



DOTTRINA	GIURISPRUDENZA	MATERIALI	NOVITA'EDITORIALI	APPUNTAMENTI	SITO PRECEDENTE
--------------------------	--------------------------------	---------------------------	-----------------------------------	------------------------------	---------------------------------



☒ associazionedeicostituzionalisti.it ☐

Home :: Dottrina :: Organizzazione dello Stato

Leopoldo Elia
(*Presidente emerito della Corte costituzionale*)

La sentenza sul potere di grazia; dal contesto al testo

1 - Cronaca degli antefatti.

Lo storico delle istituzioni che si troverà a leggere la sentenza 18 maggio 2006, n. 200[1] sul potere di grazia, non potrà trattenere un moto di sorpresa per la facilità cui è stato fatta cadere la sua sostanziale contitolarità e dualità che durava da circa centocinquantesette anni, e cioè dall'entrata in vigore dello Statuto di Carlo Alberto. Ma già oggi lo stupore si attenua se si ricostruisce il contesto che ha preceduto la decisione della Corte costituzionale. Conviene partire dai due comunicati della Presidenza della Repubblica, 18 luglio e 20 agosto 2003; nel primo si afferma che non esiste nel nostro ordinamento un potere autonomo di grazia del Capo dello Stato e che anche per la concessione della grazia è indispensabile, a norma dell'art. 89 della Costituzione, la proposta del Ministro competente; si aggiunge in chiusura: "Tali considerazioni esprimono ancora oggi la posizione del Presidente Ciampi il quale, pertanto, rimane in attesa di ricevere la proposta di grazia, onde poter assumere le decisioni definitive che gli competono"[2]. Ad alcune reazioni di Marco Pannella risponde un secondo comunicato in data 20 agosto 2003; si precisa che, in base all'art.89, comma primo, è necessario per la concessione della grazia "il consenso" del Ministro della giustizia a voler controfirmare il relativo decreto, che altrimenti sarebbe non valido. Ciò è attestato dalla prassi costituzionale in materia[3]. La presa di posizione è chiarissima, ma, involontariamente, si inserisce nel testo una formula opinabile, in quanto non di prassi, ma di consuetudine costituzionale si doveva più propriamente parlare. Dopo, inizia un periodo in cui il Presidente volle farsi un'idea più personale e diretta della questione; nel corso di quel ripensamento "si stava convincendo che la prassi tradisse lo spirito della Costituzione"[4]. Posta la questione in questi termini – prassi contro lettera e spirito della Costituzione – l'esito finale del ripensamento era in larga misura scontato, anche se la polemica in corso durante quei mesi non poteva cancellare la rilevanza di due importantissimi precedenti: quello del Presidente Leone, impossibilitato a concedere la grazia alla terrorista Besuschio (per un tentativo di salvare la vita di Aldo Moro) in mancanza di una proposta governativa, e quello del Presidente Cossiga, rassegnatosi a non concedere la grazia al terrorista Curcio per l'opposizione del Ministro della giustizia C. Martelli. Quei due precedenti erano difficilmente degradabili a pura prassi, in quanto i due Presidenti, entrambi professori di diritto, ritenevano di prestare ossequio ad una norma, sia pure di carattere consuetudinario[5].

Va peraltro notato che in quella circostanza, o per ragioni emotive o per altre considerazioni, si registrarono significativi mutamenti d'opinione a proposito della "presidenzialità" della grazia che possono aver favorito il nuovo orientamento del Quirinale[6]. Inoltre non va trascurato il rilievo che nell'opinione pubblica dell'epoca esercitò un criterio interpretativo che altrove ho definito **letteralista**, rappresentato soprattutto negli scritti di M. Aini[7], tendente a valorizzare, assolutizzandola, la formulazione dell'art.87 Cost. ("Può concedere grazie e commutare pene") trascurando il precetto contenuto nel primo comma dell'art.89 Cost. in tema di proposta e

controfirma ministeriale. Da ultimo ha influito negativamente sulla vicenda l'atteggiamento del Ministro della giustizia pro tempore, non improntato al principio di adeguata collaborazione.

Si giunge così alla grave decisione del Presidente (13 giugno 2005) di sollevare il conflitto di attribuzioni dinanzi alla Corte costituzionale^[8]. E' indubbio, come risulta anche dalla testimonianza citata nella nota n.8, che il Capo dello Stato voleva giungere al definitivo chiarimento di una questione considerata nel 2003 pacificamente chiusa, e che invece nel 2005 appariva riaperta specie dopo il fallimento alla Camera dell'iniziativa dell'on. Boato, tendente a risolvere il problema con una legge ordinaria interpretativa favorevole alla prerogativa presidenziale. La decisione di sollevare il conflitto presupponeva, nelle presumibili intenzioni del Presidente, più che la rivendicazione di un potere, la necessità o l'opportunità di un responso che chiudesse comunque la controversia, utilizzando il giudizio della Corte sulla fondatezza o meno delle diverse posizioni emerse nel dibattito di quei due anni (2003-2005). Ma questo apprezzabile desiderio di chiarezza si accompagnava ad una sottovalutazione del serio imbarazzo in cui si trova la Corte quando è tenuta a risolvere un conflitto - qualsiasi conflitto - in cui sia parte il Presidente della Repubblica. Intanto non è casuale che in quarantanove anni il Capo dello Stato non abbia mai sollevato conflitti; ciò è avvenuto anche perchè questo tipo di giudizio non può essere, per così dire, di natura indolore. Infatti non si tratta di un assetto lodo arbitrale ma, necessariamente, della decisione sopra una solenne rivendicazione di potere senza la quale non sarebbe possibile instaurare il conflitto: parlo di *vindicatio potestatis* in senso proprio perchè nel caso nostro siamo fuori dei conflitti c.d. di mera menomazione^[9]. Una volta avanzata la pretesa del Presidente, è chiaro che respingerla in quanto infondata comporta inevitabilmente una sconfessione della iniziativa del Capo dello Stato, con effetti delegittimanti di imprevedibile portata sull'esercizio delle sue altissime funzioni. A differenza che per altri organi collegiali (Governo, Camere ecc.) la carica di Capo dello Stato è personalizzata in un unico soggetto che rappresenta l'unità nazionale riferita alla Repubblica nella sua interezza (art. 114 Cost.). Perciò è opportuno che, salvo casi eccezionalissimi, iniziative e comportamenti del Presidente non siano assoggettati al giudizio della Corte costituzionale. Questa valutazione va affermata in via generale; nel caso della grazia il costo del conflitto o, *rectius*, della sua soluzione è stato molto alto perchè la Corte ha emesso una sentenza di portata ultramanipolativa^[10]

