

SULLA TITOLARITÀ SOSTANZIALE DEL POTERE DI GRAZIA DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

di Massimo Luciani

La sentenza n. 200 del 2006 ha affermato che la grazia è un potere proprio del Presidente della Repubblica e che la controfirma del Ministro della giustizia vale solo ad attestare la regolarità dell'istruttoria e del procedimento seguito.

Questa soluzione data al c.d. caso Bompressi non convince per numerose ragioni storiche, di diritto positivo, pratiche, di forma di governo. In particolare, la Corte sembra aver compiuto un passo indietro rispetto alla stessa esperienza statutaria, nella quale il potere di grazia aveva finito per essere inteso come sostanzialmente condiviso tra Capo dello Stato e Ministro. È paradossale che, in una forma di governo democratica, esso venga qualificato come atto proprio del Presidente della Repubblica. Questo, oltre ad apparire in contrasto con il sistema disegnato dall'art. 89 Cost., determina forti rischi per il Presidente, lasciato solo (e quindi tenuto unico responsabile nei confronti dell'opinione pubblica) nell'esercizio di un delicato potere di ineliminabile coloritura politica.

Le premesse della sentenza

All'incipit del punto 4 del *Considerato in diritto* della sentenza che qui brevemente si annota si legge che "la questione all'esame di questa Corte concern[e] non già la titolarità del potere di grazia, espressamente attribuita dalla Costituzione (art. 87, penultimo comma) al Presidente della Repubblica, bensì le concrete modalità del suo esercizio". Anche se l'osservazione è formalmente ineccepibile, non si può fare a meno di osservare che in questo modo si rischia di offuscare i contorni della controversia: certo, il potere formale di grazia spetta al capo dello Stato e qui si trattava semplicemente di definire quali fossero le modalità del suo esercizio, ma proprio quelle modalità sono decisive per stabilire chi, al di là della forma, decida nella sostanza. Quando la dottrina, comunemente, distingue fra titolarità formale e titolarità sostanziale degli atti presidenziali, utilizza una formulazione che certo è tecnicamente meno precisa di quella proposta dalla Corte (e forse è ellittica), ma che nondimeno è efficace, proprio perché il *come* si decide finisce per dirci *chi* decide.

Ciò precisato, è agevole rilevare che la sentenza muove da una premessa storica molto precisa, in ordine alla quale svolge i seguenti passaggi:

a) la grazia era «prerogativa personale dei sovrani assoluti [e] la concessione della grazia ha sostanzialmente mantenuto tale carattere anche dopo l'avvento della Monarchia costituzionale, essendo quello di dispensare

dalle pene il segno massimo del potere, che attribuiva particolare autorità e prestigio alla figura del Monarca»;

b) «mutato il quadro istituzionale con il passaggio dalla Monarchia alla Repubblica» si riconfermò «il Capo dello Stato quale titolare di un potere intimamente connesso, almeno da un punto di vista storico, alla figura del Monarca»;

c) nella discussione in Assemblea Costituente, nondimeno, si era rilevato come «il potere di concedere la grazia [...] avesse progressivamente mutato natura già sotto il vigore del regime monarchico»;

d) conseguentemente, si era dato per scontato che tutti gli atti del capo dello Stato, ivi compresi quelli c.d. di prerogativa, dovessero essere controfirmati.

Proprio questa premessa (in una con altre considerazioni alle quali accennerò più avanti) avrebbe dovuto indurre, a mio avviso, a negare l'inclusione della grazia tra gli atti presidenziali «propri», per inserirlo, invece, tra quelli complessi. Così, però, non è stato.

Le argomentazioni e le conclusioni della sentenza

Se, nonostante la premessa sopra riportata, la sentenza in commento, andando anche al di là di quella che era stata l'opinione pubblicamente manifestata dalla Presidenza della Repubblica (1), è giunta a considerare la grazia uno degli atti propri del capo dello Stato, è perché ha ritenuto che «l'esercizio del potere di grazia risponda a finalità essenzialmente umanitarie». È proprio questa «peculiare connotazione funzionale del potere di grazia» (che servirebbe ad «attuare i valori costituzionali, consacrati nel terzo comma dell'art. 27 Cost., garantendo soprattutto il «senso di umanità», cui devono ispirarsi tutte le pene») che secondo la Corte spiega perché la grazia sia un atto proprio del Presidente della Repubblica (2). La sentenza, sul punto, è inequivoca: «una volta recuperato l'atto di clemenza alla sua funzione di mitigare o elidere il trattamento sanzionatorio per eccezionali ragioni umanitarie, risulta evidente la ne-

Note:

(1) V. il Comunicato della Presidenza del 20 agosto 2003, nel quale si chiariva, fra l'altro, che per il Quirinale l'emanazione del decreto di grazia non era possibile senza (testualmente) il «consenso» del Guardasigilli.

(2) Analogamente, fra gli altri, A. Pugiotto, *Castelli di carte sul potere di grazia*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1 del dattiloscritto (lo stesso A., *Ciampi, Castelli e la grazia a Bompressi: perché quel potere non è in condominio*, ivi, 3 del dattiloscritto, aveva, prima della sentenza, ravvisato nella tesi della funzione umanitaria della grazia «l'architrave della strategia argomentativa del ricorso» del Presidente Ciampi); F. Berselli, *La decisione sulla natura presidenziale del potere di grazia: una sentenza di sistema*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 1 del dattiloscritto.

cessità di riconoscere nell'esercizio di tale potere - conformemente anche alla lettera dell'art. 87, undicesimo comma, Cost. - una potestà decisionale del Capo dello Stato, quale organo *super partes*, "rappresentante dell'unità nazionale", estraneo a quello che viene definito il «circuito» dell'indirizzo politico-governativo, e che in modo imparziale è chiamato ad apprezzare la sussistenza in concreto dei presupposti umanitari che giustificano l'adozione del provvedimento di clemenza». Conseguentemente, si deve presumere che, se la funzione della grazia fosse stata diversa, la Corte - evidentemente - avrebbe dovuto darci un'altrettanto diversa decisione.

La sentenza, peraltro, si appoggia anche su un altro argomento, e cioè sul fatto che quell'«atto di clemenza individuale [...] incide pur sempre sull'esecuzione di una pena validamente e definitivamente inflitta da un organo imparziale, il giudice, con le garanzie formali e sostanziali offerte dall'ordinamento del processo penale», sicché il principio della separazione dei poteri escluderebbe «ogni coinvolgimento di esponenti del Governo nella fase dell'esecuzione delle sentenze penali di condanna, in ragione della sua giurisdizionalizzazione ed in ossequio al principio secondo il quale solo l'autorità giudiziaria può interloquire in materia di esecuzione penale».

Né le conclusioni, né le argomentazioni che le sorreggono, sono, a mio avviso, convincenti.

La critica alla sentenza

Gli atti del capo dello Stato

Credo che per impostare correttamente l'analisi della problematica affrontata dalla Corte sia opportuno partire da alcune riflessioni, di estrema acutezza, che Aldo Sandulli aveva proposto alla discussione scientifica già mezzo secolo addietro.

Sandulli constatava come la previsione costituzionale della controfirma di tutti gli atti del capo dello Stato avesse determinato il conferimento di una pari efficacia formale alla manifestazione della volontà di questi, esternata attraverso la firma dei decreti presidenziali, e alla manifestazione della volontà del Governo, esternata attraverso la controfirma. Questa pari efficacia formale, secondo Sandulli, comportava la consequenziale equiordinazione della volontà del Presidente e di quella del Governo: l'intervento del Presidente non è meno «necessario ed efficiente» di quello del Governo, il che significa che Presidente e Governo sono «compartecipi pariordinati della potestà» che esercitano (3).

