

Il tempo della costituzione nel pensiero di Leopoldo Elia*

di Cesare Pinelli – Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università La Sapienza di Roma

ABSTRACT: This is the Author's presentation at the Conference held on 10 December 2018 at the Sapienza University of Rome in memory of Professor Leopoldo Elia in the tenth anniversary of his death (5 October 2008). It is devoted to Elia's conception of constitutional time, with the aim of demonstrating that, without giving an explicit theory of the issue, time was crucial in Elia's thought on the constitution. To this end, the author affords an account of a series of Elia's contributions, concerning both political institutions and constitutional justice.

SOMMARIO: 1. Il motivo della durata negli scritti di Elia. – 2. La speranza e l'*affectio constitutionis*. – 3. L'immodificabilità della forma repubblicana. – 4. Il nesso potere-responsabilità in un contesto politico precario. – 5. Il processo di attuazione della Costituzione. – 6. Il confronto con Maritain sulla "via costituzionale". – 7. L'interpretazione costituzionale. – 8. Una speranza da non abbandonare "malgrado le delusioni e le regressioni".

1. Il motivo della durata negli scritti di Elia

Nel pensiero di Leopoldo Elia il motivo della durata della costituzione occupa un posto centrale, più di quanto forse si presupponga¹. Senza esprimere una teoria costituzionale, e senza venire mai trattato in quanto tale, esso pervade gli scritti coi quali Elia ha accompagnato la Costituzione nei primi sessanta anni di vita.

* Lo scritto, referato dalla Direzione della rivista, anticipa la Relazione dell'Autore al Convegno "L'insegnamento e l'opera di Leopoldo Elia a dieci anni dalla morte", Facoltà di Giurisprudenza, Università Sapienza di Roma, 10 dicembre 2018.

¹ In ogni caso, mancano contributi sul tema, nonostante la vasta serie di studi che i costituzionalisti hanno dedicato al pensiero di Elia anche prima della sua scomparsa.

2. *La speranza e l'affectio constitutionis*

Il motivo della durata si collega in primo luogo alla funzione dei costituzionalisti, che in una Relazione del 1981 Elia affronta muovendo dal seguente giudizio di Capograssi:

“Che cosa fanno i giuristi di diritto pubblico? Prendono una situazione di fatto, cioè storica [...] come fosse cristallizzata, 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, terribilmente delicato lavoro della scienza del diritto pubblico: accettare il labile e cercare di trasformarlo in stabile”².

Elia afferma di condividere il giudizio di Capograssi, ma non gli basta, perché occorre poi capire cosa c'è dietro l'“accettazione”: se “negli scrittori più legati alla esperienza prefascista l'assetto progressivamente instauratosi a partire dal 1922 appariva legittimato da una difesa della dimensione statuale minacciata da forze extrastatali”, l'“accettazione del 1948 è

“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. Ciò spiega come autori di tendenza monarchica o di orientamento conservatore presero parte anch'essi a quella specie di mobilitazione generale dei costituzionalisti che si ebbe per interpretare, illustrare, attuare, applicare la nuova Carta costituzionale. Non più lo Stato mero realizzatore di un ordine sovrapposto alle forze turbolente delle parti politiche e sociali, ma lo Stato promotore di progresso nella garanzia dei diritti di libertà e nella più equa ripartizione dei beni della vita. In questa opera di promozione lo Stato si sarebbe posto, dunque, come massimo ente esponenziale e al tempo stesso strumentale della società italiana”³.

Una speranza nella Costituzione così motivata illustrerà l'intero percorso di Elia, animandone pensiero e azione: come dirà tornando sui primi anni di insegnamento, “maturavamo in più d'uno di noi quella ‘affectio Constitutionis’, che non ci ha più abbandonato, anche quando, nelle vicende

² G. CAPOGRASSI, *Il problema di V.E. Orlando* (1953) in *Opere*, V, Milano, Giuffrè, 1959, 374.

³ L. ELIA, *Diritto costituzionale*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia. Messina-Taormina 3-8 novembre 1981*, Milano, Giuffrè, 1982, 354. Su questo confronto con Capograssi v. già, in occasione della consegna degli Studi in onore di Elia, M. DOGLIANI, *Elia, giurista classico*, in *Giur. cost.*, 1999, 1479 ss.

seguite alle elezioni politiche del 1993, qualcuno l'ha scambiata per 'nobile' conservatorismo"⁴. E più esplicitamente, intervenendo nel dibattito parlamentare sul messaggio del Presidente Cossiga: "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. Accingiamoci dunque all'opera di rinnovamento istituzionale con l'umiltà, la disponibilità reciproca e la tensione morale che richiede un aggiornamento e non un ribaltamento delle nostre norme sulla organizzazione costituzionale"⁵.

Quella speranza e quell'*affectio* appaiono inseparabili dalla convinzione che il tempo della Costituzione non sia paragonabile a quello, più caduco, degli altri atti normativi o al tempo della politica *tout court*. Da qui possiamo cominciare per qualificare la sua convinzione.