2. – Critica della sentenza Corte costituzionale n.200/2006.

Riassunti i tratti essenziali del contesto che ha preceduto la pronuncia, sarà più facile valutare le parti del considerato in diritto più esposte alla critica. Si trattava di una questione che coinvolgeva il Presidente della Repubblica, il Governo e il Parlamento; in sintesi: può il Capo dello Stato concedere da solo la grazia o la commutazione della pena? Fin dalle prime applicazioni dello Statuto (caso Ramorino) la grazia era stata negata o concessa con una decisione regia in collaborazione con un ministro responsabile (della giustizia o dell'esercito, per la giustizia militare) - così, facendosi corrispondere alla irresponsabilità del re, ora del Presidente della Repubblica, la responsabilità di uno dei ministri. Per il periodo monarchico è sufficiente consultare la Storia costituzionale di G. Arangio Ruiz e il commento all'art. 8 dello Statuto di Racioppi e Brunelli^[11]. Comunque questa era la questione centrale del conflitto di attribuzione: si doveva o no recidere il legame che stringeva in un rapporto di partecipazione decisoria di tipo consolare il Capo dello Stato ed il ministro proponente? La sentenza risponde di sì e, pur non potendo eliminare la controfirma ministeriale del decreto, la degrada a mero atto dovuto, e, di conseguenza, rende in sostanza politicamente e giuridicamente irresponsabile il Ministro controfirmante di fronte alle Camere. Si badi bene che, malgrado qualche sottolineatura giornalistica sul carattere divenuto notarile o di ratifica degli interventi in materia del Capo dello Stato, è noto che i diversi Presidenti succedutisi al Quirinale, hanno respinto non poche proposte ministeriali di grazia ed hanno preso eccezionalmente l'iniziativa di concederla in casi sottolineati sulla stampa^[12].

Innanzitutto la Corte ha preferito discostarsi da un canone metodologico che era stato posto in primario rilievo nella sent. 129 del 1981, relativa alla esclusione del controllo della Corte dei conti sulla attività dei tesorieri di organi costituzionali^[13]. Allo scopo di valutare se l'orientamento diverso del periodo precostituzionale andasse mantenuto anche dopo il sopravvenire dell'art. 103 Cost. la Corte precisava: "A tal fine deve essere anzitutto analizzato l'intero complesso delle fonti normative e delle norme vigenti in materia con particolare riguardo alle peculiari posizioni degli organi costituzionali", concludendo poi l'analisi dettagliatamente condotta con

queste significative affermazioni: "si sono dunque affermati principi non scritti, manifestatisi e consolidatisi attraverso la ripetizione costante di comportamenti uniformi (o comunque retti da comuni criteri, in situazioni identiche o analoghe): vale a dire nella forma di vere e proprie consuetudini costituzionali". Nella specie la consuetudine formatasi prima in periodo monarchico e continuata in periodo repubblicano era il diretto riflesso dell'autonomia di cui tuttora dispongono Camere e Presidente della Repubblica. Con le stesse parole si esprimeva la Corte nella nota sent. n. 7 del 1996 (caso Mancuso)[14] che rinveniva il fondamento della sfiducia espressa dalle Camere nei confronti di singoli ministri in una norma consuetudinaria.

Perché nella decisione del conflitto per la grazia la Corte non è partita da un'analisi diretta a verificare l'esistenza di una consuetudine costituzionale? Se c'era un caso in cui si doveva procedere in via preliminare ad un tale accertamento questo era proprio il conflitto sull'appartenenza del potere di grazia: suo modo d'esercizio, titolarità formale e titolarità sostanziale, finalità decisive per definire chi deve decidere o codecidere; in verità il ricorso del Presidente della Repubblica, presentato dall'Avvocatura dello Stato, si dava carico del problema, non negando l'esistenza di una consuetudine, ma ritenendo di poter superare l'ostacolo con l'affermazione che la norma consuetudinaria "aveva assunto nel tempo forme e modalità diverse", collegate all'evoluzione delle regole contenute nel del c.d. ordinamento penitenziario con un chiaro riferimento alla legge del 1975 e poi a quella Gozzini: gli interventi del Giudice di sorveglianza a favore di particolari modalità nell'esecuzione della pena (con misure alternative alla reclusione) avrebbero comportato che la grazia "perdesse le finalità di politica penitenziaria che l'avevano a volte in precedenza pervasa" e che avevano giustificato l'affermarsi della descritta consuetudine di "collaborazione" tra Capo dello Stato e Ministro proponente. Ma è chiaro che così l'ostacolo rimaneva insuperato perché il problema non poteva risolversi con il richiamo alla evoluzione in senso umanitario dell'ordinamento penitenziario; esso doveva essere affrontato tenendo conto non tanto della politica relativa alla esecuzione delle pene, quanto della politica *tout court* cui si ispirarono varie grazie concesse in passato (da Einaudi a criminali nazisti, da Saragat a Moranino per citarne alcune a memoria)[15]. Né importa qui vedere se si tratti di vera e propria ragion di Stato o di esigenze che trascendono anche l'indirizzo politico di Governo e attengono talvolta alle relazioni tra Stati. Ancor meno persuasivo è il richiamo nel ricorso alla richiesta del Presidente Ciampi, subito soddisfatta da parte del Guardasigilli Castelli, di essere informato della conclusione di tutte le istruttorie relative a istanza di grazia. E' fuor di ogni proporzione attribuire tanto rilievo a questa iniziativa del Presidente della Repubblica; iniziativa che di per sé era del tutto compatibile con la collaborazione decisoria tra Presidente e Ministro.