Questo collegamento tra forma e sostanza (4), anche se probabilmente troppo stretto (perché tiene in ombra altri non meno importanti criteri ricostruttivi), non può comunque essere sottovalutato, e a mio parere suggerisce all'interprete che voglia avventurarsi sul terreno della classificazione degli atti presidenziali dal punto di vista del rapporto Presidente-Governo di muovere dalla presunzione che essi - proprio per la compresenza *formale* dell'intervento presidenziale e di

quello ministeriale - siano da considerare *complessi* anche nella *sostanza* a meno che non sia altrimenti dimostrabile la loro natura di atti «ministeriali» ovvero «propriamente presidenziali» (5). In altri termini: sebbene la dottrina della monofunzionalità della controfirma (6) sia opinabile, solo robuste e documentate ragioni di sistema possono far escludere che la sequenza firma presidenziale - controfirma ministeriale esprima una sostanziale collaborazione *di volontà* dei due organi.

Proprio questo dovrebbe spiegare perché, nei casi di dubbio, la dottrina finisca poi per concludere nel senso dell'appartenenza dell'atto alla categoria di quelli (anche) sostanzialmente complessi: più che un comodo rifugio o una dichiarazione di impotenza, questa non è altro che la logica conseguenza sostanziale della strutturazione formale degli atti presidenziali voluta in Costituzione (7).

Anche nel caso della grazia, essa pure sottoposta al sistema della «doppia chiave» (8), abbiamo registrato questa tendenza: tra coloro che hanno affrontato l'accennato problema classificatorio (9), tentando di dare una risposta (10), alcuni hanno ritenuto che si trattasse

Note:

(3) A.M. Sandulli *Il Presidente della Repubblica e la funzione amministrativa*, in *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, 1950, IV, 217 segg., ora in *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, I, 239.

(4) Ho cercato di identificare le matrici culturali che in Sandulli spingevano verso conclusioni di questo tipo in *Sandulli costituzionalista*, in AA. VV., Aldo M. Sandulli (1915-1984). *Attualità del pensiero giuridico del Maestro*, Milano, 2004, 29 ss.

(5) È un paradosso, dunque, che proprio la forma sia invocata, anche con accenti perentori, da alcuni sostenitori della natura propriamente presidenziale della grazia (M. Aini, *Sulla titolarità del potere di grazia*, in *Quad. cost.*, 2004, 109).

(6) Sostenuta, come è ben noto, in particolare da C. Esposito, voce *Controfirma ministeriale*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, 285 ss.

(7) Al fine della ricostruzione del potere di grazia, il richiamo alla configurazione dei rapporti tra Presidente e Governo desumibile dall'art. 89 Cost. è anche in G. Zagrebelsky, voce *Grazia (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 764 (che richiama, peraltro, solo l'impostazione espositiva).

(8) Per usare la formula di R. Bin, *π. Le ragioni esoteriche di un match nullo*, in AA. VV., *La grazia contesa. Titorialità ed esercizio del potere di clemenza individuale*, a cura di R. Bin - G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, Torino, 2006, 46.

(9) Altri lo hanno, infatti, volutamente accantonato, preferendo la prospettiva della funzione a quella della ripartizione di attribuzioni con il Governo: cfr., ad es., S. Cassese - R. Perez - S. Battini - C. Franchini - G. Vesperini, *Manuale di diritto pubblico*, II ed., Milano, 2002, 256, ove si osserva che la grazia rientra fra gli atti di partecipazione alla funzione giurisdizionale.

(10) Non manca, infatti, chi, pur essendoselo posto, ha lasciato aperta la risposta. In questo senso, ad es., G. U. Rescigno, *Corso di istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., 2005-2006, Bologna, 2006, 452, il quale ricorda come «si discut[al]» della classificazione della grazia, implicitamente escludendo solo che si tratti di atto presidenziale, ma lasciando aperta l'alternativa tra l'inserimento tra gli atti ministeriali e quello tra gli atti complessi (v. però quanto poi si dice alla nt. 12); M. Mazziotti Di Celso - G. M. Salerno, *Manuale di diritto costituzionale*, III ed., Padova, 2005, 357, ad avviso dei quali «si tratta di regola d'un atto su proposta, pur

(segue)

di atto presidenziale (11), altri che si trattasse di atto ministeriale (12), ma in maggioranza la dottrina si è orientata per la classificazione tra gli atti sostanzialmente complessi (13). Tutto questo, per la verità, prima che, più di recente, in occasione del caso Sofri, dilagasse quell'"amnesia collettiva" della quale ha detto - con toni giustamente preoccupati - Leopoldo Elia (14) e che ha portato al diffondersi delle posizioni presidenzialiste (sino a quella, estrema, che avrebbe addirittura voluto che il decreto di grazia andasse esente da controfirma ministeriale) (15).

Questa "amnesia" è stata imputata da qualcuno (16) a quello che definirei il condizionamento della *Vorverständnis* derivante da (invero drammatiche) vicende contingenti. A mio parere, tuttavia, è più importante rilevare ch'essa costituisce l'ultima manifestazione di una tendenza culturale ormai molto netta, che ha posto le questioni del potere (del suo formarsi, del suo palesarsi, del suo rispondere o non rispondere, del suo nascondersi e sfuggire) in secondo piano nelle ricerche di diritto costituzionale. Non a caso, chi ha sostenuto la tesi della natura propriamente presidenziale della grazia ha fatto leva solo sui "valori" costituzionali che l'istituto dovrebbe attuare, disinteressandosi, però, dei gravi problemi che la soluzione prospettata poneva in termini di articolazione e di funzionamento dei poteri. Oltretutto, tra i valori costituzionali, sono stati isolati solo quelli personalistici, come se gli altri (connessi all'esistenza e alla stabilità della comunità politica) non contassero e non fossero essi pure valori (concorrenti e talora confliggenti) meritevoli di attuazione. Non meno a caso, per contro, chi (pur senza dimenticare il tema dei diritti e dell'eguaglianza, tanto vero che ha scartato la tesi dell'atto ministeriale) si è posto i problemi del potere, della responsabilità, della legittimazione, degli interessi generali della *pólis*, ha sostenuto l'opinione della natura duale. Ho cercato in altra sede di mostrare quali siano le origini storiche di simile tendenza culturale e di motivare il mio dissenso e le mie preoccupazioni (17). Qui basti notare che escono l'uno e l'altra rafforzati dall'atteggiamento della dottrina in questa vicenda.

Note:

(segue nota 10)

ammettendosi un più rilevante potere di decisione del Capo dello Stato»; P. Barile - E. Cheli - S. Grassi, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Padova, 2002, 200, che si limitano ad osservare che la grazia fa parte dei poteri che sono «residui delle attribuzioni che spettavano alla corona».

(11) Per C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, IX ed., T. II, 781 ss., la grazia è uno degli atti propri del capo dello Stato, sicché la controfirma ministeriale avrebbe mero carattere di riscontro formale; per A. Baldassarre, *Il capo dello Stato*, in G. Amato - A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, t. II, *L'organizzazione costituzionale*, V ed., Bologna, Il Mulino, 1997, 241, è atto propriamente presidenziale, perché «la sua giustificazione più ragionevole può essere quella di una deroga eccezionale all'applicazione del diritto in nome di valutazioni strettamente attinenti alla persona del condannato o alle sue vicende personali». V. anche E. Gallo, *Ancora sul potere di grazia*, in *Nomos*, 1992, 86 ss.; T.L. Rizzo, *Il potere di grazia del capo dello Stato dalla monarchia alla Repubblica*,

estr. dalla *Rivista della Guardia di Finanza*, nn. 2-3 1998, s.l. e s.d., 99 (ma soprattutto sulla base di argomenti storici che, a mio avviso, avrebbero dovuto indurre ad opposta conclusione).

