche più rilevanti avutesi nel corso dei lavori dell'Assemblea costituente riguardò proprio questo aspetto: nel progetto dei settantacinque, «i giudici erano tutti nominati dall'assemblea nazionale, cioè da quello che oggi diremmo il parlamento in seduta comune; tutti, sia pure con un complesso congegno di designazione. Invece, in sede di assemblea, dall'onorevole Mortati, ma anche da altri costituenti – come l'onorevole Martino – si fece valere, in base al carattere giurisdizionale della Corte, la necessità di una composizione diversa, quella a cui si è arrivati attualmente, in cui è massima, rispetto agli altri paesi europei, la differenziazione dalle parti politiche» (*Ivi*, pp. 522 s.).

²¹ *Ivi*, p. 523.

²² *Ivi*, p. 523. Elia, in realtà, ritiene il divieto di *dissenting opinion* «assai discutibile» e tale da provocare «anche seri inconvenienti» (*Ivi*, p. 523). Tuttavia è disposto a riconoscerne l'opportunità alla luce dei sempre presenti «pericoli di strumentalizzazioni partigiane e di ulteriori inasprimenti della polemica politica», che derivano da una «mancata convergenza delle maggiori forze politiche su una interpretazione condivisa del costituzionalismo contemporaneo». Opportuno sarebbe allora «un ricorso all'etica della responsabilità che risale addirittura ad una presa di posizione del primo Presidente della Corte, Enrico De Nicola, il quale dichiarava, in una conferenza stampa del 28 dicembre 1956, riferendosi alla *dissenting opinion* nella Corte suprema statunitense: «Io mi auguro che un giorno questo sistema sia adottato anche in Italia. Ma questo potrà essere adottato in avvenire, quando cioè tutta la stabilità di questo nuovo organo sarà stata assicurata». Auguriamoci che questa innovazione, così convintamente propugnata da Costantino Mortati, possa essere accolta abbastanza presto. Sarebbe un buon segno per tutti» (L. ELIA, *L'esperienza italiana della giustizia costituzionale*, cit., pp. 146 s.). Si veda anche L. ELIA, *Corte costituzionale e principio di eguaglianza. Relazione di sintesi*, in N. Occhicupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, il Mulino, Bologna, 1978, p. 168: «io ritengo utile l'adozione della opinione dissenziente: ma il più importante – e la *dissenting opinion* vorrebbe essere un mezzo al fine – è che la funzione del giudice non possa essere appiattita a quella dell'operatore politico, a servosterzo, *bongré malgré*, del soggetto storico concepito nel modo indifferenziato e

universitario; il divieto di una seconda nomina; il fatto che sia la corte, e non chi ha nominato o eletto i giudici, a riceverne le eventuali dimissioni. In definitiva, «un insieme di regole finalizzate ad eliminare anche le occasioni in cui il giudice possa esporre con continuità opinioni e valutazioni particolarmente od ideologicamente ispirate»²³, essendo la «non rappresentatività» dei giudici costituzionali «collegata strettamente alla loro missione e alle condizioni di indipendenza in cui debbono svolgerla. L'alfa e l'omega della loro funzione è la Costituzione e tutta la Costituzione, nella sua intera complessità pluralistica»²⁴. Naturalmente «la legittimazione dei componenti di una Corte costituzionale non potrebbe essere soltanto negativa, ed esaurirsi nella diversificazione» rispetto alla politica: occorrono anche elementi di legittimazione positivi, come il fatto che i criteri di nomina debbono tenere in conto «un largo consenso in differenti ambiti sul nome del designato e delle sue capacità professionali»²⁵.

Insomma, per Elia, origine, conseguenze e legittimazione della giustizia costituzionale convergono tutte su questa sua funzione di *re-medium omnipotentiae*: la giustizia costituzionale nasce dalla consapevolezza della fallibilità delle maggioranze politiche nell'attuazione e nel rispetto della costituzione; tale consapevolezza produce come conseguenza il controllo sugli atti in cui si esprime il potere democratico maggioritario da parte della corte costituzionale; e questa si

monolitico che piace a qualcuno. Continui dunque lo sforzo per fare emergere il giudice dall'operatore sociale in un quadro di autentico pluralismo e non venga disperso quanto in questi anni si è andato faticosamente costituendo»; L. ELIA, *La corte costituzionale e la politica*, cit., p. 82: «La Corte, per ridurre il danno di un'attribuzione impropria alle sue sentenze di finalità politiche, ha ritenuto di sacrificare anche l'istituto dell'*opinione dissenziente* [...]. Certo è un grosso sacrificio, specie in talune circostanze in cui il dissenso si vorrebbe gridarlo dai tetti (parlo per esperienze personali): ma tant'è, manteniamo questo ulteriore *self-restraint* finché non diventeremo una democrazia normale»; L. ELIA, *Il costituzionalismo di Peter Häberle*, in L. Lanfranchi (a cura di), *Lo Stato costituzionale. I fondamenti e la tutela*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, 2006, pp. 51 ss.: «l'introduzione di questo istituto (assente in Italia e in Francia) richiede una democrazia, non dirò consolidata o più solida, ma certo una democrazia più sicura di sé, che non teme di indebolire la forza del *dictum* giurisdizionale con voci discordanti recuperate al dialogo pubblico ed aperto».

²³ L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., p. 523.

²⁴ L. ELIA, *L'esperienza italiana della giustizia costituzionale*, cit., p. 142. «Altra cosa, naturalmente, è dire che per la loro estrazione o attività professionale, essi rappresentano una diversa concezione del loro ruolo e, più in generale, di quello della giustizia costituzionale: qui, evidentemente, siamo nel campo delle opinioni, più o meno fondate, e non già della rappresentanza».

²⁵ L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., p. 518.

legittima nella misura in cui si diversifica e marca la sua distanza dal potere politico.

Non si tratta di mettere in discussione il principio democratico, ma di accordarsi su come interpretarlo: «nessuno potrebbe onestamente contestare alla attuale o ad altre maggioranze la doverosa attuazione del programma con il quale ha vinto le elezioni; ma resta altrettanto vero quanto ha stabilito il *Conseil Constitutionnel*, con una storica pronuncia del 23 agosto 1985, che seppelliva il parlamentarismo assoluto risalente alla rivoluzione francese: “*la loi votée n’exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution*”»²⁶.

Ne consegue che «i giudici, quando dichiarano nulla una legge contrastante con la Costituzione, non asseriscono affatto una loro superiorità sul potere legislativo, ma sono essi stessi strumenti della Costituzione, che se ne serve al fine di riaffermare la superiorità della legge fondamentale sulle leggi ordinarie, del potere originario del popolo intero sul potere derivato del legislatore, delle assemblee politiche, delle maggioranze di tempo in tempo prevalenti»²⁷.

Insomma, con le parole di Egidio Tosato, che Elia cita integralmente, il governo democratico «è bensì il governo della maggioranza, non però di una maggioranza onnipotente, incontrastata ed incontrastabile, ma di una maggioranza che ha di contro a sé, ineliminabile, una minoranza la quale ha pure i suoi diritti. E il governo della maggioranza è sopportabile solo se i diritti delle minoranze vengono rispettati. Tali diritti non si esauriscono in quello negativo di critica e di opposizione, ma comprendono anche tutti gli interessi costituzionalmente e rigidamente garantiti»²⁸. La via che Elia invita a percorrere fino in fondo è quella del “governo limitato”: «un governo inclusivo di poteri che risultano essere tutti intrinsecamente limitati, proprio perché non originari, ma derivati dal potere costituente che li ha previsti in Costituzione con certe attribuzioni, con la conseguenza di considerarli legittimamente operanti solo in un determinato ambito previamente definito e li ha inoltre disposti in modo che possano e debbano reciprocamente limitarsi e frenarsi, secondo le tecniche del bilanciamento che risalgono al costituzionalismo più nobile»²⁹.

Del governo limitato Elia fu sempre fautore³⁰, ma con più vigore quando lo sentì messo a repentaglio dal progetto di legge di riforma

²⁶ L. ELIA, *L’esperienza italiana della giustizia costituzionale*, cit., p. 147.

²⁷ *Ivi*, p. 147.

²⁸ *Ivi*, p. 148.

²⁹ *Ivi*, pp. 147 s.

³⁰ Per tutti, L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 634 ss.

costituzionale approvato dalla maggioranza di centro-destra nel corso della XIV legislatura, e che non ebbe seguito per il voto contrario della maggioranza dei cittadini nel referendum costituzionale del 25-26 giugno 2006. In quell'occasione si spese con passione contro quel progetto che a suo giudizio aggrediva la costituzione³¹, promuovendo la "cultura delle garanzie" come condizione irrinunciabile per il mantenimento della democrazia. Questo "sforzo di cultura" era ciò che Elia chiamava "patriottismo costituzionale", al quale invitava tutti, e i costituzionalisti più degli altri: «La scuola, l'università, i mezzi di comunicazione di massa dovrebbero promuovere la crescita del senso del limite; e perciò particolarmente significativo deve essere l'impegno dei giuristi, e dei costituzionalisti in prima fila, per diffondere quella cultura colpevolmente trascurata»³². Non solo la corte costituzionale, dunque, ma tutti e ciascuno come imprescindibili rimedi alle tentazioni di onnipotenza delle maggioranze politiche.

2.1. *La garanzia dei principi supremi: che cosa non si deve fare per imposizione di una volontà maggioritaria*

All'interno di questo discorso sulla giustizia costituzionale come *remedium omnipotentiae* si calano perfettamente le riflessioni di Elia sui principi supremi da prendere sul serio e le sue proposte *de iure condito* e *de iure condendo* al fine di rafforzarne l'intangibilità³³.

Il problema è quello di «fare ostacolo a talune prevaricazioni di maggioranza, consistenti in quelle manifestazioni della c.d. dittatura dei più, deprecata da notissimi esponenti del pensiero costituzionalista»³⁴. Si tratta di casi estremi, «che si inseriscono nella difficile problematica a proposito dei limiti del principio di maggioranza, inteso nel senso più largo, che riguarda scelte delicatissime anche sulle questioni antropologiche»³⁵. È in discussione quale sia il limite assoluto del principio democratico, il confine oltre il quale i rappresentanti dei cittadini non sono più legittimati ad assumere decisioni e varcato il quale l'ordinamento costituzionale è legittimato a prendere le armi. In altre ed esplicite parole: «che cosa non si deve fare per imposizione di una volontà maggioritaria?»³⁶.

³¹ Di qui il titolo del volume L. ELIA, *La Costituzione aggredita*, cit.

³² L. ELIA, *La corte costituzionale e la politica*, cit., p. 81.

³³ L. ELIA, *I principi supremi presi sul serio*, in G. GIACOBBE (a cura di), *Scritti in memoria di Vittorio Sgroi*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 833-839.

³⁴ *Ivi*, p. 834.

³⁵ *Ivi*, p. 834.

³⁶ *Ivi*, p. 835.

«Certamente, sembra la risposta ovvia, non dare corso ad atti che contrastino con i principi supremi»³⁷. In realtà la risposta ovvia sarebbe parsa non dare corso ad atti che contrastino con la costituzione: qualunque decisione maggioritaria in contrasto con la costituzione – con qualsiasi sua parte – è presa illegittimamente e va espunta dall'ordinamento attraverso una declatoria di incostituzionalità. Ma qui Elia sta parlando di qualche cosa di diverso dai comuni limiti alla discrezionalità del legislatore: sta parlando di quei casi nei quali non si possono attendere i tempi del giudizio di legittimità costituzionale, perché la violazione della costituzione è così grave da porre a rischio i fondamenti stessi dell'ordinamento costituzionale. Atti *anti*-costituzionali, più che *in*-costituzionali, contro i quali occorrerebbe un rimedio a efficacia immediata, in modo da sradicarli sul nascere.

Ma per Elia questo rimedio non esiste allo stato attuale del nostro ordinamento, con il rischio di dare luogo a una «vera e propria “scopertura di tutela”, paradossalmente a discapito dei fondamenti del costituzionalismo, come sono recepiti nella nostra Costituzione»³⁸. In particolare, egli denuncia «la presenza di norme inidonee o [la] mancanza di disposizioni idonee a porre in sicurezza questi principi»³⁹.

Il diritto di resistenza dei cittadini – che spesso viene evocato quale mezzo più efficace per ovviare a tale scopertura di tutela contro atti anti-costituzionali – è evidentemente «l'ultima *ratio*», cui si perverrebbe di necessità in difetto di ogni altro procedimento garantista»⁴⁰. Ma l'esistenza di questa *extrema ratio* «non esenta il costituzionalista dall'additare quali interventi di garanzia dovrebbero essere innestati nel nostro ordinamento o per via interpretativa o per via innovativa o, meglio, di integrazione dei procedimenti esistenti»⁴¹: evidenziata e denunciata l'esistenza di quella che egli ritiene una grave lacuna nel nostro ordinamento, Elia ritiene suo dovere di costituzionalista indicarne i possibili rimedi.

Questo è tipico di Elia: null'altro che una concretizzazione di quello che egli ritiene il compito dello «studioso di diritto costituzionale»: non accettare e aderire a una situazione di fatto come se fosse cristallizzata, traducendola in concetti e canonizzandola; non piegarsi alla formula politica dello stato, sottomettendosi all'assetto attuale *pro tempore* con cui esso si regge; non rivestire con ragioni e

³⁷ *Ivi*, p. 835.

³⁸ *Ivi*, p. 835.

³⁹ *Ivi*, p. 835.

⁴⁰ *Ivi*, p. 835.

⁴¹ *Ivi*, p. 835.

principi le imprese della politica⁴²; ma impegnarsi criticamente per additare quegli intereventi che egli ritenga indispensabili a garantire la conformità a costituzione dell'ordinamento giuridico e politico, dovendo agire come promotore di politiche costituzionali e non mai di fini politici partigiani, che vorrebbe dire ridurre il diritto a mezzo per scopi estranei al diritto.