Comunque la Corte non ha voluto cominciare l'esame del merito del conflitto utilizzando in priorità l'analisi delle fonti come invece bene avevano fatto i giudici delle sentenze n. 129 del 1981 e n. 9 del 1996: e forse, dal suo punto di vista e per lo scopo che voleva conseguire, ha operato opportunamente data la tenuità degli argomenti esposti nel ricorso. Come che sia la Corte del 2006 ha optato per l'accoglimento in toto delle ipotesi di soluzione caldegiate dal ricorrente, seguendo da vicino lo schema suggerito dall'Avvocatura dello Stato, tutto incentrato sulla individuazione della *ratio* "umanitaria ed equitativa" della grazia. In realtà se la Corte avesse approfondito la questione della fonte "consuetudine costituzionale" difficilmente avrebbe potuto negarne l'esistenza solo per i dubbi sollevati dopo l'insorgere dei casi Bompressi e Sofri. Senza entrare nel merito della "emotività" di certe prese di posizione, va affermato che in tema di consuetudini costituzionali le opinioni degli autori [16] contano molto meno che gli interventi degli attori [17]. Sarebbe stato arduo non tener conto dei già citati precedenti Leone (Besuschio) e Cossiga (Curcio), quest'ultimo essendo intervenuto quindici anni prima, e non un secolo fa. E allora se la consuetudine costituzionale c'era, la Corte non avrebbe potuto prescindere, ma avrebbe anzi dovuto farne applicazione in base alle disposizioni dell'art. 37, primo comma, L. 11 marzo 1953, n.87 secondo cui i conflitti tra i poteri dello Stato vanno risolti in relazione al parametro "norme" costituzionali e non solo secondo "costituzione" e "leggi costituzionali"[18]. Esposito si riferiva alle consuetudini costituzionali introduttive di nuove norme sulla nomina dei giudici costituzionali e dei senatori a vita, ove queste dovessero ulteriormente consolidarsi; ma a *fortiori* il discorso sulla doverosa applicazione varrebbe per le consuetudini formatesi prima della costituzione repubblicana; secondo l'autore ora citato, anche nel nuovo ordinamento "dovrebbero vigere alcune delle consuetudini esistenti nel regno d'Italia poiché per le disposizioni immesse nel nuovo testo costituzionale ad immagine e somiglianza di quelle esistenti nella vecchia Costituzione italiana

dovrebbero ritenersi riconfermate le limitazioni e le modifiche costituzionali ad esse apportate nel vecchio Stato italiano (così ad esempio ciò varrebbe per la disposizione dell'art. 64, comma terzo, Cost.)^[19]. E, aggiungo io per l'art. 87, penultimo comma, Cost.; in tutto simile all'art. 8 dello Statuto sulla grazia.

Al contrario la Corte, nella sentenza che si critica, non parla mai di consuetudine costituzionale ma solo, e ripetutamente, di prassi, con una degradazione che apre le porte all'esito finale del giudizio^[20].

Infatti il nocciolo del ragionamento della Corte 2006 si fonda su due elementi strutturalmente collegati fra loro: con il primo la dinamica della Costituzione non disciplinata dal diritto scritto è vista sempre in termini di prassi. In secondo luogo, una volta ridotto indiscriminatamente a prassi quanto non disposto dal diritto scritto, diventa più facile procedere non tanto ad una interpretazione letterale dei testi costituzionali, ma ad una loro interpretazione letteralistica, che valorizza solo la lettera della proposizione sulla titolarità formale di un potere, trascurando di proposito i nessi sistematici con altre norme^[21]. In contrario si deve opporre sul primo punto che così si rende incomprensibile la stessa forma di governo vigente in Italia quando nel nostro Paese, "come in ogni comunità statale (pure dotata di testo costituzionale scritto, rigido e particolarmente garantito), le consuetudini costituzionali hanno rilievo specifico, fondamentale e primario"^[22]. Perché non riconoscere che i rapporti tra Capo dello Stato e Governo sono basati su alcune consuetudini (ad es. sulla nomina dei giudici costituzionali e dei senatori a vita effettuata con decreti senza proposta ma con controfirma e fino a ieri sulla consuetudine per cui il potere di grazia era esercitato con atto fondato sul consenso condiviso del Presidente e del Guardasigilli? Mentre i rapporti tra Governo e Parlamento si svolgono in notevole misura con il ricorso alla questione di fiducia, ignota alla Costituzione e fondata su una consuetudine interpretativa consolidatasi a partire dalla seconda legislatura repubblicana e ora recepita da una fonte subcostituzionale quali sono i regolamenti parlamentari?

