

Dopo la sentenza n. 200/2006: un nuovo statuto per gli atti di clemenza

di Andrea Pugiotto

Anticipiamo il presente contributo (destinato, nella sua versione definitiva, al fascicolo 4/2007 dei Quaderni costituzionali) che conclude la riflessione già avviata dall'Autore con il saggio "Dopo l'indulto 2006: tornare a riformare l'art. 79 della Costituzione", appena pubblicato nel fascicolo 2/2007 della medesima Rivista.

1. Una lettura in divenire

In tema di grazia esiste un dato tanto evidente quanto sottovalutato che, invece, è opportuno collocare ai blocchi di partenza: la clemenza individuale è un istituto storicamente sempre presente e geograficamente diffuso ovunque¹. Questa sua vitalità straordinaria, che ha trainato, nel tempo e nello spazio, da ordinamento ad ordinamento, il potere di grazia «ne rivela l'attitudine a subire il processo di progressiva razionalizzazione proprio di tutti gli istituti giuridici fondamentali per l'ordinamento positivo statale»². Collocata all'interno di un ordinamento dato, la grazia andrà dunque studiata nel suo divenire, con la consapevolezza che finalità e modalità di esercizio del potere di clemenza individuale «si condizionano reciprocamente, sia nel senso che le prime si riverberano sulle seconde sia nel senso che le seconde permettono di individuare meglio le prime»³.

Giusta, quindi, appare la scelta di metodo seguita nell'ormai celeberrima sentenza n. 200/2006: se l'interrogativo riguarda «non già la titolarità del potere di grazia, espressamente attribuita dalla Costituzione (articolo 87, penultimo comma) al Presidente della Repubblica, bensì le concrete modalità del suo esercizio» - osserva la Corte costituzionale - «è

¹ «A tutt'oggi, la grazia è istituto conosciuto praticamente in tutti gli Stati» (G. AMBROSINI, *Grazia*, in *Dig. discipl. pen.*, VI, Torino, 1992, 44), «indipendentemente dalla loro origine storica e dalla loro matrice ideologico-culturale» (B. PASTORE, *Potere di grazia, legalità, giustizia*, in *La grazia contesa. Titorialità ed esercizio del potere di clemenza individuale*, a cura di R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi, Torino 2006, 233), «nessuno escluso: forse la sola Cina ne è esente» (E. BALBONI, *La clemenza è (prevalentemente) presidenziale ma non è sovrana*, *ivi*, 12). Ed anche quando non era formalmente previsto, «il potere di grazia è stato, in fatto, esercitato egualmente» (G. ZAGREBELSKY, *Grazia (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 769 nota 50, con riferimento alla Francia vigente la Costituzione del 14 settembre 1791).

² P. NICOSIA, *Grazia*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, Torino, 1962, 7.

³ G. CONSO, *Profili processuali di un «novum»: la grazia concedibile d'ufficio*, in *Giusto processo*, 1991, 308. Analoga indicazione metodologica è già in E. SELVAGGI, *Grazia: I) Diritto costituzionale*, in *Encicl. Giur. It.*, XV, Roma, 1989, 1.

dunque rilevante, per la soluzione della questione posta, individuare la funzione propria del potere di grazia, anche alla luce della prassi sviluppatasi, nel periodo repubblicano, nelle relazioni tra Capo dello Stato e Ministro Guardasigilli»⁴.

L'uso dell'argomento storico ne esce così correttamente guidato: non si tratta di guardare al passato, a come il potere di grazia si è indubbiamente evoluto nel periodo statutario secondo prassi e dottrina, per poi sostenerne un automatico travaso nell'attuale assetto costituzionale⁵, bensì – come accade nella sentenza in esame – di coglierne l'ininterrotta evoluzione, che va ben oltre la seduta costituente del 22 ottobre 1947 per arrivare quasi alla più stretta attualità.

2. Una lettura sistematica

Una simile lettura in divenire - sia chiaro - non può però spingersi fino ad «elevare a norma il puro fatto»⁶. Quello della grazia è e resta un problema squisitamente di diritto costituzionale positivo, rispetto al quale i margini di manovra della legge (e, *a fortiori*, delle sue prassi applicative) sono davvero stretti: è la Costituzione a prescrivere titolarità e finalità della clemenza individuale, lasciando ai codici solamente la disciplina relativa ai suoi effetti ed alla procedura da seguire per la sua concessione. Ed è proprio l'assenza di una riserva di legge nell'art. 87, comma 11, Cost., come pure il divieto di incidere tramite fonte legislativa sulla titolarità e le finalità di un'attribuzione costituzionale, a spiegare le difficoltà ad

⁴ Cfr., rispettivamente, i punti 4 e 6 del considerato in diritto. Ecco perché a me pare essenzialmente terminologico il rilievo critico di M. LUCIANI, *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica*, in *Corriere giur.*, 2007, 190, secondo cui l'approccio della sentenza in esame, formalmente corretto, offuscherebbe in realtà il nodo di fondo della titolarità sostanziale del potere di grazia, «perché il *come* si decide finisce per dirci *chi* decide».

⁵

Lo statuto effettivo del potere di grazia nel Regno d'Italia è oggetto privilegiato dei contributi di M. STRONATI, *Il più bel gioiello della Corona. La grazia nella tradizione costituzionale italiana*, in *Giornale di storia cost.* 2004, fasc. 7, 259 ss., ID. «*Torniamo allo Statuto?*», in *La grazia contesa*, cit., 323 ss.

Per l'uso – criticato nel testo – del cd. argomento storico vedi, tra i tanti, P. ARMAROLI, *Grazia a Sofri? Un intrigo costituzionale*, Soveria Mannelli 2006, 11-39; M. CARISTO, *Sulla concessione del provvedimento di grazia potere condiviso tra Quirinale e Guardasigilli*, in *Guida al dir.*, 2005, n. 41, 119-121; A. RIDOLFI, *Osservazioni sulla titolarità del potere di grazia*, in *La grazia contesa*, cit., 306-308. La stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 134/1976, aveva riconosciuto una “continuità ordinamentale” in materia di grazia, sia pure al solo fine di giustificare la possibilità di concedere, ora come allora, un provvedimento condizionato di clemenza individuale.

⁶ L'espressione è di M.A. CABIDDU, *Tra rigore e clemenza: la misura della giustizia*, in *La grazia contesa*, cit., 63.

introdurre una rinnovata disciplina della concessione della grazia⁷ e la preferenza ad agire – per ottenere artatamente lo stesso scopo - sul diverso piano delle relazioni tra Presidente e Guardasigilli.

Il nodo da sciogliere nasce proprio qui, da una disciplina costituzionale carente di indicazioni *esplicite* circa i fini perseguibili tramite la grazia e la titolarità sostanziale del potere in discussione. Ma, laddove il testo costituzionale appare controverso, prima di rassegnarsi alla soluzione di leggerlo alla luce della prassi (attraverso l'*escamotage* della traslazione di questa in consuetudine costituzionale), «occorre privilegiare l'argomento logico-sistematico»⁸.

E' quanto fa, anche qui correttamente, la sentenza n. 200/2006, che aggancia la clemenza individuale alla moderna e secolarizzata disciplina costituzionale della pena e del suo regime esecutivo, ricavandone un fondamentale vincolo di scopo: «La funzione della grazia è, dunque, in definitiva, quella di attuare i valori costituzionali, consacrati nel terzo comma dell'articolo 27 Costituzione, garantendo soprattutto il "senso di umanità", cui devono ispirarsi tutte le pene, e ciò anche nella prospettiva di assicurare il pieno rispetto del principio desumibile dall'articolo 2 Costituzione, non senza trascurare il profilo di "rieducazione" proprio della pena»⁹. Al netto di altri argomenti, era esattamente questa la *ratio decidendi* prefigurata nel ricorso presidenziale¹⁰. Ora la Corte costituzionale la fa propria, derivandone – come veri e propri corollari - la titolarità sostanziale del potere di grazia, la dinamica interna alla procedura per la sua concessione, le caratteristiche strutturali della clemenza individuale, i possibili meccanismi di controllo di legalità e di legittimità costituzionale.

E' una lettura sistematica che riconosce alla clemenza individuale un ruolo tutto interno alla trama costituzionale: la grazia, in tal modo, si rivela un «provvedimento *contra legem* ma non anche *extra ordinem*», non solo perché espressamente contemplata dall'art. 87, comma 11, Cost.¹¹

⁷ Il problema ha attraversato l'intero dibattito – parlamentare e dottrinale - sulla proposta di legge A.C. n. 4237, Boato e altri, 30 luglio 2003, «*Norme di attuazione dell'articolo 87 della Costituzione, in materia di concessione della grazia*», presentata nella XIV Legislatura: cfr., volendo, A. PUGIOTTO, *Potere di grazia tra "legge Boato" e inerzia presidenziale*, in www.forumcostituzionale.it.

⁸ Così la sentenza costituzionale n. 7/2006, come opportunamente ci ricorda P. VERONESI, *Le due fasi del potere (presidenziale) di grazia*, in *La grazia contesa*, cit., 330, nota 2.

⁹

Punto 6.1, considerato in diritto.

¹⁰

Così almeno era parso a chi scrive: A. PUGIOTTO, *Ciampi, Castelli e la grazia a Bompressi: perché quel potere non è in condominio*, in www.forumcostituzionale.it, 3. Il testo del ricorso può leggersi nel *dossier* curato da I. F. CARAMAZZA, *Concessione della grazia, conflitto tra poteri dello Stato*, in *Rass. Avv. Stato*, 2006, 123 ss.

¹¹ Come sembra pensare F. BENELLI, *A favore della natura presidenziale del potere di grazia*, in *La grazia contesa*, cit., 30, cui si deve l'espressione citata nel testo.

ma soprattutto per la sua funzione di strumento eccezionale che concorre ad implementare la logica costituzionale della individualizzazione della pena, della differenziazione del trattamento, della risocializzazione del reo, della umanizzazione del regime della esecuzione penale¹².

3. Una lettura teleologica (che va difesa)

L'approdo della sentenza n. 200/2006 si rivela decisivo non solo per lo statuto costituzionale della grazia ma, più in generale, per un rinnovato regime degli istituti della clemenza *tout-court*, individuale e collettiva. La necessità di ripensare nuovamente la fonte sulla produzione delle leggi di indulto (e di amnistia) era la tesi di fondo di un mio precedente studio che prendeva le mosse dalla recente legge n. 241 del 2006¹³: quella tesi si rafforza proprio grazie al nesso strumentale tra clemenza e finalismo della sanzione penale che la sentenza in esame traccia come orizzonte costituzionale, *oggi*, della grazia individuale. L'ipotesi di lavoro, che si cercherà di dimostrare, è che proprio il comune perimetro rappresentato dall'art. 27, comma 3, Cost. (nelle sue differenti declinazioni) sia il punto di riferimento essenziale per edificare un nuovo, secolarizzato assetto costituzionale degli atti di grazia, d'indulto e di amnistia.

Ecco perché la lettura teleologica della Corte costituzionale andrà innanzitutto difesa dagli attacchi – a palle incatenate¹⁴ – mossi da parte

¹²

Il che valga in replica ai tanti che ancora revocano in dubbio la cittadinanza della clemenza individuale nello Stato di diritto costituzionale, recuperando così fuori tempo massimo argomentazioni critiche proprie dell'illuminismo giuridico (per una rassegna delle quali vedi T.L. RIZZO, *Il potere di grazia del Capo dello Stato dalla Monarchia alla Repubblica*, in *Riv. Guardia di finanza*, 1988, 585-590). In tema, con osservazioni controcorrente, vedi C. BERNASCONI, *La grazia: negazione o riaffermazione della funzione della pena?*, in *La grazia contesa*, cit., 33 ss.

