

# LA REVISIONE DELLA COSTITUZIONE: POTERE COSTITUENTE O POTERE COSTITUITO?

*Abstract*

(Marina Calamo Specchia)

**A) Potere costituente e potere di revisione costituzionale.** Uno degli essenziali apporti della Rivoluzione francese consiste nella comparsa sullo scenario del costituzionalismo europeo-continentale delle Costituzioni scritte e rigide, vale a dire di documenti stigmatizzanti l'organizzazione dei poteri e delle connesse delle istituzioni non modificabili da una legge ordinaria del Parlamento. Per primi i rivoluzionari, tra i quali Sieyès – che nell'*Exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen* affermava che ogni atto costituzionale presuppone «avant tout un pouvoir constituant» –, avevano ben chiara la distinzione tra potere costituente e poteri costituiti per poi arrivare sino alla confusione dei due ambiti sul piano della prassi politica.

La differenziazione tra potere costituente e poteri costituiti, tra i quali si annovera il potere di revisione costituzionale, e l'antiorità del primo rispetto ai secondi è alla base del principio di rigidità costituzionale, che presuppone una superiorità formale della Costituzione sulla legge parlamentare, e che deve avere la finalità di garantire un'apprezzabile permanenza delle scelte politiche fondamentali consacrate nel testo costituzionale: la ricaduta sul piano della prassi politica del detto principio ne ha tuttavia determinato la flessione verso forme di marcata immodificabilità determinando la cristallizzazione dei testi costituzionali e le conseguenti crisi costituzionali. Sino alla III Repubblica, infatti, nessuna transizione da un regime costituzionale ad un altro si è svolta in conformità delle regole stabilite dalla Costituzione.

Anche il rispetto formale delle disposizioni delle Costituzioni del 1875 e 1946 sulla revisione costituzionale evidenziano il disconoscimento dello spirito delle procedure costituzionalmente previste: difatti, le leggi costituzionali del 10 luglio 1940 e del 3 giugno 1958 sono più delle abrogazioni che delle revisioni in senso tecnico, ponendosi in realtà a mezza strada tra i due modelli teorici di potere costituente, quello originario e quello derivato, il primo consistente nel potere di fondazione di un regime e il secondo nel potere di revisionare o modificare una Costituzione senza rovesciarne le fondamenta, in una parola di "manutenere" il testo costituzionale.

Con la differenza fondamentale che nell'ipotesi di attivazione di potere costituente *tout court*, appartiene al popolo di intervenire sia direttamente e unicamente tramite plebiscito o referendum (teoria della sovranità popolare) sia in funzione di ratifica di un testo elaborato da un'Assemblea costituente (teoria della sovranità nazionale), mentre nell'ipotesi di attivazione del potere di revisione, spetta ai poteri costituiti, nella specie il Parlamento, intervenire attraverso procedure speciali appositamente prefissate e, di norma, richiedenti l'approvazione parlamentare attraverso specifiche maggioranze.

**B) I limiti al potere di revisione costituzionale.** La Costituzione della V Repubblica ha, sulla scorta della tradizione risalente alla Rivoluzione, codificato un potere di revisione costituzionale limitato per natura.

**B1) Limiti di procedura.** Una prima serie di limiti è d'ordine procedurale: la revisione, infatti, necessita di un ampio consenso fondato sull'accordo delle due assemblee, sulla volontà del Presidente della Repubblica, che sulla scorta dell'art. 5 della Costituzione (*veille au respect de la Constitution*), sull'intervento popolare successivo alla deliberazione parlamentare, chiamato a *«trancher la question»*.

Sotto questo profilo, dunque, è difficile pervenire a una modifica della Costituzione contravvenendo al principio democratico e al principio di sovranità: il "cortocircuito istituzionale" innescato dalla revisione costituzionale gollista del 6 novembre 1962, al di là della controversia dottrina che ne è scaturita (tesi della incostituzionalità: G. Berlia, M. Duverger; tesi della compatibilità costituzionale: P. Lampué); non ha prodotto effetti ulteriori e si esclude per il futuro il ricorso a tale procedura.

**B2) Limiti "contestuali".** Il potere di revisione costituzionale è circoscritto da due divieti, uno contenuto nell'articolo 89.4 e l'altro nell'art 7.