Sul secondo punto è evidente che l'isolamento della formula dell'art. 87 Cost. "Il Presidente della Repubblica può concedere grazie e commutare le pene" consente di escludere l'apporto alla decisione del ministro Guardasigilli, trascurando il precetto di cui all'art. 89, comma 1, Cost..

In questo modo si trascura l'esperienza storica (anche quando congiunge tratti di vita comuni alla monarchia e alla repubblica), si consegna all'oblio il pensiero di V.E. Orlando, espresso alla Costituente nella seduta del 22 ottobre 1947, strettamente congiunto a quello di Esposito enunciato nel 1961. Le conseguenze negative di questo approccio sono molteplici. Innanzitutto si dà per dimostrato ciò che invece sarebbe da dimostrare, come, nel caso nostro, il carattere esclusivamente "umanitario ed equitativo" della grazia (ratio di partenza dell'intera argomentazione nel considerato in diritto); così si esclude con evidente arbitrio ogni motivazione di tipo politico e la polifunzionalità della grazia stessa, arbitrio giustamente criticato da M. Luciani^[23]. In secondo luogo si elimina, senza adeguata giustificazione, quel tipo di controllo-garanzia reciproco^[24], rappresentato dalla collaborazione personale tra Capo dello Stato e Ministro, che realizzava, con il sacrificio di qualche grazia per il veto dell'uno o dell'altro soggetto, una forma di equilibrio tipico della monarchia e repubbliche parlamentari e non ignoto nemmeno alle repubbliche di tipo presidenziale classico (USA, ad es. *advice and consent* del Senato nella nomina dei giudici della Corte suprema).

Non regge alla critica il collegamento tra finalità umanitaria ed esclusività del potere presidenziale; la rappresentanza dell'unità nazionale prova troppo e si presta a pericolose dilatazioni. Senza inseguire illustri precedenti dottrinali, è chiaro che una concezione mistica della figura presidenziale è smentita dalla stessa esperienza del potere di grazia, esercitato talvolta per iniziativa del Presidente^[25]. Quanto alla *ratio* dell'istituto io non dico che lo stesso grado di politicità sia inerente a tutti i tipi di grazia (mentre il *quod plerumque accidit* è anzi nel senso della prevalente finalità umanitaria), perché è sufficiente che la politicità (o calcolo di convenienza) sia presente e prevalente in alcuni casi limite, che sono poi quelli che contano nella storia costituzionale^[26]. Tantomeno è decisivo l'argomento della separazione dei poteri per precludere l'intervento di un membro del Governo che incida comunque sulla esecuzione della pena, perché già il potere presidenziale costituisce una forma di interferenza nell'ordine delle competenze attribuite a poteri diversi; e infine perché il Governo ha titolo per occuparsi di questioni che superano l'interesse di maggioranza ed hanno rilievo bipartisan (ad es. politica estera).

Un ulteriore difetto della sentenza, che discende dalla sua impostazione di fondo, concerne l'elusione del problema della responsabilità politica in ordine alla decisione di graziare: si affermi pure che il re non può far male, ma non si dimentichi che in epoca moderna il re non può agire da solo. Il problema non si risolve con l'affrancamento dalla responsabilità politica del ministro controfirmante e dissenziente, perchè proprio allora sorge la domanda se sia ammissibile un atto di cui nessuno sia responsabile[27].

Anche la motivazione, imposta come onere al Presidente che voglia concedere la grazia contro il parere del Ministro controfirmante è una addizione di cui non è cenno nel dispositivo e che non trova nessun addentellato nel testo costituzionale[28]; per di più essa non appare risolutiva perchè la motivazione presupporrebbe una forma di sindacato che la Corte non può assicurare dato che in questa sentenza appare implicitamente esclusa la legittimazione del ministro a sollevare un conflitto: senza parlare del dubbio che un atto di sovranità com'è la grazia sia compatibile con un onere di vera motivazione, cioè né stereotipa né generica [29].

3. – La nuova grazia e la forma di governo.

Si è parlato, a proposito della sentenza n. 200, di sentenza di sistema. Forse la formula è impropria se si intende alludere ad un mutamento o alterazione della forma di Governo. E' vero che il Presidente Cossiga sottolineava una tendenza al semipresidenzialismo, perchè la titolarità formale e sostanziale del potere di grazia è fondato in Francia sulla elezione popolare del Capo dello Stato[30]. Ma è la marginalità e residualità del potere di grazia nel tempo presente che rende allo stato la sua nuova disciplina non decisiva ai fini della delineaazione della forma di governo. Certo, in una situazione caratterizzata dal terrorismo internazionale, il potere di grazia potrebbe (*quod Deus avertat*) ritrovare uno spazio di applicazione: mentre per il terrorismo interno degli anni '70-80 il suo uso non è stato di norma richiesto essendo state applicate in Italia - in controtendenza al maggior rigore fatto valere in Francia e in Germania - misure alternative alla reclusione disposte dalle leggi sulle esecuzione delle pene e in particolare dalla legge Gozzini. Perciò non sentenza di sistema in questo senso più impegnativo; ma pur sempre sentenza-sintomo della delicatezza delle questioni che si affacciano quando si tocca la costituzione dei poteri[31]. Luciani invoca un ripensamento della Corte costituzionale [32], ma allo stato non si vede come ciò, per quanto auspicabile, possa realisticamente avvenire. E' più probabile che le poche grazie concesse siano disposte di norma con il parere favorevole del Ministro Guardasigilli, come è sostanzialmente accaduto per la grazia concessa dal Presidente Napolitano a Ovidio Bompressi: in questo caso il parere sostituirebbe, forse, anche ai fini della responsabilità politica, la proposta *d'antan*[33]; e il disincentivo dell'onere di motivazione potrebbe contribuire ad evitare il sì del Capo dello Stato in dissenso dal Ministro. Insomma, dalla saggezza cospirante del Presidente e del Guardasigilli dipende la riduzione del danno che potrebbe produrre la sentenza n. 200. Si tratterebbe di applicare quel principio di leale collaborazione che è uscito malconco dalla vicenda Sofri soprattutto per gli atteggiamenti assunti dal ministro Castelli. In questo senso l'arbitrarietà, anche da me criticata, che ha condotto alla "invenzione" dell'onere di motivazione in caso di dissenso, potrebbe rivelarsi benefica: la mano che ferisce ecco risana... Si perverrebbe a quella situazione definita con un felice ossimoro: la solitudine assistita [34]. E la politica[35], cacciata dalla porta per editto della Corte, rientrerebbe dalla finestra, come dimostra un caso recentissimo[36]. Infine, *naturam expellas furca, tamen usque recurret*.