¹³

Il riferimento è ad A. PUGIOTTO, *Dopo l'indulto 2006: tornare a riformare l'art. 79 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 285 ss., primo tempo di una riflessione unitaria di cui il presente saggio è la seconda conclusiva parte.

¹⁴

Legittima ogni critica, l'iperbole mi sembra comunque ampiamente giustificata: nella copiosa letteratura a commento della sentenza n. 200/2006, infatti, ci si imbatte - e con insolita frequenza - in giudizi di una tale severità come raramente accaduto in passato. Qualche esempio? La motivazione è «assai originale». La ricostruzione è «a tratti sbrigativa». Le argomentazioni sono «incerte», con «incongruenze e contraddizioni» manifeste, a testimonianza «della difficoltà di costruire una motivazione persuasiva». L'interpretazione sistematica è «un po' disinvolta» e «non pienamente avvertita». La soluzione accolta «fatica a dare soddisfacente risposta» agli interrogativi in campo ed anzi solleva «dubbi di non poco momento». Collocare la grazia esclusivamente nell'orizzonte del finalismo penale equivale a «mettere la testa sotto la sabbia», a «cercare scappatoie inventandosi rimedi *extra ordinem* e rifuggendo invece da una più matura riconduzione a sistema» della clemenza individuale. Lo statuto della controfirma tracciato in sentenza «sfigura totalmente il senso e la portata di secoli di storia» fino a «distruggere una componente essenziale del costituzionalismo nella forma di governo parlamentare».

Il saggio (anche se unilaterale) invito di L. ELIA, *Sull'esercizio del potere di grazia: un caso di amnesia collettiva?*, in *Studi in memoria di Livio Paladin*, II, Napoli 2004, 797, a discutere del potere di grazia «*sine ira et studio*» pare, dunque, caduto nel vuoto.

della dottrina che prefigurava esiti ben diversi per il conflitto di attribuzioni promosso dal Presidente Ciampi contro il Guardasigilli Castelli: dall'inammissibilità del ricorso, alla pilatesca soluzione interamente giocata sul principio della leale cooperazione tra i due poteri in lite, alla ricostruzione in chiave di atto politico della clemenza individuale. E che ora, dopo la sentenza n. 200/2006, tenta non a caso di ridimensionarne la portata¹⁵ fino a rimuoverla del tutto, invitando espressamente gli organi costituzionali a comportarsi in futuro «*etsi sententia non daretur*»¹⁶.

4. I buoni argomenti della Corte costituzionale: la fase dell'*iniziativa* nel procedimento di grazia

Il vincolo di scopo che la Corte costituzionale riconosce all'esercizio del potere di grazia trova un primo buon argomento nel modo in cui il codice di rito penale, ex art. 681, disciplina l'impulso iniziale al procedimento di concessione dell'atto di clemenza: infatti, sia la grazia su *domanda* del condannato o di altri legittimati (commi 1 e 2) sia la grazia su *proposta* del Presidente del Consiglio di disciplina (comma 3) rientrano perfettamente nel perimetro tracciato dall'art. 27, comma 3, Cost.

Concedere al reo la possibilità di chiedere grazia implica la necessità di una «verifica aggiornata della rispondenza o meno della pena ancora da espiare al fine ultimo del punire»¹⁷. Analogamente, la proposta proveniente dall'organo disciplinare dell'istituto penitenziario dove il condannato è recluso risponde ad una logica premiale per il percorso di risocializzazione compiuto dal reo¹⁸. Entrambe le ipotesi si muovono all'interno di una concezione dinamica del rapporto punitivo, la cui durata

¹⁵

E' quanto fa G.M. SALERNO, *Brevi riflessioni su alcuni aspetti problematici della sentenza della Corte costituzionale in tema di concessione della grazia*, in *Giur. cost.*, 2006, 2019-2020, che nega al dispositivo della sentenza n. 200/2006 il valore di precedente vincolante ed azzera ogni portata generale – in quanto mera motivazione del giudicato – all'interpretazione fornita dalla Corte in ordine alle disposizioni costituzionali in tema di grazia.

¹⁶

Così M. LUCIANI, *Sulla titolarità sostanziale*, cit., 198, il cui auspicio trova eco nella analoga (e altrettanto auspicata) previsione di G.U. RESCIGNO, *La Corte sul potere di grazia, ovvero come giuridificare rapporti politici e distruggere una componente essenziale del costituzionalismo nella forma di governo parlamentare*, in *Giur. cost.*, 2006, 2017.

¹⁷ G. CONSO, *Profili processuali di un «novum»*, cit., 311.

¹⁸ Esplicita, sul punto, è la Relazione ministeriale al testo definitivo del nuovo c.p.p., laddove parla di eventuale accoglimento della proposta «coerentemente con la sua natura di ricompensa e con la sua finalità rieducativa». Il che, peraltro, appare in asse con l'origine di tale ipotesi normativa, già contemplata all'art. 71 del regolamento di esecuzione (d.P.R. 29 aprile 1976, n. 431) della legge di riforma dell'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354).

e le cui modalità di esecuzione non vengono ingabbiate una volta per tutte nel giudicato penale, aprendosi semmai alla possibile evoluzione della personalità del condannato, alla luce di «una valutazione che è riferita non al momento della commissione del reato, non al momento della irrogazione della pena, ma al momento della decisione sulla grazia»¹⁹.

Quanto alla possibilità che la grazia venga concessa «anche in assenza di domanda o proposta» (comma 4), l'innovativa previsione legislativa introduce un'iniziativa officiosa spettante al Presidente della Repubblica quale titolare costituzionale del potere di grazia²⁰: da attivarsi però a quale fine? Il mancato rinvio ai commi precedenti dell'art. 681 c.p.p., aveva fatto pensare ad una grazia d'ufficio sottratta all'acquisizione degli elementi istruttori prescritti per la grazia su domanda o su proposta, giustificando tale differenza modale con una diversità di scopo: la concessione della clemenza qui si inquadrerebbe «in più ampie prospettive di interesse nazionale», rispondendo a «superiori finalità di ordine sociale» che, storicamente, ne hanno giustificata la concessione²¹.

E' un'interpretazione che, ora, la sentenza n. 200/2006 respinge²². Nel momento in cui fa del Guardasigilli controfirmante il garante della «completezza e [del]la regolarità dell'istruttoria e del procedimento seguito» per la concessione della grazia, *indipendentemente dal tipo di impulso iniziale*, è evidente che la Corte impone comunque e sempre il rispetto delle procedure indicate dal 2° comma dell'articolo in esame²³. Assunta tale interpretazione ne consegue - per *tutti* gli impulsi alla concessione della grazia - un'identità di procedura e di scopo, ambedue costituzionalmente orientati al finalismo rieducativo e all'umanizzazione della pena. La *ratio* della previsione di un'origine officiosa nella concessione della grazia va, in realtà, cercata altrove, nella natura della clemenza individuale quale atto autonomo dello Stato sottratto ad una qualche negoziazione con il condannato; un atto di clemenza unilaterale, la cui concessione «non richiede confessione o pentimento» così come – simmetricamente – la domanda di grazia ha «solo un carattere tecnico (far

¹⁹ F. MONALDI, *Provvedimento di grazia e procedimento*, in *La grazia contesa*, cit., 213.

²⁰

Cfr. E. GALLO, *Ancora sul potere di grazia. (A proposito di un anomalo conflitto di attribuzione)*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, Milano 1993, 469.

²¹

E' l'ipotesi interpretativa formulata da G. CONSO, *Profili processuali di un «novum»*, cit., 310-311.

²² Avallando così la prassi, che già mostra come nei casi di grazia officiosa venga comunque seguita la procedura istruttoria dei primi tre commi dell'art. 681 c.p.p.: cfr. R. MENDOZA, *Il procedimento di grazia nell'ordinamento costituzionale, processuale e nella prassi*, in *Doc. Giust.*, 1997, 1092.

²³ Considerato in diritto, punto 7.2.5. Coglie molto bene questo snodo procedurale M. RUARO, *La competenza presidenziale in tema di grazia: dai valori costituzionali di riferimento alle implicazioni sul modus procedendi*, in *Giur. cost.*, 2006, 2039.

conoscere la propria situazione di detenzione e il proprio caso) e non etico»²⁴.

Non c'è spazio, invece, per autonomi poteri d'iniziativa del Guardasigilli, di cui l'art. 681 c.p.p., come già l'art. 595 del codice di rito penale del 1930, non reca «la minima traccia»²⁵. La sola proposta di cui si fa previsione è quella del Presidente del Consiglio di disciplina e non del Ministro, menzionato esclusivamente come soggetto cui è «presentata» o trasmessa la domanda di grazia comunque «diretta al Presidente della Repubblica», come la stessa sentenza n. 200/2006 ha cura di sottolineare. Fin dalla propria fase genetica il procedimento di grazia, dunque, delinea il ruolo del Guardasigilli quale mero ricettore di atti provenienti *aliunde* e destinati *altrove*²⁶.

L'unico aggancio testuale che potrebbe far pensare ad un impulso ministeriale *non* è nel codice di rito penale ma, eventualmente, nell'art. 89, comma 1, Cost. se interpretato nel senso che tutti gli atti presidenziali (grazia compresa) nascono su proposta del Ministro controfirmante²⁷. Ma è mera apparenza: tale interpretazione riguarderebbe semmai (non la fase *iniziale* bensì) la fase *decisoria* di un procedimento istruttorio oramai concluso in vista della concessione della grazia e giustificerebbe, eventualmente, la mancata sottoposizione del decreto di clemenza al Quirinale ovvero la negazione della relativa controfirma da parte del Guardasigilli. Tutti approdi ermeneutici da cui – come è noto – la sentenza n. 200/2006 si è tenuta debitamente alla larga.

Guardata nel suo insieme, la fase iniziale del procedimento di grazia rivela così una sua intrinseca coerenza: ci parla di un impulso sottratto a logiche politiche perché tutto interno ad una differente razionalità ispirata ad esigenze eminentemente umanitarie ed equitative,

²⁴

F. CORLEONE, *La grazia tra il diritto e la violenza*, in *La grazia contesa*, cit., 120. Ed è proprio su questa base - oltre che sul carattere solamente oneroso della procedura disciplinata dall'art. 595 del precedente c.p.p. - che la dottrina già giustificava un potere officioso di iniziativa del Capo dello Stato in materia di grazia: cfr., ad esempio, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, III, Torino 1961, 482-483.

²⁵

E. GALLO, *Ancora sul potere di grazia*, cit., 469.

²⁶

Così, con efficacia, E. BALBONI, *Il potere di grazia e le sue procedure*, in *Quad. cost.*, 2005, 631.

²⁷

Ed è sulla base di questa (errata) premessa che in dottrina si è sostenuta l'illegittimità costituzionale dell'art. 681, comma 4, c.p.p. perché prevede una grazia concedibile anche in assenza di iniziativa ministeriale (cfr. V. GIGLIO, *La grazia. Da un caso particolare ad un problema generale*, in *La Rivista del Consiglio*, 2003, 100). Ovvero che la regola dell'art. 89, comma 1, Cost. varrebbe solo nell'ipotesi di grazia proposta dal Guardasigilli, diversamente dal caso della grazia su iniziativa del Presidente della Repubblica, sottoposta al diverso regime dell'art. 95 Cost. che, circoscrivendo la responsabilità ministeriale agli atti del relativo dicastero, derubricherebbe la controfirma a mero controllo di legittimità (G. B. FERRI, *Divagazioni di un civilista intorno al potere del Presidente della Repubblica di concedere la grazia*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Torino 2005, 292-295).

correlate ad una rinnovata e continuamente aggiornata fotografia del percorso rieducativo o della situazione detentiva del reo.