In effetti, l'idea che una costituzione debba durare ben oltre le contingenze di una legislatura o di una generazione non è solo al centro dei grandi dibattiti dell'epoca del costituzionalismo rivoluzionario – fra Siéyès e Barnave, o fra Jefferson e Madison – intorno al se, ed eventualmente al perché, sia bene che i figli si tengano le costituzioni dei padri. Essa si presta pure a divergenti declinazioni, come risulta dall'esperienza più matura fra quelle avviate da una costituzione di tipo rigido. Che una costituzione sia "intended to endure for ages to come, and, consequently, to be adapted to various crises of human affairs" (Marshall in *McCullock v. Maryland* (1819) era un assunto fatto proprio tanto da Oliver Wendell Holmes, sul quale influiva l'evoluzionismo darwiniano, quanto da un progressista come Louis Brandeis, con precomprensioni molto diverse circa la stessa funzione della costituzione.

La precomprensione di Elia era diversa, e non solo perché si riferiva a una Costituzione più giovane e più contestata. Per approfondirne matrici e implicazioni, cercherò i passi dove sviluppa la sua idea del tempo della costituzione, o dove la utilizza da argomento a sostegno di altre tesi. Trattazioni di politica costituzionale, ricostruzioni del pensiero di Costituenti, discorsi parlamentari, scritti giuridici, fra loro peraltro intessuti in una trama sempre più fitta.

3. L'immodificabilità della forma repubblicana

La tessitura si coglie già in uno dei primissimi scritti, dove in replica alle affermazioni del Presidente del Consiglio De Gasperi circa un'immodificabilità della "forma repubblicana" in senso solo politico, ma non anche giuridico osserva che "Per impostare con esattezza il problema 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 proponano di

⁴ L. ELIA, *Premessa a L. ELIA, Studi di diritto costituzionale (1958-1966)*, Introduzione di G. ZAGREBELSKY, Milano, Giuffrè, 2005, X. Il giudizio di "nobile conservatorismo" risale a Massimo D'Alema quando era Presidente della Commissione Bicamerale per le riforme costituzionali.

⁵ L. ELIA, *Il metodo delle riforme costituzionali: a proposito del messaggio del Presidente Cossiga* (1991), in *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., 417.

identificare in una zona più profonda e più remota, i caratteri fondamentali che distinguono tutto un ordinamento; è necessario ricorrere cioè alle recenti ricerche sui concetti di Costituzione e di regime politico”⁶. E così sviluppa le ricerche di Mortati e di Guelli: “non si esclude naturalmente che possa esser mutata per via pacifica o anche apparentemente legale (mediante gli organi e le procedure stabilite dalla Costituzione) la forma repubblicana di governo; si esclude soltanto che si resti nel quadro della vigente Costituzione, che l’atto di revisione possa imputarsi alla fonte giuridica degli atti precedenti, che resti immutato il tipo di Stato: ci troveremmo sempre dinanzi ad una instaurazione di fatto”⁷. Il verso della tessitura non potrebbe essere più esplicito: posta l’inscindibile connessione sistematica dell’art. 139 con l’art. 1⁸, che supera la tesi di Orlando sulla piena libertà di disporre dei Costituenti salvo l’obbligo di rispettare il responso dell’elettorato sul modo di designazione alla carica di Capo dello Stato, la distinzione legalità/legittimità restituisce al dominio del giuridico una zona primaria dell’ordinamento allora oggetto di una recentissima contesa politica.

4. Il nesso potere-responsabilità in un contesto politico precario

Nel primo ventennio della Repubblica le gravi incertezze iniziali sulla consistenza giuridica della Costituzione si attenuano progressivamente, mentre la precarietà politica non cessa di porre incognite. Ed è non a caso su questo versante della sua produzione scientifica che Elia si impegna nel tentativo di “trasformare il labile in stabile” di cui aveva parlato Capograssi, senza mai abdicare al realismo, ma raccogliendo piuttosto i dati della realtà in vista di una ottimizzazione dei precetti costituzionali. Naturalmente le cariche ricoperte e le attività svolte condizionano chiunque nelle scelte dei temi di studio. Eppure sarebbe riduttivo scorgere nell’Elia di allora un giovane costituzionalista impegnato in politica, e capace di coglierne andamenti e sviluppi. Emerge già, infatti, l’interprete in grado di selezionare gli indici di tenuta della Costituzione, fra cui le peculiarità del sistema politico italiano occupavano allora un rilievo cruciale.

La premessa è che la stabilità di governo va considerata “inerente alla natura stessa dello Stato democratico”, vista la “necessità di identificare, dinanzi al parlamento prima e poi davanti al corpo elettorale e alla pubblica opinione, i responsabili dell’indirizzo politico, perché sia possibile esprimere un giudizio sul passato e si sia in grado, poi, di assumere un cosciente orientamento per l’avvenire”⁹; e per “dare un esatto giudizio sul rendimento delle norme costituzionali sancite a

⁶ L. ELIA, *Possibilità di un mutamento istituzionale in Italia* (1949), in *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2009, 12.

⁷ L. ELIA, *ibidem*.

⁸ L. ELIA, *Possibilità di un mutamento istituzionale*, cit., 11.

⁹ L. ELIA, *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali* (1958), in *Studi*, cit., 13.

favore della stabilità”, occorre “approfondire gli aspetti specifici del nostro sistema di partiti (che dura ormai dal 1947)”¹⁰.

Si affaccia così, credo per la prima volta, il motivo del nesso potere-responsabilità in democrazia, che costituirà una preoccupazione costante negli studi sulla forma di governo repubblicana e sulle proposte di riforma, e cruciale, pur se di rado messa in luce, nelle sue rappresentazioni del dover essere costituzionale. Si affaccia, quel motivo, nel contesto di un sistema politico ancora precario.