In questo caso, il bersaglio verso il quale Elia muove le sue critiche è preciso: «non è difficile ravvisare negli artt. 74 e 138 Cost. i

⁴² Quello che Elia ritiene debba essere il compito dello studioso di diritto costituzionale si può ricavare *a contrario* dalla sua adesione alla critica di conformismo che Capograssi (G. CAPOGRASSI, *Il problema di V.E. Orlando*, ora in *Opere*, V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 360) muoveva alla giuspubblicistica italiana del ventennio fascista, e che Elia riporta integralmente con una lunga citazione in L. ELIA, *Esperienza scientifica: diritto costituzionale*, in AA.Vv., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Atti del Convegno Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 349 s.: «Aggiungerei che il giuspubblicista, e soprattutto lo studioso del diritto costituzionale, risulta particolarmente esposto a quella critica di quasi conformismo che muoveva il Capograssi: “Che cosa fanno i giuristi di diritto pubblico? Prendono una situazione di fatto, cioè storica (Orlando stesso ha identificato per quanto riguarda il diritto pubblico, fatto e storia) come fosse cristallizzata, la canonizzano, la traducono in concetti, la esprimono in termini di sistema. Debbono fare così, è necessario che facciano così. Il loro stesso lavoro serve per la sua parte a dare consistenza allo Stato, e consapevolezza alle stesse forze che presiedono alla formazione e alla manutenzione, se è così lecito dire, dello Stato. E perciò c'è in questi giuristi necessariamente una adesione, una accettazione dei fatti e delle forze, una accettazione della formula politica dello Stato, dell'assetto attuale *pro tempore* con cui lo Stato si regge. Questa accettazione è la condizione tecnica del lavoro tecnico del giurista. Accettando, il giurista di diritto pubblico obbedisce, si voglia o no, all'imperativo richiamo della realtà, cioè delle forze politiche. E questo è il delicato, il terribilmente delicato lavoro della scienza del diritto pubblico: accettare il labile e cercare di trasformarlo in stabile. In quell'attitudine di accettazione c'è sempre una certa sottomissione, una certa quasi si direbbe abdicazione che il pensiero fa di se stesso; vale a dire c'è sempre, in certo modo, un certo ridurre il diritto a mezzo per gli scopi estranei al diritto, delle forze politiche (e questa riduzione a mezzo c'è sempre anche quando il giurista, invece di accettare, combatte l'attuale assetto *pro tempore*; il diritto non è nemmeno allora preso come diritto, ma serve allora di mezzo alle forze che combattono questo assetto). In quel processo di cristallizzazione (di accettazione canonizzata) è forse l'origine di quel tanto di astratto, di artificiale, di esterno che c'è in ogni costruzione di diritto pubblico; e di quella sensazione strana (e ingiusta certo), che dà ogni trattazione di diritto pubblico, come fosse una artificiale canonizzazione di un fatto o di un complesso di fatti empirici, presi a pretesto, per giunta, di un giuoco di dialettica. (Ed è questa forse la origine della facilità con cui i giuristi di diritto pubblico si sono sempre dimostrati disposti ad avvallare, a rivestire con ragioni e principi le imprese della politica; a giustificare per ogni Federico II della storia la conquista di ogni Slesia della storia; a da ciò poi è venuto l'ostinato concetto, professato dagli uomini di Stato, del diritto come mezzo a loro disposizione; ed anche l'ostinato ed ostentato disprezzo di essi per i giuristi che maneggiano questo mezzo sotto i loro comandi)».

due principali ostacoli che oggi, nella Costituzione vissuta fin qui, si frappongono ad una tutela adeguata dei principi supremi»⁴³.

Di qui le sue proposte di intervento su questi due articoli.

In primo luogo l'art. 74, secondo comma, della costituzione, che la dottrina costituzionale prevalente e la costante prassi dei presidenti della Repubblica interpretano nel senso dell'obbligo di promulgazione da parte del capo dello stato di un testo legislativo, dopo la sua riapprovazione da parte di entrambe le camere in seguito al rinvio presidenziale. Per Elia, il rifiuto di promulgazione da parte del presidente della Repubblica, anche dopo la riapprovazione delle camere, dovrebbe essere invece doveroso o quantomeno giustificato, se con la promulgazione il presidente rischiasse di incorrere nella responsabilità penale per attentato alla costituzione o per alto tradimento. Elia rievoca l'episodio in cui, in occasione della riapprovazione della legge governativa sulla riforma dell'ordinamento giudiziario del 2005, prospettò un "conflitto di doveri" incombente sul presidente della Repubblica: da un lato l'obbligo di promulgazione *ex art. 74*, secondo comma, della costituzione; dall'altro il dovere di non promulgare una legge palesemente incostituzionale. La motivazione con cui sostenne la sua presa di posizione «poggiava per la prima volta, a proposito di un caso pratico, sulla distinzione tra i principi supremi (nella fattispecie l'indipendenza della magistratura e la divisione dei poteri) e le regole c.d. di dettaglio: l'ipotesi del rifiuto di promulgazione nasceva proprio dal presupposto che fosse in gioco la salvaguardia di un principio appartenente a quella categoria ristrettissima elaborata dalla giurisprudenza costituzionale». E la sua riflessione «(che non poteva considerarsi fantascientifica, come ebbe a qualificarla il Ministro della giustizia Castelli, né una estemporanea *vue de l'esprit*) tendeva soprattutto ad aprire un discorso per risolvere un problema: quello, appunto, di una tutela adeguata dei principi supremi»⁴⁴.

La proposta di Elia è dunque di interpretare l'articolo 74, secondo comma, della costituzione nel senso che, nel caso in cui il parlamento legiferi in violazione dei principi supremi e non rimedi ai rilievi di incostituzionalità che il presidente della Repubblica abbia mosso in sede di rinvio della legge, quest'ultimo sia legittimato (se non obbligato) a non promulgare la legge e a sollevare contestualmente un «conflitto tra poteri dello Stato, sottoponendo indirettamente alla Corte l'accertamento della loro lesione». A questa proposta di riforma "per via interpretativa", Elia ne affianca un'altra, "per via innovativa", che reputa preferibile: ancora meglio – perché più sicuro – sarebbe,

⁴³ L. ELIA, *I principi supremi presi sul serio*, cit., p. 835.

⁴⁴ *Ivi*, pp. 836 s.

in sede di promulgazione delle leggi, «attribuire al Capo dello Stato la legittimazione ad investire direttamente la Corte, con una modifica garantista della carta costituzionale»⁴⁵. Che sia in via indiretta o in via diretta e preventiva, Elia vede dunque nella corte costituzionale la più efficace e immediata garanzia contro i tentativi eversivi dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale che la maggioranza politica voglia porre in essere attraverso l'attività di legislazione ordinaria.

Ma un rimedio migliore di quello esistente occorrerebbe anche quando la maggioranza politica agisca contro i principi supremi della costituzione attraverso attività di legislazione non ordinaria, bensì costituzionale. La seconda scoperta di tutela dei principi supremi, infatti, «si manifesta a proposito del procedimento di revisione disciplinato dall'art. 138 Cost.»⁴⁶, che allo stato attuale non sbarrerebbe l'ingresso nel nostro ordinamento a riforme costituzionali limitative o negative dei principi supremi⁴⁷. La proposta "in via innovativa" di Elia è, anche in questo caso, un intervento in via preventiva dell'organo di giustizia costituzionale: «una modifica costituzionale che prevedesse, prima delle richieste di referendum, una verifica della Corte per bloccare la revisione che si risolvesse nella violazione di un principio supremo»⁴⁸. È infatti, a giudizio di Elia, «fortemente squilibrato» che nel nostro ordinamento si preveda un giudizio obbligatorio di ammissibilità per i referendum abrogativi e non anche per i referendum costituzionali, essendo le materie che costituiscono oggetto dei secondi spesso neppure comparabili per il loro rilievo con quelle che costituiscono oggetto dei primi.

L'organo di giustizia costituzionale, dunque, come il più efficace e immediato *remedium omnipotentiae*, tanto da auspicarne un'estensione di competenza per tutte quelle evenienze in cui «non si può

⁴⁵ *Ivi*, p. 837.

⁴⁶ *Ivi*, p. 837.

⁴⁷ Sull'inadeguatezza dell'art. 138 a tutelare i principi supremi della Costituzione, si veda anche L. ELIA, *I sessant'anni della Costituzione*, discorso tenuto in occasione del 60° anniversario della Costituzione, Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, 29 febbraio 2008, in «www.cortecostituzionale.it», e in «Storia e memoria», Rivista dell'Istituto Ligure per la storia della Resistenza e dell'età contemporanea, n. 1, 2008, pp. 39 ss., in cui scrive «il potere legislativo, anche dopo il referendum del giugno 2006, sembra sordo alla necessità di rendere meno agevole il processo parlamentare di revisione in analogia a quanto è previsto in altre costituzioni (a partire da quella tedesca); altrimenti si pone a rischio la rigidità stessa della Carta, minacciata dalla variabilità delle maggioranze, relative nel voto del paese, ma assolute nell'assegnazione dei seggi, e che perciò si ritengono abilitate a revisioni senza limiti, tali da mettere in pericolo anche i principi supremi».

⁴⁸ L. ELIA, *I principi supremi presi sul serio*, cit., p. 837.

escludere a priori che un potere pur sempre costituito tenda ad operare come un potere costituente ed illimitato»⁴⁹.

3. *Giustizia costituzionale come remedium impotentiae*

Ma la corte costituzionale italiana, nel corso della sua attività, si è trovata ad essere investita non solo della funzione di *remedium omnipotentiae*, per la quale era stata pensata in assemblea costituente, ma anche di una funzione nuova, in origine impensata: quella di *remedium impotentiae*, «rimedio all'inerzia del legislatore»⁵⁰. Si tratta pur sempre di una funzione a garanzia della rigidità della costituzione, affinché essa non venga svuotata dei suoi contenuti: ma non per via di una legislazione commissiva, *pre-potente*, ma per via di una legislazione omissiva, *im-potente*.

3.1. *Il posto della giustizia costituzionale nei rapporti con il parlamento: l'«opera di grande supplenza» e il «singolare concorso competitivo»*

All'idea di giustizia costituzionale come *remedium impotentiae*, Elia approda partendo dalla constatazione, come dato di fatto, della crisi della rappresentanza politica. Dice: «quanto alla rappresentanza politica, direi che la crisi è evidente»⁵¹; per fenomeni esterni, ma anche per fenomeni interni all'organizzazione costituzionale, come «la difficoltà di affrontare in sede parlamentare “temi forti” con una legislazione organica, le continue rielaborazioni di leggi anche recentissime e la conseguente difficoltà di evitare errori di incoerenza le-

⁴⁹ *Ivi*, p. 837.

⁵⁰ L. ELIA, *Esperienza scientifica: diritto costituzionale*, cit., p. 357. Elia non usa mai l'espressione *remedium impotentiae*, ma la si può trarre, oltre che dalla citazione riportata nel testo, dalla trama di molti suoi pensieri, autorizzando ad accostarla a quella, invece da lui esplicitamente impiegata, di *remedium omnipotentiae*. È interessante notare che il termine *impotentia* è, nella lingua latina, portatore di un duplice significato: oltre a “impotenza, debolezza”, reca anche “smoderatezza, sfrenatezza, arbitrio, prepotenza, dispotismo” (F. CALONGHI, *Dizionario della lingua latina*, vol. I, *Latino-Italiano*, terza ed. interamente rifusa ed aggiornata del dizionario Georges-Calonghi, Torino, Rosenberg&Sellier, 1967). Perciò si può dire che la parola *impotentia* racchiuda tutti i vizi della politica ai quali la giustizia costituzionale dovrebbe, per Elia, porre rimedio.

⁵¹ L. ELIA, *Aspetti problematici del referendum e crisi della rappresentanza politica*, in N. Zanon e F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Atti del convegno tenutosi a Milano il 16-17 marzo 2000, Milano, Giuffrè, 2001, p. 105.

gislativa»⁵². Proprio a causa di questa crisi della rappresentanza, la corte italiana si è così trovata a dover vestire i panni di supplente del legislatore.

Elia distingue storicamente due stagioni di supplenza della corte costituzionale.

La prima è la stagione che egli chiama della «grande supplenza»⁵³ – ma anche «il periodo aureo della giurisprudenza della Corte»⁵⁴ –, che prende avvio negli anni immediatamente successivi all'entrata in funzione della corte costituzionale, al fine di purgare dalle incostituzionalità la normativa anteriore al 1948. La corte si trova dinanzi a un'inerzia «storicamente qualificata» del legislatore, che, fin dall'entrata in vigore della costituzione, ha mancato di dare attuazione a molti dei suoi istituti più innovativi e, soprattutto, ha omesso di smantellare gli istituti più antidemocratici della legislazione fascista e prefascista: «non solo non si adeguavano le norme processualpenalistiche alla Costituzione, ma si mancava di reagire alla legislazione fascista nei suoi tratti più illiberali o quanto meno non si reagiva legislativamente alle prassi giurisprudenziali eventualmente contrastanti con le «novelle» del legislatore repubblicano»⁵⁵.

A fronte di questo pertinace silenzio del legislatore nazionale, la corte costituzionale si trova a dover intervenire al suo posto. Ma è una situazione della quale non approfitta, ma che, al contrario, «patisce, subisce [come] una situazione praticamente necessitata»⁵⁶. È la necessità è quella di agire *in favor constitutionis*, per «fare passare la costituzione e farla entrare in territori che non erano stati raggiunti dalla forza delle norme costituzionali»⁵⁷.

In questa opera di attuazione della costituzione, la corte non si pone in contrapposizione con il parlamento: non si trova «nella situazione della Corte americana di fronte a Roosevelt a sbarrare la

⁵² *Ivi*, p. 105.

⁵³ Della grande supplenza della corte costituzionale dopo il 1956 Elia parla estesamente in L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., pp. 528 ss.; in L. ELIA, *Intervento*, in ISLE (a cura di), *Corte costituzionale: interpretazione e difesa della Costituzione*, in «Rassegna parlamentare», 1969, pp. 188 ss.; e, con riferimento alla supplenza della corte in materia di diritti dei lavoratori, in L. ELIA, *Il giudice delle leggi nello Stato sociale*, in G.A. Ambroso e G. Falcucci (a cura di), *Lavoro. La giurisprudenza costituzionale 1956-1986*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1987, pp. 1 ss.

⁵⁴ L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-1985)*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985, vol. I, p. 306.

⁵⁵ *Ivi*, p. 306.

⁵⁶ L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., p. 527.

⁵⁷ *Ivi*, p. 531.

strada a nuove leggi»⁵⁸, ma si trova a fare «alcune cose che il Parlamento voleva fare e che non è riuscito a fare»⁵⁹, a causa di «procedure farraginose, ostruzionismi di vario tipo, scarsa volontà politica»⁶⁰, liberandolo così «non da tutti ma da alcuni obblighi»⁶¹. Corte e parlamento, per così dire, «sedevano dalla stessa parte del tavolo»⁶².

Ed anzi, tra corte costituzionale e parlamento si instaura un «singolare concorso competitivo»⁶³ per ridare nuova vita al dettato dei costituenti e soprattutto per l'attuazione della prima parte della carta del 1947. In realtà questa gara, su un piano e con metodi tanto diversi, «avveniva in qualche modo tra due proiezioni, storicamente parlando, dell'Assemblea Costituente: la maggioranza legislativa, assai più ampia [...] della maggioranza governativa, tale da comprendere i maggiori partiti politici (essendo ciò vero soprattutto per le leggi di attuazione costituzionale); e la Corte che, non solo per la presenza tra i suoi membri, fino agli anni '80, di illustri costituenti, si poneva come custode dei valori costituzionali e promotrice/realizzatrice della loro attuazione»⁶⁴. E, a guardar indietro, nella singolare tenzone competitiva per dare attualità e concretezza alla costituzione tra parlamento e corte costituzionale, è la corte ad uscire «largamente vincitrice»⁶⁵.

Con riferimento a questa prima stagione di grande supplenza, il termine “supplenza” è però inteso “in senso atecnico”, per significare che «la Corte esercitava poteri sicuramente suoi, mentre faceva opera che altri organi, dotati di diversi poteri, avevano trascurato di compiere»⁶⁶. I giudici costituzionali, infatti, restano nei limiti di quella che Elia chiama una “giurisdizione di amputazione”⁶⁷, avvalendosi di pronunce meramente caducatorie per far cadere, appunto, «molti tratti

⁵⁸ L. ELIA, *Intervento*, in ISLE (a cura di), *Corte costituzionale: interpretazione e difesa della Costituzione*, cit., p. 191.

⁵⁹ *Ivi*, p. 191 s.

⁶⁰ *Ivi*, pp. 191 s.

⁶¹ *Ivi*, p. 192.

⁶² *Ivi*, p. 192.

⁶³ L. ELIA, *Esperienza scientifica: diritto costituzionale*, cit., p. 356.

⁶⁴ *Ivi*, p. 356.

⁶⁵ L. ELIA, *Intervento*, in ISLE (a cura di), *Corte costituzionale: interpretazione e difesa della Costituzione*, cit., p. 192.

⁶⁶ L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-1985)*, cit., p. 306.