[1] In *Giur. Cost.*, 2006, 1988-2041, con osservazioni di G. U. Rescigno, di G. M. Salerno e di M. Ruaro.

[2] Cfr. il testo integrale in P. Peluffo, *Carlo Azeglio Ciampi. L'Uomo e il Presidente*, Rizzoli, Milano, 2007, 505, n. 42.

[3] Eod. loco, nota n. 43.

[4] In questi precisi termini è l'importante testimonianza di P. Peluffo, eod. loco, p. 379; nelle pp. 381-382 si segnala anche il ruolo che in questa evoluzione dell'opinione presidenziale ebbero a svolgere due personaggi di forte impatto mediatico come Marco Pannella e Giuliano Ferrara, entrambi favorevoli alla esclusiva competenza decisoria del Capo dello Stato in materia di grazia.

[5] Per ulteriori precisazioni su questi due casi mi si consenta di rinviare al mio contributo *Sull'esercizio del potere di grazia: un caso di amnesia collettiva?*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Jovene, Napoli, II, 783 e 794. Per il conflitto di attribuzione sollevato nei confronti del Presidente del Consiglio e del Presidente della Repubblica dal Ministro della Giustizia Martelli, poi estinto per rinuncia al ricorso da parte del ricorrente, v. l'importante documentazione concernente Ord. 9 ottobre 1991, n. 379, in *Giur. Cost.*, 1991, 3055 ss.

[6] Cfr. per una rassegna critica dei *revirements* di allora P. Armaroli, *Grazia a Sofri*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2006, 63-86.

[7] In particolare v. M. Aini, *Sulla titolarità del potere di grazia*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, 97-109. Se non erro, questo scritto ha impostato in termini efficaci la riapertura di una questione che sembrava chiusa da tempo a favore del carattere duale o duumvirale dell'atto di concessione della grazia. In questo articolo si trova *in nuce* la sostanza degli argomenti sviluppati dalla Corte nella sentenza n. 200/20006: che poi questi argomenti siano davvero persuasivi è altra, diversa questione.

[8] Sempre secondo Peluffo (eod. loco, 382): "Nessuno immaginava che il Presidente sarebbe arrivato fino a sollevare il conflitto di attribuzione davanti alla Corte costituzionale, per chiarire una volta per tutte la questione". Su questa decisione senza precedenti cfr. il netto giudizio negativo di R. Bin in *n. Le ragioni esoteriche di un match nullo* nel volume *La grazia contesa. Titolarietà ed esercizio del potere di clemenza individuale* (Atti del Seminario, 24 febbraio 2006, Univ. di Ferrara), a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Giappichelli, Torino, 2006, 46-49: l'autore apprezza invece il sistema della doppia chiave previsto dal Costituente, che è un'altra formula per esprimere la dualità dell'atto.

[9] Anche io – come del resto la sent. n.200 – avevo in passato (nello scritto *Sul potere di grazia....cit.*) insistito sul dato di una controversia relativa al modo di esercizio del potere di grazia. Peraltro, penso ora che si tratti di un autentico conflitto sulla titolarità di un potere, come mi suggerisce il precedente di cui alla nota n.5 sul conflitto sollevato dal Ministro della Giustizia Martelli; infatti nel ricorso, redatto per il Guardiasigilli da due giuristi di alta qualità quali Paolo Barile e Gian Domenico Pisapia, si dice esplicitamente che il Ministro della Giustizia "rivendica la titolarità del potere di proporre e controfirmare i provvedimenti di grazia"; e mi sembra evidente che qui la controfirma è intesa in senso forte- non certo come atto dovuto! – in corrispondenza alla proposta avanzata dal Ministro davvero "proponente" e non solo competente.

[10] In effetti la pronuncia raggiunge un massimo di creatività. Con una formula pudica e riduttiva, A. Pugiotto, tra gli autori più impegnati a favore della esclusività presidenziale, parla di "una robusta carica prescrittiva". In realtà la sentenza ha suscitato, sul piano scientifico, significativi dissensi. Dopo quello di M. Luciani, *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica* nel *Corriere giuridico* n.2/2007, 190-197, sono sopravvenuti, con diverse motivazioni, giudizi negativi formulati nel corso di un *Dibattito sulla controfirma ministeriale* che ha inevitabilmente dato luogo a una serie di prese di posizione sulla sentenza n.200: nettamente negative le valutazioni di R. Bin, L. Carlassare, C. Chiola, G. U. Rescigno, F. Bilancia, M. Salerno e di chi scrive; pienamente positiva quella di P. Costanzo; cautamente positive quelle di S. Bartole e G. Pitruzzella. La critica più diffusa si appunta soprattutto sulla distanza eccessiva che corre tra la pronuncia e la Costituzione; un fenomeno dunque di "sovrainterpretazione", nel senso Guastini, cioè di una interpretazione della "Costituzione" che ne svaluta il testo e lo sostituisce "con parole diverse" (così Bin, p. 471, in chiaro riferimento all'art. 89). I vari interventi si possono leggere su *Giur. Cost.*, 2007, 455-504

[11] G. Arangio Ruiz, *Storia costituzionale del regno d'Italia 1848-1898*, ed. a cura di L. Carlassare, Jovene, Napoli, 1985, v. pp. 41-42, 433, 464 e 468; cfr. inoltre F. Racioppi – I. Brunelli, *Commentario allo Statuto del Regno*, Utet, Torino, 1909, I, art.8, 412-435.