Il tema è sviluppato più diffusamente dove contesta “la tesi ‘funeraria’ sulla sorte della nostra democrazia parlamentare”, che fa discendere dall’assimilazione di Sartori e di altri del multipartitismo estremo italiano a quello di Weimar e della IV Repubblica francese: “Invece non è un caso che il nostro assetto costituzionale conservi intatte, checché se ne dica, le sue *chances* di durata e di sviluppo, e che esso abbia dimostrato una capacità di tenuta venuta meno nelle altre due esperienze. Ciò è dipeso dalla circostanza che ai partiti antisistema si è contrapposta una coalizione a partito preponderante, che ha avuto nella Democrazia Cristiana un punto di stabilità e di forza inesistente nelle coalizioni centriste di Weimar e della quarta Repubblica”¹¹. Ulteriore elemento specifico è che “la democrazia italiana ha rifiutato recisamente qualsiasi forma di ‘protezione’ nei confronti dei partiti antisistema, anche quando la maggioranza poteva avere margini numerici più ampi e più larga libertà di movimento”, e questa “situazione molto rara nelle democrazie moderne” si dovrebbe alla convinzione che tali congegni di protezione, ma anche, aggiunge, il sistema maggioritario e la forma di governo presidenziale, “non fossero adatti ad un Paese in cui il corpo elettorale tendeva a bipolarizzarsi in direzioni estreme”¹².

Questi elementi di stabilizzazione, se lo portano ad andare oltre le classificazioni politologiche, rendono d’altra parte “piuttosto ristretti” i limiti del disgelto costituzionale, specie per quanto riguarda la disciplina legislativa dei partiti, di cui diffidano i comunisti e anche i liberali¹³. Rimane l’autoriforma, che dovrebbe investire in particolare la Democrazia Cristiana, accusata di non saper rispondere alla sfida della “società esigente di questi anni”, dice riprendendo una definizione di Moro. “E’ esigente”, aggiunge, “perché ha avuto sul piano della libertà civile quello che nel nostro sistema si poteva avere”, e nella quale, nello stesso tempo, si sono moltiplicati centri di potere che rendono molto più difficile la tradizionale mediazione politica¹⁴. Se la DC è divenuta nel frattempo “partito di occupazione” senza “la legittimità che derivava dal periodo in cui venivano compiute le grandi opzioni, che era quello della mobilitazione”¹⁵, l’invito è ad aprirsi alla “società esigente” rompendo le “cristallizzazioni esistenti” nella struttura di partito: “Oramai il problema non è [...] di

¹⁰ L. ELIA, *La continuità*, cit., 19.

¹¹ L. ELIA, *L’attuazione della Costituzione in materia di rapporto fra partiti e istituzioni* (1965), in *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., 114.

¹² L. ELIA, *L’attuazione*, cit., 118-119.

¹³ L. ELIA, *L’attuazione*, cit., 124.

¹⁴ L. ELIA, *L’attuazione*, cit., 131-132.

¹⁵ L. ELIA, *L’attuazione*, cit., 134.

concedere una protezione o di dare una garanzia di libertà civile. Oramai il problema sta in un rapporto, in un interscambio di potere. E' visibile la perdita di potere dell'autorità politica oggi, a cominciare da quella posta al vertice dell'esecutivo. E' visibile la crisi, il vuoto di autorità che si sta creando e che potrebbe aggravarsi. Ma è un vuoto di autorità che si supera solo ridando sedi proprie all'autorità politica. Solo se, a un certo momento, si cederà quello che deve essere ceduto, sarà restituito dalla società civile allo Stato quello che deve essere restituito"¹⁶.

Prima del '68 Elia coglie in tutta la sua portata il problema posto dalla fine della deferenza verso i partiti nel contesto italiano. Una fine che non produce rivolte contro il sistema ma la formazione di centri di potere sganciati dalla politica, e che le chiedono casomai protezione in cambio di consenso. Ecco "l'interscambio di potere", con l'avvertenza che, "se non verranno realizzate le politiche costituzionali necessarie (per la riforma dell'amministrazione, della giustizia, delle partecipazioni statali, della radiotelevisione) sarà molto difficile riconvertire i ceti medi o meglio riconvertire in produttiva la forte aliquota parassitaria che in essi tende ad allargarsi"¹⁷.

Che proprio la democratizzazione e l'aumento degli spazi di libertà permettessero ai partiti di acquisire il consenso di identità collettive che riflettevano bisogni non di governo, ma di rappresentanza o di ulteriori spazi di negoziazione, era un problema variamente colto anche da altri costituzionalisti¹⁸. Elia lo scorge sotto il profilo della formazione dei ceti medi, generalmente ritenuta una condizione necessaria alla stabilizzazione delle democrazie, ma realizzata in Italia in assenza di guida politica. E la sua era la prospettiva più interna allo Stato democratico, quanto lo era stata quella di Santi Romano mezzo secolo prima, all'epoca della disgregazione dello Stato liberale. Proprio per questo i destinatari dell'appello alla politica sono individuati così esplicitamente. Quasi sempre si tratta della DC, anche se talora avverte "che, pur in misura diversa, ogni partito ha oggi nel proprio interno grosse fasce di ceto medio", e ritiene difficile stabilire in quale misura i diversi partiti siano in grado di "riconvertire" i ceti medi italiani¹⁹.