⁶⁷ L. ELIA, *Recensione a M. Cappelletti, Il controllo di costituzionalità sulle leggi nel diritto comparato*, in «Rivista di diritto civile», 1969, I, p. 112; L. ELIA, *Intervento*, in ISLE (a cura di), *Corte costituzionale: interpretazione e difesa della Costituzione*, cit., p. 191.

della legislazione fascista e prefascista, riparando ad omissioni storiche del Parlamento e della Magistratura»⁶⁸.

3.2. *Il posto della giustizia costituzionale e dei suoi atti nel sistema delle fonti del diritto: inadeguatezza di una giurisdizione costituzionale di mera "amputazione" e ampliamento dell'arsenale creativo della corte costituzionale*

A partire dagli anni 1963-1965, superata l'urgenza dell'adeguamento della legislazione precedente alla costituzione, si apre la seconda stagione di supplenza della corte costituzionale, che si caratterizza per il fatto che essa si avvale nei suoi giudizi di pronunce «non previste dalla normativa sulla giustizia costituzionale»⁶⁹, inaugurando una giurisdizione non più di mera amputazione, ma «di creazione» o, come talvolta Elia la chiama, «di interpretazione»⁷⁰. Questo tipo più problematico di supplenza, «non solo si è giovato per il suo affermarsi della iniziale indistinzione della supplenza nel primo senso (o, *rectius*, dell'emergere nella sua scia), ma è anche apparso come rimedio meramente tecnico e strumentale per conseguire, con mezzi differenti dagli esiti caducatori (e tuttavia convergenti con essi), il fine indeclinabile dell'*adaequatio* a Costituzione»⁷¹.

Per Elia si poté giungere a questa seconda stagione di supplenza della corte per il fatto che, malgrado le intenzioni dei costituenti con riguardo ai poteri della corte costituzionale fossero «orientate verso una forma di kelseniano *contrarius actus*»⁷² – inteso come «annullamento vero e proprio, o come atto di legislazione negativa»⁷³, e quindi verso una soluzione certamente non creativa del diritto –, tuttavia essi pure posero in essere una costituzione «analitica», tale da disciplinare «partitamente i cosiddetti diritti sociali»⁷⁴. Ebbene, «far operare un giudice kelseniano in una costituzione non kelseniana può dar luogo a risultati che Kelsen non voleva, perché tutta una serie di clausole

⁶⁸ L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-1985)*, cit., p. 306.

⁶⁹ *Ivi*, p. 306.

⁷⁰ L. ELIA, *Sentenze "interpretative" di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1966, p. 1723; L. ELIA, *Recensione a M. Cappelletti, Il controllo di costituzionalità sulle leggi nel diritto comparato*, cit., p. 112.

⁷¹ L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-1985)*, cit., pp. 306 s.

⁷² L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., p. 524.

⁷³ *Ivi*, p. 520.

⁷⁴ *Ivi*, p. 524.

generali e di indirizzi programmatici della Costituzione possono allargare il potere della Corte e renderla – è una frase di Kelsen già allora contenuta nella risposta a Schmitt – mediatrice di interessi e conflitti sociali»⁷⁵. In una costituzione come quella italiana, dunque, nella quale ampio è il catalogo dei diritti sociali e, di conseguenza, l'elenco dei compiti dei quali è investita la Repubblica al fine di perseguire obiettivi di eguaglianza sostanziale, «era difficile fermarsi semplicemente a questo *contrarius actus*, a questa legislazione negativa, o meglio all'annullamento puro e semplice»⁷⁶. La giurisprudenza della corte costituzionale, l'insieme delle sue *rationes decidendi*, era destinata ad assumere un'importanza non trascurabile, a «influire sulla reale vita dell'ordinamento, affiancandosi, se non alle leggi in sé, al diritto come vive e come viene usato dai giudici»⁷⁷. Insomma – dice Elia con una frase molto bella – «la nostra Corte, stando così le cose, non poteva sottrarsi a questo destino di cooperazione»⁷⁸. La corte, dunque, come co-creatrice di diritto per l'inveramento di un destino già scritto in costituzione: non nelle parti dedicate alle garanzie costituzionali e alla corte costituzionale in particolare – che anzi parrebbero escluderlo, a volere rimanere fedeli alla lettera del testo –, ma nelle parti in cui riconosce e afferma i diritti e i doveri dei cittadini, e particolarmente negli articoli nei quali traccia il progetto di stato sociale, che affida alla Repubblica di realizzare⁷⁹.

In particolare, la corte viene travolta da questo inesorabile destino nel momento in cui si trova a dover decidere della legittimità costituzionale di norme di favore introdotte nell'ordinamento al fine di dare attuazione allo stato sociale progettato in costituzione, e si scontra con «la difficoltà, in molti casi, di identificare autentici “privilegi” nella legislazione a favore di gruppi o categorie»⁸⁰. Se di veri privilegi si trattasse, sarebbe facile giungere a una pronunzia di annullamento secco, ma, «a meno di non voler ravvisare privilegi ove un

⁷⁵ *Ivi*, p. 524.

⁷⁶ *Ivi*, p. 524.

⁷⁷ *Ivi*, p. 525.

⁷⁸ *Ivi*, p. 525.

⁷⁹ Questa periodizzazione delle due stagioni di supplenza della Corte costituzionale si trova sintetizzata anche in L. ELIA, *I sessant'anni della Costituzione*, cit., p. 10: «Per sintetizzare taluni dei più rilevanti interventi della Corte, basterà dire che essa ha operato in un primo tempo per espungere dall'ordinamento norme della legislazione fascista e prefascista in contrasto con i precetti liberali della Costituzione e successivamente ha dato riconoscimento e agibilità ai diritti sociali di vecchia e nuova generazione (a partire dal diritto alla salute) con riflessi di forte impatto per l'attuazione del principio di ragionevolezza».

⁸⁰ L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-1985)*, cit., p. 308.

trattamento favorevole costituzionalmente giustificato non sia esteso a tutti i potenziali aventi diritto, non è facile distinguere (o non è stato facile in passato) tra trattamento ingiustificato di favore e situazione di insufficiente generalizzazione del trattamento stesso»⁸¹. Così, nel contesto di una costituzione con elenco di diritti sociali e in un clima di stato sociale a propensione assistenziale, «non si può disconoscere che, soprattutto in tema di garanzie (specie nel processo), è difficile ravvisare situazioni privilegiate e che la spinta alla generalizzazione si presenta talvolta con la forza di un vincolo derivante direttamente dalla Costituzione»⁸².

L'ottimo sarebbe se la generalizzazione avvenisse ad opera del legislatore; ma di nuovo la corte – così come era stato per la grande supplenza dopo il 1956 – si scontra con la sua “inerzia qualificata”, pur se incalzato da pronunce che lo ammoniscono a porre in essere interventi coerenti con i motivi di invalidità indicati. Non si tratta solo di evitare dei vuoti, ma piuttosto di evitare risultati di incostituzionalità peggiori di quelli di partenza: «come non può applicare norme di cui sospetta l'incostituzionalità, così la Corte non può correre il rischio di creare situazioni di incostituzionalità peggiori di quelle precedenti al suo intervento»⁸³. Ancora una volta, dunque, non vi è una volontà di prevaricare, di approfittare di un vuoto lasciato incautamente scoperto dal legislatore, ma la doverosità di agire in sua supplenza, patendo «una situazione praticamente necessitata»⁸⁴.

Sicché la condizione in cui la corte si trova è tale: «annullare norme di favore incontra serie difficoltà ed il rigetto di questioni impostate sulla richiesta di una *extensio* appare impossibile, perché l'esclusione risulta in contrasto con l'art. 3 Cost. o con un altro precetto costituzionale»⁸⁵: non può né accogliere né rigettare. Gli strumenti immaginati dai costituenti dimostrano tutta la loro limitatezza: si rende evidente «quanto è rozzo e poco maneggevole, il *si si, no no* messo a disposizione dei nostri giudici costituzionali». Attraverso la giurisdizione di amputazione, «si voleva e si vorrebbe restringere la Corte ad una serie di interventi puntuali riferibili ad una sommaria contrapposizione di “vuoti” e di “pieni”». Ma – con una chiusa paradigmatica del suo realismo critico – «la realtà, nel bene e nel male,

⁸¹ *Ivi*, p. 308.

⁸² *Ivi*, p. 308.

⁸³ L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., p. 527.

⁸⁴ *Ivi*, p. 527.

⁸⁵ L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-1985)*, cit., p. 308.

nelle savie sperimentazioni come nei rischi avventati, non si lascia ingabbiare da schemi velleitari»⁸⁶.

La corte costituzionale italiana si trova così stretta a «una scelta tra la soluzione italiana e quella tedesca»⁸⁷. Ammettendo che esse siano astrattamente alla pari, nel senso che la nostra normativa costituzionale non preveda né l'una né l'altra, la soluzione tedesca, «se ha il merito di lasciare più spazio di scelta al legislatore (il quale tuttavia, entro termini relativamente brevi, deve adempiere alla "*Reformverpflichtung*"), dà peraltro luogo ad un periodo transitorio in cui la legge non è annullata, ma non è nemmeno ritenuta conforme a costituzione». Evidentemente il giudice costituzionale tedesco «fida di più su una semplice dichiarazione di incompatibilità tra norma ordinaria e norma costituzionale perché sa che il parlamento seguirà»⁸⁸.

La soluzione scelta dalla corte italiana, invece, risparmia questo limbo all'ordinamento, anche perché il giudice costituzionale italiano teme, non tanto che «il parlamento vada in contrario avviso», ma che «possa ritardare questa parificazione», sicché la realizza da sé, «giocando sugli automatismi del testo»⁸⁹. Inclinata, dunque, per la "creazione" di norme, attraverso la predisposizione di «un certo arsenale, con vari tipi di pronunce che non sono solo di mero annullamento. Sentenze interpretative di rigetto, che vincolano solo il giudice *a quo*»⁹⁰,

⁸⁶ L. ELIA, *Recensione a M. Cappelletti, Il controllo di costituzionalità sulle leggi nel diritto comparato*, cit., p. 112. Nello stesso senso L. ELIA, *Intervento*, in ISLE (a cura di), *Corte costituzionale: interpretazione e difesa della Costituzione*, cit., p. 191: «la vera giurisdizione di amputazione, il discorso di pieni e di vuoti che si sarebbe potuto instaurare semplicemente sulla normativa vigente era un discorso non rozzo, un poco limitato».

⁸⁷ L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-1985)*, cit., p. 309.

⁸⁸ L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, in AA.VV., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica, stile*, Padova, Cedam, 1988, p. 226.

⁸⁹ *Ivi*, p. 226.

⁹⁰ In L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-1985)*, cit., p. 307, Elia sostiene la profonda affinità tra le sentenze interpretative di rigetto e le sentenze di accoglimento additivo, sostenendo che un certo grado di innovatività sia comune a entrambe: «il confine tra questi due tipi di pronunce può in varie ipotesi apparire molto sterile, sicché una sentenza di rigetto fondata su una interpretazione "adeguatrice" o conforme alla Costituzione, che comporti ricomprensione di casi considerati affini nella disposizione impugnata, non varia molto, quanto a contenuto e ad effetti (specie se si tratta di interpretazione assunta in "diritto vivente"), rispetto ad una pronuncia di accoglimento additivo. Non si può certo parlare di vera fungibilità tra le sentenze di rigetto a valenza additiva (per l'*amplatio* prodotta dalla interpretazione fatta propria dalla Corte) e sentenza di accoglimento additivo: ma non si può negare che in taluni casi vi sia autentica contiguità, con ampio margine per la Corte di scegliere tra i due tipi di pronunzie».

e poi sentenze interpretative di accoglimento ed infine così dette additive o integrative»⁹¹.

A condizionare la corte verso la “soluzione italiana” anche «la difficoltà di porre il Parlamento di fronte a drastiche scelte di *aut aut* o anche di legislazione “dovuta”, tanto più quando le Camere si dimostrano incapaci di riempire vuoti prodotti da sentenze caducatorie particolarmente importanti (sicché ancora più temerario apparirebbe stabilire termini entro cui le assemblee legislative dovrebbero deliberare)»⁹². La difficoltà, dunque, di ricorrere al «contatto diretto con il Parlamento»⁹³; cosa che ripugnerebbe non solo alla nozione e al concetto che ha di se stesso il parlamento italiano, ma a tutta l'impostazione del nostro giudizio di costituzionalità, che evita ogni controllo di tipo preventivo sull'attività del parlamento. Sicché la corte procede con sentenze creatrici di diritto «un po' anche (sembra paradossale) per rispetto del Parlamento, per non metterlo, in un certo senso, con le spalle al muro, di fronte ad un preciso obbligo ad adempiere»⁹⁴.

3.2.1. *I contributi creativi della corte costituzionale: interpretazione e sentenze “autoapplicative”*

Elia distingue due contributi creativi posti in essere dalla corte costituzionale per porre rimedio all'inerzia del legislatore.

Il primo è quello insito «nella stessa interpretazione delle norme che devono essere poste a raffronto», a partire dall'«individuazione

⁹¹ L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., p. 530. Elia definisce questo “nuovo arsenale” della Corte «un autarchico surrogato dello “stare decisis” di nordatlantica esperienza. In fondo, le vicende di questi anni, soprattutto per ciò che riguarda la Corte italiana, dimostrano che il tipo europeo è irresistibilmente portato ad avvicinarsi al modello statunitense» (L. ELIA, *Recensione a M. Cappelletti, Il controllo di costituzionalità sulle leggi nel diritto comparato*, cit., p. 112). La medesima idea è presente in L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., p. 520: «c'è una visibile tendenza dei giudici costituzionali europei ad acquisire almeno in parte, con l'aiuto delle leggi od anche in via pretoria, qualcosa dell'arsenale formidabile che è a disposizione del giudice statunitense [...]. In sostanza, si tratta di surrogati che mirano in larga misura a riprodurre quel rapporto tra Corte suprema e gli altri organi giurisdizionali degli Stati Uniti, rapporto nel quale la Corte suprema si trova al vertice dell'intera organizzazione giudiziaria federale riuscendo poi, in forza dello *stare decisis*, a vincolare gli altri giudici, ma soprattutto a servirsi in qualche modo addirittura come braccio esecutivo. Anche “l'arsenale” italiano può parzialmente connotarsi come sostitutivo dei mezzi di intervento del giudice statunitense».

⁹² L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-1985)*, cit., p. 306.

⁹³ L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., p. 528.

⁹⁴ *Ivi*, p. 529.

del diritto costituzionale vivente che deve funzionare da parametro nel giudizio di costituzionalità»⁹⁵. Dice Elia: le costituzioni, per vivere a lungo, debbono essere ferme e sicure per taluni aspetti, ma anche elastiche e a maglie larghe per altri: «le maggiori certezze le riscontriamo a proposito di diritti classici di libertà»; ma per quel che riguarda il mandato che il costituente ha fatto al legislatore per l'attuazione dello stato sociale, le costituzioni – e soprattutto le cosiddette costituzioni lunghe europee – «si autoabbreviano, facendo ricorso a concetti indeterminati, alle clausole generali [...], a] gloriose ambiguità: è proprio il carattere elusivo dei loro contenuti che ha reso possibile un continuo dinamico adattamento delle dottrine costituzionali inteso a rispondere ai bisogni di una libera pluralistica società in continua evoluzione. La precisione, se ha un posto nella redazione delle ordinanze urbane, sarebbe una condanna a morte per una costituzione vivente»⁹⁶. Di nuovo torna l'idea della previsione costituzionale prudentemente elastica dello stato sociale come legittimante, anzi, imponente l'attività creatrice della corte costituzionale, in questo caso attraverso l'interpretazione: «un'interpretazione che circo-scrive quanto è effettivamente prescritto da una costituzione»⁹⁷.

