

IL POTERE PRESIDENZIALE DI GRAZIA ... LA PAROLA ALLA CORTE

di Mario Gorlani *

1. Siamo giunti alla stretta finale.

Dopo molti tentennamenti, rinvii, echi polemici ed esternazioni sui *media*, della questione della titolarità sostanziale del potere di grazia è stata investita la Corte costituzionale. La massima carica dello Stato, con ricorso dell'Avvocatura generale, ha sollevato conflitto di attribuzione[1] contro il rifiuto opposto dal Ministro della Giustizia di dare corso alla determinazione, da parte del Presidente della Repubblica, di concedere la grazia ad Ovidio Bompressi, come risultante dalla nota del 24 novembre 2004 inviata dal Ministro medesimo al Capo dello Stato. Spetterà così alla Corte risolvere l'annosa questione, a cominciare dai profili di ammissibilità del conflitto per la valutazione dei quali è fissata l'udienza del prossimo 28 settembre 2005.

Con la sua iniziativa, la Presidenza della Repubblica non ha però proposto soltanto un semplice conflitto di attribuzioni; ha sollevato una complessa questione giuridica, processuale e politico-istituzionale, di difficile soluzione e che sta animando un vivace dibattito dottrinale.

2. L'iniziativa di Ciampi era per molti aspetti annunciata perché il "tormentone" della grazia ad Adriano Sofri e Ovidio Bompressi si è trascinato per moltissimo tempo (quasi dall'inizio della legislatura), in uno "stallo" interpretativo e applicativo che ha lasciato presagire come necessaria e imminente, da un momento all'altro, la proposizione del conflitto innanzi alla Corte. Se la Corte costituzionale è "l'ultima fortezza"[2] per la risoluzione dei conflitti tra vertici dell'apparato costituzionale, essa dovrebbe essere la sede naturale per dire la parola definitiva sulla disputa in atto tra Presidente della Repubblica e Ministro della Giustizia[3].

Era un'iniziativa annunciata, inoltre, perché da qualche tempo si registra un attivismo del Presidente della Repubblica, che sta diventando per certi versi un fenomeno tipico dei settennati presidenziali, pur in contesti e con ragioni profondamente diverse da Presidente a Presidente, attivismo che si manifesta non soltanto in una certa vivacità esterioria[4], ma che si segnala anche per numerosi interventi sul procedimento legislativo e sugli altri organi costituzionali. Una sorta di rivendicazione di un ruolo presidenziale a tutto tondo, che comprenderebbe anche, nel caso specifico, la decisione in via autonoma in ordine alla concessione della grazia. Dalla riforma dell'ordinamento giudiziario alla posizione istituzionale del CSM, dalla difesa della moneta unica europea alla data delle elezioni, dall'incitamento al rilancio economico alla posizione dell'Italia sugli accordi di Schengen e sulla guerra al terrorismo, la Presidenza di Carlo Azeglio Ciampi evidenzia una presenza "forte" e quasi quotidiana nel dibattito istituzionale, che fa del Quirinale, anche in ragione dell'autorevolezza riconosciuta al suo attuale inquilino, uno snodo essenziale del funzionamento degli organi costituzionali. In questo contesto, il ricorso alla Corte costituzionale può offrire l'occasione per una più puntuale definizione dei confini del ruolo presidenziale.

3. Nell'acceso dibattito dottrinale e politico che ha preceduto e seguito l'iniziativa della Presidenza della Repubblica, la questione della grazia è stata affrontata sotto molteplici angolature, con particolare attenzione alla titolarità ultima del potere di decisione, ma anche con riflessioni relative a taluni profili processuali. Vista la sede che ospita il presente scritto, mi limiterò ad alcune brevi annotazioni.