Si direbbe che per lui le peculiari ragioni "che hanno tenuto abbastanza ferma la situazione costituzionale italiana" siano le stesse per cui "il senso della precarietà (ogni giorno in più è guadagnato per la democrazia) è forte e nessuno può dire, in presenza dell'esaurimento e della stanchezza 'biologica' degli uomini politici dell'Assemblea costituente (e della scarsa autorevolezza degli eventuali successori), quale sarà il futuro politico-costituzionale dell'Italia"²⁰. Questa grave incognita, pur anche qui temperata dalla speranza "che la società italiana sappia

¹⁶ L. ELIA, *L'attuazione*, cit., 136.

¹⁷ L. ELIA, *Perché l'Italia si è tenuta e si tiene questo sistema di governo* (1974), in *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., 254.

¹⁸ Da A.M. SANDULLI, *Verso lo Stato sociale, consolidando la democrazia (frammenti di idee)* (1963), in *Scritti giuridici*, II, Jovene, Napoli, 1990, 6 ss., a G. AMATO, *Il primo centro sinistra ovvero l'espansione della forma di governo*, in *Quaderni costituzionali*, 1981, 301.

¹⁹ L. ELIA, *La peculiarità e l'evoluzione del sistema italiano riguardo ai partiti politici* (1975), in *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., 272.

²⁰ L. ELIA, *Perché l'Italia*, cit., 254.

inventare un futuro di sviluppo democratico”²¹, nasce dal rilievo che in tanto il sistema politico ha potuto tenere in quanto ha rinunciato a governare la “società esigente”.

5. Il processo di attuazione della Costituzione

L’ipotesi trova conferma là dove Elia ripercorre il processo di attuazione costituzionale:

“In effetti lo sviluppo delle libertà civili si ebbe non già per un coerente disegno di attuazione costituzionale da parte del potere politico, ma prevalentemente per spinte di opinione recepite nelle sentenze più avanzate della Corte costituzionale. Il legislatore fu sistematicamente sopravanzato e mancò alla sfida di una riforma organica dei Codici più fortemente improntati dal programma del regime fascista; ciò non esclude affatto che l’Italia abbia goduto i benefici della libertà in una misura e per una durata che non trovano confronti nella storia unitaria. Si vuol dire soltanto che il parametro costituzionale, tanto vicino alle esigenze della società contemporanea, fu fatto valere frammentariamente e fu quasi imposto ad un blocco Parlamento-Governo che non voleva o non riusciva a mettersi al passo. Quando, malgrado tutto, lo sviluppo dei diritti civili si è avuto, questo è apparso particolarmente squilibrato e difforme dai modelli occidentali più maturi, perché le sue più discutibili proiezioni edonistico-individualistiche non si sono accompagnate a quegli interventi pubblici nella vita economica, i quali, anche in Paesi non ideologicamente dirigisti (mi riferisco agli Stati Uniti), limitano drasticamente la libertà di azione degli operatori; da noi la cosiddetta economia mista, sempre più proclive a forme di industria pubblica o semi-pubblica, non ha affatto eliminato le immunità degli operatori economici; anzi, sotto più di un aspetto, le ha consolidate. Del resto era facile per gli uomini di governo di ispirazione cristiana adagiarsi nelle formule dell’interclassismo e del solidarismo: solo da poco si tenta di distinguere il produttivo dal parassitario, la giungla retributiva da un’equa distribuzione delle remunerazioni”²².

L’idea di un “blocco Parlamento-Governo” quasi trascinato a forza nel processo di attuazione costituzionale era agli antipodi di quelle letture militanti che impiegavano un paradigma costruttivistico per spiegarlo. D’altra parte “le spinte di opinione” che insieme alla Corte più avevano agito a suo dire in tale direzione erano istanze di modernizzazione che potevano trovare in un “parametro costituzionale tanto vicino alle esigenze della società contemporanea” diversi gradi di corrispondenza: più diretto e più facile per il diritto di famiglia, a proposito del quale Elia nota “la storica arretratezza di una battaglia sul divorzio nell’Italia notevolmente europeizzata del 1974”²³, più indiretto e più problematico per gli enunciati sui rapporti economico-sociali, dove maggiore appariva lo scarto fra attese di una virtuosa coincidenza della modernizzazione col progresso sociale e realizzazioni risolte in un’espansione di settori dell’economia in mano pubblica non accompagnate da vincoli per gli operatori. Da cui l’auspicio che a una prima fase “di

²¹ L. ELIA, *ibidem*.

²² L. ELIA, *Animazione, istituti e forme dello Stato democratico* (1975), in *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., 286.

²³ L. ELIA, *Animazione*, cit., 287.

spontaneismo imprenditoriale” che giunge fino alla prima metà degli anni Sessanta, e a una seconda “di spontaneismo sindacale” svoltasi nel decennio successivo, succeda, “se la Costituzione venisse realizzata nel suo punto più delicato, una terza fase di razionalizzazione, di programmazione, di tentativo di far quadrare i conti delle prime due fasi”²⁴. Tanto più che, per lui, la stessa ripresa di una tensione morale, “che tende tra l’altro a sviluppare i valori dell’autentica capacità imprenditoriale, presuppone una trasparenza della vita democratica che oggi in Italia è preclusa dal groviglio della cosiddetta economia mista”²⁵.