[12] Per alcuni dati v. il mio scritto *Sull'esercizio*, cit. 791 e in particolare la n.23, con dati tratti da M. Pisani, *Dossier sul potere di grazia*, Cedam, Padova, 2004, 88-91. Adde anche il caso Panizzari (collaborazione tra il Ministro della Giustizia Diliberto ed il Presidente della Repubblica Scalfaro) su cui v. P. Armaroli, *Grazia*, cit., 156-157

[13] In *Giur. Cost.*, 1981, 1281-1299 con osservazione di G. M. Lombardi.

[14] In *Giur. Cost.*, 1996, 41-46, con osservazione di S. Bartole e S. Niccolai. Su questa pronuncia e su quella citata nella nota precedente v. anche interessanti rilievi di G. Razzano nella sua monografia *Il parametro delle norme non scritte nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002, 117-135; nonché il capitolo sulle consuetudini costituzionali nell'ordinamento italiano in Q. Camerlengo, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002, 41-98.

[15] Cfr. I precedenti evocati in Elia, *Sull'esercizio cit.*, passim, M. Betzu, *Il potere di grazia: sull'eccesso di potere del decreto presidenziale in Quaderni costituzionali*, 2006, 781 e M. Timiani, *Il potere di grazia: scomparendo le ragioni politiche, rischia di scomparire anche la responsabilità in Quaderni costituzionali*, 2006, specie a p.793. Sul caso della grazia concessa a tre terroristi libici durante la Presidenza Cossiga v. anche G. Gemma, *Clemenza individuale (profili costituzionali) in Dig. Disc. pubblicistiche*, Utet, Torino, III, 148 e 149, particolarmente alla nota n.27; sul precedente relativo alla grazia pro Fiora Pirri Ardizzone durante la Presidenza Pertini v. S. Boscaini, *Presidenza della Repubblica. Istituzioni e mass-media nella grazia a Fiora Pirri Ardizzone in Quaderni costituzionali*, 1985, 432 ss e G. Guiglia, *Presidenza della Repubblica. II. Spunti e interrogativi sull'esercizio del potere di grazia*, ivi, 575 ss. Chiarissime e dichiarate le intenzioni politiche (chiusura degli anni di piombo) nel tentativo esperito dal Presidente Cossiga di concedere la grazia a Renato Curcio.

[16] Anche se può osservarsi che le opinioni dottrinali a favore del monopolio presidenziale espresse da autorevoli costituzionalisti (Mortati, Guarino) in anni risalenti erano state poste in netta minoranza da orientamenti fondati sulla complessità o dualità dell'atto di concessione della grazia: basti citare Zagrebelsky, Paladin, Martines sulle tracce di V. E. Orlando ed Esposito. I dissensi insorti dopo il caso Sofri si verificarono quando, a mio avviso, la consuetudine costituzionale a favore dell'atto duumvirale si era già affermata.

[17] Per attori intendo i Presidenti della Repubblica e i Ministri della giustizia succedutisi nelle vicende precedenti la decisione del Presidente Ciampi di sollevare il conflitto di attribuzione risolto con la sent. n.200.

[18] In questo articolo si dispone che per la risoluzione dei conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato la delimitazione delle sfere di attribuzione è "determinata per i vari poteri da norme costituzionali"; si fa dunque ricorso ad una formulazione comprensiva di più fonti rispetto a quella che si richiama solo alla Costituzione e alle leggi costituzionali. In questo senso cfr. C. Esposito *La consuetudine costituzionale in Studi in onore di Emilio Betti*, Giuffrè, Milano, 1961, I, 631 n.91 ed ora in *Diritto costituzionale vivente*, Giuffrè, Milano, 1992, 332

[19] C. Esposito, *La consuetudine*, cit., 630 n.88 (ed ora 331). Ma la Corte omette ogni riferimento alle limitazioni e modificazioni succedutesi nella evoluzione dalla monarchia costituzionale alla monarchia parlamentare, che valorizzavano nella applicazione dell'art.8 dello Statuto, gli interventi di collaborazione decisoria del Guardiasigilli come Ministro proponente. Si omette anche il richiamo alla opinione di V. E. Orlando, espressa in favore della "dualità" dell'atto di concessione della grazia con il chiarissimo accenno alla responsabilità ministeriale (v. Atti A.C., edizione originale, Tip. Camera dei deputati, 22 ottobre 1947 2, vol. VIII, 1459-1460, contro il potere personale e irresponsabile del Presidente della Repubblica).