(12) P. Barile, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 351 ss.; G.U. Rescigno, *Articolo 87*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna - Roma, - *Il Foro Italiano*, 1978, 279 (il quale espressamente qualifica il decreto presidenziale come "atto formale e dovuto rispetto alla deliberazione del ministro"); A. Pizzorusso, *Manuale di istituzioni di diritto pubblico*, Napoli, 1997, 459; G. Gemma, voce *Clemenza. Profili costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. III, Torino, 1989, 152 (ove non si esclude che il Presidente possa esercitare un'influenza sulla scelta governativa, ma in via di "mero fatto"); Id., *Grazia e rieducazione del condannato, una dissenting opinion*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 del dattiloscritto; secondo C. Lavagna, *Manuale di istituzioni di diritto pubblico*, VI ed., Torino, 1985, 644, la grazia rientra fra gli "atti di prerogativa", che costituiscono "attribuzioni di carattere meramente formale". Per lo stesso A.M. Sandulli *Il Presidente della Repubblica*, cit., 241, nt. 4, la grazia - che non ha nulla a che vedere con la funzione giurisdizionale - rientra "nel potere di governo".

(13) Così, tra i molti, A. Valentini, *Gli atti del Presidente della Repubblica*, Milano, 1965, 55; F. Dettori, *Osservazioni in tema di organizzazione del potere di grazia*, in *Giur. cost.*, 1976, I, 2131 s. (con l'aggiunta che solo la realtà dei rapporti politici può determinare con precisione il concreto punto di equilibrio tra Presidente e Ministro); G. Zagrebelsky, *Grazia*, cit., 764; L. Paladin, voce *Presidente della Repubblica*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, 235 ss.; E. Selvaggi, voce *Grazia (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, Vol. XV, Roma, 1989, 4; G. Ambrosini, voce *Grazia*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1992, 45; T. Martines, *Diritto costituzionale*, a cura di G. Silvestri, Milano, 2000, 444; F. Cuocolo, *Istituzioni di diritto pubblico*, XII ed., Milano, 2003, 331 s.; L. Arcidiacono - A. Carullo - G. Rizza, *Istituzioni di diritto pubblico*, II ed., Bologna, 1997, 408; D. Di Felice, *La grazia oggi in Italia*, in *Riv. pen.*, 1994, 965; R. Mendoza, *Il procedimento di grazia nell'ordinamento costituzionale, processuale e nella prassi*, in *Documenti giustizia*, 1997, 1093; R. Quintavalle, *Il potere di grazia secondo prassi e consuetudini costituzionali. La sua attualità nel vigente sistema penale*, in *Cass. pen.*, 2001, 3243; A. Barbera - C. Fusaro, *Corso di diritto pubblico*, III ed., Bologna, 2004, 269 s., i quali riconoscono che la grazia può essere concessa ad iniziativa sia del Ministro che del capo dello Stato, ma precisano che la mancata controfirma (che non è atto dovuto) blocca il procedimento. Diffuso, anche tra i sostenitori dell'opinione "presidenzialista" (M. Ainis, *Sulla titolarità del potere di grazia*, cit., 109; G.L. Conti, *Il favor libertatis e la grazia: al di là di Bompressi*, in AA. VV., *La grazia contesa*, cit., 106), è il riconoscimento che questa è l'opinione maggioritaria. In questo senso, da ultimo, A. Morrone, *Potere e responsabilità nella concessione della grazia*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1 del dattiloscritto; T.F. Giupponi, *Il potere presidenziale di grazia e il "caso Sofri": a chi spetta l'ultima parola?*, ivi, 1 sg. del dattiloscritto; R. Bin - G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, VII ed., Torino, 2006, 245 (i quali danno atto che la sentenza della Corte ha rovesciato l'impostazione più diffusa); L. Brunetti, *Anfibologia della grazia: atto politico e strumento deflattivo ordinario*, in AA. VV., *La grazia contesa*, cit., 53. Singolare l'opinione di S. Prisco, *Amicus Sofri, sed magis amica Constitutio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1 del dattiloscritto, secondo il quale sarebbe "pacifico" o quantomeno sarebbe "idea largamente diffusa", che il potere di grazia appartenga "alla sfera di attribuzioni esclusive del Presidente della Repubblica".

(14) L. Elia, *Sull'esercizio del potere di grazia: un caso di amnesia collettiva?*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, Vol. II, 783 ss.

(15) Dopo la sentenza della Corte questa opinione è stata ripresa da L. Nori, *Una ricostruzione possibile alla luce della riforma del Titolo V*, in *Rass. Avv. Stato*, 2006, 130 ss., in base all'argomento che Stato e Repubblica sono cose diverse e che quando agisce come organo della Repubblica il Presidente adotta atti che non debbono essere controfirmati. Il che, però, non considera la chiara lettera dell'art. 89 Cost. né il fatto che già prima della revisione del Titolo V si distingueva tra Stato e Repubblica.

(16) V., ad es., A. Morrone, *Potere e responsabilità*, cit., 3 del dattiloscritto.

(17) M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1643 ss.

Ora, la Corte offre il sostegno del proprio *decisum* alla prima delle posizioni dottrinali che sopra si sono descritte.

Le funzioni della grazia

La Corte costituzionale afferma che la sola (legittima) funzione della grazia sarebbe esclusivamente di tipo umanitario. Si tratta di un'affermazione che lascia quanto meno perplessi, per più d'una ragione.

La dottrina ha dimostrato ormai da tempo che la grazia ha sempre assolto anche a funzioni eminentemente politiche, sovente di pacificazione nazionale. Le pagine scritte da Gustavo Zagrebelsky oltre trent'anni or sono (18) e quelle recenti di Leopoldo Elia (19) non lasciano adito, mi sembra, a dubbi. A fronte di dati storici così saldi (che i Costituenti ebbero ben presenti quando regolarono il potere di grazia e che - pertanto - hanno un primario valore interpretativo), l'affermazione che solo l'intento umanitario giustificerebbe l'emanazione del decreto di grazia da parte del capo dello Stato avrebbe avuto bisogno dell'allegazione di prove contrarie, che - invece - non rinveniamo nella sentenza in commento.

La stessa premessa storica dalla quale la Corte ha preso le mosse avrebbe dovuto condurre ad opposti approdi: tra l'esperienza monarchica e quella repubblicana vi è almeno parziale continuità perché la grazia è sempre stata intimamente connessa alla sovranità. Il capo dello Stato non è più come una volta il detentore della sovranità, ma è attraverso il provvedimento di clemenza da lui concesso che essa, comunque, si manifesta. E se la grazia è un "atto di sovranità" non si comprende come se ne possano *a priori* definire e limitare i profili funzionali. È un paradosso che la Corte sottolinei l'interferenza tra la concessione della grazia e l'esercizio della giurisdizione allo scopo di negare la possibilità di un intervento sostanziale del Governo in nome della divisione dei poteri, e poi non si avveda che proprio questa clamorosa interferenza (che addirittura mette nel nulla lo *ius puniendi* già esercitato!) esprime una sorta di cortocircuito nei comuni meccanismi di funzionamento dello Stato di diritto che non si comprende come e - soprattutto - sulla base di quali dati di diritto positivo sarebbe possibile tipizzare funzionalmente.

Non basta. Come è stato esattamente osservato, «anche le grazie umanitarie costituiscono atti di governo incidenti sulla politica della giustizia e non già esercizio imparziale di poteri incidenti sul funzionamento dell'apparato statale» (20). Anche taluni dei sostenitori della "teoria umanitaria" riconoscono che la grazia è un atto politico (21), e non possono non farlo (22). Aggiungo che l'esperienza del (non) diritto internazionale di questi ultimi anni, piegato alle più incredibili distorsioni proprio in nome di esigenze "umanitarie", dovrebbe rendere consapevoli che il richiamo a quel paradigma non è mai asettico o "innocentemente" morale. Vi è, insomma, nella grazia, un'instirpabile coloritura di *politicalità*, implicata dalla sua strutturale "anormalità" (e

dal fatto che costituisce l'esercizio dei supremi poteri detenuti dalla *pólis*), che non consente di respingerla nel recinto degli interventi umanitari (23).