Elia riflette ormai sul come, più che sul se, dell’attuazione costituzionale, perché sono quelle modalità a poter indicare la qualità dei futuri sviluppi della convivenza. E qui le riserve sulle realizzazioni dello Stato sociale sono inequivoche. Non a caso, sarà il solo costituzionalista a prestare attenta considerazione al noto saggio di Massimo Severo Giannini²⁶.

6. Il confronto con Maritain sulla “via costituzionale”

In lavori coevi sul contributo di Dossetti e di Maritain (tramite i richiami di La Pira) alla formazione del testo costituzionale, troviamo un Elia impegnato su un altro fronte, e tuttavia complementare, come vedremo, a quello relativo alle problematiche modalità di attuazione del testo e di stabilizzazione della democrazia. Qui si preoccupa di smentire i ridimensionamenti dell’influsso dei due pensatori sui Costituenti, senza rinunciare a criticare aspetti importanti della loro concezione della costituzione. L’obiettivo è il medesimo: mostrare come le possibilità di “tradurre nella vita politica e sociale intuizioni cristiane”, facendo “da fermento rispetto ad una pasta che non era più la pasta della cristianità medioevale”, riflettano posizioni che, se hanno “subito un certo logoramento”, non possono per questo considerarsi frutto di pura utopia²⁷.

Al di là del non casuale ritiro di Dossetti e di Maritain dalla politica per obbedire a una vocazione contemplativa, che comunque, nota con estrema finezza e rispetto, resta “un atto supremamente individuale”²⁸, ciò che per lui conta è che “l’impegno degli animatori” abbia lasciato traccia nelle Costituzioni, dove “si agisce a lungo termine”; e così precisa l’affermazione: “Non è che le Costituzioni, per la loro stessa natura, esauriscano puntualmente la loro possibilità di realizzazione, altrimenti non avrebbero nemmeno un’autentica vitalità. E’ sempre, la loro, una

²⁴ L. ELIA, Relazione di sintesi, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent’anni di attività*, Bologna, il Mulino, 1978, 167.

²⁵ L. ELIA, *Animazione*, cit., 295.

²⁶ L. ELIA, *Si può rinunciare allo “Stato sociale”?*, in *Povertà e Stato*, a cura di R. ARTONI e E. BETTINELLI, Quaderni della Fondazione Olivetti, Roma, 1987, 107. Il riferimento è a M.S. GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Scritti on. Mortati*, I, Milano, Giuffrè, 1977).

²⁷ L. ELIA, *Animazione*, cit., 276.

²⁸ L. ELIA, *Animazione*, cit., 278.

efficacia a lungo termine non troppo ravvicinato. L'importante è aver affermato certe posizioni in termini normativi che poi fruttificheranno nel fatto"²⁹.

E' proprio su questo punto che il confronto con Maritain si fa più serrato. Rileva

“una oscillazione di prospettive del pensiero maritainiano che mi pare tutt'altro che secondaria. In sostanza Maritain resta in bilico tra la necessità di cogliere una occasione storica, che è quella del secondo dopoguerra, con un impegno che è dunque di breve, se non di brevissimo termine; e la necessità, di segno opposto, che 'l'ideale storico' per realizzarsi abbia bisogno di attendere 'quel tempo che l'apostolo Paolo annuncia come la ricchezza del mondo e una resurrezione dalla morte' (così nella prefazione a *Cristianesimo e Democrazia*, p. XI, ed. it.). A quest'ultima tendenza spinge anche la coscienza storica delle difficoltà incontrate per giungere all'abbozzo di comunità sacrale nell'alto Medioevo (quanti secoli per superare l'istituto della schiavitù!)”³⁰.

Ora, la realizzazione del pensiero maritainiano poteva avvenire “per vie più direttamente politico-sociali”, quali l'azione di “minoranze missionarie eventualmente operanti anche in più partiti” e l'intervento di un partito di massa, oppure “mediante l'inserimento di alcune linee di fondo nella parte programmatica di una costituzione”: e la via costituzionale presenta un “carattere mediato”, poiché

“è indiscutibile che c'è uno iato tra costituzione, specie se programmatica (l'opposto della carta staliniana del 1936), e l'attuazione di essa. In particolare, il grado di ipoteticità dell'attuazione costituzionale si accresce, pur non mutando di natura rispetto al tipo di osservanza delle norme precettive (costituzionali o meno), giacché essa dipende dalla adesione attiva, dal consenso operante e continuo di forze politiche maggioritarie e di titolari di organi costituzionali. Se quanto si è ora ricordato è vero, è altrettanto ovvio che è possibile, storicamente (in particolare quando, come nel caso italiano, siano passati più di un lustro dalla entrata in vigore), verificare l'effettività della forza promozionale di una costituzione; e bisognerà prendere atto che gli esiti sono stati solo parzialmente positivi”³¹.

Le riflessioni su Dossetti e Maritain si rivelano complementari ai giudizi sullo stato di attuazione della Costituzione, nel senso che aiutano a comprendere come la possibilità di privilegiare “la via costituzionale” rispetto alle altre resta condizionata a un'effettività che è tutta da riscontrare storicamente. Ma quelle riflessioni lasciano ritenere che la concezione del tempo della costituzione sia scaturita in Elia dal confronto con altre maturate nel suo *humus* spirituale e culturale: quella cairota dell'occasione politica irripetibile, e quella escatologica della speranza nella salvezza.

²⁹ L. ELIA, *Animazione*, cit., 281.