4. E' stato autorevolmente sostenuto[5] che la Corte dovrebbe estendere il conflitto al Governo, poiché la Costituzione non riconosce al Ministro della Giustizia un potere proprio, come quello previsto dall'art.107 Cost. per l'iniziativa disciplinare nei confronti dei magistrati, e poiché si discute, in sostanza, se il potere di grazia incida o meno sull'indirizzo politico, rientrando nella sfera di competenza del Consiglio dei Ministri e non del singolo ministro. Da qui la legittimazione processuale (e sostanziale) passiva del Governo, poiché nell'ambito del potere di grazia il Ministro non sarebbe l'organo legittimato a dichiarare in via definitiva la volontà del potere cui appartiene, ai sensi dell'art.37, legge 87/1953 e, quindi, non potrebbe essere parte né attiva né passiva del conflitto, non bastando a radicare una competenza sua propria nemmeno la previsione dell'art.110 Cost. secondo cui "spettano al Ministro della giustizia l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia".

5. La prassi, come è noto, vuole che a controfirmare i numerosissimi decreti di grazia fino ad ora emanati sia stato,

sempre e solo, il Ministro della Giustizia[6], *ratione materiae* e in ragione di quanto può ricavarsi dall'art.681 c.p.p.[7]. Ma né la prassi, né la competenza per materia a controfirmare l'atto presidenziale, comportano di per sé l'automatica legittimazione del singolo ministro ad essere parte del conflitto innanzi alla Corte.

Per arrivare a tanto occorrerebbe un ulteriore passaggio logico e argomentativo: per affermare la legittimazione processuale autonoma del singolo ministro in ordine alla controfirma di atti del Presidente della Repubblica, per i quali una norma di legge lo veda competente (anche se non necessariamente proponente), dovrebbe ritenersi che, ai sensi dell'art.89 Cost., il potere di controfirma sia un potere *proprio* del ministro, nell'esercizio del quale sia in grado di assumere decisioni che impegnino in via definitiva l'intero esecutivo. Con l'ulteriore conseguenza che egli dovrebbe decidere autonomamente di costituirsi in giudizio innanzi alla Corte per difendere le sue scelte, senza coinvolgere l'intera compagine di Governo; Governo che, tuttavia, ai sensi dell'art.5, co.1, lett.d), della legge 400/1988, potrebbe avocare a sé la decisione in ordine alla controfirma, con l'effetto, in questo caso, che la controfirma dell'atto presidenziale sarebbe demandata al Presidente del Consiglio, così come sarebbe demandata al Consiglio dei ministri l'eventuale resistenza in giudizio, ai sensi dell'art.2, lett.g), legge 400/1988.

Si avrebbe in tal modo una sorta di legittimazione processuale variabile del Ministro o del Consiglio dei ministri, a seconda della posizione assunta da quest'ultimo rispetto alle determinazioni del Ministro: dal silenzio del Governo, in altre parole, andrebbe dedotto sia un riconoscimento della competenza del singolo ministro, sia una presunzione (sia pure *iuris tantum*) di consonanza dell'intero esecutivo con la manifestazione di volontà del singolo, in grado di reggere sino ad una diversa posizione dell'organo collegiale.

Invero la variabilità stessa della legittimazione processuale e sostanziale contraddice *in nuce* l'idea che al ministro possa spettare una "quota di potere riservato"[8] o che egli rappresenti un organo "i cui atti o comportamenti siano idonei a configurarsi come espressione ultima ed imm modificabile dei poteri rispettivi: nel senso che nessun altro organo, all'interno di ciascun potere, sia abilitato ad intervenire ... rimuovendo o provocando la rimozione dell'atto o del comportamento che si assumono lesivi"[9].

La legittimazione del ministro non emerge nemmeno, a mio avviso, facendo propria la spiegazione di chi[10] ritiene che l'Avvocatura abbia di fatto scomposto la questione in due ambiti (e in due conflitti): quello avente ad oggetto la mancata predisposizione del decreto di concessione della grazia - attività che sarebbe di stretta ed esclusiva competenza del ministro, come tale legittimato passivo del conflitto - e quello avente ad oggetto la vera e propria controfirma del decreto, attività invece riferibile all'intero Governo.