Innanzitutto, si esclude ogni revisione costituzionale quando è violata l'integrità del territorio: questa disposizione introduce un meccanismo di protezione volto ad impedire il ripetersi di eventi tristemente noti come la caduta del regime costituzionale del 1940 a seguito dell'occupazione tedesca, sanzionata formalmente dalla revisione costituzionale del 10 luglio 1940.

In seguito, l'art. 7 Cost. vieta la revisione durante la vacanza del Presidente della Repubblica, il che ribadisce il fondamentale ruolo di garanzia svolta dall'istituzione presidenziale nell'ambito del procedimento di revisione costituzionale.

**B3) Limiti sostanziali o di contenuto.** L'art. 89 preserva l'intangibilità della forma di governo repubblicana (art. 89.5). L'origine di tale disposizione di principio va rinvenuta nella legge costituzionale del 14 agosto 1884, con la quale si introduceva un comma all'art. 8 della l. cost. del 25 febbraio 1875, che disciplinava il procedimento di revisione costituzionale con aggravamento di procedura: la revisione del 1884, sancendo l'immodificabilità della forma repubblicana, costituiva un limite formale e materiale alla revisione costituzionale e si poneva come spartiacque temporale oltre il quale non era più possibile operare, tramite il procedimento di revisione, mutamenti totali di regime.

Il divieto di revisionare la forma di governo repubblicana è un portato tradizionale delle costituzioni repubblicane francesi: l'art. 2 della legge costituzionale del 14 agosto 1884 introduce il principio dell'irreversibilità del regime repubblicano e l'art. 95 della Costituzione del 1946 ripete la medesima formula. Anche durante i lavori per l'elaborazione della Costituzione del 1958 il Comitato Consultivo Costitu-

zionale optò per mantenere fermo il limite della "forma repubblicana", nonostante l'emendamento Marcihacy che proponeva di mutarlo in "forma democratica": il rigetto dell'emendamento nasconde una *ratio* più profonda, trattandosi non solo di assicurare continuità alla forma di governo repubblicana nel senso di una data organizzazione dei poteri, ma anche di perpetuare il regime di libertà ed eguaglianza consolidato in due secoli di storia politica e costituzionale. L'aver perpetuato questa "clausola di salvaguardia", che nella III Repubblica aveva un significato antimonarchico, nelle Costituzioni della IV e V Repubblica, se in un primo momento assume una funzione protettiva contro possibili derive autoritarie, si è trasformata in un valore simbolico e in una norma di "chiusura" del sistema che funge da limite materiale alla revisione costituzionale.

**C) La giurisprudenza del Consiglio costituzionale.** Proprio con riferimento alla configurazione di limiti formali e materiali alla revisione costituzionale, il *Conseil constitutionnel* è stato più volte chiamato a verificarne la sussistenza e a sanzionarne l'eventuale violazione, con esiti che variano molto nelle decisioni del 1992 e in quella del 2003.

Già nel 1992 con la seconda decisione sul Trattato di Maastricht (C. Const., n. 92-312 DC del 2 settembre 1992, in *Rec.*, 1992, 76), il cui diciannovesimo *considérant* poneva dei precisi limiti al potere di revisione costituzionale, richiamando, da un lato, le ipotesi tassativamente previste dalla Costituzione in cui il potere di revisione non deve essere attivato (cc.dd. limiti procedurali alla revisione costituzionale) e, dall'altro, il limite di contenuto al potere di revisione che l'art. 89, ult. co., indica nella formula ampia della "*forme républicaine du gouvernement*" (cd. limite sostanziale alla revisione costituzionale), il Consiglio costituzionale aveva, difatti, ammesso un possibile controllo delle revisioni costituzionali, assumendo come parametro principi costituzionali fondamentali.

Tra le norme richiamate nella citata decisione, oltre alle disposizioni che limitano l'esercizio del potere di revisione (durante la vacanza del Presidente della Repubblica: art. 7; in caso di attivazione dei poteri straordinari del Capo dello Stato: art. 16; in caso di violazione dell'integrità territoriale dello Stato: art. 89, IV co.), figura la forma di governo repubblicana (art. 89, ult. co.): ciò implica che i limiti alla revisione costituzionale non sono meramente formali e procedurali, ma si estendono ai principi fondamentali che informano l'ordinamento della Repubblica.

Occorre chiedersi, a questo punto, se il Consiglio, riconoscendo e garantendo una gerarchia giuridica tra atto costituente e atto di revisione, tra Costituzione e legge costituzionale, abbia voluto con tale decisione porre le basi per un futuro riconoscimento alla forma di governo repubblicana, e alle potenzialità espansive in essa compresa, del valore di una Supercostituzione (O. Beaud).