[20] La prassi è come la notte che impedisce di scorgere i profili e i colori delle cose: così è più difficile nella sua oscurità individuare se si sono formate o meno consuetudini costituzionali o convenzioni. E', in sostanza, il rifiuto di accettare la vigenza di norme giuridiche diverse dal testo scritto: il letteralismo di Aini, già delineatosi nell'articolo *Sulla titolarità*, cit., si manifesta in tutta la sua pervasità nel saggio *Il valore della prassi nel diritto costituzionale in Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 307-344. Ma che anche la Corte accedesse di fatto ad una concezione del diritto costituzionale così antistorica e così angusta sarebbe senz'altro preoccupante se non fossimo persuasi che la sent. n.200 è un *unicum* da mettere accuratamente tra parentesi. Sulla linea di Aini si schiera sostanzialmente A. Pugiotto, *Castelli di carta sul potere di grazia*, in *Diritto e giustizia*, 2006, n.22, 15, che contrappone alla regola (l'art. 87, 11° comma., Cost.) la regolarità delle relazioni consolidate nel tempo tra gli organi costituzionali coinvolti. Questa regolarità delle relazioni ecc. sta per prassi e quindi nei suoi confronti valgono le critiche già

formulate. Peraltro Pugiotto, citando la sent. 7 del 1996 (caso Mancuso), omette un passo essenziale del n. 9 del considerato in diritto, in cui tra le fonti integrative delle norme costituzionali scritte utilizzabili per definire la posizione degli organi costituzionali la Corte evoca "principi e regole non scritti, manifestatisi e consolidatisi attraverso la ripetizione costante di comportamenti uniformi (o comunque retti da comuni criteri, in situazioni identiche o analoghe): vale a dire nelle forme di vere e proprie consuetudini costituzionali". E' proprio questo era il caso della grazia: c'era la *diuturnitas* (assai più consistente che nella sfiducia individuale ai ministri) e c'era l'*opinio juris* condivisa dalla larga maggioranza dei titolari degli organi costituzionali. Basti ricordare l'affermazione contenuta nell'ordinanza 12 novembre 1987 n. 388 (*Giur. Cost.*, 1987, 2786), secondo cui "Il provvedimento di grazia è l'effetto della collaborazione tra il potere del Capo dello Stato e quello del Ministro della giustizia che controfirma l'atto e ne assume la responsabilità" (la domanda di grazia è indirizzata al Presidente della Repubblica ma è presentata al Ministro). Anche ad ammettere che si tratti di un *obiter dictum*, rimane vero che la dualità o duumviralità del decreto è ritenuta regola pacifica e non suscettibile di dubbio.

[21] Con il risultato paradossale per i letteralisti, già segnalato da Bin (vedi n. 10), di cambiare lettera e spirito dell'art. 89, primo comma, Cost.

[22] Cfr. Esposito, *La consuetudine*, eod. loco, 598 (ed ora 285).

[23] *Sulla titolarità*, cit., eod. loco, 193

[24] Tanto più necessario per la grazia che, a differenza delle nomine dei giudici costituzionali e dei senatori a vita, comporta una deroga al principio di legalità e alla separazione dei poteri.

[25] V. oltre al caso Moranino, altre opinabili scelte citate *supra* a note n.12 e 15.

[26] Cito a memoria la grazia presidenziale al capitano Dreyfus, il *pardon* di Ford a Nixon e da noi, più modestamente, la commutazione della pena alla figlia del celebre medico bolognese prof. Murri.

[27] Cfr. T.F. Giupponi, *Grazia e controfirma ministeriale: là dove (non) c'è la responsabilità, là c'è il potere*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 137-141. La preoccupazione per il superamento del famoso *dictum* di Léon Duguit è giustificata, ma è anche la conseguenza inevitabile della scelta di fondo fatta dalla Corte: infatti se l'attribuzione in esclusiva del potere di grazia al Presidente della Repubblica avviene mantenendo il suo status di generalizzata irresponsabilità (secondo l'art. 90 Cost.), il risultato non può essere che quello. *A fortiori* la risposta vale per le perplessità che sul punto manifesta M. Gorlani, *Una nuova dimensione costituzionale per il Capo dello Stato?*, in *Quaderni*, cit. in questa stessa nota, 132-137; egli ritiene che il ragionamento della Corte "muove da presupposti chiari e condivisibili" ma poi si preoccupa per le conclusioni cui giunge la pronunzia: eppure *tertium non datur* e la Corte costituzionale, avendo scelto un binario, doveva giungere per forza alla fine della corsa.

[28] La prima idea della motivazione risulterebbe al Bentham che, nel suo Trattato di legislazione civile e penale, voleva almeno imporre al monarca l'obbligo di motivare i provvedimenti di grazia (cfr. M. Aini, *Sulla titolarità*, cit., 100, nota n.13). Ma tra Bentham e la nuova norma costituzionale creata dalla Corte appare difficile trovare un filo di collegamento.

[29] E' significativo che i sostenitori della tesi accolta dalla Corte si preoccupino poi di trovare un giudice (che non potrebbe essere diverso dalla Consulta) per accertare in sede di conflitto se la motivazione non manifesti una specie di eccesso di potere (grazia concessa, ad esempio, non per motivi umanitari ma per ragioni politiche). Eppure sembra che la sentenza abbia fatto *tabula rasa* dell'interesse a ricorrere da parte del Ministro della giustizia, che esaurirebbe con la *dissenting opinion* tutte le sue capacità di intervenire nella vicenda della grazia ormai monopolizzata dal Presidente della Repubblica. Cfr. A. Pugiotto, *Castelli di carta*, cit., 15 che afferma invece: "nessuna irresponsabilità del Capo dello Stato" perchè il rimedio costituzionale (conflitto di fronte alla Corte) sarebbe praticabile pervenendosi così addirittura ad un giudizio di ragionevolezza sul provvedimento di grazia.