In realtà la fattispecie del conflitto va considerata in termini unitari, dovendosi ritenere che l'attività di predisposizione del decreto di concessione sia da inquadrare o nel complesso dei poteri da riconoscersi al ministro o, meglio, in un'attività meramente materiale che potrebbero svolgere anche, in sua assenza, gli uffici della Presidenza della Repubblica. L'attività istruttoria e preparatoria della grazia demandata al Ministro, in altre parole, non configura l'espressione di un autonomo potere[11], ma rappresenta una fase endoprocedimentale di una più complessa sequenza che culmina, come ultima espressione di volontà dell'esecutivo, nella decisione di apporre o meno la controfirma al decreto presidenziale. Tanto più che, nel caso di specie, nemmeno il ricorso contesta che l'attività istruttoria sia stata effettivamente svolta dal Ministro e che il solo rifiuto di predisporre materialmente il decreto di concessione della grazia sia, in realtà, già rifiuto di controfirmare il successivo atto.

Il contraddittorio dovrà essere esteso, dunque, all'intero Governo, nella qualità di soggetto alla cui responsabilità collegiale sono riferibili le decisioni del singolo ministro in ordine all'apposizione della controfirma; mentre non pare più percorribile la strada di una pronuncia di inammissibilità per carenza del requisito soggettivo in capo al potere convenuto, poiché la giurisprudenza costituzionale più recente è orientata nel senso che non sia onere del ricorrente, ma spetti alla stessa Consulta l'individuazione dei soggetti confliggenti nei conflitti di attribuzione[12].

La pronuncia di inammissibilità avrebbe offerto alla Corte un *modus discensus* da una questione spinosa. Esteso invece il contraddittorio al Governo, quest'ultimo - che non è mai riuscito ad esprimere sul punto una posizione unitaria - sarà, suo malgrado, costretto a cercare un chiarimento in seno alla maggioranza di governo, sia che decida di resistere in giudizio[13], facendo propria così la posizione del Ministro e delle forze politiche che in quella posizione si riconoscono, sia che decida di assecondare la posizione del Presidente, sia che opti per una posizione neutrale, restando assente dal processo costituzionale (ipotesi, queste, entrambe foriere di non poche difficoltà politiche per la coalizione

6. Altra questione rilevante consiste nel chiedersi che tipo di conflitto abbia sollevato la Presidenza della Repubblica: è un conflitto di attribuzioni, secondo lo schema classico della *vindicatio potestatis*, oppure è un conflitto per menomazione?

La risposta giusta a questa domanda sta forse nel mezzo: è un conflitto per menomazione (o per interferenza) dal punto di vista formale, perché nel caso di specie il Presidente Ciampi non rivendica a sé il potere di controfirma, ma lamenta soltanto che il cattivo uso di un potere che l'art.89 Cost. riconosce al Governo - o al Ministro - lede la sua sfera di attribuzioni. E' invece un conflitto di attribuzioni classico - una *vindicatio potestatis* - se si guarda alla sostanza del problema, ossia al fatto che il Presidente rivendica il potere esclusivo di decidere se concedere o meno la grazia[14].