³⁰ L. ELIA, *Maritain e la rinascita della democrazia. Schema per una ricerca*, in *Studium*, 1977, 580.

³¹ L. ELIA, *Maritain*, cit., 583.

Non si tratta di una semplice concezione intermedia fra la prima, necessariamente esaurita nell'immediato, e l'altra proiettata verso l'eterno, perché ciò presupporrebbe un tempo-successione, χρόνος, quale metro di misura. Il tempo della costituzione è piuttosto il tempo-durata, αἰών, che "rinvia all'immagine della vitalità, intesa come energia o virtualità di *durare*"³², dove l'istanza della durata non è tuttavia riferita a un organismo, come nel pensiero politico classico sulle forme di governo, ma a un testo, alla costituzione dei moderni³³. Nel costituzionalismo del Novecento l'aspirazione della costituzione a durare il più possibile si specifica ulteriormente: non consiste in un impegno preso dai Costituenti che le generazioni successive debbono onorare, ma in una promessa da realizzare, e che non ha ancora arrecato tutti i suoi frutti³⁴. Elia è il costituzionalista italiano più impegnato nel rifornire continuamente senso a questa accezione.

Il "realismo critico", il metodo che dichiara di aver appreso da Mortati³⁵, ma che sviluppa autonomamente, scinde il *quid* di prescrittivo dei principi costituzionali dalle loro realizzazioni storicamente possibili, per ancorare poi la durata dei primi alla plausibilità delle seconde. Da cui un'estrema attenzione nel ricavare dal testo gli elementi prescrittivi da preservare e da svolgere, come nel ricercare nella contingenza corrispondenti possibilità di realizzazione. Ecco come il costituzionalista poteva compenetrarsi col divoratore di quotidiani, senza che l'esigenza di continui aggiornamenti gli facesse mai perdere di vista gli obiettivi ultimi di una ricerca sempre aperta. Ecco come la sua concezione del tempo si traduceva sul piano esistenziale.

7. L'interpretazione costituzionale

Se si vuole tener viva la speranza in contesti mutevoli, il senso della promessa che ne forma l'oggetto va continuamente delucidato. Proprio per questo Elia tornava tanto spesso e con tanto impegno sul pensiero dei Costituenti, inaugurando "una via italiana all'originalismo" molto lontana da quella che stava prendendo piede negli Stati Uniti con intenti conservatori³⁶: se per quegli interpreti la costituzione è un atto senza tempo, col risultato di lasciare al legislatore il monopolio del cambiamento, per lui va continuamente riletta, anche alla stregua dei lavori preparatori, onde adeguarne la presa a mutati contesti sociali e alle contingenti valutazioni del legislatore. Lo ricordo alle lezioni dell'anno accademico 1973-74, chino sui volumi che raccoglievano gli atti della Costituente sul Titolo relativo ai rapporti economico-sociali, che in quegli anni, lo abbiamo visto, più attiravano la sua attenzione. E c'è assoluta continuità fra la sua insistenza di allora sulla

³² La distinzione è liberamente tratta da G. MARRAMAIO, *Minima temporalia. Tempo spazio esperienza*, Milano, Mondadori, 1990, 11.

³³ Per questa distinzione si può vedere C. PINELLI, *Forme di governo antiche e contemporanee*, Relazione al Convegno del Centro Gobetti su: Bobbio "costituzionalista", Torino, 30 ottobre 2014, in *Rivista telematica AIC*, n. 3/2015 e in *Democrazia e diritto*, 2015, n. 4, 31 ss.

³⁴ F. OST, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, 221.

³⁵ L. ELIA, *Premessa a Studi di diritto costituzionale*, cit., IX.

³⁶ P. RIDOLA, *Leopoldo Elia: il profilo dello studioso*, in *www.astridonline.it*, 5 novembre 2008.

necessità di governo politico dei processi di modernizzazione e i richiami dell'ultima fase all'esigenza di attuare l'ordine del giorno Perassi.

Ma è nel campo della giustizia costituzionale che lo studio del rapporto fra la promessa dei Costituenti e l'interpretazione del testo diventa più serrato. E la prima ragione è di ordine sistemico, perché porre il problema di come “far operare un giudice kelseniano in una costituzione non kelseniana”³⁷ comportava una scelta fra indicazioni parimenti risalenti all'*Original Intent of the Framers*. La risposta è netta e mai revocata in dubbio: mantenere il modello del legislatore negativo “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”³⁸. L'*adaequatio* dell'ordinamento giuridico ai principi costituzionali prevale dunque sulla fedeltà al figurino kelseniano. Ma prevale pure, in quanto funzione suprema affidata alla Corte, su ogni discorso relativo alla sua collocazione fra i poteri dello Stato e in particolare a una sua pretesa superiorità sul legislatore, trattandosi invece 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”³⁹.

Queste convinzioni vengono sviluppate e ulteriormente argomentate nella Relazione a un Convegno tenutosi a ridosso della scadenza del mandato di giudice costituzionale⁴⁰. Combinando il risalente impegno scientifico con un'esperienza appena acquisita, Elia vi affina il motivo dell'*adaequatio* proprio alla luce della considerazione del tempo-durata delle costituzioni. Che viene in gioco in ambedue gli assi fra cui la Relazione opera una saldatura: la distinzione del potere creativo delle corti da quello, di carattere innovativo, del legislatore e le specificità dell'interpretazione costituzionale.