Nella stessa giurisprudenza costituzionale si era mostrato di essere ben consapevoli della complessità della questione, quando, nell'ord. n. 388 del 1987, si era osservato come l'onere del pagamento di una somma alla Cassa delle ammende per effetto del decreto condizionato di grazia fosse in armonia con l'art. 27 Cost., in quanto favoriva «la risocializzazione del condannato evitando di fare della grazia un atto di pura e gratuita clemenza» ed esprimeva «validi motivi di politica legislativa penale» (24).

Infine, una considerazione più generale. La Corte osserva che «La stessa disamina della prassi formatasi sulla concessione della grazia dopo l'avvento della Costituzione repubblicana, pone in evidenza, in base a dati statistici ministeriali, l'esistenza di una ulteriore evoluzione dell'istituto, o meglio della funzione assolta con il suo impiego». Il frequente ricorso alla grazia, «fino alla metà degli anni '80 del secolo appena concluso», poteva anche «legittimare l'idea di un suo possibile uso a fini di politica penitenziaria», ma «a partire dal 1986 - ed

Note:

(18) G. Zagrebelsky, *Amnistia, indulto e grazia*, Milano, 1974, *passim*.

(19) L. Elia, *Sull'esercizio del potere di grazia*, cit., spec. 792 ss., cui *adde* M. Stronati, «*Torniamo allo Statuto?*», in AA. VV., *La grazia contesa*, cit., 323 ss., ove si dimostra che «per lo Statuto l'esercizio della grazia era un atto duale del Capo dello Stato e del Guardasigilli» (*ivi*, 328).

(20) L. Elia, *Sull'esercizio del potere di grazia*, cit., spec. 789. Nello stesso senso M. Timiani, *La rappresentanza dell'unità nazionale può costituire fondamento del potere di grazia?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 del dattiloscritto; R. Manfredi, *La concessione della grazia tra decisione politica e garanzie del sistema*, in AA. VV., *La grazia contesa*, 191, e - se retta- mente interpreto, G. Belfiore, *Chi può essere clemente?*, *ivi*, 25. M. Aini, *Sulla titolarità del potere di grazia*, cit., 102, cita il «caso Caruso» (quello, cioè, del minore che aveva ucciso un padre violento) come esempio tipico di (ipotesi di) grazia umanitaria, ma anche quella fattispecie è un'eccellente dimostrazione della *politicalità* dell'istituto, vuoi per la valenza politica del comportamento tenuto dal Presidente Pertini, vuoi per la scelta di isolare quel delitto rispetto ad altri delitti di minori, forse non meno meritevoli di «umana» compassione.

(21) V., *ad es.*, T.L. Rizzo, *Il potere di grazia del capo dello Stato*, cit., 54.

(22) Le stesse fonti subcostituzionali lo hanno sempre dato per scontato: cfr. l'art. un., n. 2, del r.d. 27 luglio 1934, n. 1332, che ha sottratto il decreto di grazia al visto e alla registrazione da parte della Corte dei conti proprio per la sua natura di atto politico (nel medesimo senso, sulla scia di Biscaretti di Ruffia, G. Zagrebelsky, *Grazia*, cit., 761, nt. 19).

(23) Aggiungo, ove fosse necessario, che un atto politico non è necessariamente un atto di parte, come sembra invece sottintendere M. Aini, *Sulla titolarità del potere di grazia*, cit., 103, laddove sostiene che solo il conferimento in via esclusiva del potere al capo dello Stato garantisce che esso «non sia al servizio d'usi partigiani, di interessi politici di parte».

(24) La stessa sent. n. 274 del 1990, sebbene invocata dalla pronuncia in commento, non la conforta, visto che l'affermazione secondo cui non vi sarebbero «vincoli determinati per l'esercizio del potere di grazia da parte del Presidente della Repubblica» va nel senso dell'indeterminabilità di una funzione della grazia, e quindi della possibilità di motivazioni squisitamente politiche, necessariamente valutabili solo nel concorso di apprezzamenti e di volontà del Presidente e del Ministro.

in coincidenza, non casualmente, con l'entrata in vigore della legge 10 ottobre 1986, n. 663 (Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà) - si è assistito ad un ridimensionamento nella sua utilizzazione». Se questo è accaduto, è perché ci si era risolti «all'introduzione di una apposita legislazione in tema di trattamento carcerario ed esecuzione della pena detentiva [...] nella convinzione che le ordinarie esigenze di adeguamento delle sanzioni applicate ai condannati alle peculiarità dei casi concreti - esigenze fino a quel momento soddisfatte in via pressoché esclusiva attraverso l'esercizio del potere di grazia - dovessero realizzarsi mediante l'impiego, certamente più appropriato anche per la loro riconduzione alla sfera giurisdizionale, degli strumenti tipici previsti dall'ordinamento penale, processual-penale e penitenziario [...]». È grazie a questa evoluzione che, secondo la Corte, «l'istituto della grazia [è] stato restituito - correggendo la prassi, per certi versi distorsiva, sviluppatasi nel corso dei primi decenni di applicazione della disposizione costituzionale di cui all'art. 87, undicesimo comma, Cost. - alla sua funzione di eccezionale strumento destinato a soddisfare straordinarie esigenze di natura umanitaria».

Bene: questo passaggio argomentativo (25), lungi dal sostenere la conclusione raggiunta dalla sentenza in commento, appare come la migliore riprova della fondatezza dei dubbi qui sollevati. Lasciamo pure da canto il fatto che in astratto la sentenza (parlando di distorsività di certe pratiche applicative) sembra non cadere nel medesimo equivoco che a lungo ha afflitto gli studi sul Presidente della Repubblica, il cui ruolo è stato ricostruito alla luce della prassi, mentre si sarebbe dovuta vagliare la legittimità della prassi alla luce del ruolo costituzionale del Presidente (26). In concreto, però, al contenuto della prassi la Corte, comunque, (pur in subordine ad altri argomenti) si è richiamata. E, una volta che ci si muova su questo terreno, proprio il contenuto della prassi induce a ben altri approdi.

Parrà un paradosso, ma, in presenza di più soddisfacenti «strumenti tipici previsti dall'ordinamento penale, processual-penale e penitenziario» capaci di soddisfare le «ordinarie esigenze di adeguamento delle sanzioni applicate ai condannati alle peculiarità dei casi concreti», proprio la grazia «umanitaria» costituisce esercizio di un apprezzamento ancor più politico di quello presupposto dalla... grazia «politica». Se le esigenze «ordinarie» possono essere soddisfatte dall'impiego degli strumenti processuali da parte della magistratura, vuol dire che la valutazione di un'esigenza come «straordinaria», non positivamente apprezzata, si badi, dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità politica (ché se l'avesse apprezzata la si sarebbe potuta soddisfare, appunto, con gli strumenti del diritto processuale, oggettivazione di quella scelta) (27), è logicamente di natura politica, nel senso che difetta di paradigmi normativi ai quali sorreggersi. La stessa evoluzione richia-

mata dalla Corte, allora, quand'anche avesse avuto rilievo, avrebbe dovuto indurre a coniugare politicità della valutazione e politicità dell'atto che la formalizza, con tutte le conseguenze del caso in ordine alla sua qualificazione (28). Sarò forse affetto da pedanteria dommatica, ma davvero non comprendo cosa si voglia dire quando si sostiene che quello relativo alla grazia è un giudizio di valore «non giurisdizionale e non politico» (e proprio perché tale destinato ad essere affidato all'organo che rappresenta l'unità nazionale) (29). A meno di non sostenere che la valutazione relativa alla

Note:

(25) Che la Corte sembra riprendere da T.L. Rizzo, *Il potere di grazia del capo dello Stato*, cit., 99.