Il Consiglio costituzionale, infatti, dopo l'apertura avanzata nel 1992 con la decisione *Maastricht II, tranche la querelle* affermando, nella decisione n. 469 del 26 marzo 2003, pronunciata sul ricorso avverso la legge di revisione costituzionale sull'organizzazione territoriale decentrata della Repubblica, la propria incompetenza a vagliare le leggi di revisione costituzionale. Si legge, infatti, nella decisione

che si commenta, che il Consiglio costituzionale, essendo un organo a competenze costituzionalmente delimitate, non può né ai sensi dell'art. 61 né ai sensi dell'art. 89 valutare la costituzionalità delle revisioni costituzionali, conferendo in tal modo al termine "loi" enunciato genericamente nell'art. 61 della Costituzione (che menziona unicamente, quale categoria speciale di norme, le leggi organiche e i regolamenti parlamentari) il contenuto positivo, specifico e restrittivo di "*lois ordinaires*".

La pronuncia, seppure politicamente orientata (essendo volta a salvaguardare il "primato del Parlamento"), appare sotto il profilo giuridico molto discutibile per due ordini di ragioni, il primo di natura sostanziale, il secondo di opportunità, investendo direttamente il piano dell'efficacia delle garanzie costituzionali.

**C1) Questione di interpretazione lessicale.** L'espressione "*loi constitutionnelle*" non figura nella Costituzione francese, che menziona la "*révision de la Constitution*" alludendo più al procedimento che all'atto finale e puntuale scaturente dallo stesso, ma il suo impiego si è affermato in via di prassi parlamentare: in realtà l'atto che deriva dal procedimento di revisione, che ha moltissime analogie con il procedimento ordinario (identiche le fasi dell'iniziativa – anche per quanto concerne le leggi ordinarie la dottrina ritiene che il presidente della Repubblica e il Primo ministro godano di un *pouvoir partagé* – e dell'integrazione dell'efficacia, l'aggravamento di procedura ricorre nella fase della deliberazione che prevede il voto di entrambe le camere sull'identico testo ed indi, su iniziativa del Presidente della Repubblica, o il referendum o l'approvazione del progetto di revisione a maggioranza dei tre quinti del Congresso) viene pubblicato sul *Journal Officiel* con il nome di "*loi constitutionnelle*".

Se è vero che la cd. *loi référendaire* non può essere oggetto di controllo di costituzionalità giacché essa è espressione diretta della sovranità popolare (C. const., n. 62-20 DC del 6 novembre 1962) e non rappresenta una legge deliberata dal Parlamento, allora una legge costituzionale qualora sia stata approvata dal Parlamento e non con referendum popolare può essere deferita al Consiglio costituzionale che dovrà vagliare gli eventuali difetti di procedura e pronunciarsi sulla conformità della stessa all'ultimo comma dell'art. 89 (LUCHAIRE).

Tale interpretazione è supportata dal tenore testuale dell'art. 61 della Costituzione, che al primo comma menziona quale categoria "speciale" (sotto il profilo sia procedurale che materiale) di leggi, le leggi organiche e i regolamenti parlamentari (in relazione ai quali il Consiglio costituzionale ha già esteso la sua competenza, inglobando i regolamenti "congressuali"; C. const. n. 63-24 DC del 20 dicembre 1963) oggetto di sindacato obbligatorio; il secondo comma dello stesso articolo, invece, indica quale oggetto del sindacato eventuale di costituzionalità la generale categoria di "*lois*", definita successivamente dallo stesso *Conseil constitutionnel* in occasione del controllo sulla *loi référendaire* del novembre del '62 nel senso che «*les lois que la Constitution a entendue viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement*». Tale giurisprudenza è stata confermata dalla sentenza n. 92-313 DC del 23 settembre 1992, nella quale il Consiglio conferma la sua competenza in merito alle leggi votate dal Parlamento. E la leg-

ge costituzionale è una legge che, in determinati casi e con speciale procedura, è approvata dal Parlamento. In tal senso il Consiglio avrebbe potuto dichiararsi competente a verificare la conformità costituzionale delle leggi di revisione votate dal Parlamento (vale a dire dal Congresso), includendo in tale categoria la legge costituzionale sull'organizzazione decentrata della Repubblica: infatti, il Consiglio aveva già ritenuto nelle due decisioni n. 62-20 del 6 novembre 1962 e 92-312 del 2 settembre 1992 che il suo controllo verteva esclusivamente sulle leggi votate dal Parlamento, tra le quali figurano le leggi costituzionali votate secondo una speciale procedura.