Anche sotto questo profilo non vedrei invece all'interno dell'unico ricorso due distinti conflitti, l'uno dei quali per menomazione - la mancata predisposizione del decreto di concessione come attività riferibile al Ministro ma necessaria per l'esercizio del potere presidenziale - e l'altro per attribuzioni - la decisione della grazia come potere presidenziale e la controfirma come atto dovuto - soprattutto se lo scopo di questa distinzione (logica prima che giuridica) è quello di riconoscere una legittimazione autonoma del Ministro, per i motivi già sopra detti. Il conflitto è unitario, perché unitaria è nel suo complesso l'attività che l'Esecutivo deve svolgere, anche se articolata in una fase istruttoria-preparatoria e in una fase decisoria. E questa è un'attività propria del potere esecutivo, di cui il Presidente non contesta un'indebita appropriazione da parte di un altro organo, ma il cattivo esercizio in termini tali da impedire l'esercizio del potere presidenziale. D'altra parte, quest'ultima interpretazione è in linea con la (tendenzialmente compiuta) evoluzione del modello dei conflitti di attribuzione verso quello di conflitti per menomazione, tipico di un sistema nel quale le occasioni di intreccio e di collaborazione tra poteri dello Stato e tra Stato e Regioni sono innumerevoli e connaturate alla natura parlamentare della forma di governo. E' ormai ben difficile configurare una vera e propria *vindicatio potestatis*, se non nei casi di scuola e che proprio perché di scuola ben raramente si verificano; è invece usuale configurare conflitti per menomazione, nei quali la materia (del conflitto) si sostanzia sempre, o quasi sempre, nella decisione in ordine a chi vada riconosciuto il potere prevalente - o sostanziale - di assumere il contenuto dell'atto.

Inquadrate correttamente come conflitto per menomazione, resta da chiedersi se una siffatta configurazione giovi all'apertura di uno spazio per il ricorso a strumenti di leale collaborazione, che, quanto meno nel caso di specie, obbligherebbero il Ministro - o il Governo - a motivare le ragioni del diniego. In realtà, il Ministro ha non solo già svolto l'attività istruttoria richiesta, ma anche già spiegato ampiamente le ragioni del suo dissenso, di guisa che, se la Corte dovesse affermare l'obbligo (per il Ministro) di svolgere ulteriori attività o di motivare il diniego in nome del principio di leale collaborazione tra poteri, finirebbe con l'esercitare un sindacato di merito sulle ragioni del diniego, che diverrebbe per ciò stesso un sindacato sulla spettanza (sostanziale) del potere. In altre parole, o il potere di decisione finale spetta al Presidente della Repubblica - e allora il diniego di controfirma è in sé illegittimo, non venendo portate dal Ministro ragioni ostative di illegittimità costituzionale, ma soltanto ragioni di opportunità; oppure il potere di decisione è condiviso tra i due organi - e allora il semplice rifiuto di controfirmare è sufficiente per bloccare la grazia, senza la possibilità di obbligare il Governo a motivare la propria scelta, o a collaborare con il Presidente.

Anche l'argomento portato dall'Avvocatura dello Stato, che invoca una leale collaborazione tra poteri[15] per poter giungere ad una positiva soluzione del dilemma, presuppone in realtà non tanto un *deficit* di collaborazione da colmare - dal momento che si dà atto che la collaborazione si sia in effetti svolta - ma una decisione vera e propria su chi debba avere l'ultima parola, e quindi una decisione di merito.

7. Chiarite alcune delle molte implicazioni processuali del ricorso, il conflitto può essere riportato alla sua essenza, se cioè, nel concedere la grazia, il Presidente della Repubblica possa assumere la decisione da solo oppure debba dividerla con il Governo.

Anticipo fin da ora che sono per la tesi del potere "in condominio"[16], perché mi pare che nessuno degli argomenti a favore della competenza presidenziale esclusiva sia risolutivo, e perché prevalgono, complessivamente, ragioni sistematiche legate alla configurazione del potere di grazia e alla posizione istituzionale del Presidente della Repubblica nell'ordinamento.

8. Sono noti gli argomenti a favore del potere presidenziale esclusivo[17], in gran parte ripresi nel ricorso introduttivo dell'Avvocatura dello Stato.