(26) Sul punto, mi permetto di rinviare al mio *Introduzione. Il Presidente della Repubblica: oltre la funzione di garanzia della Costituzione*, in *Il Presidente della Repubblica* (curato con M. Volpi), Bologna, Il Mulino, 1997, 11 ss. Osserva esattamente che «compito del giurista è quello di tracciare le linee fondamentali del dover essere costituzionale, senza accontentarsi di prendere atto della prassi», G. Silvestri, *Il Presidente della Repubblica*, in AA. VV., *Valori e principi del regime repubblicano*, a cura di S. Labriola, Roma - Bari, 2006, t. 3, *Legalità e garanzie*, 449 s. (analogamente, con specifico riferimento alla problematica della grazia, P. Veronesi, *Le due fasi del potere (presidenziale) di grazia*, in AA. VV., *La grazia contesa*, cit., 335).

Segnalo che una cosa è ricostruire la funzione di certi organi o istituti anche sulla base della loro storia (come pure qui si è fatto), e cosa del tutto diversa è poggiarsi sulla prassi. Se la storia ci illumina sulle radici profonde delle scelte costituzionali (analogamente, proprio in riferimento alla vicenda della grazia, A. Ridolfi, *Osservazioni sulla titolarità del potere di grazia*, in AA. VV., *La grazia contesa*, cit., 306), la prassi non ci indica altro che le soluzioni applicative (o dis-applicative) di volta in volta adottate. La storia, insomma, non la prassi, può integrare il paradigma.

Nel senso che la prassi repubblicana della grazia sarebbe tale da essersi trasformata in vera consuetudine dice, da ultimo, R. Romboli, *Alla ricerca della regola in ordine alle competenze in materia di concessione del provvedimento di grazia*, in AA. VV., *Il rispetto delle regole. Scritti degli allievi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2005, 226.

Nel senso che la problematica della grazia «si colloca incontestabilmente nell'ambito dei rapporti (di natura politica) tra Capo dello Stato e Ministro controfirmante, e, dunque, in una materia permeata dalla consuetudine che disciplina i comportamenti reciproci degli organi costituzionali» Cons. Stato, sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 7960 (che però, subito dopo, ritiene che la questione sottoposta all'esame di quel Collegio dovesse essere risolta in base alla «prassi degli organi costituzionali», con ciò mostrando di ritenere che non si debba distinguere tra prassi e consuetudine). Da questa pronuncia (dal suo qualificare l'istruttoria della grazia come procedimento amministrativo) L. Coen, *L'istruttoria sulla grazia come procedimento amministrativo. Note a margine di Cons. Stato, Sez. IV, n. 7960 del 2004*, in AA. VV., *La grazia contesa*, cit., 98 sgg., desume un favore del Giudice amministrativo per la ricostruzione di un ruolo meramente «servente» del Ministro nei confronti del Presidente della Repubblica.

In dottrina, un eccesso di valutazione della prassi è ancora oggi in G. Majorana, *La controversa natura del potere di grazia e l'indiscutibile ruolo della prassi*, in AA. VV., *La grazia contesa*, cit., spec. 186 ss.

(27) L'unico apprezzamento operato dal legislatore, anzi, è quello relativo all'antigiuridicità del comportamento del condannato da graziare. Proprio da questo desume - esattamente - argomenti a favore della dualità dell'atto G. Belfiore, *Chi può essere clemente?*, cit., 24.

(28) Conseguenze sulle quali ritorna, da ultimo, M. Siclari, *Concessione della grazia e controfirma ministeriale (a proposito di due recenti proposte di riforma)*, in *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, vol. III, 593.

(29) E. Bettinelli, *Potere di grazia e coesione costituzionale. Cioè: una grazia «fuori contesa»*, in AA. VV., *La grazia contesa*, cit., 8.

grazia sia esercizio di una (diversa da tutte le altre) funzione pubblica "neutra" del Presidente, ciò che già Carlo Esposito, sulla scia di Carl Schmitt, aveva dimostrato essere fallace (30), mi sembra davvero arduo risolvere il problema della qualificazione funzionale della grazia con una formula elegante, sì, ma che in realtà lo elude.

La verità è che la grazia, come dimostra quasi paradigmaticamente proprio la vicenda che ha occasionato il conflitto (31), è un atto polifunzionale (32), sicché risulta impossibile elevare una sola delle funzioni cui l'istituto è preordinato ad "esclusiva". Si badi: la polifunzionalità è così profondamente radicata in astratto nell'istituto, che - come già accennato - ne sono caratterizzati in concreto anche i singoli provvedimenti di grazia (33) e non si riesce a distinguere fra grazie "puramente" umanitarie e grazie "puramente" politiche (34), con la conseguenza non solo che non è possibile differenziare il valore della controfirma a seconda della funzione della singola grazia (35), ma che - come già osservato più sopra - un grumo di politicità del potere esercitato, proprio per quello che è stato definito il "patrimonio genetico" (36), l'"aspetto cruciale" (37), dell'istituto, non manca mai.

Tale polifunzionalità, comunque, è ulteriore riprova della necessità di un concorso di volontà nella definizione del suo concreto contenuto, concorso che solo lo strumento dell'atto (sostanzialmente) complesso è in grado di assicurare. Non varrebbe opporre che l'ineliminabile politicità della scelta dovrebbe, per coerenza, indurre i sostenitori della tesi qui accolta a qualificare l'atto non già come sostanzialmente complesso (o duale o duumvirale che dir si voglia), ma come propriamente ministeriale (38). Anche lo scioglimento delle Camere, atto che quasi tutti qualificano sostanzialmente complesso, è intriso di politicità, e nondimeno è sottratto all'esclusivo dominio governativo. La ragione è che lo scioglimento richiede anche valutazioni attinenti al mantenimento dell'unità nazionale che il capo dello Stato rappresenta e deve mantenere. Anche nella grazia ricorrono valutazioni - per questo profilo - analoghe, e non v'è ragione costituzionale che consenta di sottrarne l'apprezzamento al Presidente.

La grazia, il Capo dello Stato e la controfirma

Se la premessa dalla quale la Corte ha preso le mosse resta indimostrata, restano conseguentemente indimostrate le conclusioni che ne sono state desunte. Anche se si prescinde da quella (pur essenziale) premessa, però, le perplessità non scemano.

La già ricordata ord. n. 388 del 1987 aveva affermato che «Il provvedimento di grazia è l'effetto della collaborazione fra il potere del Capo dello Stato e quello del competente Ministro della Giustizia che controfirma l'atto e ne assume la responsabilità». In questo modo era stato perfettamente colto il nocciolo della questione: se la questione fosse stata impostata nei termini della necessaria collaborazione fra i due poteri (che, sola, consente al sistema di funzionare), il ricorso

del Presidente della Repubblica avrebbe dovuto essere accolto, ma per motivi del tutto diversi da quelli prospettati dalla Corte. Quel che più conta, però, è che proprio in quella pronuncia (ricordata dalla sentenza in commento, ma non per questo essenziale profilo) la natura duumvirale del potere di grazia era stata data per scontata. E a ragione.

Il punto era stato chiarito dalle lucide considerazioni di sistema svolte da Vittorio Emanuele Orlando nel suo noto intervento alla seduta dell'Assemblea Co-

Note:

(30) C. Esposito, *Il Capo dello Stato parlamentare*, in *Studi in onore di E. Crosa*, Milano, 1960, vol. I, 773 ss.

(31) Analogamente, N. Zanon, *Un'opinione (vagamente) dissenziente sul potere di grazia*, in *Quad. cost.*, 2004, 601 s.; Id., *La controfirma ministeriale come garanzia (ovvero del diritto costituzionale adatto al mondo reale e non al migliore dei mondi possibili)*, in AA. VV., *La grazia contesa*, cit., 337; M. Gorlani, *Irresponsabilità del capo dello Stato e valenza politica della grazia: il necessario coinvolgimento del Governo*, ivi, 173. Anche chi sostiene la tesi della funzione esclusivamente umanitaria della grazia non può fare a meno di riconoscere che, nella specie, la connessione tra la posizione di Bompreschi e quella di Sofri conferisce alla vicenda una "valenza oggettivamente politica" (A. Pugiotto, *Ciampi, Castelli e la grazia a Bompreschi*, cit., 5 del dattiloscritto).