5. La fase istruttoria nel procedimento di grazia

Anche la fase istruttoria nel procedimento di concessione della grazia, delineata dal comma 2 dell'art. 681 c.p.p., si muove in eguale direzione.

E' sempre un organo giurisdizionale (il giudice di sorveglianza o il procuratore generale, a seconda dello stato di detenzione o meno del condannato) a raccogliere le «opportune informazioni» e gli «elementi di giudizio utili» da trasmettere poi, con il relativo parere, al Guardasigilli. Un organo *neutrale* rispetto al circuito politico, dunque, chiamato ad acquisire «quelle stesse informazioni, attinenti alla personalità del condannato (...) che costituiscono la piattaforma conoscitiva nei procedimenti finalizzati all'applicazione delle misure alternative alla detenzione»²⁸. Si tratta di un passaggio istruttorio che non può essere pretermesso. La funzione consultiva del giudice di sorveglianza sulle istanze di grazia presentate da detenuti è, infatti, prescritta anche dall'art. 69, comma 9, della legge n. 354 del 1975 sull'ordinamento penitenziario. Le stesse circolari ministeriali in materia²⁹, oltre a rivelare che «scopo principale di tale istruttoria è quello di individuare nel comportamento del condannato indici sintomatici del suo ravvedimento»³⁰, valorizzano il ruolo dell'organo giurisdizionale neutrale a scapito di quello del Guardasigilli.

Il punto controverso è esattamente la natura dell'attività cui è chiamato, in questa fase, il Ministro al quale la domanda di grazia, a norma dell'art. 681 c.p.p., è «presentata» (comma 1) o trasmessa (comma 2). Su questa esigua base legislativa la prassi ha edificato un'attività ministeriale che fa del Guardasigilli – e dei suoi uffici - «l'apice del procedimento istruttorio»³¹ fino a riconoscergli non solo il potere di formulare una proposta favorevole alla grazia ma, prima ancora, quello di interromperne unilateralmente il procedimento di concessione:

«La prassi seguita dal Ministero della giustizia prevede che competente a effettuare una prima valutazione delle istanze di grazia sia l'Ufficio III che, ove ritiene sussistenti le condizioni

²⁸

M. RUARO, *La competenza presidenziale in tema di grazia*, cit., 2036

²⁹

Ora riepilogate e ripercorse analiticamente da M. PISANI, *L'istruttoria per la grazia e la disciplina dei codici*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, Milano 2006, 2805 ss.

³⁰

R. REALI, *Grazia: II) Diritto penale*, in *Encicl. giur. it.*, XV, Roma 1989, 4.

³¹ G. GALIPO', *Fra politica e diritto. Considerazioni sul potere di grazia nell'ordinamento italiano*, in *La grazia contesa*, cit., 145.

minime per la concessione del beneficio, trasmette all'autorità giudiziaria competente (...) la richiesta di svolgere un'apposita istruttoria. Qualora l'autorità giudiziaria competente formuli avviso contrario alla concessione della grazia e l'Ufficio III condivide tale risultato istruttorio, spetta al medesimo Ufficio esprimersi in senso contrario nei confronti della domanda di grazia, anche al fine di sottoporre alla valutazione del Ministro della giustizia le sole pratiche in relazione alle quali l'istruttoria svolta dall'autorità giudiziaria competente abbia dato esito favorevole. In tali casi il Dirigente a capo dell'Ufficio III redige una relazione che, dopo l'approvazione del Direttore generale del Ministero della giustizia, viene trasmessa al Ministro. E' sulla base di tale relazione che viene redatto il parere da trasmettere al Capo dello Stato, unitamente al decreto di concessione del beneficio»³².

Questa prassi è certamente illegittima.

Nasce, innanzitutto, da un equivoco. Crea infatti un potere d'interdizione in forza di una prescrizione legislativa – la presentazione o la trasmissione della domanda al Guardasigilli - introdotta solo per esigenze di ordine pratico ed avente natura meramente onerosa³³, dislocandolo per di più presso soggetti costituzionalmente non competenti ed irresponsabili (il Dirigente dell'Ufficio grazie, il Direttore generale del Ministero di giustizia), così che non solo il Capo dello Stato «ma addirittura il Ministro, se non in casi eccezionali, non è messo a conoscenza delle pratiche e delle decisioni assunte (non da lui ma dagli uffici)»³⁴.

³² Così il Guardasigilli Castelli nell'audizione presso la Commissione I (Affari costituzionali), Camera dei deputati, seduta del 3 febbraio 2004.

³³

L'elevato numero di istanze di grazia rendeva «impensabile» che il Capo dello Stato potesse dedicarsi personalmente alla loro lettura: da qui la necessità di delegare la funzione ad una apposita struttura, individuata nel Ministero di giustizia anche per le sue relazioni quotidiane con gli uffici penitenziari ed i palazzi di giustizia (così E. GALLO, *Ancora sul potere di grazia*, cit., 470). Peraltro, l'invio dell'istanza di grazia al Guardasigilli è un mero onere cui «nella pratica è da preferire la presentazione per il tramite del procuratore generale: poiché nel caso di presentazione diretta al Ministro di grazia e giustizia quest'ultimo trasmette per l'istruttoria, com'è ormai prassi consolidata, sempre al procuratore generale» (G. GIANZI, *Grazia (dir. proc. pen.)*, in *Encicl. dir.*, XIX, Milano 1970, 774-775 e nota 13).

³⁴

F. CORLEONE, *Potere del Presidente o degli uffici? Così la grazia muore di burocrazia*, ne *Il Foglio*, 21 gennaio 2004 (valutazioni meno preoccupate sono espresse, invece, da R. QUINTAVALLE, *Il potere di grazia secondo prassi e consuetudini costituzionali. La sua attualità nel vigente sistema penale*, in *Cass. pen.*, 2001, 3244). Lo stesso Autore (ID., *La grazia tra il diritto e la violenza*, cit., 119) informa che tale prassi risulta di recente modificata, nel senso che il Ministro ora viene messo a conoscenza dei casi più delicati e controversi.

La stessa giurisprudenza, che più di recente si è occupata di istruzione della grazia, offre elementi critici della prassi descritta. Se – come chiarito dalla Corte di Cassazione – nella fase istruttoria l'autorità giudiziaria non esercita alcun potere decisorio dovendosi limitare ad acquisire elementi valutativi strumentali alle determinazioni del Ministro, non si giustifica un'archiviazione anticipata predisposta dall'Ufficio III solo perché concorde con il parere contrario del giudice di sorveglianza o del procuratore generale³⁵. Se – come emerge da una lettura non superficiale della giurisprudenza amministrativa – il procedimento introdotto dall'istanza di grazia ha natura propriamente amministrativa, i compiti cui è chiamato il Guardasigilli sono sottoposti – oltre che all'art. 97 Cost. - ai principi ed alle regole della legge n. 241 del 1990, non escluso l'obbligo di completare l'attività istruttoria con un espresso provvedimento che va trasmesso al Capo dello Stato³⁶.

Giustificare con «evidenti criteri di economia degli atti»³⁷ la mancata trasmissione degli esiti dell'istruttoria sulla grazia, nell'ipotesi di contrarietà del Guardasigilli alla sua concessione, prova davvero troppo. Il potere di grazia si esercita sia nella sua concessione che nel suo diniego, due aspetti - l'uno positivo e l'altro negativo - «entrambi necessari a configurare quel potere previsto dalla Costituzione»³⁸: solo obbligando il Ministro a concludere l'istruttoria ed a sottoporre il relativo esito, *qualunque esso sia*, si realizza la condizione necessaria che permette al Capo dello Stato di decidere se concedere o meno la clemenza individuale. Diversamente, l'art. 87 comma 11 Cost. verrebbe svuotato di un qualunque contenuto sostanziale, residuando in capo al Presidente

³⁵

Cfr. Cass. pen., Sez. I, 23 ottobre 2002, Meucci, in *Repertorio Foro it.*, voce *Competenza penale*, n. 43 (su cui richiama opportunamente l'attenzione A. REALE, *Per grazia di chi?*, in *La grazia contesa*, cit., 300). Ma già la Corte costituzionale aveva precisato che nel corso di un procedimento relativo alla domanda di grazia «al magistrato di sorveglianza non spetta assumere alcun provvedimento di carattere decisorio, ma soltanto acquisire elementi di giudizio utili ed esprimere un parere, strumentale alla decisione definitiva che altra autorità adotterà nell'esercizio di una funzione non giurisdizionale» (ordinanza n. 382/1991).

³⁶ Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I, n. 1817 del 2004; Cons. Stato, sez. IV, n. 7960 del 2004, così come esplicate in dottrina da L. COEN, *L'istruttoria sulla grazia come procedimento amministrativo. Note a margine di Cons. Stato, Sez. IV, n. 7960 del 2004*, in *La grazia contesa*, cit., 98 ss.; B. DI GIACOMO RUSSO, *Attività ministeriale dovuta per un esercizio imparziale del potere di grazia*, ivi, 137; F. MONALDI, *Provvedimento di grazia e procedimento*, cit., 214-215. Che i termini «istruttoria» e «procedimento», contenuti nel (previgente) art. 595 c.p.p., avessero «un valore puramente amministrativo» trattandosi di «attività meramente preparatorie che forniscono al Capo dello Stato elementi per la decisione», era già la tesi di E. GALLO, *Ancora sul potere di grazia*, cit., 472 s. nota 5.

³⁷ L. ELIA, *Sull'esercizio del potere di grazia*, cit., 791.

³⁸

G. ZAGREBELSKY, *Grazia*, cit., 765.

della Repubblica solamente la possibilità di richiedere gli atti istruttori a scopo meramente informativo³⁹.

Bene ha fatto allora il Capo dello Stato ad interrompere l'acquiescenza verso simili archiviazioni unilaterali e furtive, espressioni non tanto «di un *savoir faire* costituzionale teso ad evitare ogni frizione» quanto di «una sorta di *pocket veto* nei suoi confronti»⁴⁰. Avendo appreso dai giornali la decisione ministeriale di non dare seguito alla domanda di grazia riguardante Ovidio Bompressi, così scrive il Presidente Ciampi al Guardasigilli Castelli:

«[...]L'episodio mi induce ad una più generale riflessione sulla prassi in atto, secondo cui delle istruttorie, condotte dal Ministero della Giustizia su istanze o proposte di grazia e concluse con esito negativo, non viene data alcuna comunicazione al Capo dello Stato, al quale pure "la domanda di grazia (è) diretta" (art. 681, primo comma, del codice di procedura penale).

E' ora, a mio avviso, che questa prassi sia modificata, in quanto essa appare in contrasto con principi e norme che regolano la materia: essa, infatti, sottrae al Presidente della Repubblica, titolare costituzionale del potere di grazia (art. 87, penultimo comma, della Costituzione), la conoscenza dell'esito e, il più delle volte, della stessa esistenza di un grande numero di domande.

Le chiedo, quindi, di fare in modo che, d'ora innanzi, il Capo dello Stato sia regolarmente informato della conclusione di tutte le istruttorie in materia di grazia. Le sarò grato, Onorevole Ministro, se vorrà fornirmi cortesi assicurazioni in tal senso»⁴¹.

Assicurazioni che arrivano a strettissimo giro di posta:

«[...] Quanto alla Sua richiesta di essere regolarmente informato della conclusione di tutte le istruttorie in materia di

³⁹

Come osserva C. ARENA, *Il potere di grazia del Presidente della Repubblica*, in *Giur. it.*, 2006, 895. Detto altrimenti, si avrebbe il capovolgimento del potere presidenziale di «concedere la grazia» nel potere *esclusivamente negativo* di non concedere la grazia proposta dal Guardasigilli.