Il principale - e più diffuso - è quello che pone l'accento sulla "*ratio* eminentemente umanitaria ed equitativa" del potere di grazia, "in quanto ispirato all'esigenza, da sempre presente in ogni ordinamento, di attenuare l'applicazione della

legge penale in tutte quelle ipotesi nelle quali essa viene a confliggere con il più alto sentimento della giustizia sostanziale". Per questa *ratio* umanitaria "... la concessione della grazia esula quindi del tutto da valutazioni di natura politica, e tanto meno può essere riconducibile all'indirizzo politico della maggioranza di governo". "Se così è - prosegue l'Avvocatura - allora è naturale che l'esercizio di un potere di tale elevata e delicata portata venga riservato in via esclusiva al Capo dello Stato, quale organo rappresentante dell'unità della nazione: trattasi di potere, del resto, che in tutti i regimi ed in tutte le epoche è stato riconosciuto come parte inscindibile delle prerogative proprie della massima autorità dello Stato ... Ciò tanto più nel vigente ordinamento costituzionale, nel quale il Presidente della Repubblica, per il suo ruolo istituzionale di garante *super partes* della Costituzione, è l'unico organo che offra la garanzia di un esercizio imparziale del potere di grazia". Provvedimento individuale, umanitario, eccezionale, e perciò naturalmente estraneo ad ogni implicazione connessa all'indirizzo politico del Governo, a differenza dei provvedimenti di amnistia e di indulto, che, in quanto provvedimenti di portata generale, incidono sull'indirizzo politico e per i quali, non a caso, la Costituzione chiede una esplicita deliberazione del Parlamento.

Il ricorso ricorda inoltre che la consuetudine sinora invalsa non depona nel senso di un potere condiviso, ché la stessa prassi recente va configurandosi in termini nuovi, e richiama una serie di precedenti della stessa Corte che, pur non affrontando direttamente la questione nei termini attuali, da un lato, hanno escluso la legittimità di ogni intervento del Governo nella fase esecutiva della pena, e, dall'altro lato, hanno affermato che "non (vi sono) vincoli costituzionalmente determinati per l'esercizio del potere di grazia da parte del Presidente della Repubblica" **[18]**, così sembrando escludere chiaramente l'esistenza di qualsivoglia potere decisionale da parte del Ministro della Giustizia (o comunque di sindacato nel merito). Come si è detto, gli argomenti riprendono le varie posizioni espresse in dottrina, che infatti è esplicitamente richiamata dall'Avvocatura a supporto.

9. Che la concessione della grazia in singoli casi sia decisione estranea all'indirizzo politico e che il Governo non debba avere competenza alcuna nell'ambito della fase esecutiva della pena, sono argomenti pacifici**[19]**. In fondo, anche gli altri provvedimenti di clemenza che incidono sulla fase esecutiva della pena - l'amnistia e l'indulto - non rientrano a stretto rigore nell'indirizzo politico del Governo, dal momento che richiedono in Parlamento una maggioranza persino più ampia di quella richiesta per le leggi costituzionali**[20]**.

Ma escludere la grazia dall'area dell'indirizzo politico del Governo non è condizione sufficiente, a mio avviso, per "*presidenzializzarla*" in senso sia formale che sostanziale**[21]**.

Indirizzo politico del Governo e politicità della questione non sono concetti sovrapponibili: spesso una questione assume una valenza politica indipendentemente dalla posizione che, su di essa, esprime il Governo. L'Esecutivo può optare per un profilo neutrale, proprio perché non ritiene di impegnare la propria responsabilità politica o non ritiene di forzare una posizione che può dividere gli elettori o le stesse forze di maggioranza. E' il caso della grazia a Sofri-Bompreschi**[22]**.

E' però difficile negare, in questi casi, nonostante il silenzio del Governo, la politicità della questione. Lo dimostra, a tacer d'altro, il controverso e animato dibattito suscitato dalla vicenda**[23]**, con prese di posizione nette dei partiti e dell'opinione pubblica a favore dell'una o dell'altra tesi.