(32) Nello stesso senso, già E. Selvaggi, *Una storia infinita: la grazia a Curcio*, in *Cass. pen.*, 1991, 786; Id., *Grazia*, cit., 2 (ove si parla di una sua "polivalenza" e "polidirezionalità"); Id., *Quando la grazia risponde a finalità politiche*, in AA. VV., *La grazia contesa*, cit. 319; A. Guazzarotti, *L'insuperabile valenza "politica" della grazia*, ivi, 179; I. Nicotra, *Un delicato equilibrio da preservare. Potere di grazia, controfirma e irresponsabilità presidenziale*, ivi, 226; L. Brunetti, *Anfibologia della grazia*, cit., 55. Contra G. Gemma, *Il potere di grazia: un'opinione controcorrente*, in AA. VV., *La grazia contesa*, cit., 154. Tale polifunzionalità è riconosciuta anche dai sostenitori della tesi della natura propriamente presidenziale della grazia (cfr., ad es., S. Prisco, *La grazia: dal caso alla necessità (di una regola)*, in AA. VV., *La grazia contesa*, cit., 274). A. Pugiotto, *"Eminentemente umanitaria ed equitativa": numeri causa (e motivi) della grazia*, in AA. VV., *La grazia contesa*, cit., 285, ammette che la grazia può anche avere un "uso politico", ma ritiene che ciò sia accettabile solo "a condizione che non ne esaurisca la causa", da ricondurre comunque a ragioni umanitarie ed equitative. Ora, a prescindere da ogni considerazione sull'esattezza di questo assunto, non si comprende come da questa premessa non si desuma l'inescapabile necessità di un consenso anche sostanziale del Ministro.

Seri dubbi sull'esattezza dell'ipotesi della "monofunzionalità" della grazia avanzata dalla sentenza in commento in M. Siclari, *Alcuni interrogativi suscitati dalla sentenza n. 200 del 2006 della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 1 del dattiloscritto.

(33) Analogamente, L. Pesole, *Le due alternative di fronte alla Corte*, in *La grazia contesa*, cit., 248.

(34) È quanto ha cercato di fare, invece, da ultimo, R. Romboli, *Alla ricerca della regola*, cit., 233, che, tuttavia, esattamente riconosce come sia «irrisolvibile [il] problema di distinguere, specie in certi casi, quando ed in che misura il provvedimento abbia valenza «politica» e quando invece di giustizia sostanziale» (ivi, 233).

(35) Come vorrebbero E. Cacace, *Il potere di grazia tra titolarità e leale collaborazione*, in AA. VV., *La grazia contesa*, cit., 71, e B. Pezzini, *La grazia tra decisione presidenziale e istruttoria ministeriale (non una decisione salomonica, ma non sia neppure autoreferenziale)*, ivi, spec. 266.

(36) L. Brunetti, *Anfibologia della grazia*, cit., 55.

(37) A. Morrone, *Potere e responsabilità*, cit., 4 del dattiloscritto.

(38) L'obiezione di cui si parla nel testo è di, C. Martinelli, *La grazia nella classificazione degli atti del Presidente della Repubblica*, in *La grazia contesa*, cit., 199 s.

stituyente del 22 ottobre 1947. In quella occasione, Orlando mise in luce che, nel corso dell'evoluzione della forma di governo monarchico-costituzionale, i "diritti pretesi maiestatici" erano stati gradualmente ridotti a due soli "ordini di attribuzioni: il diritto di grazia e i titoli nobiliari". V'era chi sosteneva che quelle attribuzioni fossero rimaste "di natura personale" e propriamente regie. Tuttavia, «noi giuspubblicisti della nuova scuola», ricordò sempre Orlando, «ci rifiutammo di ammettere queste interpretazioni. E questa era democrazia». Da ciò conseguiva che non si sarebbe potuto fare, nell'Italia repubblicana, un «po' po' di passo retrogrado», ripristinando un potere personale che «sessanta anni fa ci sembrava antidemocratico, antiliberal» (*Atti Ass. Cost.*, I ed., 1458 ss.).

Nulla, credo, si dovrebbe aggiungere a queste riflessioni: l'eccezionalità della grazia; la sua connessione con i supremi poteri detenuti dalla *pólis*; la diffidenza dei sistemi democratici per l'esercizio di poteri "personali" (sia pur esercitati per ragioni umanitarie), sottratti al circuito della responsabilità Parlamento-Governo (39); la gravità di un passo indietro, contro l'andamento storico (40), tutto questo deve far restare saldi nella concezione tradizionale della grazia come atto duumvirale.

Le conseguenze pratiche e di sistema della sentenza

La Corte costituzionale ci dice, ora, il contrario. E ce lo dice con una sentenza che molti hanno ritenuto "di sistema", così importante da trascendere addirittura il pur delicato caso di specie e da candidarsi a divenire un punto fermo nella più generale ricostruzione dei rapporti tra Presidente della Repubblica e Governo (41). Mi permetto di dissentire e di auspicare un ripensamento. Le ragioni che, pur nella sintesi imposta da una breve nota a sentenza (42), più direttamente mi inducono alla critica ho cercato di esporle qui sopra. Aggiungo, però, alcune considerazioni più generali, sia di forma di governo che di carattere pratico, che rafforzano i dubbi sulla conclusione raggiunta dalla pronuncia in commento.

Quanto alle considerazioni di carattere pratico, esse sono suggerite dal passaggio in cui la sentenza afferma che «Il Presidente della Repubblica, [...] nella delineata ipotesi in cui il Ministro Guardasigilli gli abbia fatto pervenire le sue motivate valutazioni contrarie all'adozione dell'atto di clemenza, ove non le condivida, adotta direttamente il decreto concessorio, esternando nell'atto le ragioni per le quali ritiene di dovere concedere ugualmente la grazia, malgrado il dissenso espresso dal Ministro».

Due obblighi di motivazione sono qui individuati: l'uno in capo al Ministro, l'altro in capo al Presidente della Repubblica. Se il primo (agevolmente ricostruibile dal sistema) non pone problemi, di problemi ne pone invece il secondo, letteralmente creato *ex nihilo* dalla sentenza in commento (43). Perché quest'obbligo di

motivazione? Probabilmente, si è ritenuto, per un verso, che esso fosse desumibile dall'asserita monofunzionalità della grazia: una volta ammesse le sole grazie c.d. umanitarie, si è voluto imporre al capo dello Stato di dimostrare (*demonstratio*, invero, come si è visto, *diabolica*) che una scelta umanitaria, appunto, ha compiuto, e non politica. Per altro verso, forse, la Corte, avvedutasi della gravità del passo compiuto con il conferimento al Capo dello Stato di un potere decisionale di simile delicatezza ("fino ad oggi", è stato scritto, «nessuno si era spinto sino al punto di mettere nelle mani del capo dello Stato un potere diretto ed esclusivo di attuazione di valori costituzionali primari, come quelli consacrati nell'art. 27 Cost.») (44), da esercitare senza la mediazione politica di un altro organo costituzionale (45), ha inteso circondarlo di garanzie procedurali oltre che contenutistiche, probabilmente in funzione d'un sindacato sul suo esercizio (46). Ma qui, appunto, sorgono i problemi pratici (47).

Note:

(39) Nello stesso senso, sia pure con varietà di accenti, M. Chiavario, *Se solitudine ha da essere, che sia davvero "assistita"*, in AA. VV., *La grazia contesa*, cit., 88; D. Coduti, "Far grazia": dalla monarchia assoluta alla repubblica parlamentare, *ivi*, 94.