**C2) Questione di interpretazione contenutistica.** Il Consiglio costituzionale avrebbe dovuto cogliere l'occasione offerta dai ricorrenti per chiarire la portata dell'ultimo comma dell'art. 89: indipendentemente dalla fondatezza o meno delle censure rilevate, una questione giuridica di fondamentale rilievo costituzionale attiene alla qualificazione dei limiti alla revisione costituzionale che sono in grado di orientare in senso assoluto o relativo l'esercizio di detta funzione.

Il contenuto di tale disposizione va, pertanto, ben oltre la mera ripartizione funzionale degli organi istituzionali, coinvolgendo il portato fondamentale della tradizione giuridica francese: riassume la forza intrinseca della forma repubblicana il discorso del 4 settembre 1958 pronunciato in Place de la République dal Generale de Gaulle, un mese prima dell'entrata in vigore della Costituzione, per il quale «*C'est alors, qu'au milieu de la tempeste nationale et de la guerre étrangère, apparut la République! Elle était la souveraineté du peuple, l'appel de la liberté, l'espérance de la justice. Elle devait rester cela à travers les péripéties agitées de son histoire. Aujourd'hui, autant que jamais, nous voulons qu'elle le demeure.*».

Pertanto, il principio repubblicano si alimenta di una serie di principi fondamentali (sovranità nazionale, suffragio universale, principio di eguaglianza e sue declinazioni, principio rappresentativo, unità e indivisibilità della Repubblica, separazione dei poteri, garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali): ciò implica che il riferimento alla "forma repubblicana" contenuto nell'art. 89 si riferisce non solo alla natura repubblicana del regime di governo, ma anche al concetto di Repubblica così come scaturisce dalla *Déclaration des Droits* del 1789, dai principi fondamentali della Repubblica, dal Preambolo della Costituzione del 1946, il cui valore costituzionale è fuori dubbio, e dalla Costituzione del 1958.

Il nocciolo della *querelle* è tutto qui: occorre ritrovare tra le righe della Costituzione stessa il principio del controllo delle leggi di revisione, resistendo al fascino legato all'idea dell'esistenza di un diritto sovra-costituzionale, teoria estranea al diritto pubblico francese.

Sul piano formale, i commi 4 e 5 dell'art. 89 della Costituzione francese, in quanto norme di chiusura scritte nella Costituzione e collocate subito dopo il procedimento di revisione, hanno un effetto e un valore che si impongono al *pouvoir constituant dérivé*. Diversamente, l'art. 89 sarebbe un "guscio vuoto".

Sul piano materiale, inoltre, il potere di revisione è, da una parte, limitato dalle riserve menzionate nell'art. 89 (integrità del territorio e forma repubblicana di go-

verno) e, dall'altra, condizionato dal consenso della società civile ai valori fondamentali espressi dalla Costituzione e che rappresentano la conquista democratica del popolo francese a partire dalla Rivoluzione, vale a dire il rispetto della dignità della persona umana e della libertà (art. 1 della Dichiarazione dei Diritti del 1789), dell'eguaglianza (art. 3 della Dichiarazione dei Diritti del 1789 e art. 1 della Costituzione) e del pluralismo (art. 1 della Costituzione).

Un'ulteriore possibilità in tal senso potrà essere offerta dal progetto di revisione costituzionale, in questi giorni oggetto di una prima lettura parlamentare, che introduce il controllo di costituzionalità delle leggi per via incidentale e per violazione dei diritti e libertà fondamentali.

Il rispetto dei valori costituzionali e dei principi democratici di base (ad eccezione del suffragio universale, talvolta rimesso in discussione in alcuni momenti dell'evoluzione politico-costituzionale francese dal suffragio censitario o elitario), proclamati da tutte le Costituzioni storiche francesi a partire dalla Rivoluzione, e il consenso sociale, rinnovato in ciascuna fase costituente, rappresentano l'ineludibile *trait d'union* tra la Dichiarazione del 1789 e il sistema costituzionale attuale: se l'insieme dei valori costituzionali, che alimentano la tradizione repubblicana francese, si indirizza al legislatore orientandone l'attività legislativa, è necessario che i detti valori costituiscano la base su cui fondare le modifiche al sistema costituzionale.