In altre parole, la corte costituzionale, attraverso un'interpretazione evolutiva delle “gloriose ambiguità” lasciate in costituzione, arriverebbe a individuare l'essenza – il contenuto minimo essenziale, come pure si dice – dei diritti sociali. Apparentemente «da questa essenzializzazione, da questa ricerca del *Wesens Gehalt* delle norme costituzionali»⁹⁸, sembrerebbe ridotto «lo spazio di intervento originale per le corti costituzionali, perché più il legislatore è libero meno spazio come tale dovrebbe residuare per la corte»⁹⁹. Ma è una falsa apparenza, «perché in questi cicli storici proprio alla corte spetta di accertare in che misura la costituzione può subire un apparente snellimento nella ricerca di quelli che sono i nuclei veramente essenziali,

⁹⁵ L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, cit., p. 223.

⁹⁶ *Ivi*, p. 223. Concetto ribadito anche in L. ELIA, *I sessant'anni della Costituzione*, cit., p. 12: «La Costituzione repubblicana, anche grazie alle trasformazioni sommariamente ricordate, realizzatesi in sei decenni, ha dimostrato con la sua tenuta di possedere una prudente elasticità e attitudine a “comprendere” con i suoi principi fenomeni non prevedibili dai costituenti: e tutto ciò senza perdere di significanza. Infatti questa apertura al nuovo si è sempre svolta all'interno dei principi del costituzionalismo maturato nella seconda metà del ventesimo secolo (personalismo, pluralismo, Stato democratico, libertà, giustizia sociale, organizzazione “diffusa” dei poteri che assicurano equilibrio e controllo reciproco, sistema di garanzie): un nucleo forte di costituzionalismo coerentemente accolto nella nostra Costituzione».

⁹⁷ L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, cit., p. 223.

⁹⁸ *Ivi*, p. 223.

⁹⁹ *Ivi*, p. 223.

tali da consentire [...] di comprendere quale può essere il margine di oscillazione circa la realizzazione dello stato sociale»¹⁰⁰. Sicché, «anche senza parlare impropriamente di interpretazione autentica della costituzione, tuttavia, quando l'interpretazione coinvolge la costituzione, non solo nei diritti sociali o nelle norme programmatiche, ma anche nella talvolta difficilmente coordinabile rete di diritti soggettivi, di libertà classiche, quando si è costretti ad operare raccordi tra queste discipline costituzionali, è ben difficile non tracciare alcune linee che poi restano»¹⁰¹. Ma in ogni caso, «anche se rimane difficile distinguere dove arriva l'interpretazione e dove comincia l'innovazione»¹⁰², certamente «rimane sempre notevolmente diverso» questo contributo creativo della corte da quello del legislatore¹⁰³.

Il secondo tipo di contributo creativo della corte costituzionale «riguarda il momento non della ricerca della interpretazione precedente la sentenza, ma proprio il contenuto delle sentenze nel dispositivo e nella motivazione»: la creazione di diritto attraverso sentenze che includono nelle loro motivazioni «implicitamente o esplicitamente condizioni di comportamento conforme a costituzione per il legislatore»¹⁰⁴. È questo il punto limite della dottrina kelseniana sul *contrarius actus*.

Per Elia, «anche quando sembra che la sentenza contenga solo un *contrarius actus*, quasi sempre è possibile rovesciare, traendo condizionamenti impliciti o espliciti per la futura condotta del legislatore»¹⁰⁵. In qualunque sentenza della corte costituzionale, infatti, è difficile «isolare il momento del controllo sulle norme rispetto a quello del concorso all'opera di costruzione dell'ordinamento fatta dal legislatore costituzionale o dal legislatore ordinario. Forse diritto giurisprudenziale, specialmente per quello che riguarda le corti costituzionali, vuole alludere ad una figura complessa in cui al necessario intervento di controllo sulle leggi può eventualmente accompagnarsi un elemento creativo»¹⁰⁶. Qualunque sentenza, dunque, anche quella meramente ablativa, è creatrice di diritto. Ma in particolare lo sono quelle cosiddette «autoapplicative», additive o sostitutive, «che introducono immediatamente un *quid pluris* nell'ordinamento giuridico»¹⁰⁷.

¹⁰⁰ *Ivi*, pp. 223 s.

¹⁰¹ L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., p. 525.

¹⁰² *Ivi*, p. 526.

¹⁰³ *Ivi*, p. 526.

¹⁰⁴ L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, cit., p. 224.

¹⁰⁵ *Ivi*, p. 224.

¹⁰⁶ *Ivi*, pp. 220 s.

¹⁰⁷ *Ivi*, p. 224. Dice più avanti (p. 225): «Tanto questo è vero che per quello che riguarda le sentenze di indirizzo abbiamo modelli proposti al legislatore, modelli di

Naturalmente il carattere creativo della giurisprudenza che ha dato luogo a più discussioni è proprio quello che riguarda queste ultime, con le quali «la corte italiana ha utilizzato le sentenze di accoglimento per rimediare al *casus omissus*»¹⁰⁸. Esse, facendo subito scattare la normativa più conforme a costituzione attraverso «l'istantaneità, l'automatismo, la contemporaneità dell'annullamento e della estensione o della sostituzione»¹⁰⁹, rappresentano «la strada più corta» per pervenire alla soluzione costituzionalmente adeguata, ritenendo «che la negazione più efficace della negazione (ossia della norma di esclusione data o costruita) consista proprio in una “affermazione normativa”»¹¹⁰, o, detto altrimenti, «che il *contrarius actus* di una esclusione incostituzionale è l'inclusione, di una limitazione l'estensione»¹¹¹. In questo modo si produce l'effetto di «fare entrare nella disciplina risultante dalla addizione la regola che mancava, in quanto precede un annullamento della “esclusione implicita”»¹¹².

comportamento che ritroviamo in tutti i tipi di sentenze; solo agli estremi possiamo immaginare, come ha immaginato Zagrebelsky, due estremi in cui il modello di comportamento per il legislatore non ci sarebbe, cioè una sentenza di puro e semplice rigetto o una sentenza di accoglimento talmente pura e semplice perché si rivolge a norme tali che nulla poi il legislatore debba fare a seguito della sentenza [...]. Troviamo quindi modelli di comportamento per il legislatore nelle sentenze di rigetto [...]. Troviamo delle indicazioni, poi, nelle sentenze di accoglimento [con indicazioni generiche...]. Ma abbiamo anche sentenze di accoglimento con indicazioni specifiche, le cosiddette sentenze decalogo o sentenze che indicano specificamente quello che il legislatore deve fare perché la sua legislazione sia corretta costituzionalmente».

¹⁰⁸ *Ivi*, p. 226.

¹⁰⁹ L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-1985)*, cit., pp. 309 s.

¹¹⁰ *Ivi*, p. 309.

¹¹¹ *Ivi*, p. 324.

¹¹² *Ivi*, p. 303. Spiega più precisamente: «Certo, se l'annullamento fosse di tipo ablatario-caducatorio rispetto ad una norma non puramente di esclusione, ma ad una norma “in positivo” bisognerebbe fermarsi lì, perché la sentenza avrebbe dato tutto quello che poteva dare: ma siccome l'annullamento ha per oggetto una norma di esclusione (od una fattispecie affine) si rende possibile l'*ampliatio* della normativa impugnata a situazioni analoghe. Si rende possibile, tecnicamente, perché la conversione del negativo in positivo presuppone, nelle sentenze additive, che “una medesima disposizione di legge sia produttiva tanto del *tertium comparationis*, consistente nella situazione soggettiva di vantaggio configurata dal legislatore quanto della norma denunciata, riguardante per contro la parte in cui si escludono determinate categorie di soggetti” [Paladin]. Tanto ciò è vero che, se non si distingue bene, secondo la migliore dottrina, tra disposizione e norme, si potrebbe affermare che in realtà nelle sentenze additive si adotta uno schema di giudizio semplificato, in cui viene meno lo stesso carattere trilaterale del sindacato sull'osservanza del principio di cui all'art. 3 Cost. da parte di una legge. Verrebbero in gioco con la norma costituzionale-parametro non già due situazioni sott'ordinate di cui una funga da oggetto del giudizio e l'altra da *tertium comparationis*, ma soltanto una situazione (quella richiamata

E così «la corte costituzionale, quando si è trattato di portare la costituzione in territori legislativi che non erano stati toccati, ha ritenuto, sulla base della univocità del carattere obbligatorio della soluzione, di inserire questa (di solito) aggiunta per soddisfare il principio generale di eguaglianza. Ha esteso, ha fatto una *extensio* rispetto a una norma già esistente che riguardava solo una categoria di soggetti»¹¹³: una *extensio* talvolta di un dare o di un *facere* da parte dell'autorità pubblica (che Elia chiama “additive di prestazione”), talaltra di un garantire (“additive di garanzia”)¹¹⁴, ottenuta tendendo sino al loro massimo i fili della trama tessuta dalla costituzione stessa, con il fine di assicurare a tutti o comunque a molti diritti irragionevolmente riconosciuti a pochi dal legislatore ordinario.

Nell'economia di un tale «congegno», in ogni caso, «il vincolo testuale gioca un fortissimo ruolo di condizionamento e di limitazione della “creatività” propria di queste pronunzie»¹¹⁵ (condizionamento «fortissimo riguardo al *contenuto* o al *quomodo* della addizione, più debole rispetto all'*an* nell'opzione tra additiva e altre soluzioni»¹¹⁶):

nell'ordinanza del giudice rimettente), di cui si chiederebbe puramente e semplicemente l'*extensio* [...]. Ma semplificare in questi termini non è consentito perché il carattere bilaterale (o meglio binario) dello schema non tiene conto dell'aspetto essenziale del *petitum* additivo: nel quale l'adozione è vista come momento finale del giudizio, mentre il momento iniziale e rescindente è pur sempre costituito da una dichiarazione di illegittimità costituzionale. È allora evidente che tale dichiarazione non potrebbe mai riguardare la disciplina in positivo, che in ipotesi avvantaggia una categoria o sottocategoria di consociati, perché l'accoglimento comporterebbe l'eliminazione pura e semplice della disposizione evocata: mentre il vero oggetto iniziale del giudizio è l'accertamento costitutivo della illegittimità costituzionale che vizia la norma “negativa” di esclusione. Il carattere trilaterale o ternario dello schema di giudizio, sottostante alla pronunzia additiva non può, dunque, scomparire».

¹¹³ L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, cit., p. 226.

¹¹⁴ La distinzione tra “additive di garanzia” e “additive di prestazione” non ha, per Elia, un valore puramente descrittivo, ma costituisce «una chiave di lettura della giurisprudenza della Corte, soprattutto per registrare, anche in questo campo, fortune e sfortune dello Stato sociale. Non è certo un caso che l'affermarsi delle sentenze additive sia avvenuto quando la maggior parte di queste decisioni producevano l'acquisto, o l'ampliamento di contenuto, di diritti di libertà (o l'eliminazione di limiti illegittimi ad essi). Si afferma allora la stessa “autoapplicatività” delle pronunzie di questo tipo [...]. È solo in una seconda fase che alle additive di garanzia si aggiungeranno le additive di prestazione, con sicura incidenza, anche se mai valutata, nemmeno approssimativamente, sulla spesa pubblica. Questa seconda fase (basta citare la notissima sent. n. 219 del 1975 e le meno note nn. 230 del 1974 e 263 del 1976) corrisponde, non certo casualmente, ad un periodo della vita italiana in cui sembrava che fini e mezzi fossero dislocati in due pianeti molto distanti» (L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-1985)*, cit., p. 314).

¹¹⁵ *Ivi*, p. 310.

¹¹⁶ *Ivi*, p. 310.

la disciplina che fa difetto viene tratta, infatti, «non dalla fantasia della Corte, ma, per analogia, da altre norme o principi costituzionali contenuti nel sistema»¹¹⁷. Giacché, dice Elia, «noi di creazione accettiamo più che altro un concetto di contributo, di originalità, di innovazione, non certo di creazione come produzione *ex nihilo* che troviamo in alcuni dizionari o nella teologia»¹¹⁸.

L'additiva, dunque, per Elia, nasce come «*ponte* per realizzare più presto la Costituzione, specie in ipotesi nelle quali l'estensione della garanzia costituzionale era chiaramente (vorrei dire meccanicamente) alternativa ad una situazione di non garanzia»¹¹⁹. Dice: «Non si può negare che un effetto di legittimazione (anzi di nobilitazione) delle sentenze additive – più tardi parlerà di «una origine che ho trovato nobilitante più che legittimante»¹²⁰ – sia legato alla coscienza della loro strumentalità ad una adeguazione, in senso costituzionale e antitetico alla legislazione fascista, operato per vie brevi in sede di giudizio di legittimità»¹²¹. Oltre a ciò, «il contributo dato dalla Corte, non solo con le sentenze di illegittimità costituzionale, ma pure con quelle interpretative, è stato enorme, anche perché ha valorizzato nel legislatore l'inclinazione a orientarsi in senso conforme alla Costituzione»¹²²: sentenze interpretative e additive, dunque, non solo in funzione sostitutiva, ma anche, per così dire, “educativa” del legislatore.

Se il discorso della legittimità delle sentenze interpretative e additive della corte costituzionale è ancora tutto da affrontare, tuttavia la riflessione sul fine – il «“favor constitutionis”, nel senso di esigere un adeguamento, si direbbe, ad ogni costo»¹²³ alla costituzione – permette per intanto di nobilitarle: il fine non giustifica i mezzi, ma aiuta a conferire loro dignità.

3.2.2. Poteri “creativi”, non “normativi”

Ricostruita l'origine e riconosciuto il ruolo delle sentenze additive, e autoapplicative in generale, Elia sdrammatizza il discorso intorno al potere creativo della corte costituzionale e al presunto antagonismo con il parlamento nella produzione di norme, attraverso alcuni

¹¹⁷ *Ivi*, p. 303, citando le parole di Crisafulli.

¹¹⁸ L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, cit., p. 218.

¹¹⁹ L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-1985)*, cit., pp. 305 s.

¹²⁰ L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, cit., p. 226

¹²¹ L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-1985)*, cit., p. 306.

¹²² L. ELIA, *I sessant'anni della Costituzione*, cit., p. 10.

¹²³ L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-1985)*, cit., p. 306

importanti distinguo volti «a chiarire equivoci ed a favorire più sciolti discorsi su questo tipo di decisioni della Corte»¹²⁴. Emblematico di questo suo voler far chiarezza l'*incipit* della relazione intitolata *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, del 1988. Dice: «Il titolo iniziale di questa mia, più comunicazione che relazione come suggerito dagli organizzatori di questo simposio, era “Poteri normativi delle Corti costituzionali”. Ho preferito che si parlasse di poteri creativi, in primo luogo perché questa formula evita la facile assimilazione, accettata da alcuni ma non da altri, tra attività creatrice di norme o conreatrice di normative (insieme ad altri atti e ad altre fonti) e legislazione in senso proprio, come fonte di uno degli ordinamenti continentali. In secondo luogo, perché [...] la capacità creativa di una corte si esprime anche nella produzione di originali schemi di giudizio, oltre che di un diretto contributo ad un diritto che definirei più giurisdizionale che giurisprudenziale»¹²⁵.