Se così è, una decisione solitaria del Presidente della Repubblica, oltretutto contro quella che è, ad oggi, l'unica posizione formale espressa dall'Esecutivo, quella del Ministro Castelli, vale ad esporre il Capo dello Stato a censure politiche, che non potrebbero essere fatte ricadere su un Governo contrario (nel senso sopra detto) o non allineato alle posizioni presidenziali. Il Presidente della Repubblica perderebbe quel profilo - o quanto meno quell'apparenza - di imparzialità, che è invece indispensabile per la sua legittimazione e per il corretto esercizio delle sue funzioni istituzionali: imparzialità che proprio il ricorso introduttivo del conflitto invoca a sostegno del potere presidenziale di grazia.

Sia pur vero che, sino ad oggi, degli oltre 46.000 provvedimenti di grazia**[24]** soltanto quello di Sofri-Bompreschi e la nota vicenda della grazia a Curcio nel 1991**[25]** hanno sollecitato un dibattito politico, mentre la quasi totalità dei casi è passata sotto il silenzio dell'opinione pubblica e senza i riflettori dei *mass-media*; ma, a prescindere dal fatto che qualcuno degli altri 45.998 avrebbe forse suscitato maggiore riflessione, se conosciuto, e a prescindere dal fatto che in tutti gli altri casi l'iniziativa è sempre partita dal Ministro ed è stata quindi espressione di un potere condiviso, bastano le due ipotesi più note per convincersi che, talvolta e sia pure raramente, la grazia non è espressione di un potere neutro e imparziale, ma implica una delicata valutazione di tutti gli aspetti che essa coinvolge, dalla meritevolezza dei condannati alla sensibilità dei familiari, dal tempo trascorso dalla consumazione del reato all'impatto che determina sulla sensibilità

di un'opinione pubblica che può essere ancora scossa dalle vicende che hanno portato alla condanna.

Tutti questi aspetti non possono non avere una connotazione "politica", ossia non possono non sottrarre il Presidente della Repubblica dall'area della neutralità politica in cui la Costituzione lo pone ed esporlo ad una valutazione politica del suo operato che, se non condivisa, rischia di pregiudicarne il delicatissimo profilo di imparzialità propria di sommo garante dell'ordinamento. Se invece la concessione della grazia è condivisa dal Governo, allora ogni responsabilità ricade su questo, che può essere chiamato a risponderne secondo il modulo tipico e proprio della responsabilità politica e giuridica.

E' stato obiettato[26] che conseguenze analoghe potrebbero trarsi da qualsiasi atto presidenziale, compresa la nomina di giudici costituzionali e di senatori a vita, la concessione di onorificenze, il rinvio di una legge alle Camere o l'invio di messaggi alle Camere, e che, perciò, seguendo questa via si annullerebbe sostanzialmente la categoria degli atti sostanzialmente presidenziali[27]. Ma ogni atto sostanzialmente presidenziale ha in realtà una sua *ratio*, che non consente di confonderlo in una unica categoria: per ognuno vale una specifica giustificazione, e una rapida rassegna induce a ritenere che variano i canoni alla stregua dei quali valutare la portata dei (rispettivi) poteri presidenziali.

E' il caso - per esemplificare - del rinvio di una legge alle Camere, che non è un atto definitivo, ma può essere superato da una nuova deliberazione del Parlamento; è il caso della nomina dei Giudici della Corte, che è atto necessario per l'integrità di un organo costituzionale di garanzia e che deve ispirarsi a criteri di riequilibrio dell'imparzialità dell'organo, in particolare rispetto alle designazioni del Parlamento[28], e che, perciò, "mal sopporta" condizionamenti da parte del Governo; è il caso della nomina dei senatori a vita, atto rispetto al quale la Costituzione e la legge predeterminano i requisiti e le condizioni a cui il Presidente deve ispirare la propria decisione e che, comunque, rappresenta una funzione nella quale il Capo dello Stato esprime l'unità nazionale e il riconoscersi di un'intera collettività in personalità che hanno illustrato la Patria per altissimi meriti nel campo sociale, scientifico, artistico e letterario; è il caso dell'invio di messaggi formali alle Camere ex art.87, co.2, Cost.: atto, in verità, di non facile inquadramento teorico[29], che non a caso è stato raramente impiegato nella storia repubblicana, sostituito dalle ben più frequenti esternazioni libere (e non controfirmate), e che peraltro, se concepito come atto di controllo del Presidente rispetto alla legalità costituzionale, deve necessariamente esercitarsi senza influenza governativa (se non nei casi nei quali esso esorbita palesemente dalla sua funzione[30]), pena il venir meno della funzione alla quale è preposto.