⁴⁰ P. PITTARO, *Il conflitto di attribuzioni sul potere di grazia fra Capo dello Stato e Ministro della Giustizia*, in *Dottrina e Diritto* [www.ilquotidianogiuridico.it/home.jsp], 3.

⁴¹ Nota (inedita) del Presidente della Repubblica Ciampi al Ministro della giustizia Castelli, in data 15 ottobre 2003.

grazia, ho impartito agli uffici competenti le opportune disposizioni perché a ciò si provveda»⁴².

Sorprende davvero che una prassi tanto illegittima – perché non giustificata dal codice di rito penale, perché contraria alla legge sul procedimento amministrativo, perché *contra Constitutionem* ed ora superata in via convenzionale – sia stata in dottrina valorizzata fino a farne trampolino di lancio per una vera e propria consuetudine di rango costituzionale, che troverebbe finale espressione nella natura duale del potere di concedere grazia⁴³.

Altra è, semmai, la considerazione complessiva da trarre. Se la concessione della grazia rispondesse ad una finalità politica, le modalità per il suo esercizio dovrebbero restare necessariamente indeterminate, perché strumentali ad un atto il cui fine non è precisabile «in via preventiva ed astratta»⁴⁴. Non è quanto accade per la sua fase istruttoria, da tempo avviata verso una progressiva procedimentalizzazione che la legge n. 241 del 1990 scandisce, il giudice amministrativo controlla, la sentenza n. 200/2006 ora suggella. Il tutto è dunque funzionale ad un atto di clemenza che risponde a ragioni «predeterminate in via generale» rintracciabili nell'art. 27, comma 3, Cost.

Se questa è la linea di marcia sarà necessario, allora, che la prassi si liberi di alcune incrostazioni residue – specialmente tra gli elementi istruttori elevati a condizioni *de facto* per la concessione della grazia – estranee alla finalità umanitaria ed equitativa propria della clemenza individuale⁴⁵.

⁴² Nota (inedita) del Ministro della giustizia Castelli al Presidente della Repubblica Ciampi, in data 17 ottobre 2003. Di tale rinnovato accordo la stessa sentenza n. 200/2006 prende atto, laddove segnala che «delle avvenute archiviazioni è da qualche tempo data notizia periodicamente al Capo dello Stato» (considerato in diritto, punto 7.2.3.)

⁴³ In tal senso, tra i tanti, P. ARMAROLI, *Grazia a Sofri?*, cit., 6, 9, 38 ma *passim*; M. CARISTO, *Spicca la collaborazione tra Alte cariche nella storia italiana del potere di grazia*, in *Guida al dir.*, 2005, n. 42, 99-101; T.E. FROSINI, *Il potere di grazia e la consuetudine costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it; G. MAJORANA, *La controversa natura del potere di grazia e l'indiscutibile ruolo della prassi*, in *La grazia contesa*, cit., 187.

⁴⁴

Così E. SELVAGGI, *Grazia*, cit., 2 (anche per la citazione successiva nel testo).

⁴⁵

Un esempio per tutti: per prassi reiterata (ora confermata dalla nota ministeriale 6 marzo 1995) costituisce elemento ostativo alla concessione della grazia «il mancato perdono da parte di parenti delle vittime», elevato in dottrina a «*conditio sine qua non*» (L. CESARIS, *Quale futuro per la grazia?*, in *La grazia contesa*, cit., 84) e dilatato fino ad includere «anche le impressioni e gli indirizzi dell'opinione pubblica» (F. PATERNITI, *Potere sovrano di clemenza o potere di clemenza del sovrano?*, ivi, 237 nota 8). Il che, oltre a far regredire la pena entro una primitiva funzione di giustizia privata, introduce un elemento di giudizio estraneo al percorso di risocializzazione del condannato e al divieto di trattamenti contrari al senso di umanità: condizioni, queste, pienamente coperte dall'art. 27, comma 3, Cost. Se quel che si vuole far valere sono «le ragioni della pena», contrapposte alle «ragioni della grazia» espresse in chiave rieducativa dal parere del

6. La concessione della grazia (ed i suoi nuovi numeri)

Se la grazia è finalizzata «a valorizzare soltanto eccezionali esigenze di natura umanitaria», il suo impiego deve «essere contenuto entro ambiti circoscritti»: la Corte costituzionale mostra di averne piena contezza⁴⁶. Ed è proprio sul fronte della dinamica degli atti di clemenza concessi che una lettura aggiornata del fenomeno registra novità particolarmente significative.

A lungo inflazionato, il potere di fare grazia registra da tempo una inversione di tendenza che, molto opportunamente, la sentenza n. 200/2006 valorizza, segnalando come – a far data dal 1986 - «si è assistito ad un ridimensionamento nella sua utilizzazione: valga, a titolo esemplificativo, il raffronto tra i 1.003 provvedimenti di clemenza dell'anno 1966 [*rectius*: 1965] e gli appena 104 adottati nel 1987, ma il dato numerico è ulteriormente diminuito negli anni successivi, riducendosi fino a poche decine»⁴⁷. Sono cifre che la Corte attinge da statistiche ministeriali⁴⁸, ufficiali ancorché inesatte se confrontate con i dati volta per volta segnalati in dottrina, i quali testimoniano – per il passato - un uso ancor più massiccio della clemenza individuale⁴⁹: lo scarto è tuttavia solo quantitativo, mentre la convergenza è piena circa la più recente tendenza alla diminuzione numerica.

Né si tratta di un fenomeno congiunturale: il basso numero di grazie concesse riguarda già tre diverse presidenze della Repubblica ed è confermato anche dal primo anno della presidenza Napolitano; persiste oramai da due decenni e pure in assenza (da tre lustri) di provvedimenti di clemenza collettiva⁵⁰; trova la sua ragione di fondo nell'introduzione di

giudice di sorveglianza, esse sono già oggettivate nel parere istruttorio del procuratore generale (come opportunamente osserva G.L. CONTI, *Il favor libertatis e la grazia: al di là di Bompressi*, *ivi*, 103 e nota 2).

⁴⁶

Considerato in diritto, punto 6.1.

⁴⁷

Considerato in diritto, punto 6.2.

⁴⁸

Reperibili in http://www.giustizia.it/statistiche/statistiche_dag/grazia.htm,

⁴⁹ Una sinossi riepilogativa delle cifre “ministeriali” e delle (non coincidenti) cifre “dottrinali” relative alle grazie concesse dal 1950 al 2006 è già stata tentata in A. PUGIOTTO, «*Eminentemente umanitaria ed equitativa*». *Numeri, causa (e motivi) della grazia*, in *La grazia contesa*, *cit.*, 278-283 (e relative *appendici* alle pp. 292-294).

⁵⁰

E' infatti storicamente esistito un rapporto (inversamente proporzionale) tra il numero di grazie concesse e l'approvazione di provvedimenti d'amnistia e d'indulto, nel senso che all'applicazione di questi ha sempre fatto seguito una contrazione nella concessione della clemenza individuale (e viceversa): cfr. G. ZAGREBELSKY, *Grazia*, *cit.*, 767, nota 44. L'assenza di clemenze collettive che datava dal 1990 (solo ora e solo in parte colmata dalla recente legge d'indulto n. 241 del 2006) avrebbe, dunque, dovuto contribuire ad una

riforme di sistema che hanno reso flessibile la legislazione penitenziaria (alle cui rigidità spesso ed in modo improprio si è rimediato in passato ricorrendo copiosamente alla grazia)⁵¹; è destinato a confermarsi negli anni a venire, grazie ad un procedimento di concessione finalmente sottratto alle opacità e ambiguità del passato (quando molto si domandava perché, nel cono d'ombra di una procedura totalmente "ministerializzata", molto si concedeva).

La quantità è, in questo caso, qualità delle cose. La vertiginosa parabola discendente delle grazie concesse rende ormai anacronistiche alcune critiche⁵² le quali, volendo colpire *l'abuso* del potere di grazia, affondavano la spada fino a infilzare da parte a parte il potere *in sé e per sé*. Crea le condizioni ottimali per un rinnovato statuto della grazia, di cui siano chiari la titolarità, i vincoli procedurali e strutturali ed il cui esercizio sia sindacabile⁵³. Soprattutto – come evidenzia la sentenza n. 200/2006 – testimonia «l'esistenza di una ulteriore evoluzione dell'istituto, o meglio della funzione assolta con il suo impiego»⁵⁴: la grazia non è più misura comune adoperabile a fini deflattivi di politica penitenziaria, conformandosi – anche nella sua effettività – quale strumento *eccezionale* cui ricorrere per ragioni che vanno cercate altrove. Anche per questa via, dunque, la lettura in divenire del potere di grazia porta ad emersione una «silente, ma profonda, mutazione dell'istituto»⁵⁵, che trova le sue coordinate costituzionali nell'umanizzazione della pena e nella risocializzazione del

impennata nella concessione degli atti di grazia. Il che, invece, non è accaduto.

⁵¹

La dottrina è unanime nel correlare il calo numerico delle grazie concesse all'evoluzione dell'ordinamento penitenziario, ispirata all'individualizzazione del trattamento, alla risocializzazione in chiave specialpreventiva, alla giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale (cfr., per tutti, L. CESARIS, *Quale futuro per la grazia?*, cit., 82-83). L'assunto è confermato anche nella sentenza n. 200/2006, che «non casualmente» richiama «l'entrata in vigore della legge 663/86 (Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà)» cui ascrive il diminuito ricorso alla grazia (considerato in diritto, punto 6.2).

⁵²

L'epitome è questa: l'abuso di clemenza individuale trasforma la grazia in un improprio quarto grado di giudizio, condotto in forme discrezionali (quando non arbitrarie) da organi non giurisdizionali. Il ricorso alla grazia quale strumento di uso comune, da deroga eccezionale al principio di legalità e di eguaglianza, si fa impropriamente regola. L'elevato numero di grazie concesse fatica a nascondere clemenze generali dietro atti di clemenza formalmente individuali, con conseguente aggiramento e svuotamento della procedura legislativa rinforzata richiesta dall'art. 79 Cost. La bulimia di atti di clemenza, collettiva e individuale, è la patologia di una giustizia a maglie larghe che finisce per scoprire di tutela beni giuridici costituzionalmente rilevanti.

⁵³

Vedi, *infra*, § 10.

⁵⁴

Considerato in diritto, punto 6.2 (corsivi aggiunti).

⁵⁵ L'espressione è di E. BALBONI, *La clemenza è (prevalentemente) presidenziale*, cit., 14.

reo, in chiave residuale rispetto agli istituti introdotti dal rinnovato ordinamento penitenziario.

7. La morfologia dell'atto di grazia

Oltre il procedimento di concessione della grazia, anche la legislazione ordinaria di contorno conferma quanto la clemenza individuale sia strumentale al finalismo penale.

Si pensi alla morfologia dell'atto «in caso di grazia sottoposta a condizioni» (ex art. 681, comma 5, c.p.p.), i cui effetti vengono così collegati al verificarsi di determinate circostanze, sospensive o risolutive, indicate nel decreto presidenziale. Al di là dei relativi profili problematici⁵⁶, l'ipotesi qui interessa per il suo significato di fondo: la giustificazione dell'apposizione di condizioni rimanda alla natura stessa della grazia, quale strumento per realizzare esigenze di giustizia e di equità del caso singolo e quale atto non di mera clemenza, «ma che, in armonia col vigente ordinamento costituzionale, e particolarmente con l'articolo 27 Costituzione, favorisca in qualche modo l'emenda del reo ed il suo reinserimento nel tessuto sociale»⁵⁷.