Elia, dunque, tiene a che sia ben distinta l'attività creativa della corte costituzionale dall'attività normativa del parlamento. E a questo fine si vale della “variante” introdotta da Crisafulli nella quinta edizione delle sue classiche *Lezioni di diritto costituzionale*, in cui – rivedendo la sua posizione originaria, quella delle “rime obbligate”, che escludeva *in toto* l'ipotesi “creativa” delle additive – afferma che «una parte almeno delle decisioni interpretative di accoglimento (aggiuntive o sostitutive), che il Kelsen non aveva previsto, presentano, dal punto di vista teoretico, sostanza di atti (*anche*) normativi, dando vita a norme o frammenti di norme, la cui presenza non era per l'innanzi “avvertita” nell'ordinamento»¹²⁶; anche se, dal punto di vista del diritto positivo, Crisafulli continua a negare che si tratti di atti legislativi come atti-fonte. Alla luce di questa distinzione crisafulliana tra punto di vista teoretico e punto di vista giuspositivistico, Elia può ribadire con nettezza che «dal punto di vista teoretico si può anche ammettere che talune sentenze, specialmente additive, immettano nell'ordinamento giuridico qualche cosa di nuovo, facciano veramente opera creativa, ma dal punto di vista del diritto positivo italiano, della qualificazione delle fonti come è nel diritto positivo italiano, non si può accettare – anche nelle sentenze additive – che si tratti di vere e proprie fonti legislative»¹²⁷. Insomma, con le sentenze additive «non

¹²⁴ *Ivi*, p. 301.

¹²⁵ L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, cit., p. 217.

¹²⁶ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1984, p. 407, citato testualmente da L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-1985)*, cit., p. 299.

¹²⁷ L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, cit., p. 221.

si esercita la funzione legislativa, ma si aggiunge un “quid novi” secondo moduli di tipo giurisdizionale (e cioè attuazione diretta della Costituzione)»¹²⁸. Elia si rende conto che tale distinzione di punti di vista «si presta all'accusa di “formalismo”, nel senso deteriore in cui il termine è ancora usato. Ma essa non è affatto formale, o formalistica», giacché «produrre diritto mediante sentenze è comunque cosa assai diversa che produrlo mediante legge»¹²⁹.

Ed è cosa diversa per più di una ragione: intanto perché, come pure sostiene Cappelletti nel libro *Giudici legislatori?*, «i giudici, anche quelli costituzionali, hanno delle garanzie di carattere processuale, hanno delle garanzie nel *modus procedendi* (contraddittorio, impossibilità di autopromuovere il giudizio, garanzie di imparzialità e così via) per cui anche quando sul piano dell'essenza, sul piano del contenuto, giungono o sembrano giungere a punti di arrivo coincidenti con quelli del legislatore, tuttavia fanno opera sostanzialmente diversa»¹³⁰. Inoltre perché la corte opera non attraverso atti isolati, ma attraverso «sequenze di pronunce», per cui «c'è una fluidità di apporti che sfugge alla rigidità delle sequenze di tipo strettamente legislativo sia pure relative a leggi meramente abrogative»¹³¹.

Ma la ragione più profonda che, per Elia, rende perplessi circa l'assimilazione delle sentenze di accoglimento a veri e propri atti di legislazione ordinaria riguarda il fatto che, «in generale, anche le sentenze di accoglimento semplice, anziché porsi puramente e semplicemente sul piano del *contrarius actus*, di una legge abrogativa, in realtà contengono sempre (o quasi) un risvolto, per cui a un livello che non è puramente persuasivo *si situano sopra il livello della pura e semplice legislazione ordinaria* e tendono a condizionare il legislatore perché non riproduca, perché non ricorra a valutazioni o a scelte che in qualche modo possano mettere in gioco i valori di costituzionalità presupposti della sentenza di accoglimento»¹³². Elia, dunque, pur non

¹²⁸ L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-1985)*, cit., p. 312.

¹²⁹ *Ivi*, p. 311. Dice in L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, cit., pp. 221 s: «Io non credo che questa riluttanza a fare proprio il “salto dell'assimilazione” (sentenza delle corti = legge ordinaria) sia un effetto per così dire di *pruderie* [...]. Qui non si tratta, io credo, di apparire in vesti dismesse per fare più tranquillamente o più in penombra opera innovativa e creativa, credo che questa riluttanza corrisponda proprio a una preoccupazione dottrinale e di sistema per situare in tutta la sua difficoltà e complessità le sentenze della Corte, anche quelle di accoglimento, nell'intero sistema degli ordinamenti continentali».

¹³⁰ L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, cit., p. 221.

¹³¹ *Ivi*, p. 220.

¹³² *Ivi*, p. 220 (corsivi non nel testo).

entrando nel merito di questo discorso, lascia intendere che, se proprio si dovesse assegnare un posto nelle fonti del diritto alle sentenze additive della corte costituzionale, questo non dovrebbe essere quello della legge ordinaria, bensì quello della legge costituzionale. Dice infatti: «non possiamo qui soffermarci sul problema del livello di legge costituzionale che, secondo Carl Schmitt, ma anche secondo molti autori e molti giudici statunitensi, avrebbe la giurisprudenza della corte; è il famoso detto “la costituzione è quello che dicono le sentenze della corte suprema sulla costituzione”. Dal punto di vista tecnico, affermazioni di questo genere lasciano molto perplessi, però c’è certamente qualche cosa di vero nel far sì che queste sentenze delle corti costituzionali – anche quando sono puramente, semplicemente, di accoglimento, di annullamento, in Europa, o di dichiarazione di incostituzionalità resa forte poi dal principio dello *stare decisis* [...] – tuttavia si situano in una posizione diversa»¹³³. Di nuovo il distinguo tra punto di vista teoretico e punto di vista positivisticò aiuta a fare chiarezza; ma certo è notevole la suggestione che deriva dall’aver accostato, sul piano sostanziale, le sentenze della corte costituzionale alla legislazione di livello costituzionale.

3.3. *Limiti alla legittimità della giustizia costituzionale come remedium impotentiae*

Chiarito che attività del giudice costituzionale e del legislatore non sono assimilabili, e che dunque il problema dei poteri creativi della corte costituzionale va sdrammatizzato, Elia apre a una nuova questione: «è da chiedersi se il rifiuto di considerare legislativa l’attività creativa esercitata dal giudice costituzionale non comporti il riconoscimento di una produzione normativa di tipo giurisdizionale che sfugge, sempre che siano rispettati taluni limiti, alle regole e ai condizionamenti cui è sottoposta la funzione legislativa in senso proprio»¹³⁴.

Pone così il problema dei «limiti dell’intervento del giudice costituzionale a rimedio dell’inerzia del legislatore»¹³⁵; «della *proportio* tra la legittimazione del giudice costituzionale e il suo operato [...] per il suo contributo alla formazione di un nuovo diritto non legislativo»¹³⁶. Il problema, in altri termini, della legittimazione della corte

¹³³ *Ivi*, p. 220.

¹³⁴ L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-1985)*, cit., p. 300.

¹³⁵ L. ELIA, *Esperienza scientifica: diritto costituzionale*, cit., p. 357.

¹³⁶ L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., p. 526.

quando assume decisioni che possono dirsi “politiche”¹³⁷, in virtù della «domanda, sempre più diffusa nei nostri tempi, che le controversie, anche quelle un tempo destinate a rimanere pacificamente all'interno dei santuari della politica, trovino un giudice vero»¹³⁸.

Come detto, infatti, Elia ritiene l'origine dei poteri creativi della corte – la «grande supplenza» dopo il 1956 al fine di dare attuazione alla costituzione – nobilitante, ma non anche legittimante¹³⁹: avverte, insomma, da un lato «l'ineluttabilità e la stessa ragione storica degli ardimenti della Corte», ma dall'altro guarda con animo sospeso a «scelte politiche adottate da un organo libero da ogni responsabilità politica istituzionale»¹⁴⁰.

Muove allora alla ricerca dei limiti che possono rendere legittimi tali ardimenti; limiti che non trovano fondamento in nessuna disposizione costituzionale – dal momento che i costituenti non immaginarono il possibile ruolo della corte come *remedium impotentiae* –, ma che dovrebbero comunque essere costantemente presenti alla corte nella sua attività, giacché «oltre alla legittimazione che deriva dalle norme, conta molto quella che si guadagna sul campo, con le sentenze e con la loro comunicabilità all'uditorio di cittadini attivi»¹⁴¹.

In primo luogo, elemento determinante per rendere legittimi gli strumenti che la corte ha creato come *remedia impotentiae* è che attraverso di essi «si realizz[i] l'unico modo di disciplina costituzionalmente adeguato»¹⁴². Il contenuto della regola posta dal giudice costituzionale deve essere con la nota formula di Crisafulli, “a rime obbligate”, tratta “senza alternatività di soluzioni”¹⁴³ dal testo costituzionale.

Ma, se non c'è dubbio che «quanto al contenuto e al *quomodo* le rime debbono baciarsi per predestinazione», resta l'*an*: «è qui che si concentra il maggiore potenziale di scelta, specialmente quando la Corte si confronta con opzioni politiche attuali»¹⁴⁴. Allora, oltre a

¹³⁷ Anche se «quello che Luhmann chiama “il fastidioso doppio significato del termine politico”» costringe subito Elia a distinguere tra “politico” riferito al *gubernaculum* e “politico” riferito alla *iusdictio* (*Ivi*, p. 518). Su tale distinzione, si vedano anche le riflessioni più oltre nel testo.

¹³⁸ L. ELIA, *L'esperienza italiana della giustizia costituzionale*, cit., p. 144.

¹³⁹ L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, cit., p. 226.

¹⁴⁰ L. ELIA, *Recensione a M. Cappelletti, Il controllo di costituzionalità sulle leggi nel diritto comparato*, cit., p. 113.

¹⁴¹ L. ELIA, *L'esperienza italiana della giustizia costituzionale*, cit., p. 139.

¹⁴² L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-1985)*, cit., p. 310.

¹⁴³ Come ebbe a dire il Presidente Bonifacio nella Conferenza stampa del 1974, citato da Elia *Ivi*, p. 310.

¹⁴⁴ *Ivi*, p. 323.

dovere avere un contenuto obbligato, gli strumenti creativi pure debbono venire impiegati solo «quando veramente il principio di legalità costituzionale lo esige, in forma quasi necessitata»¹⁴⁵. Cosa che, a giudizio di Elia, la corte costituzionale tendenzialmente fa, «essendo attentissima, anche quando l'incostituzionalità in qualche modo potrebbe essere affermata, a lasciare il campo aperto alle scelte del legislatore, quando questo margine esiste nella realtà del sistema e la soluzione a senso unico non è imposta dai principi costituzionali»¹⁴⁶.

Ma anche in quei casi in cui la corte si ritrae per lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore, essa dovrebbe farlo con chiarezza, specie quando si tratta di *political questions*: «nelle sentenze di rigetto, sarebbe opportuno non accumulare motivazioni varie in modo un poco alluvionale, ma invece dire più chiaramente (secondo i moduli del *restraint*) perché in certi casi ci si astiene dall'intervenire, dal fare quella sovrapposizione di ragion propria alla ragione del legislatore»¹⁴⁷.

I limiti veri, però, quelli che la corte costituzionale mai dovrebbe superare, sono quelli che riguardano la razionalità delle proprie motivazioni. I giudici costituzionali, infatti, vivono in una costante dialettica «tra la potenzialità di poter giungere a risultati molto lontani da quelli che erano stati immaginati dai padri fondatori e la tensione a contenere nei limiti – con un ancoraggio di saggezza e di collegamento alla volontà popolare non effimera – questa potenzialità che deriva dall'ultimità del loro intervento»¹⁴⁸. Le corti costituzionali, infatti, possono avere veramente l'ultima parola, «ma questo non le autorizza a superare certi limiti. E il limite risiede soprattutto nella motivazione: nel dovere di fornire una prova di razionalità persuasiva, non retorica in senso volgare o corrente, ma in senso buono nelle motivazioni [...], che] contribuiscano a creare quella tradizione di coscienza costituzionale della società e del popolo che è il più sicuro fondamento per la longevità delle costituzioni»¹⁴⁹. E, forse si può aggiungere, delle corti costituzionali stesse.

In quest'ottica, «un coefficiente di legittimazione potrebbe essere rappresentato da un meritorio tentativo di articolare e vertebrare il canone onnivoro della ragionevolezza»¹⁵⁰. Elia entra nel merito e specifica: «il *tertium comparationis* non basta: è necessario in un quadro più generale, configurare gli statuti o i protocolli del sindacato di ra-

¹⁴⁵ L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., p. 531.

¹⁴⁶ *Ivi*, p. 531.

¹⁴⁷ *Ivi*, pp. 164 ss.

¹⁴⁸ L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, cit., p. 229.

¹⁴⁹ *Ivi*, p. 229.

¹⁵⁰ L. ELIA, *L'esperienza italiana della giustizia costituzionale*, cit., p. 139.

gionevolezza, graduando l'intensità e la qualità dello scrutinio di costituzionalità, qualificando anche le diverse fasi del giudizio di proporzionalità. Certo, come si dice in Germania, non si spara con i cannoni ai passeri: ma è necessario distinguere ed etichettare le fasi della verifica, come pure è opportuno stabilire alcuni criteri per il bilanciamento tra diversi, confliggenti principi»¹⁵¹. Si tratta di fare uno sforzo di razionalizzazione e consolidamento dei criteri molto elastici già impiegati, che comunque non eviterebbe *in toto* la tensione e il rischio connesso alla politicità di talune decisioni. Ma costruire un più preciso strumentario argomentativo varrebbe comunque la pena, «innanzi tutto per diffondere la convinzione della non arbitrarietà delle decisioni nel solco più chiaro di una continuità giurisprudenziale al di là delle soluzioni caso per caso»¹⁵². Insomma, e più in generale, per evitare eccessive oscillazioni giurisprudenziali, dovrebbero essere individuati «standards di comportamento che offrano, nel limite del possibile, prospettive di certezza ai giudici e ai cittadini circa l'uso di mezzi processuali che hanno, poi, un grandissimo rilievo anche sul piano sostanziale»¹⁵³. Un appello, quello di Elia, in primo luogo alla corte, ma anche alla dottrina «affinché finalizzi proposte e suggerimenti»¹⁵⁴.

Da ultimo, la corte deve sapersi muovere, nelle sue decisioni, nella delicata tensione tra seguire l'evoluzione politica e sociale e tuttavia non divenirne gregaria: «essere moderatrice» di conflitti, «senza essere di per sé moderata»¹⁵⁵. Per non scadere, in questa delicata tensione, nell'arbitrio delle ricostruzioni prevalentemente soggettive, la corte non deve perdere, oltre all'«ancoraggio alla coscienza sociale»¹⁵⁶, l'«ancoraggio testuale», che, solo, consente di leggere non arbitrariamente il contesto alla luce del testo¹⁵⁷. Solo così la corte può aspirare ad essere, se non l'isola della ragione nel caos delle opinioni, «l'isola dell'opinione più ragionevole nel caos o nella pluralità delle opinioni, quella più ragionevole – nel senso praticamente verificabile – perché si ricollega ad un deposito storico di valori che hanno sede

¹⁵¹ *Ivi*, pp. 139 s.

¹⁵² *Ivi*, p. 140.

¹⁵³ L. ELIA, *Considerazioni sul tema*, in *Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale*, Seminario svoltosi presso il Palazzo della Consulta (13-14 novembre 1989), Milano, Giuffrè, 1990, p. 98.

¹⁵⁴ L. ELIA, *L'esperienza italiana della giustizia costituzionale*, cit., p. 140.

¹⁵⁵ L. ELIA, *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, cit., p. 168.

¹⁵⁶ *Ivi*, p. 163.

¹⁵⁷ Quel che si può desumere da L. ELIA, *Lecture critiche: S. Bartole, Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, in «Rassegna parlamentare», 2006, n. 2, pp. 611 ss.

nel profondo della coscienza collettiva e sono in gran parte riflessi nel documento costituzionale»¹⁵⁸.