(40) Anche ad avviso di G.U. Rescigno, *Articolo 87*, 279, "sarebbe ben strano" sostenere la tesi "regressiva" della natura propriamente presidenziale della grazia. Analogamente, L. Brunetti, *Anfibologia della grazia*, cit., 57.

(41) In questo senso, ora con accenti critici, ora consentaneamente, A. Pugiotto, *Castelli di carte*, cit., 3 del dattiloscritto; F. Berselli, *La decisione sulla natura presidenziale del potere di grazia*, cit., 1 del dattiloscritto; T.F. Giupponi, *Potere di grazia e controfirma ministeriale: là dove (non) c'è la responsabilità, là c'è il potere*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1 del dattiloscritto.

(42) Si badi: non sminuisco affatto il "genere" nota a sentenza (mi permetto, in proposito, di rinviare al mio *Le note a sentenza e l'esperienza di Giurisprudenza costituzionale. Prime riflessioni*, in AA. VV., *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, a cura di A. Pace, Milano, 2006, 445 ss.) e mi limito a constatare i limiti che, per tali note, sono connessi alle esigenze di spazio.

(43) Di "inedito" obbligo di motivazione parlano A. Pugiotto, *Castelli di carte*, cit., 3 del dattiloscritto; F. Berselli, *La decisione sulla natura presidenziale del potere di grazia*, cit., 3 del dattiloscritto e M. Gorlani, *Una nuova dimensione costituzionale*, cit., 3 del dattiloscritto.

In dottrina, l'esistenza di questo obbligo di motivazione, tuttavia, era stata già sostenuta da F. Rigano, *Motivare la grazia?*, in AA. VV., *La grazia contesa*, cit., 315, ma a mio avviso senza un convincente richiamo a saldi argomenti sistematici o di diritto positivo.

(44) M. Gorlani, *Una nuova dimensione costituzionale per il capo dello Stato?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2 del dattiloscritto (che aggiunge: "la Presidenza della Repubblica diviene un centro di politica costituzionale attiva").

(45) Per questo rilievo, A. Morrone, *La grazia al Quirinale: fuga dalla Costituzione?*, in AA. VV., *La grazia contesa*, cit., 219.

(46) È quanto ritiene F. Berselli, *La decisione sulla natura presidenziale del potere di grazia*, cit., 5 del dattiloscritto, che ammette anche la motivazione per *relationem* (con rinvio, cioè, alla motivazione della proposta ministeriale) del decreto di grazia.

(47) Dubbi in parte analoghi a quelli esposti nel testo in M. Gorlani, *Una nuova dimensione costituzionale*, cit., 3 del dattiloscritto.

Immaginiamo che il Presidente conceda la grazia in dissenso dal Governo e che questa grazia non sia (stando alla sistematica della Corte) umanitaria, ma politica. Chi potrebbe far valere la sua illegittimità?

È dubbio che lo possa il Governo (non conta qui precisare se l'Esecutivo nel suo complesso o il Ministro della giustizia). Una volta che il potere di grazia è stato attribuito in via esclusiva al Presidente, è difficile identificare l'attribuzione costituzionale dell'Esecutivo che sarebbe lesa dal suo cattivo esercizio. Non essendovi attribuzioni governative sostanziali che siano direttamente coinvolte dalla scelta sull'an della grazia, si potrebbe solo far leva sulla titolarità dell'indirizzo politico da parte del Governo (ovvero, del circuito Parlamento-Governo). Ma questa strada porterebbe troppo lontano, sino - ad esempio - ad asserire che anche un messaggio presidenziale alle Camere che fosse connotato da valutazioni d'ordine pur latamente politico (e invero è difficile immaginarne uno che non lo sia) sarebbe illegittimo (si badi: che il messaggio possa legittimamente essere segnato da una coloritura di politicità si deve alla sua natura non decisionale e non dispositiva di concreti beni della vita, al contrario di quanto accade nella grazia).

Non solo. Se il Governo fosse d'accordo con il Presidente nella concessione di una grazia (sempre per stare alla sistematica della Corte) politica e non umanitaria, cosa accadrebbe? Avremmo un'ipotesi di grazia affetta da un vizio, ma di assai dubbia accertabilità (48), o avremmo un'ipotesi di grazia legittima, perché politicamente condivisa dal Governo (49)? E in questo caso non avremmo forse la smentita della premessa?

È ancor più dubbio che possa confliggere l'Autorità giudiziaria. Proprio per la sua estraneità - riconosciuta dalla stessa Corte - al sistema disegnato dall'ordinamento penale, la grazia, che la si conceda o la si rifiuti, non mette in discussione la funzione giudiziaria perché si muove, per definizione, su un piano diverso. E si consideri che, una volta esercitate con la condanna le proprie attribuzioni costituzionali, l'Autorità giudiziaria si troverebbe probabilmente nella medesima condizione dei promotori dei referendum abrogativi (50), che non possono confliggere per tutelare attribuzioni che non hanno più (si aggiunga che la grazia riguarda la pena, non le modalità della sua esecuzione, sicché le attribuzioni dell'Autorità giudiziaria che la concernono non sono comunque coinvolte) (51).

Quel che più conta, però, è che non vi sarebbe un organo facoltizzato a dichiarare l'illegittimità del decreto presidenziale di grazia. La previsione dell'art. 28 della l. n. 87 del 1953, pur formalmente indirizzata al solo giudizio sulle leggi, costituisce in realtà precetto generale che informa e vincola tutta l'attività della Corte, alla quale sono, conseguentemente, sempre precluse le valutazioni politiche e il sindacato sulle scelte discrezionali di altri organi. Se così è, sembra davvero difficile sostenere che non sia esso pure politico l'apprezzamento

della natura politica o meno di una certa scelta clemenziale (52).

Improprio, infine, appare la prospettiva del giudizio penale (53), a meno di non voler qualificare come attentato alla Costituzione qualunque violazione che di essa il Presidente compia.

Quanto alla forma di governo, le preoccupazioni sono ancora maggiori. Mi limito ad enunciarle sinteticamente:

a) il Presidente della Repubblica, lasciato completamente (ma drammaticamente) solo nella titolarità sostanziale del potere, subisce una pericolosa sovraesposizione (54), che la Costituzione non sembra proprio aver immaginato, quando all'art. 89 ha condizionato la validità di tutti gli atti presidenziali alla controfirma ministeriale. Solo nella decisione, il Presidente resta solo anche nell'affrontare la responsabilità diffusa di fronte all'opinione pubblica, responsabilità che avrà pure delle gravi insufficienze (55), ma che comunque non è da prendere alla leggera e importa seri rischi per la legittimazione presidenziale;

b) il conferimento al solo Presidente della Repubblica di un simile potere decisionale, a fronte di un regime di sua sostanziale irresponsabilità formale (non essendo prevista una responsabilità politica istituzionale ed essendo sostanzialmente inattivabile - come detto - quella giuridica), è in grave disarmonia con il principio di corrispondenza tra potere e responsabilità (56);

Note:

(48) Analogamente, E. Balboni, *La clemenza è (prevalentemente) presidenziale ma non è sovrana*, in AA. VV., *La grazia contesa*, cit., 18. Lo riconoscono anche i sostenitori della natura esclusivamente presidenziale della grazia (cfr., ad es., M.A. Cabiddu, *Tra rigore e clemenza: la misura della giustizia*, ivi, 64).

(49) F. Cuocolo, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 331 s. sostiene che il Presidente della Repubblica possa concedere la grazia solo per ragioni umanitarie, restando riservate le valutazioni politiche al Governo, in taluni casi anche con l'intervento del Parlamento. Il che sembra aprire le porte all'ipotesi di cui al testo.

(50) Corte cost., ord. n. 9 del 1997.

(51) In senso contrario, prima della sentenza annotata, E. Gallo, *Ancora sul potere di grazia*, cit., 86.