Analogo significato di fondo riveste l'ipotesi, non preclusa dall'ordinamento, di grazia *parziale*, tramite la quale la pena viene condonata per la parte eccedente i limiti di ammissibilità ai benefici penitenziari, cui il graziato può così aspirare anticipatamente. Il *continuum* che viene in tal modo a crearsi – attraverso l'autonoma mediazione del giudice di sorveglianza - tra clemenza individuale e misura alternativa extramuraria risponde ad una comune *ratio*, che è quella di «garantire in

⁵⁶

Per i quali rinvio a G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Milano 1974, 187-204; ID., *La grazia condizionata e la Costituzione*, in *Giur. it.*, 1979, II, 473 ss., segnalando però che di diverso avviso si è mostrata, per ora, la giurisprudenza costituzionale: cfr. sentenza n. 134/1976 e ordinanza n. 388/1987.

Il problema non va confuso con quello del necessario consenso alla grazia da parte del condannato, recentemente riproposto – e risolto per l'affermativa – da A. SPADARO, *Storia di un "consolato" di garanzia: il Presidente-garante e la Corte-custode a 50 anni dall'inizio dell'attività della Consulta*, in *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. Ruggeri, Napoli 2006, 615. Per la tesi – decisamente più persuasiva – della grazia quale atto non ricettizio, operante a prescindere dall'accettazione del beneficiario e non rinunciabile, si veda specialmente G. CAMERINI, *Grazia (profili penali e processuali)*, in *Dig. discipl. pen.*, VI, Torino, 1992, 48.

⁵⁷

Così, testualmente, la sentenza n. 134/1976, non a caso richiamata per esteso nella sentenza n. 200/2006 (considerato in diritto, punto 6.1). In tal senso vedi, in dottrina, G. GIANZI, *Grazia*, cit., 773; M. RUARO, *La competenza presidenziale in tema di grazia*, cit., 2030 (ad avviso del quale simili condizioni sarebbero paragonabili alle prescrizioni corredanti la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale, ex art. 47, comma 5, dell'ordinamento penitenziario).

definitiva, nel rispetto delle altre funzioni della pena, il recupero sociale del condannato»⁵⁸.

Queste sinergie dettate dal diritto positivo sono rese possibili dal comune effetto incidente sulla esecuzione della pena, che la grazia condivide con altri istituti ora presenti nell'ordinamento penitenziario e «che rivestono in sostanza natura di atti di clemenza individuale, sia pure condizionale o parziale»⁵⁹: la libertà condizionale, l'affidamento in prova al servizio sociale, la liberazione anticipata, la semilibertà, la detenzione domiciliare. E' un insieme di misure flessibili all'interno del quale la concessione della grazia mantiene le proprie specificità⁶⁰: essa non ha natura giurisdizionale; non è tipizzabile – nelle sue condizioni oggettive e soggettive – dalla legge⁶¹; (se totale) restituisce piena libertà e non (solo) spazi di libertà condizionata; non ha l'ordinarietà degli istituti alternativi al carcere connotandosi semmai come misura residuale. E' davvero facile scorgere tutto ciò nell'istantanea scattata con la sentenza n. 200/2006, che fotografa la grazia nella sua natura di «eccezionale strumento destinato a soddisfare *straordinarie* esigenze di *natura umanitaria*»⁶².

La morfologia dell'atto di grazia offre un ulteriore argomento che ne smentisce una presunta natura politica, confermandone *a contrario* la finalità esclusivamente rieducativa ed umanitaria. Allo stato dell'ordinamento⁶³ non è contemplata l'ipotesi di grazia *impropria*, la cui

⁵⁸

R. QUINTAVALLE, *Il potere di grazia*, cit., 3242; in senso conforme M. RUARO, *La competenza presidenziale in tema di grazia*, cit., 2031. *Contra*, R. MENDOZA, *Il procedimento di grazia*, cit., 1095, che parla – per la grazia parziale - di impropria strumentalizzazione dell'atto di clemenza rispetto ai fini suoi propri.

⁵⁹

G. CAMERINI, *Grazia*, cit., 48.

⁶⁰ Specificità che rivelano come troppo rigida la prospettiva di G. GEMMA, *Note critiche in tema di grazia*, in *Quad. cost.*, 2007, 130, secondo cui «nelle vicende della sanzione penale, ci debbono essere solo due soggetti competenti, cioè il legislatore (che pone in essere le regole) e il giudice (che applica le norme)», non residuando alcuno spazio per provvedimenti di grazia motivati da ragioni umanitarie ed equitative.

⁶¹

Cfr., sul punto, G.U. RESCIGNO, *La Corte sul potere di grazia*, cit., 2010, con utili esemplificazioni: al legislatore è precluso «stabilire che la grazia può essere concessa solo se sono trascorsi x anni dalla condanna, oppure solo se vi è stata domanda dell'interessato, oppure solo se vi è il consenso degli offesi, e simili condizioni sostanziali». Peccato che quanto è precluso alla legge sia stato, fino ad oggi, surrettiziamente introdotto in via di prassi e con circolari ministeriali: cfr. M. PISANI, *Dossier sul potere di grazia*, Padova 2004, 51 ss.

⁶²

Considerato in diritto, punto 6.2 (corsivi aggiunti).

⁶³

Vedi infatti, nella XIV Legislatura, il disegno di legge A.S. n. 2897, Cossiga, 19 aprile 2004, «*Modifiche al codice di procedura penale in materia di grazia*». Sviluppando coerentemente l'assunto che «l'istituto della grazia è un istituto "politico"», si propone di introdurre una particolare tipologia (nota nei paesi anglosassoni come «*blanket pardon*») concedibile con d.P.R., «dietro deliberazione del Consiglio dei ministri», per reati «per i quali non sia stata ancora emessa sentenza definitiva, o anche non sia stata ancora

concessione avvenga cioè in assenza del giudicato penale di condanna: la grazia è infatti una causa estintiva della pena e, incidendo sulla punibilità in concreto, richiede necessariamente una sentenza di condanna irrevocabile. Se davvero rispondesse a ragioni di salute pubblica (per definizione non prevedibili in astratto) capaci di giustificarne la concessione a favore di soggetti indeterminati (e non determinabili preventivamente), perché vincolarla ad un requisito processuale così rigido e non aggirabile?⁶⁴

Come già la disciplina del procedimento di concessione della grazia nelle sue diverse fasi, così anche l'analisi della morfologia dell'atto (grazia *condizionata*, grazia *parziale*, mancata previsione di una grazia *impropria*) ci restituisce un modello di clemenza individuale quale provvedimento finalizzato all'emenda, al reinserimento sociale del graziato, all'umanizzazione del trattamento. Tutto torna, anche il nome delle cose: perché sarà pure un effetto preterintenzionale rispetto alle sue autentiche ragioni, ma finisce per essere suggello di questo quadro complessivo perfino la denominazione – prima solo costituzionale ed ora anche legislativa – del Guardasigilli quale Ministro *di Giustizia*. Non anche e non più *di Grazia*⁶⁵.

8. La giurisdizionalizzazione della fase esecutiva della pena (e la titolarità presidenziale del potere di grazia)

emessa alcuna sentenza ed altresì per fatti che costituiscono o possano costituire reato, ancorché non sia stata ancora promossa l'azione penale». Una grazia *impropria* – si legge nella relazione introduttiva - utile «per dare allo Stato la possibilità di fronteggiare speciali situazioni, in particolare d'ordine internazionale o anche interno o di emergenza» quali «la necessità di scambi tra detenuti in Italia e cittadini italiani condannati o anche solo catturati o rapiti in Paesi di turbata convivenza civile».

⁶⁴

Lo dimostra – paradossalmente – un episodio spesso citato in dottrina come prova regina della politicità dell'atto: la grazia che il Presidente Leone, durante i 55 giorni del rapimento Moro, intendeva concedere ad un terrorista. Il vero è che «durante la prigionia dell'onorevole Moro, non si poté prendere in considerazione l'ipotesi di procedere ad un gesto unilaterale dello Stato non essendovi brigatisti condannati con sentenza passata in giudicato» (così il relatore on. Galloni, nel corso del dibattito sulla riforma costituzionale degli artt. 79 e 87, comma 11, Cost., in G. LA GRECA (a cura di), *L'amnistia del 1990. Testo – Lavori – Analisi*, Padova 1990, 98).

Peraltro non è privo di significato che, per quella grazia mai concessa, si fosse pensato alla brigatista Paola Besuschio o al nappista Alberto Buonoconto, entrambi detenuti in condizioni di salute critiche (cfr. A. COLOMBO, *Cronologia del sequestro di Aldo Moro*, appendice in A.L. Braghetti – P. Tavella, *Il prigioniero*, Feltrinelli, Milano 2003, 196). Per la possibile distinzione tra “causa” e “motivi” all'interno del provvedimento di grazia vedi A. PUGIOTTO, «*Eminentemente umanitaria ed equitativa*», cit., 285-286.

⁶⁵

Per una ricostruzione dell'itinerario normativo che approda (con gli artt. 2, comma 1, e 55, comma 2, decreto legislativo 30 luglio 1990, n. 300) all'attuale denominazione di Ministro e Ministero di giustizia, vedi M. PISANI, *Dossier*, cit., 23-27.

La peculiare connotazione funzionale della grazia fin qui argomentata trova conferma anche negli indirizzi di fondo della giurisprudenza costituzionale in materia di esecuzione penale. La sentenza n. 200/2006 li valorizza richiamando un orientamento «ormai consolidato» che, in forza del principio di separazione dei poteri, «esclude 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»⁶⁶. E all'interno di questo filone la Corte enfatizza soprattutto una declaratoria d'incostituzionalità (la sentenza n. 274/1990) che di quel principio faceva applicazione proprio in materia di clemenza individuale.

Già introdotto acutamente nel dibattito dottrinale sulla titolarità del potere di grazia⁶⁷, l'argomento è invece del tutto sottostimato (quando non addirittura ignorato) nei commenti critici alla sentenza in esame. Quasi fosse un diversivo ozioso. Mentre, invece, ne rappresenta il perno centrale⁶⁸.

Sia per il suo vincolo costituzionale di scopo, sia per i suoi effetti estintivi, la concessione della grazia è vicenda che incide in profondità il momento della esecuzione penale. Anche la grazia, dunque, va sottratta alla disponibilità dell'autorità amministrativa, al pari di tutti gli altri poteri che possono ridefinire le modalità del rapporto punitivo: dalla revoca della misura di sicurezza, alla concessione di una misura alternativa alla reclusione, al differimento dell'esecuzione della pena. Il passaggio merita di essere rimarcato: una esecuzione penale che, progressivamente secolarizzata, si è ormai affrancata da rigidi automatismi retributivi per aprirsi a modalità esecutive plurali, modulabili sulla situazione singola, finalizzate alla risocializzazione del reo, *deve* costituzionalmente passare di mano dagli uffici ministeriali all'autorità giudiziaria di sorveglianza.

⁶⁶

Considerato in diritto, punto 7.1., con espresso richiamo alle sentenze nn. 110 e 204/1974, 192/1976, 114/1979, 274/1990.

⁶⁷

Il primo a farlo è M. AINIS, *Sulla titolarità del potere di grazia*, in *Quad. cost.*, 2004, 104-105.

⁶⁸

Se ne accorge, meglio di tutti, M. RUARO, *La competenza presidenziale in tema di grazia*, cit., 2033-2035.

Analogamente la concessione della grazia, assunta quale strumento eccezionale di correzione dei meccanismi punitivi statali giustificato dal finalismo penale iscritto in Costituzione, *non può* rientrare nella disponibilità del Governo e del suo Ministro di giustizia.