In ultima analisi, e a riassunto di tutto, la corte, anche quando più si allontana dall'immagine che di lei ebbero i costituenti, si legittima nel saper unire al «coraggio innovatore» anche «una certa dose di misurato 'restraint'»¹⁵⁹. Una legittimazione, dunque, che dipende dall'uso che storicamente, giorno dopo giorno, sentenza dopo sentenza, la corte sa fare dei suoi poteri creativi e dai limiti che sa porre al suo operato: una «legittimazione fragile», perché non garantita una volta per tutte, ma posta nelle mani della corte stessa; e al contempo, proprio perché fragile, una «legittimazione sotto sorveglianza», perché gravata dall'attenzione che sull'operato della corte tutti devono porre.

Da questo punto di vista il giudizio conclusivo di Elia sull'operato della corte è nel complesso positivo: emerge una corte che «ha affrontato e risolto, generalmente in modo positivo, situazioni difficili che si sono presentate in un lungo arco di tempo»¹⁶⁰; una corte «né attivista [...] né rinunciataria, perché una corte che si muove a ricalco delle maggioranze non serve al sistema. Il filo di continuità della Corte, e qui è la sua coerenza, è stata l'applicazione del principio di legittimità costituzionale nelle forme che abbiamo accennato»¹⁶¹, e dunque l'uso dei poteri innovatori solo *in favor constitutionis*, ma nei limiti che la costituzione stessa impone, anche alla corte.

Sicché, *a posteriori*, si può affermare che, se l'uso di poteri creativi da parte del giudice costituzionale comportava e comporta dei rischi, anche seri, tuttavia «valeva e vale la pena di correre questi rischi e di affrontare i pericoli di *ultra vires* cui essi danno luogo»¹⁶².

3.4. *Crisi della giustizia costituzionale come remedium impotentiae e crisi dello stato sociale*

Se la storia – l'uso che in concreto il giudice costituzionale ha fatto dei suoi poteri creativi; il fatto che attraverso di essi ha sicuramente reso «notevoli servizi all'ampliamento degli istituti garantisti»¹⁶³

¹⁵⁸ L. ELIA, *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, cit., p. 168.

¹⁵⁹ L. ELIA, *Recensione a M. Cappelletti, Il controllo di costituzionalità sulle leggi nel diritto comparato*, cit., p. 112, riportando l'auspicio di Cappelletti, al quale sente di dover «cordialmente consentire». Con parole simili in L. ELIA, *Esperienza scientifica: diritto costituzionale*, cit., p. 357, parla della «possibilità di fare oscillare il pendolo tra *self-restraint* e attivismo».

¹⁶⁰ L. ELIA, *L'esperienza italiana della giustizia costituzionale*, cit., p. 144.

¹⁶¹ L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., p. 535.

¹⁶² L. ELIA, *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, cit., p. 163.

¹⁶³ L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte co-*

– legittima di fatto la giustizia costituzionale italiana come *remedium impotentiae*, tuttavia Elia non può non constatare anche il declino di questa funzione. Negli ultimi anni, possiamo forse dire a partire dagli anni Novanta del Novecento, «criteri di razionalità pratica, che valgono anche per chi non si senta strettamente vincolato dall'art. 81, comma 4°, della Costituzione, hanno evidentemente precluso alla Corte, in materia di previdenza sociale nonché in altri campi, di procedere nel cammino gratificante della *ampliatio* delle prestazioni dei destinatari di queste»¹⁶⁴.

Dunque il paragone «tra quanto è stato fatto e quanto, astrattamente, si potrebbe fare, mediante l'uso di sentenze additive, per realizzare i diritti sociali previsti nell'elenco costituzionale (ed altri aggiunti, come per l'abitazione, nel periodo successivo)»¹⁶⁵ è avvilente e dà ragione a quanti parlano di "crisi". Ma, per Elia, non di crisi delle sentenze additive si tratta, bensì di crisi «dello Stato sociale o di benessere come è stato inteso negli anni '70»¹⁶⁶. In altre parole, quando si ha a che fare non con situazioni singole, ma con leggi che riguardano intere categorie di soggetti, «non si può "mistificare" il pubblico redistribuendo con le sentenze mezzi finanziari di cui l'erario non dispone»¹⁶⁷; o, detto altrimenti, «non v'è vantaggio per alcuno nella condivisione di una ricchezza che non esiste»¹⁶⁸.

Così, dunque, come le sentenze additive (e quelle di prestazione in particolare) sono, per Elia, un portato della previsione dello stato sociale nella costituzione italiana – il precipitato, per così dire, del «combinato disposto dei principi di eguaglianza e di stato sociale»¹⁶⁹ –, così pure non possono non risentire della crisi dello stato sociale stesso, divenendo la giurisprudenza della corte come *remedium impotentiae*, se non impotente essa stessa, sicuramente meno potente.

stituzionale (ottobre 1981-1985), cit., p. 324. Continua Elia: «l'“evocazione”, nei vuoti, di altri elementi presenti nell'ordinamento, per usare una formula suggestiva di Sandulli, ha aiutato a connettere ordine costituzionale ed ordine legislativo per dare coerenza ed armonia all'intero sistema».

¹⁶⁴ *Ivi*, p. 320.

¹⁶⁵ *Ivi*, p. 320.

¹⁶⁶ *Ivi*, p. 320.

¹⁶⁷ *Ivi*, p. 320.

¹⁶⁸ Con le parole del discorso tenuto dal Ministro Carli a Rimini, il 31 ottobre 1990, in occasione della giornata mondiale del risparmio e citato in un lungo brano in L. ELIA, *Intervento*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., Cost.*, Seminario svoltosi presso il Palazzo della Consulta, 8-9 novembre 1991, Milano, Giuffrè, 1993, p. 95.

¹⁶⁹ *Ivi*, p. 97.

4. *Il posto della giustizia costituzionale durante la presidenza Elia alla corte*

La sensibilità che Elia dimostra come studioso per la complessità dei rapporti tra giudice costituzionale e parlamento non poteva non manifestarsi anche nella sua attività come giudice della corte costituzionale, e in particolare negli anni della sua presidenza, dal 1981 al 1985.

Fin dal suo *Discorso introduttivo* nel dicembre 1981¹⁷⁰, Elia denuncia l'inerzia del parlamento su alcune questioni, che rischiano di ostacolare o fortemente compromettere i lavori della corte costituzionale. Dice: «il superamento delle difficoltà assai serie cui la Corte deve far fronte richiede, tra l'altro, un massimo di collaborazione da parte del potere legislativo, e più specificamente, da parte delle maggiori forze politiche presenti nelle due Camere. Il loro intervento è necessario ed urgente in più di un settore». Tra gli altri Elia cita la «revisione costituzionale per limitare la giurisdizione penale della Corte ai reati di alto tradimento e di attentato alla Costituzione commessi dal Presidente della Repubblica e dai Ministri», giacché «il voler conservare alla Corte poteri e compiti di qualsiasi natura per il giudizio di altri reati ministeriali, sia pure "colorati" politicamente, non soltanto contraddice alle possibilità operative della Corte ma rischia di compromettere i lineamenti essenziali che essa ha acquisito quale giudice delle leggi»¹⁷¹; convinzione che Elia sempre espresse e continuò ad esprimere anche da studioso¹⁷².

Nella conferenza stampa del gennaio 1983, su *La giustizia costituzionale nel 1982*¹⁷³, i rapporti corte costituzionale-parlamento vengono in considerazione in almeno tre passaggi. In primo luogo quando,

¹⁷⁰ L. ELIA, *Sintesi del discorso introduttivo del Presidente della Corte costituzionale in occasione dell'incontro con la stampa*, Palazzo della Consulta, 18 dicembre 1981, in «www.cortecostituzionale.it».

¹⁷¹ *Ivi*. Altri settori nei quali Elia ritiene prioritario l'intervento del legislatore sono: «1) sostituzione delle leggi che, a seguito di sentenze di annullamento della Corte (es. fitti rustici, indennizzo suoli espropriati a norma della legge Bucalossi), hanno "congelato" la situazione preesistente alle sentenze, provocando ulteriori eccezioni di incostituzionalità presso questa Corte; 2) integrazione della normativa del 1970 in tema di referendum, almeno a proposito dell'"oggetto" della consultazione referendaria nonché riguardo alla ipotesi, già verificatasi, di molteplicità di richieste di referendum sulla stessa legge».

¹⁷² Si veda, per tutti, L. ELIA, *Per una giustizia costituzionale sempre meno politica (La Corte costituzionale e i giudizi di accusa)*, in «Civitas», n. 3, 1988, pp. 7 ss.

¹⁷³ L. ELIA, *La giustizia costituzionale nel 1982*, Conferenza stampa del Presidente Leopoldo Elia, Palazzo della Consulta, 26 gennaio 1983, in «www.cortecostituzionale.it».

a proposito delle norme penali di favore, Elia afferma che «non può richiedersi alla Corte la creazione di norme giuridiche penali, riservata invece al Parlamento, né può censurarsi sotto il profilo della disparità di trattamento una legge che ragionevolmente tuteli alcuni interessi, argomentandosi che interessi di uguale misura o addirittura più rilevanti non abbiano trovato analoga tutela»¹⁷⁴: vi sono alcune materie, come quella penale appunto, assolutamente precluse all'attività di creazione della corte, in quanto riservate dalla costituzione alla legge, e su queste il legislatore conserva ampia discrezionalità, che non tollera interventi additivi da parte del giudice delle leggi. Dice espressamente: «la Corte incontra talvolta limiti assolutamente insuperabili nell'esercizio dei suoi poteri: non può, se è lecito esprimersi così, né andare avanti né tornare indietro. Ed è inutile insistere nel chiederle ciò che, istituzionalmente, essa non può dare»¹⁷⁵.

A proposito del *self-restraint* della corte, cioè del fatto che talvolta si autolimita «astenendosi da pronuncie che, in via generale, sarebbe abilitata ad adottare», questo atteggiamento di autolimitazione per Elia non può essere ridotto a una scelta di non esercizio di un potere per ragioni di opportunità politica: «c'è una *ratio* più profonda di natura istituzionale, per cui si tende ad evitare che vengano in essere situazioni non reversibili, allorché restino invece margini per più di una soluzione (tutte costituzionalmente legittime) da parte del legislatore»¹⁷⁶. Ma «quando è stato necessario, la Corte si è assunta tutte le sue responsabilità»¹⁷⁷.

Da ultimo, con riguardo al principio di eguaglianza inteso come canone di ragionevolezza, Elia ripercorre le linee che aveva già tracciato con nettezza da teorico e indica alla corte un difficile cammino tra il non dover «sovrapporre proprie scelte a quelle del legislatore» e il non poter lasciare «sfuggire a controllo quel *minimum* di razionalità necessaria a dare fondamento a tali scelte, mancando la quale esse appaiono vere e proprie discriminazioni»¹⁷⁸.

Il tema è ripreso, e sulle medesime linee, nella conferenza stampa del gennaio 1984, su *La giustizia costituzionale nel 1983*¹⁷⁹. In applicazione del principio di eguaglianza sono cresciute le sentenze additive: «su trenta pronuncie di accoglimento, circa i due terzi possono

¹⁷⁴ *Ivi*, § 6.

¹⁷⁵ *Ivi*, § 6.

¹⁷⁶ *Ivi*, § 8.

¹⁷⁷ *Ivi*, § 8.

¹⁷⁸ *Ivi*, § 8.

¹⁷⁹ L. ELIA, *La giustizia costituzionale nel 1983*, Conferenza stampa del Presidente Leopoldo Elia, Palazzo della Consulta, 26 gennaio 1984, in «www.cortecostituzionale.it».

comprendersi in questa categoria di decisioni»¹⁸⁰. Ma, tiene subito a precisare Elia, «mai come quest'anno le additive sono state a "rime obbligate" (per dirla con Vezio Crisafulli), anzi a rime obbligatissime. Si è trattato in realtà di estendere diritti e garanzie per eliminare discriminazioni espressamente vietate dall'art. 3, primo comma Cost.»¹⁸¹. La corte, insomma, ha agito, come deve quando adotta pronunce creative di diritto, sotto stretta necessità, essendo chiaro che in situazioni siffatte «sarebbe assurda sia una sentenza di annullamento sia un "appello al Parlamento" di tipo tedesco perché compia la classica scelta di eliminare un privilegio o di estenderlo a tutti i cittadini, facendo venir meno il carattere privilegiato della situazione»¹⁸². Comunque «limitatissimo è il numero delle sentenze che estendono, in base all'art. 3, situazioni di vantaggio patrimoniale: e l'art. 81 Cost. non corre alcun pericolo»¹⁸³. Nonostante le critiche e le riserve espresse da alcuni settori della dottrina, «perché i giudici costituzionali dovrebbero trascurare l'autoapplicatività delle loro sentenze, quando si lamentano discriminazioni a termini dell'art. 3 Cost., primo comma?»¹⁸⁴.

Non emergono poi, nella conferenza stampa del 1984, ulteriori notazioni circa i rapporti tra giustizia costituzionale e funzione legislativa. Ciò accade «non solo perché il 1983 è stato un anno elettorale ed è giusto attendere alla prova il Parlamento della nona legislatura o perché siano mancati momenti di confronto anche acuto con il legislatore in azione durante l'ottava legislatura [...]. Ma, all'inizio del 1984, mi sembra che anche il dialogo con il legislatore si debba svolgere ad un livello più alto e su un piano più generale»¹⁸⁵. Elia fa un appello al legislatore a non esaurire le esigenze di evoluzione dell'ordinamento «né nella formula della *deregulation* né in quella di un accrescimento o di una mera razionalizzazione della *regulation* in vigore. Esiste indubbiamente la necessità di ridurre l'area della legge a vantaggio di quella del contratto in più di un settore, e di alleggerire la pesantezza ed il numero degli interventi amministrativi nella vita economica»¹⁸⁶. Per converso, in altri settori «si avverte invece la necessità urgente di un intervento legislativo» (e per tutti cita la necessità di norme a proposito della emittenza privata radiotelevisiva)¹⁸⁷.

¹⁸⁰ *Ivi*, § 23.

¹⁸¹ *Ivi*, § 23.

¹⁸² *Ivi*, § 23.

¹⁸³ *Ivi*, § 23.

¹⁸⁴ *Ivi*, § 23.

¹⁸⁵ *Ivi*, § 29.

¹⁸⁶ *Ivi*, § 29.

¹⁸⁷ *Ivi*, § 29.

Nell'edificio dell'ordinamento giuridico «c'è dunque da stabilire un nuovo rapporto di pieni e di vuoti, secondo una visione architettonica che tenga conto della soluzione da dare “in contemporanea” a problemi di portata ancora più generale»¹⁸⁸. Quanto a questi ultimi, si riferisce in particolare all'attuazione della costituzione economica, per la quale richiama politici e giuristi «sull'importanza di convergenze interpretative in ordine alle regole contenute a questo proposito nella Carta costituzionale e in particolare negli artt. 41 e seguenti»¹⁸⁹, ciò comportando «che non si indulga ad una visione troppo pragmatica delle regole fondamentali del diritto costituzionale e che la Costituzione non sia vista come un insieme di pagine bianche»¹⁹⁰.

Chiude poi la conferenza stampa con un richiamo molto bello alla responsabilità morale collettiva e al ruolo della corte costituzionale nel suo consolidamento: «Nell'intrico di vecchi e nuovi diritti, di vecchi e nuovi doveri emerge soprattutto la consapevolezza che la crescita del senso di responsabilità morale si converte e fa tutt'uno con il dovere di conservare e di sviluppare, secondo le linee tracciate nella Costituzione, la nostra democrazia repubblicana: prima ancora che sulle istituzioni, le nostre pronuncie debbono dunque incidere sui comportamenti dei cittadini e dei singoli titolari dei pubblici uffici, promuovendo quella più equilibrata coscienza dei diritti e dei doveri cui si affidano, in ultima istanza, le sorti di questa Repubblica».