Sul primo punto Elia ravvisa una significativa convergenza di vedute fra Crisafulli e Cappelletti, ma poi dà la sua versione. Mentre il primo è disposto ad ammettere un carattere creativo delle pronunce della Corte solo sul piano della teoria generale ma non su quello della dommatica, così perpetuando l'antica dialettica dei punti di vista dell'*Allgemeine Staatslehre*, e il secondo spiega, con gli argomenti del processualista, che quel carattere creativo incontra comunque limiti di ordine strutturale che distinguono un giudice da un legislatore, la sua tesi è piuttosto che la creatività che caratterizza l'individuazione del diritto costituzionale vivente “diventa più difficile per certi aspetti man mano che ci si allontana dal momento in cui la costituzione è stata promulgata”, perché “per

³⁷ 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, 524.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ 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. Cfr. sul punto V. MARCENÒ, *La sdrammatizzazione del potere creativo della Corte costituzionale nella scelta dei mezzi in funzione dell'adaequatio, negli scritti di Leopoldo Elia*, in M. DOGLIANI (a cura di), *La lezione di Leopoldo Elia*, Napoli, ESI, 2011, specie 252 ss.

⁴⁰ L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, in *La sentenza in Europa. Metodo tecnica e stile*, Atti del Convegno internazionale, Ferrara 10-12 ottobre 1985, Padova, Cedam, 1988, 217 ss.

sopravvivere, per vivere bene, per aiutare la vita del diritto di un paese, bisogna che il diritto costituzionale sia sufficientemente fermo e sicuro per taluni aspetti, ma anche elastico e a maglie larghe per altri aspetti”, ed “è proprio il carattere elusivo” dei contenuti delle costituzioni “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 d’onore nella redazione di ordinanze urbane, sarebbe una condanna a morte per una costituzione vivente”⁴¹.

Il problema, così, si sposta sulla motivazione:

“le corti 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 popolare non effimera – questa potenzialità che deriva dalla ultimità del loro intervento; mentre le corti supreme hanno talvolta la possibilità di essere controllate in sede di conflitto di attribuzione, le corti costituzionali possono avere veramente – ed hanno – 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 –, siano esse brevi come in Francia siano esse più lunghe come in Italia o in Germania – contribuiscono a creare quella tradizione di coscienza costituzionale della società e del popolo che è il più sicuro fondamento per la longevità delle costituzioni”⁴².

La “sdrammatizzazione” del potere creativo, che nella dottrina dell’epoca veniva riferito soprattutto alle additive e più in generale all’arsenale di tecniche decisorie messo in campo dalla Corte nei primi decenni di attività, passa attraverso la ricerca nella motivazione del fondamento e al tempo stesso del limite del potere creativo, che costituirà nei decenni a venire il baricentro di nuove tecniche argomentative, dai bilanciamenti agli scrutini stretti. In questo senso la Relazione del 1985 segnala in anticipo uno spartiacque fra due epoche della giurisprudenza costituzionale, sempre in vista di una *adaequatio* che non può che svolgersi diacronicamente.

Giucava, in quella operazione, la consapevolezza raggiunta con l’esperienza di giudice, che gli faceva leggere con voce incrinata dall’emozione – lo ricordo come fosse qui – un passo memorabile di Benjamin Cardozo:

“Col passar degli anni ed avendo sempre più riflettuto sulla natura dell’attività giudiziale, mi sono riconciliato con l’incertezza perché sono giunto a considerarla inevitabile, sono giunto a vedere che tale attività nelle sue zone più elevate non è una scoperta ma è una creazione e che i dubbi e le apprensioni, le speranze e i timori sono parte del travaglio della mente, sono le angosce della morte e le doglie della nascita tra le quali si estinguono i principi che hanno fatto il loro tempo e nascono i nuovi principi”⁴³.

⁴¹ L. ELIA, *Il potere creativo*, cit., 222-3.

⁴² L. ELIA, *Il potere creativo*, cit., 229.

⁴³ Rip. in L. ELIA, *Il potere creativo*, cit., 218.

Il discorso investe in primo luogo i diritti fondamentali. La nota disputa scientifica sul carattere aperto o chiuso del catalogo non toglie “che 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, secondo la formula di Bobbio, anche se un filtro deve pur esserci”⁴⁴. Filtro assicurato dalla Corte, che nel qualificare certi diritti come fondamentali deve fare “in modo che se ne possano trarre conseguenze per l’avvenire, sia a fini di certezza del diritto, sia ai fini di collaborazione con il Parlamento”⁴⁵.

Che l’equilibrio fra Corte e Parlamento, oltre all’obiettivo della certezza del diritto, debba guidare la giurisprudenza anche in quell’opera di filtro, appare coesistente alla “sdrammatizzazione” del potere creativo. A restare aperto è piuttosto il problema delle aspettative sociali. Pur richiamandosi, nell’interpretare l’art. 4 della Costituzione, alla formula della “riserva del possibile” coniata dal Tribunale Costituzionale tedesco⁴⁶, Elia aggiunge: “Non ci possiamo nascondere però che in Italia il diritto al lavoro è in effetti sentito come diritto al posto di lavoro. Come diritto al posto di lavoro, esso rientra tra quei diritti a prestazione condizionati, perché la sua effettività – come il diritto allo studio per i capaci e meritevoli – dipende dalla situazione economica generale, a sua volta condizionata da fattori internazionali”⁴⁷. Più in generale, sui diritti sociali,

“E’ talmente fitta la selva di questi diritti gestiti dalla nostra Costituzione, che è nato un divario nel comune sentire tra la generale opinione che una parte non indifferente della legislazione italiana sia determinata da spinte corporative e che dia perciò luogo a privilegi e l’estrema difficoltà per la Corte di colpire una situazione di privilegio, con la conseguenza che molte situazioni non sono più considerate privilegi, ma ‘teste di ponte’, per ulteriori estensioni operate con sentenze additive”⁴⁸.