Dove allocare, allora, la potestà di clemenza individuale? Diversamente dagli altri poteri incidenti sulla fase dell'esecuzione penale, il fare grazia non può entrare nell'orbita della riserva di giurisdizione: derogando alla legge fuoriesce dal perimetro tracciato dall'art. 101, comma 2, Cost.; è l'esito di un giudizio equitativo del tutto differente da quello riservato agli organi giurisdizionali⁶⁹; la sua titolarità formale è già assegnata ad altro organo costituzionale⁷⁰. Il paradigma della cd. giurisdizionalizzazione va dunque adeguato alla fisionomia del potere di grazia, mantenendone però la *ratio* di fondo: escludere ogni ingerenza del potere esecutivo, riservarne la decisione finale ad un organo imparziale.

E' con questi occhiali che va letta l'inferenza dalla finalità alla titolarità del potere di grazia contenuta nella sentenza n. 200/2006: «Una volta recuperato l'atto di clemenza alla sua funzione di mitigare o elidere il trattamento sanzionatorio per eccezionali ragioni umanitarie, risulta evidente la necessità di riconoscere nell'esercizio di tale potere – conformemente anche alla lettera dell'articolo 87, comma 11, Costituzione – 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»⁷¹.

Il problema che la Corte costituzionale aveva davanti era di «evitare che nella valutazione dei presupposti per l'adozione di un provvedimento avente efficacia "ablativa" di un giudicato penale possano assumere rilievo le determinazioni di organi appartenenti al potere esecutivo»⁷²: il riconoscimento della piena titolarità presidenziale del potere di grazia ne rappresentava la soluzione a rima obbligata. E l'insistito richiamo alla

⁶⁹ Trova qui spiegazione il passaggio della sentenza n. 200/2006 – altrimenti inutilmente erudito – che evidenzia la cesura tra l'art. 5 Proclama dell'8 febbraio 1848 e gli artt. 8, 68 dello Statuto albertino e 826 c.p.p. del 1865, a dimostrazione di come, già allora, la sede giurisdizionale fosse ritenuta inidonea a decidere la concessione della grazia (cfr. considerato in diritto, punto 5.1).

⁷⁰

Come subito detto nel testo (ma vedi anche il considerato in diritto, punto 7.2.4), la sentenza n. 200/2006 valorizza l'argomento letterale dell'art. 87, comma 11, Cost., seguendo in ciò la dottrina: cfr., con ricchezza di indizi, M. CHIAVARIO, *L'esercizio del potere di grazia: considerazioni "a prima lettura" su una proposta di legge*, in *Legisl. pen.*, 2004, 80; C. MARTINELLI, *La grazia nella classificazione degli atti del Presidente della Repubblica*, in *La grazia contesa*, cit., 201-202.

⁷¹

Considerato in diritto, punto 7.1.

⁷²

Ibidem.

presunzione di *imparzialità* presidenziale serve a realizzare il massimo di inclusione possibile del paradigma della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale, che di una presunzione di imparzialità (del giudice di sorveglianza) ha bisogno⁷³.

Senza quegli occhiali, si rischia invece di leggere non correttamente il collegamento tra finalità e titolarità del potere di grazia, operato dalla Corte costituzionale. A molti è accaduto: criticando come un falso ideologico l'argomento della neutralità dell'organo presidenziale; negando la possibilità di edificare alcunché sul ruolo del Capo dello Stato quale rappresentante dell'unità nazionale; invocando il sistema della "doppia chiave" espositiva come l'unica modalità di concessione della grazia capace di calmierarne l'uso e di evitarne abusi; recuperando l'interpretazione letterale dell'art. 89, comma 1, Cost. a tenore del quale il Ministro è (sempre) «proponente» e mai (solo) «competente».

Ed è così che il nesso consequenziale tra finalità e titolarità del potere di grazia è finito al centro di una sorta di *armageddon* con in palio niente di meno che il ruolo del Capo dello Stato in un governo parlamentare⁷⁴ e l'autentico significato della controfirma ministeriale nell'articolata tipologia degli atti presidenziali⁷⁵. Problemi rispetto ai quali l'argomento dottrinale - spesso impropriamente adoperato come pallottoliere nel dibattito sulla grazia⁷⁶ - testimonia da sempre, con tutte le

⁷³

Parlo di presunzione perché, come l'assetto costituzionale del potere giurisdizionale è a fideiussione dell'imparzialità del giudice (di sorveglianza), così «l'apoliticità della grazia sarebbe garantita (...) dalla presunzione che un'istituzione *super partes* non possa che agire in modo imparziale» (A. REALE, *Per grazia di chi?*, cit., 299). A garantire tale presunzione penseranno poi i meccanismi di controllo sull'esercizio presidenziale del potere di grazia: vedi, *infra*, § 10 e note 94-96.

⁷⁴

Quasi che la Corte avesse accolta la tesi (appassionatamente, ma isolatamente, sostenuta da E. BETTINELLI, *Potere di grazia e coesione costituzionale. Cioè: una grazia "fuori contesa"*, in *La grazia contesa*, cit., 1 ss.) che assegna il potere di grazia al Presidente della Repubblica quale rappresentante dell'unità nazionale e, come tale, titolare di poteri di coesione, specifici e nominati, da esercitare in assoluta autonomia al fine di implementare beni unitari di convivenza sanciti in Costituzione ed affidati (anche) alla sua tutela. Ma - come si è fin qui argomentato - non è questo il filo del ragionamento svolto nella sentenza n. 200/2006.

⁷⁵

Certificata - sia pure in modo non rigido né esaustivo - in due *obiter dicta* nella sentenza n. 200/2006: cfr. i punti 7.2.4 e 7.2.5 del considerato in diritto.

⁷⁶

Molti, infatti, hanno contestato alla sentenza n. 200/2006 di aver preso le distanze dalle conclusioni della prevalente dottrina costituzionalistica (così, *ex plurimis*, G. LA CUTE, *Osservazioni sulla grazia*, in *Riv. polizia*, 2006, 446; G.M. SALERNO, *Il Guardasigilli ha solo la facoltà di esporre le ragioni del suo dissenso*, in *Guida al dir.*, 2006, n. 22, 22) così come molti non hanno resistito alla tentazione di compilare lunghi elenchi di autori favorevoli a questa o quella qualificazione della grazia all'interno della tipologia degli atti presidenziali (tra le più ricche, si vedano le bibliografie di M. LUCIANI, *Sulla titolarità sostanziale*, cit., 192 nota 13; A. RIDOLFI, *Osservazioni sulla titolarità*, cit., 303-305; M. SICLARI, *Concessione della grazia e controfirma ministeriale (a proposito di due recenti proposte di riforma)*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, III, Torino 2005, 592-594). Se è lecita una domanda, da quando la soluzione di un

sue differenti ricostruzioni e *nuances* interpretative, di una pluralità di soluzioni possibili⁷⁷: ivi compresa quella ora accolta dalla Corte costituzionale.

9. Dalla clemenza individuale (la grazia) alla clemenza collettiva (indulto, amnistia impropria)

In che modo i cerchi concentrici provocati dalla sentenza n. 200/2006 arrivano a toccare *anche* lo statuto degli atti di clemenza collettiva? L'interrogativo è legittimo: in fondo grazia, amnistia e indulto, per quanto originariamente nati dal comune ceppo della *indulgentia principis* e ancora oggi riassunti nel medesimo *nomen iuris* di atti di clemenza, non sono istituti sovrapponibili.

Diversa è la titolarità costituzionale dei rispettivi poteri: la grazia è un atto formalmente e sostanzialmente presidenziale, secondo una compiuta metamorfosi – ora attestata dalla sentenza n. 200/2006 – opposta a quella degli atti di amnistia e indulto, progressivamente usciti dall'orbita del Capo dello Stato per entrare in modo definitivo – con la riforma costituzionale n. 1 del 1992 – in quella parlamentare⁷⁸. Diversa è la loro natura giuridica: mentre la grazia è un atto equitativo, amnistia e indulto vanno invece veicolati attraverso una legge rinforzata nel procedimento deliberativo ed atipica per forza passiva e competenza riservata. Diversa è la sfera giuridica dei relativi effetti: la grazia è un provvedimento individuale, capace di eliminare o ridurre l'entità della pena irrogata dal giudice nel singolo caso interessato dalla clemenza presidenziale; amnistia e indulto sono invece misure generali che introducono una temporanea sospensione – non un definitivo superamento – di una serie di reati o di sanzioni penali previste dalla legislazione vigente. Infine, mentre oggi la grazia è riconosciuta come estranea al circuito dell'indirizzo politico, l'amnistia e l'indulto restano pur sempre strumenti di politica attiva (rispettivamente) giudiziaria e penitenziaria⁷⁹.

problema interpretativo dipende da una sorta di principio di maggioranza (dottrinale)?

⁷⁷ Anche le soluzioni *de jure condendo* prospettate, nel tempo, in sede di revisione costituzionale hanno oscillato all'interno di un ventaglio di opzioni diverse: cfr. R. ROMBOLI, *La concessione della grazia tra capo dello Stato e ministro della giustizia*, in *Foro it.*, 2005, I, 2923.

⁷⁸

Simbolicamente tale opposta metamorfosi trova espressione nella fine della tradizione che registrava, in occasione dell'insediamento dei nuovi Presidenti della Repubblica, la concessione di amnistie, prassi interrottasi con le presidenze Scalfaro, Ciampi (e Napolitano): P. MAZZINA, *Art. 79*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti, II, Torino 2006, 1557 e, analiticamente, nota 57.

⁷⁹

Ed anzi il fatto che la clemenza per ragioni politiche trovi espressione nei diversi istituti dell'amnistia e dell'indulto rappresenta un ulteriore argomento favorevole al carattere

Clemenza individuale e collettiva non sono sovrapponibili, è indubbio. Ma restano, sotto molti profili, assimilabili. E tale assimilazione è particolarmente marcata fra gli istituti della grazia e dell'indulto (e dell'amnistia *impropria* la quale, presupponendo l'accertamento della colpevolezza e l'irrogazione della sanzione penale, finisce per operare alla stregua di una causa di estinzione della pena)⁸⁰. Di tali profili si può tentare una sintetica ricognizione.

Si tratta, innanzitutto, di assimilazioni sul piano propriamente giuridico.

Se già nel vigore dello Statuto, con riferimento alla natura dell'indulto, «si sosteneva con qualche buon argomento che esso fosse più facilmente assimilabile alla grazia (in quanto grazia collettiva) che non all'amnistia»⁸¹, oggi entrambi sono annoverati, ex art. 174 c.p., tra le cause di estinzione della pena. Entrambi, operando solo sul *quantum* della pena concretamente irrogata dal giudice, presuppongono una sentenza di condanna che, quale titolo esecutivo, conserva piena e immutata validità come pure i propri effetti penali e le relative pene accessorie (salvo che sia diversamente contemplato nei provvedimenti di grazia o d'indulto)⁸². Entrambi, se sottoposti ad obblighi o condizioni, seguono il medesimo regime, ex artt. 681, comma 5 e 672, comma 5, del codice di rito penale. Entrambi, in quanto atti *ex post facta*, risultano privi di astrattezza: la grazia perché atto individuale, l'indulto – se circoscritto a coloro nei cui confronti è stata pronunciata sentenza penale di condanna – perché applicabile retroattivamente ad un ambito soggettivo delimitabile nel momento della sua emanazione. Infine sia la grazia che l'indulto – derogando al principio di eguaglianza assunto in senso formale – danno rilievo ad esigenze sopravvenute costituzionalmente apprezzabili, obbedendo ad una concezione in divenire – e non statica – del rapporto punitivo

umanitario-equitativo (e non politico) della grazia: cfr., per primo, M. AINIS, *Sulla titolarità del potere*, cit., 101-102.