Sul posto della corte costituzionale rispetto al potere legislativo, Elia torna nella sua ultima conferenza, quella del febbraio 1985, su *La giustizia costituzionale nel 1984*¹⁹¹. Ancora vi è l'idea della decisione additiva come «modello di soluzione obbligata», che non deve «invadere né comprimere la discrezionalità legislativa»¹⁹², confermando la «forte consapevolezza da parte della Corte del limite dei propri poteri»¹⁹³; limite che, precisa Elia, «trascende i problemi relativi alla situazione contingente del paese, per trarre fondamento invece da una corretta dialettica e dall'equilibrio generale tra poteri»¹⁹⁴.

Sempre sul fronte dei rapporti con il parlamento, ancora e di nuovo denuncia «disfunzioni assai gravi del nostro sistema istituzionale»: da un lato, segnala «quanto il numero delle leggi sottoposte a controllo di costituzionalità risulti anomalo e smisurato rispetto alle medie de-

¹⁸⁸ *Ivi*, § 29.

¹⁸⁹ *Ivi*, § 29.

¹⁹⁰ *Ivi*, § 29.

¹⁹¹ L. ELIA, *La giustizia costituzionale nel 1984*, cit.

¹⁹² *Ivi*, § 8.

¹⁹³ *Ivi*, § 10.

¹⁹⁴ *Ivi*, § 10.

gli altri organi di giustizia costituzionale in Europa», sintomo di «uno stato di serio disagio delle istituzioni, non riducibile a cause passeggere»¹⁹⁵; dall'altro lato, vi è l'appello a un legislatore ordinario e costituzionale latitante, che non pone rimedio a «situazioni spesso patologiche», sulle quali «la Corte ha emesso pronunzie di grande rilievo cui non si è dato il dovuto seguito»¹⁹⁶.

Da ultimo, nelle considerazioni conclusive della conferenza, Elia abbraccia in uno sguardo d'insieme l'«esperienza degli ultimi anni», e dice parole importanti per mettere a fuoco la sua idea di giustizia costituzionale. Suggestisce di «fare un uso assai più cauto (di quello che io stesso non abbia fatto qui e fuori di qui) delle categorie di *judicial activism* e di *judicial self-restraint*. Probabilmente queste formule non si attagliano alle intenzioni e ai risultati del lavoro della Corte in questa difficile transizione»¹⁹⁷. Allora non si può parlare, per la giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni, «di autolimitazione, di un ritrarsi da zone a buon diritto occupate nello slancio che accompagnò la felice (ma non certo facile) stagione che produsse l'adeguamento della legislazione anteriore alla Carta del 1947»¹⁹⁸. Si è piuttosto di fronte a «una precisa consapevolezza del limite dei poteri della Corte, manifestatasi soprattutto nel tenere ben distinti il ruolo dell'organo di giustizia costituzionale da quello proprio del Parlamento»¹⁹⁹. Ruolo che la corte ha potuto svolgere pienamente, «perché ha agito come sempre in regime di assoluta indipendenza: in altre parole, la formazione delle decisioni è avvenuta ed avviene al di fuori di qualsiasi condizionamento, da qualunque parte esso possa derivare». Dalla incontestabile incidenza politica della attività giudiziaria, e di quella della corte costituzionale in particolare, infatti, non deriva affatto «la ineluttabilità dell'esercizio politicizzato della funzione giurisdizionale»²⁰⁰.

Insomma – e qui le parole che danno il titolo a questo studio – «la Corte ha voluto stare al suo posto, senza rinunzie ma anche senza cedimenti a tentazioni surrogatorie»²⁰¹, certa che «il proseguimento della sua opera contribuirà ancora alla ulteriore integrazione etica e giuridica del popolo italiano secondo la tavola dei valori contenuta nella Costituzione repubblicana»²⁰².

¹⁹⁵ *Ivi*, § 16.3.

¹⁹⁶ *Ivi*, § 16.3.

¹⁹⁷ *Ivi*, § 16.2.

¹⁹⁸ *Ivi*, § 16.2.

¹⁹⁹ *Ivi*, § 16.2.

²⁰⁰ *Ivi*, § 16.2, con le parole di un procuratore della Repubblica presso il tribunale di Roma, che Elia cita.

²⁰¹ *Ivi*, § 16.2.

²⁰² *Ivi*, § 16.3.

5. Conclusioni. Il posto della giustizia costituzionale: né rinunzie né tentazioni surrogatorie

Alla luce di tutto ciò, e in particolare delle due principali funzioni che egli riconosce essere proprie della giustizia costituzionale (almeno per come storicamente si è inverteata in Italia), qual è in ultima analisi il posto della giustizia costituzionale per Leopoldo Elia?

La sintesi di una risposta è racchiusa nella frase da ultimo citata e che ha dato il via a queste riflessioni: «La Corte ha voluto stare al suo posto, senza rinunzie ma anche senza cedimenti a tentazioni surrogatorie»²⁰³. La corte sta al suo posto – mantenendo «ben distinti il ruolo dell'organo di giustizia costituzionale da quello proprio del Parlamento»²⁰⁴ – se opera nei confini marcati da due puntelli: “senza rinunzie” e “senza cedimenti a tentazioni surrogatorie”; il termine di relazione è, in entrambi i casi, la politica.

“Senza rinunzie” nei confronti della politica significa che la corte deve rimanere fedele alla sua funzione primaria di *remedium omnipotentiae*, ponendo argine alle derive di qualunque potere che aspiri a essere illimitato. Questa funzione è ciò che legittima la sua introduzione all'interno dell'ordinamento giuridico, «lo sdoppiamento degli apparati di vertice della democrazia»²⁰⁵, e ad essa la corte ne può né deve rinunziare, giacché «altro è, in un sistema di vero, autentico pluralismo istituzionale e sociale, tenere conto della crescita e della caduta delle maree, altro è subire delle intimidazioni alla astensione»²⁰⁶:

²⁰³ *Ivi*, § 16.2.

²⁰⁴ *Ivi*, § 16.2.

²⁰⁵ L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., p. 517.

²⁰⁶ L. ELIA, *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, cit., p. 168. La metafora delle maree colpì anche C. MEZZANOTTE, *Elia a Roma*, in *Omaggio a Leopoldo Elia*, in «Giurisprudenza costituzionale», n. 2 del 1999, p. 1476: «C'era una metafora alla quale ricorreva per tratteggiare il suo modello ideale [di giustizia costituzionale]: quella delle grandi maree e delle onde brevi. Una Corte costituzionale non poteva certo restare alla lunga indifferente a mutamenti profondi nel quadro sociale e politico, ma avrebbe dato l'impressione di un agire arbitrario se avesse riprodotto nelle proprie decisioni le minime oscillazioni della vicenda politica. Percepirsi come Corte, elaborare *trends* interpretativi e mostrarne l'attitudine a durare era mantenersi fedele al ruolo per essa immaginato dal costituente [...]. Sapeva bene però che un organo privo di un solido fondamento nella tradizione italiana, nato da una scelta prima fortemente contrastata e poi lungamente elusa, non avrebbe potuto conquistare una posizione significativa negli equilibri costituzionali se non a condizione di avviare rapidamente un processo di radicamento anche mediante l'elaborazione di tecniche di neutralizzazione che lenissero la gelosia degli dei. La conformità ai precedenti e la formazione di indirizzi giurisprudenziali relativamente durevoli, che non cambiassero ad ogni stormir di fronda, erano per Elia la più importante delle tecniche di neutralizzazione adeguate alla Corte costituzionale italiana».

una cosa è la non cecità di fronte alla politica, ai suoi equilibri e anche ai suoi equilibrismi, l'essere calata nello spirito del proprio tempo; altra il cedimento alla politica, ai suoi ricatti impliciti o espliciti, il muoversi «a ricalco della maggioranza»²⁰⁷, pur di non subire il trascinarsi nella lotta politica con l'accusa di "politicità" per ogni pronuncia che condanni o salvi una legge. A ciò la corte non deve cedere, pena il divenire gregaria, o peggio suddita, della politica, "facendo perdere" la costituzione²⁰⁸.

Ma neppure, tentazione contraria ma egualmente forte, la corte deve cedere a "tentazioni surrogatorie" nei confronti della politica, ambendo a divenirne sovrana: giudice non più della legittimità, ma del merito del progetto politico della maggioranza che ha vinto le elezioni, sovrapponendo la «ragion propria alla ragione del legislatore»²⁰⁹.

Il punto di equilibrio della giustizia costituzionale – il fulcro del posto della giustizia costituzionale – è proprio questo: la capacità della corte di resistere a entrambe le tentazioni, facendosi scudo con la

²⁰⁷ L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., p. 535.

²⁰⁸ Emblematiche di questa convinzione di Elia, che la corte debba resistere a qualsiasi intimidazione all'astensione rivolta esplicitamente o implicitamente dalla politica, le riflessioni e i toni iniziali della nota intitolata L. ELIA, *La Corte ha fatto vincere la Costituzione*, in «Giurisprudenza costituzionale», n. 1 del 2004, pp. 394 ss., a commento della pronuncia di illegittimità costituzionale della l. 140 del 2003, il c.d. Lodo Maccanico (sentenza n. 24 del 2004): «Il titolo di questa nota può sembrare stonato perché la Corte costituzionale si sforza sempre (anche se qualche volta non ci riesce) di far prevalere la *lex superior*, la Costituzione rigida sulle fonti legislative che più o meno apertamente la contraddicono. Ma voglio dire che stavolta la Corte ha superato una particolare difficoltà del contesto politico-istituzionale, di tipo intimidatorio del tutto peculiare: sembrava, secondo voci riferite a qualche solone incluso nei magnifici cinque protetti dal c.d. lodo Meccanico, che una sentenza di incostituzionalità rompesse una singolarissima tregua istituzionale tacitamente pattuita tra organi di indirizzo politico e organi di garanzia. Dico che la presunta tregua era di carattere inconsuetamente unilaterale perché procurava vantaggi esclusivamente ai beneficiari del lodo o, *rectius*, ad uno di essi. Chi si fosse opposto alla l. n. 140 del 2003 rischiava di apparire un fastidioso guastafeste, ignaro di un nuovo "politically correct" non solo di natura europea (il semestre di presidenza dell'Unione) ma anche e soprattutto di natura interna, come contributo alla "pacificazione" tra politica e giustizia da garantire almeno per la durata di una legislatura. Queste considerazioni non toccavano, giuridicamente parlando, le ragioni che i giudici della Consulta avrebbero dovuto tenere in conto: ma si sa che l'atmosfera può influenzare le sensazioni subliminali, in grado a loro volta di incidere sui comportamenti. Tuttavia la Corte ha avvertito che in questo caso-limite era appropriato soltanto il linguaggio evangelico dell'et-et, non non: e che il dispositivo pianamente caducatorio era il solo capace di dare adeguata risposta alla radicalità dilemmatica del *thema decidendum*».

²⁰⁹ L. ELIA, *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, cit., pp. 164 ss.

consapevolezza che essa è – e deve essere – custode, e dunque strumento della costituzione, «che se ne serve al fine di riaffermare la superiorità della legge fondamentale sulle leggi ordinarie»²¹⁰.

Delle due tentazioni – quella rinunciataria e quella surrogatoria – la più seducente è forse la seconda, alla quale la corte si espone soprattutto quando opera come *remedium impotentiae*, avvalendosi di armi a efficacia assai più immediata rispetto a quelle di mera amputazione che i costituenti avevano in origine posto nelle sue mani: come quando si impegna, soprattutto all'interno di pronunce autoapplicative, in attività di specificazione di principi (con cui trasforma principi in regole, enucleando da essi specifici significati), o di bilanciamento degli stessi (con cui ricava principi sulla base di una pluralità di enunciati), o in giudizi di ragionevolezza in generale (con cui controlla la ragionevolezza della legge alla luce del principio di eguaglianza o sulla base di valutazioni di adeguatezza, pertinenza, proporzionalità, coerenza interna della legge stessa); tutte operazioni in cui l'evidenza testuale del parametro costituzionale sempre più sfuma, rimanendone l'individuazione affidata alla corte costituzionale stessa²¹¹.

È controverso in dottrina se, quando opera in siffatti modi, la corte resti nella sfera della mera interpretazione, o non inclini invece verso la creazione di norme. Elia propende nettamente per questa seconda soluzione, parlando esplicitamente di “poteri creativi” – non “normativi” – della corte costituzionale.

Ma per Elia il fatto che la corte costituzionale eserciti poteri creativi non significa, per ciò solo, che essa abbia ceduto alla tentazione surrogatoria e sia divenuta sovrana della politica, tradendo il suo ruolo di strumento della costituzione. È questo forse uno degli aspetti più originali e interessanti delle sue riflessioni sul posto della giustizia costituzionale: il travalicamento da parte della corte costituzionale dei compiti meramente ablatori che il testo costituzionale le ha assegnato non rappresenta un atto di *ùbris*, ma l'inveramento di un destino – il «destino di cooperazione»²¹² –, che inesorabilmente travolge la corte nel momento in cui si trova calata in una costituzione lunga e a progetto sociale.

²¹⁰ L. ELIA, *L'esperienza italiana della giustizia costituzionale*, cit., p. 147.

²¹¹ È la corte stessa a riconoscere la prossimità del giudizio di merito e del giudizio di legittimità (e particolarmente di quello di ragionevolezza), a partire dalla nota sentenza n. 991 del 1988, nella quale afferma che le cesure di merito «non si distinguono da quelle di legittimità per la natura sostanziale delle valutazioni da operare, ma se ne differenziano soltanto per il dato formale che le regole o gli interessi assunti come parametro del giudizio non sono sanciti in alcuna norma della Costituzione o anche di legge».

²¹² L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., p. 525.

Più in particolare, la tesi di Elia è che, se la costituzione grava la Repubblica di un compito di attuazione dello stato sociale e a questo compito non adempie il suo primo destinatario – il parlamento, con la sua attività di scelta politica attraverso la legge –, a tale inerzia *deve* rimediare la corte costituzionale con una *necessaria* opera di supplenza: Elia parla espressamente e ripetutamente di esigenza di adeguamento alla costituzione «ad ogni costo»²¹³; di «fine indeclinabile dell'*adaequatio* a Costituzione»²¹⁴; di «vincolo derivante direttamente dalla Costituzione»²¹⁵; di «situazione praticamente necessitata», che la corte si trova a patire e subire²¹⁶; di «ineluttabilità [...] degli ardimenti della Corte»²¹⁷. La previsione costituzionale dello stato sociale, dunque, per Elia, non solo legittima (*rectius* “nobilita”²¹⁸) l’attività creatrice della corte, ma in un certo senso la impone in caso di inerzia del legislatore. È illuminante in questo senso la già citata frase del giudice kelseniano che si trova ad operare in una costituzione non kelseniana, ossia lunga, analitica, a progetto sociale: «far operare un giudice kelseniano in una costituzione non kelseniana può dar luogo a risultati che Kelsen non voleva»²¹⁹.

La stretta necessità di dare attuazione alla costituzione, tuttavia, se chiama la corte alla sua opera di supplenza, ne costituisce al contempo il limite. Sui limiti ai poteri creativi della corte costituzionale Elia insiste molto: il fatto che essa, in una costituzione lunga e a progetto sociale, sia destinata a sostituirsi al legislatore in caso di sua inerzia non significa che possa farlo senza limiti; il primo dei quali è che la corte può intervenire con i suoi poteri creativi solo «quando veramente il principio di legalità costituzionale lo esige, in forma quasi

²¹³ L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-1985)*, cit., p. 306.