[30] Il Presidente Cossiga ha ragione nel dire che il potere di grazia, attribuito in esclusiva al Presidente della Repubblica ed esercitato secondo la

sua coscienza, è tipico della Costituzione gollista, anche se rimangono a titolo puramente formale la controfirma del Primo Ministro e quella del Ministro della giustizia, il cui ministero effettua le istruttorie: controfirma che qualche costituzionalista vorrebbe far cadere (così J. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 18, Montchrestien, Paris, 2002, 574-575). Evidentemente, abituati al regime di atti senza controfirma per l'esercizio di alcuni poteri del Presidente, gli autori francesi non si pongono per la grazia nessun problema di responsabilità; anche se la necessità della controfirma induce qualcuno di essi a comprendere questo "privilège régalien" non tra i poteri propri del Capo dello Stato (malgrado che la controfirma stessa sia considerata atto dovuto), ma tra i poteri condivisi tra Presidente e Governo (ad es. A. Hauriou, *Droit Constitutionnel et Institutions politiques*, 6, Montchrestien, Paris, 1975, 980. Durante la terza repubblica l'esercizio del potere di grazia da parte del Presidente Paul Doumergue aveva provocato interpellanze parlamentari. Al contrario nella V Repubblica la "question orale" presentata da un deputato a proposito della grazia nel caso Touvier fu tolta dall'ordine del giorno dell'Assemblea nazionale (A. Hauriou, *Droit constitutionnel*, cit., 98 nt.2). D'altronde nell'aprile 1962, dopo la rivolta di Algeri, la minaccia di dimissioni del Primo Ministro Pompidou, d'accordo con i ministri delle forze armate e della giustizia, riuscì a far cambiare opinione al Presidente De Gaulle, che aveva già respinto il ricorso "en grâce" del gen. Edmond Jouhaud condannato a morte (cfr. E. Roussel, *Georges Pompidou, 1911 - 1977*, JC Lattès, Paris, 1994, 134-135).

E' significativo che nella relazione finale del Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République (c.d. Comité Balladur), consegnata al Presidente Sarkozy il 29.X.2007, il Comitato, al fine di riequilibrare il potere di grazia individuale di esclusiva competenza del Presidente, abbia proposto che "son usage soit mieux encadré afin d'éviter certaines dérives qui ont pu choquer la conscience publique"; perciò il Comitato raccomanda che l'art. 17 della Costituzione sia così riformulato: "Le Président de la République a le droit de faire grâce après que le Conseil supérieur de la Magistrature a émis un avis sur la demande".

Da quanto si è scritto sulla grazia nell'esperienza francese emerge che la sent. n. 200 ha avvicinato notevolmente la disciplina della grazia in Italia quella propria della Costituzione gollista.

[31] Certamente le preoccupazioni di vari autori (v. innanzitutto G.U. Rescigno nell'intervento al dibattito sulla controfirma già cit., poi Gorlani, *Una nuova dimensione*, cit., 137) sarebbero pienamente giustificate se le presunte violazioni della Costituzione a danno dei poteri da essa attribuiti al Capo dello Stato (elencate da Ainis, nello scritto *Il valore della prassi*, cit. passim) dessero luogo a ulteriori allargamenti degli interventi presidenziali nei più vari settori (es. forze armate e magistratura). In questo caso certamente usciremmo dal quadro costituzionale che accoglie la forma di governo parlamentare. Ma sono d'accordo con Bartole che oggi le prospettive non vanno in questa direzione.

[32] *Sulla titolarità sostanziale*, cit., 198

[33] Nel considerato in diritto della sent. n. 200 si continua a parlare di proposte del Ministro della giustizia (due volte tra virgolette, una volta senza); tuttavia, data la funzione ausiliaria riservata ora al Ministro Guardasigilli, è più appropriato, per non creare ulteriori equivoci, il *nomen* di parere favorevole o sfavorevole: in proposito v. il mio intervento nel dibattito sulla controfirma, cit., specie a p. 488. Ivi evoco anche la questione delle conseguenze del parere favorevole del ministro: è sufficiente il parere favorevole convergente con la volontà del Presidente a far assumere al Ministro della Giustizia la responsabilità dell'atto di fronte alle Camere?

[34] La formula è stata proposta da E. Bettinelli in *Potere di grazia e coesione costituzionale*. Cioè: una grazia "fuori contesa" e valorizzata da M. Chiavario in *Se solitudine ha da essere, che sia davvero "assistita"* rispettivamente a pp. 8-9 e 88 di *La grazia contesa*, cit..

[35] Sul rapporto tra politica e provvedimenti di clemenza risultano sempre utili le riflessioni di G. Zagrebelsky in *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1974, 11 ss.; e 175-187

[36] Il Presidente della Repubblica G. Napolitano, al termine della sua visita di Stato a Vienna, anticipava nella conferenza stampa finale il 28 giugno 2007 alcuni provvedimenti di clemenza individuale nei confronti di

condannati per attentati in Alto Adige, (grazia per la pena accessoria della interdizione dai pubblici uffici a favore di quattro condannati e per alcuni mesi di detenzione da scontare prima del sopravvenire della prescrizione a favore di un quinto condannato); diniego di grazia, invece, per gli austriaci condannati all'ergastolo per strage. Secondo la giornalista che forniva notizie e commenti al riguardo, il provvedimento del Capo dello Stato contribuiva a chiudere un capitolo di storia, anche "per intercessione del Governo di Vienna" (Corriere della Sera, 4 agosto 2007, p. 11). Nella corrispondenza si ricorda anche che nel 1996 l'allora Presidente della Repubblica Oscar Luigi Scalfaro firmò la grazia per ventiquattro sudtirolesi con responsabilità minori nel terrorismo in Alto Adige.

(28 novembre 2007)

Home	Consiglio Direttivo	Soci	Attività istituzionale	Comunicazioni
----------------------	-------------------------------------	----------------------	--	-------------------------------