Tuttavia, precisa,

“Ciò che inganna non è la Costituzione, ma il linguaggio semplificato dei mass-media, anche se in qualche caso la promessa è rimasta inadempita per mancanza di progettualità, per aver rinunciato non solo al piano ma alla stessa capacità di progettare, per l’essersi ridotti al tamponamento giorno per giorno delle situazioni di emergenza, sia in campo politico che in campo economico”⁴⁹.

A distanza di trenta anni ritorna l’analisi spregiudicata dei processi non governati di formazione dei ceti medi, o di quello che potremmo chiamare il lato oscuro del pluralismo italiano.

⁴⁴ L. ELIA, *Relazione di sintesi*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *I diritti fondamentali oggi (Taormina, 30 novembre – 1 dicembre 1990)*, Padova, Cedam, 1995, 304.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ L. ELIA, *Si può rinunciare allo “Stato sociale”?*, cit., 112.

⁴⁷ L. ELIA, *Relazione di sintesi*, cit. 305-6.

⁴⁸ L. ELIA, *Relazione di sintesi*, cit., 306.

⁴⁹ L. ELIA, *Relazione di sintesi*, cit., 307.

8. Una speranza da non abbandonare “malgrado le delusioni e le regressioni”

Nel sessantesimo della Costituzione, il bilancio è rivolto a una “Carta che in questi decenni si è consolidata, mentre il tempo ha travolto le forze politiche che avevano contribuito a formarla insieme a componenti essenziali delle loro ideologie”⁵⁰. Essa “ha dimostrato con la sua tenuta di possedere 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 assicuri equilibrio e controllo reciproco, sistema di garanzie): un nucleo forte di costituzionalismo coerentemente accolto nella nostra Costituzione”⁵¹.

Il lettore ne può desumere che, senza quella “prudente elasticità e attitudine a ‘comprendere’ con i suoi principi fenomeni non prevedibili dai costituenti”, la Costituzione non avrebbe retto alla scomparsa dei partiti che l’avevano formata. Il che contava per lui ben più del rimpianto per le occasioni perdute e della domanda sul “dove abbiamo sbagliato” che perseguitavano i migliori politici sopravvissuti alla prima fase della Repubblica. Si direbbe che avesse quasi fatto propria l’ingiunzione “Non domandare: ‘Come mai i tempi antichi erano migliori del presente?’”, poiché una tale domanda non è ispirata da saggezza”⁵².

Guardava sempre avanti, alla ricerca di ulteriori occasioni per garantire la durata della Costituzione, perfino in un’occasione celebrativa, oltretutto tenuta a breve distanza da un fallito tentativo di revisione costituzionale contro cui si era mobilitato senza risparmio. Ricorda, infatti, che le esigenze di riforma della Seconda Parte, dalla forma di governo all’impianto dello Stato regionale, sono rimaste insoddisfatte, e soprattutto depreca che “il potere legislativo, anche dopo il referendum del giugno 2006, sembra sordo alla necessità di rendere meno agevole il processo parlamentare di revisione”, col rischio di mettere a repentaglio la stessa rigidità, “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”⁵³.

Ancora una volta, la tenuta del testo non lo esime dal segnalare le responsabilità di quanti dovranno d’ora in poi assicurarla. E quando, come dopo la fine della Bicamerale, maggiore poteva essere in lui lo sconforto, ammoniva che “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

⁵⁰ *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, in *Giur. cost.*, 2008, 629.

⁵¹ *Discorso*, cit., 637.

⁵² *Quoèlet*, 7, 10.

⁵³ *Discorso*, cit., 636.

Machiavelli: ‘Gli uomini debbono sperare sempre e non debbono abbandonare mai, in qualunque fortuna ed in qualunque travaglio si trovino’⁵⁴.

Come potremmo, da questo punto di vista, tener fede all’insegnamento Suo e di Machiavelli in un tempo buio come il nostro? Forse mantenendo l’aggettivo in un’accezione puramente letterale, per lasciare aperta la speranza? Sarebbe stato questo il suggerimento di Ernst Bloch, che dopo aver osservato come “L’oscuro vissuto è così forte da non essere limitato nemmeno alla sua prossimità immediata. Esso agisce anche nei suoi dintorni, sul tempo che si aggancia al proprio Ora, quindi nella prossimità che si aggancia al proprio-qui”, aggiungeva che “Alcuni proverbi ne sanno più della maggioranza dei pensatori finora avutisi; per esempio: «quel che tesse non lo sa alcun tessitore», oppure: «Ai piedi del faro non c’è luce»⁵⁵.

⁵⁴ L. ELIA, *Errori passati, sguardo al futuro* (1999), in *Costituzione, partiti, istituzioni*, cit., 450.

⁵⁵ E. BLOCH, *Il principio speranza* (1959), Milano, Garzanti, 1994, 348.