(52) È quasi superfluo precisare che una cosa è stabilire se un atto sia in astratto politico in quanto appartenente a una certa categoria (ciò che può ben accertare un giudice), e che cosa del tutto diversa è stabilire se un atto sia in concreto politico per il suo contenuto (ciò che comporta una valutazione essa pure intrinsecamente politica).

(53) Ipotizzata da A. Pugiotto, *Castelli di carte*, cit., 4 del dattiloscritto, e F. Berselli, *La decisione sulla natura presidenziale del potere di grazia*, cit., 5 del dattiloscritto.

(54) Lo riconoscono anche i sostenitori della tesi ora accolta dalla Corte: A. Pugiotto, *Ciampi, Castelli e la grazia a Bompressi*, cit., 4 del dattiloscritto.

(55) Messe in luce anche da M. Siclari, *Alcuni interrogativi*, cit., 2 del dattiloscritto.

(56) Nello stesso senso, A. Morrone, *Potere e responsabilità*, cit., 4 del dattiloscritto; D. Coduti, "Far grazia": *dalla monarchia assoluta alla repubblica parlamentare*, cit., 97; G. Galipò, *Fra politica e diritto. Considerazioni*

(segue)

c) conseguentemente, poiché - la Corte lo dice espressamente - «l'assunzione della responsabilità politica e giuridica del Ministro controfirmante, a norma dell'art. 89 della Costituzione, trova il suo naturale limite nel livello di partecipazione del medesimo al procedimento di concessione dell'atto di clemenza», e poiché il Ministro è «responsabile [soltanto] dell'attività istruttoria e quindi a tale titolo partecipa del procedimento complesso in cui si snoda l'esercizio del potere in esame», finiamo per avere un delicatissimo atto di esercizio di poteri sovrani che si sottrae a qualunque forma di responsabilità (diversa da quella, non formalizzata, diffusa) (57);

d) la parità di trattamento, che la grazia di per sé mette a repentaglio, può essere almeno in qualche modo salvaguardata solo se interviene l'apprezzamento del Ministro della giustizia, che non ha soltanto il quadro istruttorio della singola vicenda, ma anche quello globale della "politica" (è il caso di dirlo...) della grazia (58);

e) la limitazione funzionale della grazia, così centrale nel ragionamento della Corte, non è giustificata quando la sua concessione può realizzare valori costituzionali primari diversi da quelli (i soli richiamati dalla sentenza) che sono desumibili dall'art. 27 Cost. Non si comprende, infatti, perché mai si dovrebbe ritenere illegittima (ammesso che fosse politicamente opportuna) la grazia suggerita dalla necessità di salvare la vita a degli ostaggi (59) o «dal bisogno politico di pacificazione e di oblio» (60), in funzione del mantenimento proprio di quell'unità nazionale che la Costituzione vuole rappresentata (e mantenuta) dal capo dello Stato. La Corte ha fatto un passo molto delicato nel conferire una patente di illegittimità *a priori* ad ipotesi di questo tipo e si è assunta una grave responsabilità rompendo il rapporto tra clemenza individuale e interessi fondamentali della *pólis*.

Non si può escludere che in futuro i Presidenti della Repubblica, consapevoli dei rischi sottesi all'impostazione data dalla Corte al problema (consapevoli, potremmo dire, che quello ricevuto è davvero un dono avvelenato), si comportino *etsi sententia non daretur* e sollecitino, invece, secondo il modulo procedimentale implicato dagli atti complessi, la leale collaborazione del Governo, condizionando l'adozione della decisione finale al raggiungimento di un'intesa (in tal modo sfuggendo alla solitudine della decisione e della conseguente responsabilità). Se così avvenisse, la questione sarebbe riportata nel suo alveo naturale e sarebbe *di fatto* risolta come avrebbe dovuto essere sin dall'inizio anche nella vicenda Sofri-Bompreschi (con l'applicazione, cioè, del generale e - per i conflitti - decisivo principio di leale collaborazione) (61), e come non è stata per la pervicace opposizione del Ministro Castelli (62), che di quel principio è stata sicuramente lesiva (63), non foss'altro perché tutto il comportamento del

Guardasigilli si è ispirato ad un aprioristico rifiuto di controfirmare, senza sentire le ragioni dell'altro potere (il che è davvero il *minimum* della leale collaborazione) (64). Ma per una soluzione convincente anche *in diritto* occorrerebbe un ripensamento della Corte costituzionale. Ed è quello che, ribadisco, deve essere fermamente auspicato.

Note:

(segue nota 56)

sul potere di grazia nell'ordinamento giuridico italiano, in AA. VV., *La grazia contesa*, cit., 148. Non varrebbe opporre che l'irresponsabilità del capo dello Stato "è posta a garanzia della sua imparzialità" (così G.L. Conti, *Il favor libertatis*, cit., 112), perché questa osservazione, semmai, dimostra l'esigenza che il capo dello Stato non sia mai (sostanzialmente) "solo" quando nei suoi atti si formalizzano scelte propriamente politiche.

(57) Analogamente, T.F. Giupponi, *Potere di grazia e controfirma ministeriale*, cit., 3 del dattiloscritto, e M. Timiani, *La rappresentanza dell'unità nazionale*, cit., 4 del dattiloscritto.

(58) In questo senso, già, L. Paladin, *Presidente della Repubblica*, cit., 236; L. Elia, *Sull'esercizio del potere di grazia*, cit., 789.

(59) È l'ipotesi formulata da G. Gemma, *Grazia e rieducazione del condannato*, cit., 3 del dattiloscritto).

(60) Era l'ipotesi fatta a suo tempo da S. Romano, *Corso di diritto costituzionale*, V ed., Padova, 1940, 373, il quale riteneva che i provvedimenti di clemenza potessero essere «suggeriti o da un sentimento di clemenza, di indulgenza, di equità, o dal bisogno politico di pacificazione e di oblio, o da ogni altra considerazione di opportunità». E non sembra potersi opporre (come fa M. Aini, *Sulla titolarità del potere di grazia*, cit., 102) che le scelte di politica criminale si dovrebbero fare con le leggi di amnistia: se nell'Italia postfascista Benito Mussolini fosse stato lasciato in vita, ma fosse stato condannato per i suoi crimini, e se per ragioni di pacificazione nazionale fosse parso necessario sottrarlo alla sanzione, è ben difficile che l'amnistia sarebbe stato lo strumento idoneo (visto che sarebbe stata senz'altro necessaria una previsione *ad hoc*, non ospitabile, proprio in quanto misura individuale, nella legge prevista dall'art. 79 Cost.).

(61) Sulla leale collaborazione come strumento di risoluzione della vicenda Bompreschi, con accenti diversi (e non sempre coincidenti con quelli che ispirano questo scritto), R. Romboli, *Alla ricerca della regola*, cit., 233 sg.; R. Bin, *π. Le ragioni esoteriche di un match nullo*, cit., 49; A. Guazzarotti, *L'insuperabile valenza "politica" della grazia*, cit., 183. Sulla centralità del principio di leale collaborazione nella regolazione e risoluzione dei conflitti, S. Prisco, *La grazia: dal caso alla necessità (di una regola)*, cit., 277.

(62) È stato giustamente rilevato che la sentenza in commento, passando dall'affermazione dell'illegittimità dell'ostruzionismo ministeriale (che nessuno avrebbe potuto, nella specie, negare, e che proprio in forza del principio di leale collaborazione avrebbe dovuto portare all'accoglimento del ricorso) a quella della doverosità della controfirma, compie un vero e proprio "salto logico" (T.F. Giupponi, *Potere di grazia e controfirma ministeriale*, cit., 2 del dattiloscritto).

(63) Nello stesso senso, anche T.F. Giupponi, *Il potere di grazia e la sua (ir)responsabilità. Le possibili ragioni di inammissibilità del conflitto, tra leale collaborazione e controfirma ministeriale*, in AA. VV., *La grazia contesa*, cit., 164.

(64) Considerazioni non dissimili in L. Pesole, *Le due alternative*, cit., 248.