⁸⁰ Diversamente dalla cd. amnistia *propria* che, intervenendo prima della pronuncia di condanna per le fattispecie penali incluse nel provvedimento di clemenza, estingue il reato fulminando l'azione penale: cfr. G. GIANZI, *Indulto: b) Diritto penale e processuale penale*, in *Encicl. dir.*, XXI, Milano 1971, 258-259.

⁸¹

Così G. ZAGREBELSKY, *Art. 79*, in AA.VV., *La formazione delle leggi*, tomo II, volume del *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna – Roma 1979, 118 nota 11. Altrove – più esplicitamente - lo stesso Autore osserva come l'indulto, se considerato quale provvedimento in forma generale perché relativo a situazioni già realizzatesi, può essere visto come un atto assimilabile ad una sommatoria di atti individuali e, quindi, a ciascuno di essi isolatamente considerato: «per questo indulto, amnistia impropria e grazia sono qualitativamente la stessa cosa» (G. ZAGREBELSKY, *Indulto: a) Diritto costituzionale*, in *Encicl. dir.*, XXI, Milano 1971, 236).

⁸²

Dunque «sotto questo profilo, quello degli effetti, l'indulto coincide con la grazia» (G. ZAGREBELSKY, *Indulto*, cit., 233).

Ma le interconnessioni tra clemenza individuale e clemenza collettiva si registrano anche sul piano empirico delle concrete dinamiche istituzionali.

La concessione della grazia è sempre stata, in passato, una variabile dipendente dall'approvazione o meno di leggi d'indulto e di amnistia. Per un verso, come già in precedenza ricordato, il numero delle grazie accordate cresceva negli anni di mancata concessione della clemenza collettiva, mentre calava immediatamente nell'anno successivo a quello di approvazione di un provvedimento di amnistia e indulto. Per altro verso, si denunciava nel largo utilizzo del potere di grazia una sostanziale violazione dell'art. 79 Cost., una vera e propria menomazione costituzionalmente rilevante del potere di indulto, «stante l'identità di effetti che all'uno e all'altro sono ricollegati»⁸³. Comune è stato anche l'impatto innovativo della riforma del codice di rito penale sugli istituti di clemenza, collettiva e individuale, avviando un parallelo processo di revisione costituzionale poi riuscito per l'amnistia e l'indulto, abortito invece per la grazia⁸⁴. Comune è sempre stata la critica all'abuso quantitativo nella concessione di tutti gli atti di clemenza percepiti, indistintamente, non solo quali deroghe al principio di eguale soggezione alla legge penale ma anche come indebite interferenze nella sfera giurisdizionale: infatti, che indulto e grazia non sospendano, né derogino, né modifichino temporaneamente norme penali sostanziali o processuali⁸⁵ è argomentazione (a mio parere) viziata da un eccesso di formalismo, dato che «lo scopo pratico perseguito dai predetti istituti consiste proprio nella deviazione del corso "ordinario" della giustizia penale»⁸⁶. La verità è che agli interrogativi circa il *quando*, *se*, *come* punire, gli atti di clemenza danno una risposta che è sempre altra da quella della disciplina generale: da qui la comune esigenza (prima e più ancora della necessità di una

⁸³ G. ZAGREBELSKY, *Indulto*, cit., 237; ID., *Grazia*, cit., 767-768. Analoga dinamica è stata paventata all'indomani della legge cost. n. 1 del 1992 di riforma dell'art. 79 Cost., ipotizzando che le maggiori difficoltà deliberative introdotte potessero indurre ad un ricorso alla grazia quale «surrogato» della clemenza collettiva (O. ROSELLI, *Legge cost. 6 marzo 1992 n. 1*, in AA.VV., *Disposizioni transitorie e finali I-XVIII. Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1948-1993)*, volume del *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca- A. Pizzorusso, Bologna – Roma 1995, 646).

⁸⁴

Per l'intero dibattito parlamentare sulla revisione dell'art. 87, comma 11, Cost. - respinta alla Camera per soli 4 voti di scarto - vedi G. LA GRECA (a cura di), *L'amnistia del 1990*, cit., 87, 95-98, 109-112, 120-124.

⁸⁵ L'indulto condona la pena sulla base del *quantum* stabilito dal giudice e non sulla base della misura edittale della pena prevista dalla legge sostanziale (che, dunque, trova puntuale e completa applicazione alla fattispecie). Previsto nei codici penali tra le cause estintive della pena, l'eccezione alla regola processuale non è rappresentata dal provvedimento d'indulto bensì dalla configurazione codicistica dei suoi effetti. Questa, in sintesi, la tesi di G. ZAGREBELSKY, *Indulto*, cit., 234-235.

⁸⁶

V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, Napoli 2007, 480.

contestuale deflazione quantitativa) di trovare un orizzonte costituzionale capace di orientare tale risposta.

10. Segue: il comune orizzonte costituzionale degli atti di clemenza, individuale e collettiva

La novità è che a questo problema di legittimazione, comune a tutti gli atti di clemenza, è ora possibile dare una comune risposta. Come oggi la sentenza n. 200/2006 fa per la grazia, così ieri la sentenza n. 369/1988 aveva già risolto «il problema dei vincoli costituzionali al potere di clemenza in generale», riconoscendo che il ricorso alla relativa potestà «deve comunque essere valutata in funzione delle finalità “proprie” della pena». Infatti, «ove l'estinzione della punibilità irrazionalmente contrastasse con tali finalità, ove risultasse variante arbitraria, tale (...) da svilire il senso stesso della comminatoria edittale e della punizione, non potrebbe considerarsi costituzionalmente legittima». Esercitare la potestà di clemenza fuori da questo perimetro «equivale non soltanto a violare l'art. 3 Cost. ma ad alterare, con il principio dell'obbligatorietà della pena, l'intero “volto” del sistema costituzionale in materia penale»⁸⁷.

E' dunque l'art. 27, comma 3, Cost. a tracciare l'orizzonte costituzionale comune a *tutti* gli istituti di clemenza, legati così agli scopi della pena da un rapporto di *mezzo a fine*. E' un approdo importante⁸⁸, fecondo di implicazioni.

Sul piano delle norme di riconoscimento, permette di rileggere il senso dell'inclusione in Costituzione delle misure di clemenza: l'espressa previsione della grazia (art. 87, comma 11, Cost.) e dell'amnistia e indulto (art. 79 Cost.) non serve a giustificare istituti altrimenti stranieri alla logica razionale del sistema penale e del suo volto costituzionale; al contrario, la loro presenza presuppone la possibilità di un'interpretazione sistematica che ne consenta un esercizio costituzionalmente orientato⁸⁹.

⁸⁷ Così la sentenza n. 369/1988 (tutte le citazioni sopra riportate si leggono al punto 6 del considerato in diritto). La centralità di tale *obiter dictum*, all'interno della giurisprudenza costituzionale in tema di clemenza generale, è ora rimarcata da V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 342-345.

⁸⁸

Che segna l'incontro tra la dottrina costituzionalistica sulla grazia quale atto eminentemente umanitario ed equitativo – ora confortata dalla sentenza n. 200/2006 – e la più approfondita riflessione penalistica che colloca gli atti di clemenza collettiva nel quadro costituzionale di un diritto penale ricostruito a partire dagli scopi della pena: il riferimento è agli studi di V. MAIELLO, *Sulla natura giuridica della sanatoria edilizia: spunti critici per un riesame dei provvedimenti di clemenza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 955 ss.; ID., *La clemenza tra dommatica e politica criminale*, ivi, 1992, 1029 ss.; ID., *La politica delle amnistie*, in *Storia d'Italia. Annali 12. La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino 1997, 935 ss., ed ora – con il massimo di sistematizzazione – ID., *Clemenza e sistema penale. Dall'indulgentia principis all'idea dello scopo*, Napoli 2007.

⁸⁹

Sul diverso piano della legislazione ordinaria, si rivela coerente la correlazione tra effetti giuridici e vincolo di scopo degli atti di clemenza: grazia, indulto (e amnistia impropria) operano come simmetrico negativo della pena concretamente irrogata, dunque la loro finalità non può che definirsi *per relationem* con gli scopi della sanzione penale⁹⁰.

Ancora, sul piano di politica del diritto, il nuovo orizzonte costituzionale che accomuna grazia, indulto e amnistia crea le condizioni per una loro possibile «riabilitazione sistematica in chiave teleologica»⁹¹. L'avversione radicata nei confronti degli atti di clemenza ha molto a che fare con la loro percezione come cause di impunità *esterne* al sistema, deroghe arbitrarie al primato della funzione retributiva della pena, risposte demagogiche a problemi strutturali irrisolti⁹². Riposizionati all'*interno* del disegno costituzionale secolarizzato della pena, dove la finalità retributiva cede il passo alla priorità della risocializzazione del condannato e all'umanizzazione del regime sanzionatorio, i provvedimenti estintivi della punibilità rivelano una rinnovata vocazione: amnistia e indulto possono rappresentare utili strumenti per implementare indirizzi di politica criminale costituzionalmente orientata; quanto alla grazia, la sua concessione va vista non più come manifestazione di una sovranità arbitraria e capricciosa, bensì «come espressione della legalità costituzionale»⁹³.

Mutato l'orizzonte costituzionale di riferimento, sono semmai le modalità di esercizio della potestà di clemenza a dover essere

Dissentito dunque da chi (come M. LUCIANI, *Sulla titolarità sostanziale*, cit., 194) sostiene che la concessione della grazia «è logicamente di natura *politica*» perché «difetta di paradigmi normativi ai quali sorreggersi»: quei paradigmi sono iscritti nell'art. 27, comma 3, Cost.

⁹⁰ Non vale obiettare (come fanno C. PETTINARI, *La titolarità sostanziale del potere di grazia nell'ordinamento repubblicano. Considerazioni a margine dell'ord. n. 354 del 2005 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2005, 4042-4043; G.M. SALERNO, *Brevi riflessioni*, 2021-2022 e – più problematicamente – D. TASSINARI, *Caso Sofri e finalismo rieducativo della pena*, in *Quad. cost.*, 2004, 134 ss) che tale vincolo teleologico, improntando di sé la legge penale nel suo complesso, non può essere anche criterio guida per una sua deroga (la grazia): la critica dimentica che la clemenza individuale «è una delle modalità con cui il diritto si confronta con l'azione del tempo» (B. PASTORE, *Potere di grazia*, cit., 234) permettendo così di dare rilievo a circostanze o eventi sopravvenuti, «insuscettibili di predeterminazione legislativa, che denunciano comunque dopo la condanna la non rispondenza della espiazione» alle finalità costituzionali della pena (P. NICOSIA, *Grazia*, cit., 8).

⁹¹ V. MAIELLO, *La clemenza tra dommatica*, cit., 1042.

⁹² Si pensi alle pagine di alcuni manuali aspramente critiche nei confronti dell'amnistia e dell'indulto (ad esempio F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, Milano 2003, 766-768; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova 2007, 802-803; D. PULITANO, *Diritto penale*, Torino 2005, 674-676), oppure alle sospettose previsioni di E. BALBONI, *Uso congiunturale della Costituzione: le proposte di riforma dell'art. 79*, in *Quad. cost.*, 2003, 147 ss.

⁹³

B. PASTORE, *Potere di grazia*, cit., 234.

coerentemente riconvertite, se non si vuole ricadere nell'arbitrio mimetizzato da insindacabile discrezionalità presidenziale o legislativa.

Quanto alla grazia, la sentenza n. 200/2006 ha fatto la sua parte introducendone un rinnovato statuto conforme alla sua finalità costituzionale⁹⁴: nei requisiti strutturali (straordinarietà dei presupposti, eccezionalità della concessione, obbligatorietà di motivazione), nelle modalità di decisione (titolarità presidenziale, controllo ministeriale di garanzia circa la sussistenza dei «presupposti sia di legittimità che di merito, per la concessione dell'atto di clemenza»⁹⁵), nei rimedi attivabili (controllo parlamentare e del giudice amministrativo sull'operato ministeriale, sindacato della Corte costituzionale come giudice dei conflitti e – sullo sfondo – come giudice costituzionale penale⁹⁶).