²¹⁴ *Ivi*, pp. 306 s.

²¹⁵ *Ivi*, p. 308.

²¹⁶ L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., p. 527.

²¹⁷ L. ELIA, *Recensione a M. Cappelletti, Il controllo di costituzionalità sulle leggi nel diritto comparato*, cit., p. 113.

²¹⁸ Elia insiste in più di un passaggio su questa distinzione tra nobilitazione e legittimazione, per cui da un lato vi è «l’ineluttabilità e la stessa ragione storica degli ardimenti della Corte», condizione nobilitante la supplenza della corte; ma dall’altro rimane la preoccupazione per «scelte politiche adottate da un organo libero da ogni responsabilità politica istituzionale», che lascia aperto il problema della legittimazione del giudice costituzionale a creare norme (virgolettati da L. ELIA, *Recensione a M. Cappelletti, Il controllo di costituzionalità sulle leggi nel diritto comparato*, cit., p. 113). Si veda L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-1985)*, cit., p. 306; L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, cit., p. 226.

²¹⁹ L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., p. 524.

necessitata»²²⁰. Solo entro questi confini la corte, pur esercitando poteri creativi, resta fedele al suo ruolo di strumento della costituzione e non diviene sovrana della politica. Tutto ciò che va oltre è precluso alla corte, rientrando nel regno del legislatore e della sua discrezionalità politica.

Elia – va sottolineato con nettezza – non è dunque da annoverare tra coloro che auspicano un “governo dei giudici”, che con disinvoltura si faccia supplente di un legislatore lento e inetto. Tutto al contrario, egli si dissocia espressamente da chi esalta il ruolo della *iurisdictio* nella vita costituzionale italiana: «facendo eccezione al proposito di non trattare qui del ruolo politico della Corte nella forma di governo vivente della Repubblica italiana, non posso tacere che questo ruolo, di sicuro accresciuto dalle nuove possibilità di intervento offerte all’organo di giustizia costituzionale proprio in tema di assetto di rapporti tra i massimi poteri, non debba essere enfatizzato oltremodo da chi sopravvaluta il ruolo della *iurisdictio* nella vita costituzionale italiana». E – facendo suo il *caveat* espresso da Mario Dogliani in una relazione alla scuola di dottorato dell’Università di Pisa nell’anno accademico 1996-1997²²¹ – ammonisce: «Piano con la

²²⁰ *Ivi*, p. 531.

²²¹ Vale la pena riportare per intero il *caveat* di Dogliani al quale Elia si riferisce: «Non vi è scritto di giustizia costituzionale che non sia zeppo di riferimenti all’“inerzia” o al “ritardo” del legislatore e alla “supplenza” della Corte. Ma, si deve notare, la Corte costituzionale ha potuto assumere questo ruolo politico surrogatorio solo nella misura in cui si trova ad operare in un contesto in cui il sistema dei partiti, se era in crisi sotto il profilo della funzione di governo, non lo era però altrettanto nella sua funzione “costituente” [...]. Oggi, quando la crisi ha colpito i partiti anche nella loro capacità di esercitare la funzione costituente, dal momento che non sono più in grado di realizzare l’unità politica della nazione, secondo Calise e Morisi la giurisdizione potrebbe tenere il posto (dovrebbe tenere il posto, o forse si sta già avviando a tenere il posto) dei partiti nel garantire tale unità: dovrebbe appunto consentire l’esistenza di una costituzione senza partiti. La Corte costituzionale dunque – dopo essere entrata nella forma di governo ed averla trasformata in senso non più totalmente rappresentativo (con la sua giurisprudenza normativa, con l’essere stata “motore delle riforme”, con la sua partecipazione all’indirizzo politico) – sarebbe oggi chiamata (assieme a tutta la giurisdizione) a riempire il vuoto che si è aperto al centro della società, producendo essa stessa i principi e i valori fondanti l’unità politica e, prima ancora, essendo protagonista dei loro processi di rappresentazione. Ma attribuire un tale compito alla sola *iurisdictio* sembra quanto mai difficile. La crisi della funzione “costitutiva” dei partiti fino a che punto, infatti, non è sintomo di una crisi complessiva della costituzione intesa come costume, come quadro dei valori e progetto condiviso...? Altrove ho sostenuto la doverosità di tenere distinta la crisi della costituzione materiale dalla crisi della validità della costituzione. Fin tanto che la costituzione scritta è oggetto di una consuetudine di riconoscimento – che può anche essere erosa da conflitti e rattrappita solo più in alcune zone della società – la costituzione è valida e ancora vitale, e può es-

costituzione senza partiti, anche se molto degli attuali partiti non ci piace. È pericoloso «gonfiare» la *iurisdictio*, qui la giustizia costituzionale, di compiti e di impegni, o di ulteriori sgradite supplenze»²²².

Elia sottolinea con forza, dunque, la distinzione tra *iurisdictio* e *gubernaculum*, tra «funzione politica riferita al sistema politico generale, cioè a tutte le interazioni che in quanto tali contribuiscono al formarsi di decisioni collettivamente vincolanti» e «politica dei partiti, che si occupa della creazione del potere politico in vista di decisioni ancora indeterminate»²²³. E ritiene che la corte costituzionale resti legittimamente al suo posto se e fintantoché si muova nello spazio della *iurisdictio*, senza indebiti sconfinamenti nella sfera del *gubernaculum*: sconfinamenti che equivarrebbero per Elia, e senza mezzi termini, a «sgradite supplenze».

Alla luce di tutto ciò, mi pare si possa dire che per Elia il posto della giustizia costituzionale non sia un luogo fisso, dai confini certi. Per riprendere la metafora da lui spesso impiegata dell'andamento delle maree, tra i due punti fermi che egli pone – né rinunzie, né tentazioni surrogatorie –, la giustizia costituzionale ricopre uno spazio in perenne movimento, dai confini fluidi, più o meno esteso a seconda dell'influenza esercitata da innumerevoli fattori, tra i quali predominante, come la luna sulle maree, il modo in cui il legislatore esercita le sue funzioni: se in modo competente, prepotente o impotente. Quando e se la politica dei partiti, il *gubernaculum*, recupera terreno assumendosi la responsabilità di prendere decisioni sulle questioni politiche fondamentali, la *iurisdictio*, e la corte costituzionale

sera elaborata e sorretta dalla Corte e dal potere giudiziario. Ma questo vale, appunto, fintantoché la costituzione mantiene basi sociali relativamente solide. Il gioco, allora, non è tra Corte e partiti: l'una al posto degli altri. Il posto dei partiti dovrà essere occupato da una qualche realtà sociale che continui a riconoscere la costituzione assumendola come parametro di scelte pratiche. La Corte potrà rappresentare tale avvenuto riconoscimento, e implementarlo, ma non sostituirlo con il proprio. Il gioco è a tre: costituzione, costume/consuetudine (e dunque forze sociali che sono protagoniste del riconoscimento della costituzione come fonte valida) e giurisdizione. La corte può custodire e «arricchire» la costituzione; non può certo direttamente produrla né renderla viva (riconoscerla) da sola. Questa è un'ovvia considerazione realistica, ma non solo di fatto: le tavole della legge devono stare prima del loro interprete» (M. DOGLIANI, *Relazione del Terzo seminario "Parlamento e Governo"*, cit., pp. 307 ss.).

²²² L. ELIA, *La Forma di Governo della nostra Repubblica negli anni 1956-2006 (pronunce della corte costituzionale e contributi dottrinali in «Giurisprudenza costituzionale»)*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantenario*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 317 s.

²²³ L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., p. 518.

in particolare, si ritira – si deve ritirare – nei confini più ristretti della giurisdizione di mera amputazione; viceversa, quando la politica in parlamento si fa latitante e incapace di assumere decisioni, la corte costituzionale, spesso in *continuum* con i giudici comuni, occupa – è “destinata” a occupare – il terreno lasciato scoperto dal legislatore, accrescendo le sue funzioni sino ad ardire una giurisdizione di creazione. Si alternano così «fasi in cui prevalgono gli apporti legislativi [ad] altre in cui incidono maggiormente le decisioni giurisprudenziali della Corte costituzionale e dei giudici ordinari, senza che ciò comporti una vera e propria mutazione del modello costituzionale»²²⁴.

La politica dei partiti, dunque, – per usare una formula propria del metodo di Elia – come “situazione condizionate”²²⁵ l’ampiezza della giurisdizione della corte costituzionale, dalla cui considerazione è impossibile prescindere al fine di valutare il posto della giustizia costituzionale. Come dire: inutile ostinarsi ad esigere che la corte costituzionale italiana operi come un giudice kelseniano, senza considerare, con realismo critico, che è calata non solo in una costituzione, ma anche in un contesto politico che, di fatto, opera in modo non kelseniano nel momento in cui il parlamento manca di assumere decisioni sulle questioni politiche fondamentali. Sicché l’auspicio di un ridimensionamento dell’attività creatrice dei giudici, e della corte costituzionale in particolare, non può andare sciolto dall’auspicio di un recupero della capacità politico-decisionale del parlamento.

La principale lezione che Elia ritiene di trarre e tramandare dalle sue riflessioni sull’esperienza storica della giustizia come *remedium impotentiae* è quella della bontà di una certa flessibilità e assenza di fissità nei ruoli tra gli operatori costituzionali: «che ad un certo mo-

²²⁴ L. ELIA, *I sessant’anni della Costituzione*, cit., p. 1. E aggiunge (p. 9): «Il mix di emendamenti costituzionali e legislativi, congiunti alle pronunce più significative della Corte, hanno conferito all’ordinamento vivente una continua dinamica che corrisponde alla complessità della vita contemporanea».

²²⁵ Sull’importanza delle “situazioni condizionate” nel metodo di Elia, L. ELIA, *Premessa*, in L. ELIA, *Studi di diritto costituzionale (1958-1966)*, Milano, Giuffrè, 2005, p. IX («Mortati mi insegnò a comprendere e a non sottovalutare le situazioni che condizionano la dinamica delle istituzioni, con particolare riguardo, allora, ai partiti e al loro funzionamento. Insomma un metodo di “realismo critico” che ho sempre cercato di applicare non senza espormi a critiche per essere uscito dai confini del “metodo giuridico”»). Si vedano anche L. ELIA, *Il costituzionalismo di Peter Häberle*, cit., pp. 51 ss.; M. DOGLIANI, *Leopoldo Elia: dalla verità dei fatti alla verità nella scienza del diritto*, in «Diritto pubblico», n. 3 2008, pp. 899 ss.; F. PALLANTE, *Situazioni condizionate e diritto non scritto ne* «La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali» di Leopoldo Elia, in questo volume, pp. 391 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Introduzione*, in L. ELIA, *Studi di diritto costituzionale (1958-1966)*, cit., pp. XV ss.

mento, a seconda delle necessità storiche, ci sia qualcuno che si faccia operatore costituzionale, che si sostituisca con spontaneità anche agli altri operatori che sembravano più legittimati e qualificati, è stata una vera ventura storica per la giovane Costituzione italiana»²²⁶. Senza mai dimenticare come questa flessibilità di ruoli – sia pure *in favor constitutionis* – possa comportare anche pericoli (quelli propri di una qualunque situazione in cui un soggetto assommi su di sé poteri operando in “stato di necessità”), il rimedio ai quali non può essere affidato solo alla buona ventura o alla fiducia nel *self-restraint* di chi, di volta in volta, si sostituisca ai “più legittimati e qualificati”, ma va affidato alle cure e all’attenzione di tutti.

E allo studioso di diritto costituzionale, più che a chiunque altro, Elia affida proprio il compito della sentinella, impegnata a vigilare costantemente – oltre che sui possibili attacchi alla costituzione da parte della politica – sull’andamento fluido della giustizia costituzionale, senza mai drammatizzare il singolo sconfinamento, ma senza neppure sottovalutarlo. Mi pare che inviti a guardare, se non dall’alto, da lontano, nello spazio e nel tempo, la giustizia costituzionale, per coglierla nel suo complesso. Certo, a partire dai casi singoli, dalle sentenze particolari, che lui pur sempre ha monitorato e segnalato, ma senza mai rattrappirsi a «entomologi della Costituzione»²²⁷, come egli soleva chiamare coloro che, per guardare al troppo piccolo, finiscono per perdere di vista l’insieme, e si concentrano, anziché sulla luna, sul dito che la indica. Restando così loro preclusa la causa dell’andamento delle maree.

²²⁶ L. ELIA, *Intervento*, in ISLE (a cura di), *Corte costituzionale: interpretazione e difesa della Costituzione*, cit., p. 192.

²²⁷ L. ELIA, *Il forum – Politica e diritto costituzionale: il ruolo dei costituzionalisti. Interventi* in «Rivista di diritto costituzionale», 2003, p. 329. Il riferimento alla entomologia è tratto da M. DOGLIANI e S. SICARDI, *La riforma degli ordinamenti didattici e il diritto costituzionale*, in «Quaderni costituzionali», n. 3, 1999, p. 567, ove si denuncia la «minuziosità entomologica negli studi di giustizia costituzionale».

Elenco degli Autori

ALESSANDRA ALGOSTINO è professore associato in Diritto pubblico comparato presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Torino.

CRISTINA BERTOLINO è ricercatore in Istituzioni di diritto pubblico presso la Facoltà di Scienze della Formazione dell'Università degli Studi di Torino.

MIA CAIELLI è ricercatore confermato di Diritto pubblico comparato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino.

TANJA CERRUTI è assegnista di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Torino.

RICCARDO DE CARIA è dottorando di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università di Torino.

ALFONSO DI GIOVINE è professore ordinario di Diritto costituzionale presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Torino.

MARIO DOGLIANI è professore ordinario di Diritto costituzionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

ANDREA GIORGIS è professore ordinario di Diritto costituzionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

ENRICO GROSSO è professore ordinario di Diritto costituzionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

LUCA IMARISIO è ricercatore confermato di Diritto costituzionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino.

GIULIA MARZIA LOCATI è dottoranda di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Torino.

FABIO LONGO è assegnista di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Torino.

MATTEO LOSANA è assegnista di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Torino.

JOERG LUTHER è professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università del Piemonte Orientale «A. Avogadro».

VALERIA MARCENÒ è ricercatore confermato di Diritto costituzionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

ILENIA MASSA PINTO è professore associato confermato di Diritto costituzionale presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Torino.

ANNA MASTROMARINO è ricercatore di Diritto pubblico comparato presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università degli Studi di Torino.

ANTONIO MASTROPAOLO è ricercatore di Diritto pubblico presso la Facoltà di Scienze Politiche e delle Relazioni Internazionali dell'Università della Valle D'Aosta.

LINDA MICHELOTTI è dottoressa di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Torino.

MARCO OROFINO è ricercatore confermato di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano.

ELISABETTA PALICI DI SUNI è professore ordinario di Diritto pubblico comparato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

FRANCESCO PALLANTE è ricercatore di Diritto costituzionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

ANNA MARIA POGGI è professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso la Facoltà di Scienze della formazione dell'Università degli Studi di Torino.

STEFANO SICARDI è professore ordinario di Diritto costituzionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

CHIARA TRIPODINA è ricercatore confermato di Diritto costituzionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi del Piemonte Orientale «A. Avogadro».



Questo volume è stato impresso
nel mese di aprile dell'anno 2011
dalla Multimedia s.c.a.r.l. - Giugliano (NA)
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli
Stampato in Italia / Printed in Italy

Per informazioni ed acquisti

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli

Tel. 0817645443 - Fax 0817646477

Internet: www.edizioniesi.it