Quanto, invece, allo statuto degli atti di clemenza collettiva?

11. Verso un nuovo statuto della clemenza collettiva

Se l'obiettivo è quello di recuperare un ricorso costituzionalmente orientato agli strumenti di clemenza collettiva, garantendone un procedimento deliberativo praticabile, un uso ragionevolmente misurato, una trama normativa coerente, un effettivo sistema di controlli, allora il vincolo di scopo ex art. 27, comma 3, Cost. da solo non basta. Esso deve

⁹⁴ Il testo, di seguito, riassume il ventaglio di rimedi prospettati soprattutto da chi scrive (A. PUGIOTTO, «Eminentemente umanitaria ed equitativa», cit., 286-288; ID., *Castelli di carte sul potere di grazia*, in *Dir. e Giust.*, 2006, n. 22, 12 ss.), da F. BENELLI, *La decisione sulla natura presidenziale del potere di grazia: una sentenza di sistema*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, e, con importanti puntualizzazioni, da P. VERONESI, *Le due fasi del potere*, cit., 334-335.

Contra il nuovo statuto del potere di grazia - oltre ai commenti di Luciani, Rescigno, Salerno, già citati - M. BETZU, *Il potere di grazia: sull'eccesso di potere del decreto presidenziale*, in *Quad. cost.*, 2006, 788 ss.; M. GORLANI, *Una nuova dimensione costituzionale per il Capo dello Stato*, ivi, 2007, 132 ss.; M. TIMIANI, *Il potere di grazia: scomparendo le ragioni politiche, rischia di scomparire anche la responsabilità*, ivi, 2006, 791 ss.; G. M. SALERNO, *Potere di grazia e forma di governo: una questione da affrontare*, in www.federalismi.it; M. SICLARI, *Alcuni interrogativi suscitati dalla sentenza n. 200 del 2006 della Corte costituzionale*, in www.costituzionalismo.it.

⁹⁵ Considerato in diritto, punto 7.2.4; vedi anche il punto 7.2.5 (dove si prefigura l'ipotesi opposta che il Guardasigilli «ritenga non sussistenti i necessari requisiti di legittimità e/o di merito per la concessione della grazia»).

⁹⁶ Prospettiva, quest'ultima, davvero «improponibile» (come ritiene M. LUCIANI, *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia*, cit., 197)? Forse non è inutile rammentare che nella richiesta di messa in stato d'accusa, presentata dall'on. Pannella nel dicembre 1991 contro l'allora Presidente Cossiga, veniva contestato (anche) il tentato stravolgimento della prerogativa costituzionale della grazia in atto di indirizzo politico, con riferimento ovviamente al noto «caso Curcio» (sulla cui dinamica vedi E. SELVAGGI, *Una storia infinita: la grazia a Curcio*, in *Cass. pen.* 1991, 788; P. VERONESI, «Tanto rumore per nulla» in un conflitto tra poteri sollevato dal Guardasigilli contro il Presidente del Consiglio dei Ministri e il Capo dello Stato, in *Giur. cost.* 1991, 4158).

riflettersi in una norma sulla produzione giuridica delle leggi di amnistia e indulto diversa dall'attuale art. 79 Cost. il quale, dopo aver concorso a bandire dall'ordinamento per quindici anni l'amnistia e l'indulto, alla sua prima applicazione – avvenuta con legge n. 241 del 2006 - ha rivelato tutti i suoi limiti, i suoi margini di ambiguità, i suoi negativi effetti collaterali⁹⁷. Insisto: bisogna rimetterci mano, secondo alcune istruzioni per l'uso che, qui, si possono solo tratteggiare.

E' necessario, innanzitutto, restituire operatività agli strumenti di clemenza collettiva. A tal fine i progetti di revisione costituzionale presentati nell'attuale XV Legislatura, limitandosi a intervenire sui *quorum* richiesti per l'approvazione delle leggi di amnistia e indulto⁹⁸, mirano ad introdurre una novità necessaria ma non sufficiente. Ferma restando una riserva di legge rinforzata in materia, la relativa iniziativa legislativa andrebbe imputata al solo Governo (trattandosi di strumenti di politica attiva e risolvendo così, alla radice, il problema dell'ambito temporale di efficacia dell'atto di clemenza)⁹⁹, conservando nell'orbita della riserva d'assemblea l'intera sua discussione ed eventuale approvazione (nella logica della clemenza collettiva quale prerogativa politica del Parlamento da esercitarsi sotto il massimo controllo pubblico possibile).

E' altresì necessario che il ricorso allo strumento legislativo della clemenza collettiva sia subordinato alla sussistenza di presupposti («situazioni straordinarie o ragioni eccezionali»)¹⁰⁰, rimessi alla valutazione del legislatore ma la cui ricorrenza sia debitamente motivata mediante un

⁹⁷ Per un'analisi che correla il merito della legge ai vincoli procedurali imposti dall'art. 79 Cost. rinvio ancora ad A. PUGIOTTO, *Dopo l'indulto del 2006*, cit., 285 ss.

⁹⁸

Prevedendo la maggioranza assoluta nella sola votazione finale (A.C. n. 32, Boato, 28 aprile 2006) ovvero anche per ogni articolo della legge (A.C. n. 823, Consolo, 19 maggio 2006): sul significato politico sottinteso alla scelta fra i possibili *quorum* deliberativi cfr. D. PULITANO, «Seduzioni» e costi della clemenza, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 1064-1065. Nella logica della clemenza generale quale strumento di politica attiva, è preferibile la prima soluzione che - pur mantenendo la necessità di un consenso comunque qualificato - chiama in causa la responsabilità politica della maggioranza parlamentare ed ha, inoltre, il pregio di eliminare i complicati problemi derivanti dall'applicazione alle votazioni intermedie di un *quorum* qualificato se richiesto per ogni singolo articolo di legge (cfr. A. PUGIOTTO, *Dopo l'indulto del 2006*, cit., 304-306).

⁹⁹ Il problema cui si fa cenno nel testo nasce dalla formulazione dell'art. 79, ultimo comma, Cost., ai sensi del quale amnistia e indulto «non possono applicarsi ai reati commessi successivamente alla presentazione del disegno di legge» e si verifica nel caso di una pluralità di iniziative legislative in materia: cfr., A. PUGIOTTO, *Dopo l'indulto del 2006*, cit., 303-304.

¹⁰⁰

La formulazione proposta tiene conto del fatto che tali presupposti – diversamente da quelli previsti per la decretazione d'urgenza – non possono essere esclusivamente oggettivi («situazioni straordinarie») dovendosi lasciare margine anche a valutazioni di natura politica («ragioni eccezionali») collegate all'indirizzo di politica criminale perseguito dalla maggioranza parlamentare. La verifica circa la sussistenza dei presupposti si rivela egualmente possibile: sia sotto il profilo della loro non ordinarietà, sia sotto il profilo della coerente correlazione tra presupposti motivati, trama normativa del provvedimento di clemenza e sua finalità costituzionalmente orientata (come subito si dirà nel testo).

apposito preambolo alla legge. In questo modo il contenuto materiale dell'atto normativo di clemenza (la selezione dei reati inclusi nel provvedimento, l'arco temporale di operatività della clemenza, le sue eventuali condizioni d'efficacia) verrebbe costretto entro una trama unitaria obbligatoriamente coerente con i presupposti, le motivazioni in preambolo ed il vincolo costituzionale di scopo (individuabile – come già detto – nel fondamento e nei limiti dell'intervento punitivo dello Stato)¹⁰¹.

Così tratteggiato, il rinnovato assetto costituzionale renderebbe realistico un controllo di legittimità sugli atti di clemenza collettiva, sia *ex ante* (ad opera del Capo dello Stato in sede di promulgazione della relativa legge), sia *ex post* (ad opera della Corte costituzionale, in sede di sindacato incidentale delle leggi di amnistia e indulto), attraverso la verifica dell'esistenza di un nesso di coerenza *interno* al percorso legislativo che approda a misure di clemenza collettiva¹⁰². Verrebbe così recuperato, quale parametro, quel criterio di ragionevolezza elaborato da tempo in dottrina come vincolo costituzionale *esterno* alla concessione dell'amnistia e indulto, ma con risultati concreti – ad oggi – pressoché nulli¹⁰³.

¹⁰¹

Esemplificando in positivo: non basterà qualificare l'atto legislativo come clemenza *di giustizia* (che adatta o corregge il diritto penale ad una mutata valutazione circa il grado di meritevolezza e bisogno di incriminazione) o come clemenza *di pacificazione* (intesa a chiudere una fase di tensione politica e sociale considerata irripetibile, almeno nel medio periodo, e circoscritta nel tempo) o come clemenza *di deflazione* (giudiziaria o carceraria, quale prodromo a riforme strutturali del sistema penale, processuale, penitenziario). Sarà invece necessario che quella qualificazione - certamente in asse con il vincolo di scopo costituzionale dell'art. 27, comma 3 – trovi anche coerente riscontro nei presupposti invocati per la sua concessione e nella costruzione normativa del provvedimento (vigenza temporale, reati e pene oggetto di condono, condizioni eventualmente imposte).

Esemplificando in negativo: atti di clemenza *celebrativa* (fondata su presupposti pretestuosi o apparenti, comunque estranei alla logica costituzionale del finalismo penale) o di clemenza *arbitraria* (che mimetizza amnistie individuali perché mirate a casi particolari o che si configura come favoreggiatrice rispetto a specifici reati commessi dagli stessi soggetti chiamati ad approvarla) troverebbero nell'assetto costituzionale descritto un sicuro divieto ed un ostacolo certo. In tema di limiti giuridici – positivi e negativi – al potere di clemenza collettiva vedi, *amplius*, V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 397-455.

¹⁰²

Diversamente V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 501-507, suggerisce l'introduzione di un sindacato preventivo di costituzionalità per le (sole) leggi di amnistia e indulto. Meglio e forse più realistico - a mio avviso – è creare le condizioni procedurali per rendere effettiva quella forma di controllo *ex ante* già contemplata nell'art. 74 Cost., chiamando la Consulta a un controllo di rimessa, con interventi non necessariamente demolitori dell'intero impianto legislativo quanto eventualmente mirati su sue singole scelte normative irrazionalmente inclusive (o esclusive) rispetto ai presupposti e alla finalità costituzionale dell'atto di clemenza.

¹⁰³

Il riferimento è alle raffinate elaborazioni di G. GEMMA, *Principio costituzionale di uguaglianza e remissione della sanzione*, Milano 1983, 405 ss. (ma *passim*) e di G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, cit., 107 ss., frustrate però dalla giurisprudenza costituzionale che – al di là delle affermazioni di principio della sentenza

L'art. 79 Cost. - con le sue alterne vicende costituzionali e di legislazione ordinaria - ha sempre avuto una biografia complicata che impone, per il futuro, la ricerca di soluzioni giuridiche equilibrate ed efficienti, giocate su una ripartizione istituzionale di competenze tra Governo, Parlamento, Presidente della Repubblica, Corte costituzionale. Certo, la proposta ha il limite di essere tale, affidata ad un rinnovato intervento di revisione costituzionale. Eppure sapere quali sono i problemi da affrontare è già un buon inizio per tentare di risolverli: spetta poi alla politica e alla sua responsabilità fare il resto.

n. 175/1971 - recinta nella zona franca dell'insindacabile discrezionalità legislativa le scelte parlamentari in materia di clemenza.