Potrebbe, altresì, obiettarsi che, per questa via, al Presidente della Repubblica sarebbe preclusa, senza il consenso del Governo, qualunque "esternazione", a meno che non si limiti ad esaltare e ribadire valori costituzionali non suscettibili di dividere l'opinione pubblica. Ma, a parte il fatto che tale tesi è stata autorevolmente sostenuta in dottrina[31] come più aderente al dettato costituzionale, è evidente che l'impatto "politico" di una mera esternazione è affatto diverso dalla concessione della grazia contro il parere del Governo.

10. La concessione della grazia risponde infatti ad una *ratio* del tutto particolare.

Si impone la considerazione che, a dispetto di una prassi generosa, la concessione di un atto di clemenza individuale è - e resta - una fattispecie eccezionale rispetto al principio di legalità e di certezza della pena, che connota il nostro sistema penale, e alla tutela delle libertà fondamentali, anche delle vittime dei reati. La norma penale - e il sistema giudiziario preposto alla sua applicazione, compresa la magistratura di sorveglianza - postula un delicato bilanciamento di valori e di beni giuridici contrapposti, così che ogni intervento esterno capace di alterarlo non può che essere eccezionale e, come tale, attento a tutte le implicazioni.

Ciò premesso, anche ammesse la natura eminentemente umanitaria del provvedimento di grazia e la sua distinzione dagli altri provvedimenti di clemenza che coinvolgono il Parlamento - con la conseguente ragionevole scelta costituzionale di attribuire tale potere ad un organo imparziale quale il Presidente della Repubblica - non viene meno che una funzione che, in determinati casi (e il caso Sofri e Bompressi lo dimostra appieno), può assumere connotati molto controversi quando incida su ferite ancora aperte della nostra storia repubblicana e su laceranti e indimenticabili drammi familiari, debba essere esercitata in forma condivisa, e non in forma sostanzialmente unilaterale e solitaria da un organo che non può essere chiamato a rispondere delle sue scelte se non nella forma - improbabile se non impraticabile - della messa in stato d'accusa.

Pare insomma che, a fronte della natura eccezionale del potere, sia preferibile che la decisione non sia mai assunta da un solo organo, tanto meno se monocratico[32] e se esente da responsabilità politica e giuridica, ma sia *condivisa* con un altro organo, che nella specie l'art.89 Cost. individua nel Governo. D'altro canto, la condivisione del potere esprime

una relazione biunivoca[33], nel senso che, come il Governo può interdire l'esercizio della grazia da parte del Presidente, così il Presidente può fare altrettanto quando il Governo voglia usare la grazia per fini politici o partigiani.

Nell'affermarne la natura di potere condiviso per il suo carattere eccezionale, si circonda così la grazia di garanzie ulteriori, nel delicato raffronto tra i diritti del condannato e i diritti della vittima, che postula un delicato contemperamento degli interessi coinvolti[34].

Si potrà, bensì, obiettare che, in ipotesi eclatanti o discusse, opera pur sempre il presidio del rifiuto del ministro di controfirmare il decreto di grazia, rifiuto insopprimibile anche se si configura il potere come sostanzialmente presidenziale. Ma se si lascia al Governo la valutazione della rilevanza (quando pure non eclatanza) dei motivi di rifiuto, si ripropone la configurazione di un istituto quale è sempre stato nella prassi: un potere sull'esercizio del quale il Ministro non ha mai avuto nulla da obiettare, se non in quei rarissimi casi che hanno coinvolto emotivamente l'opinione pubblica e nei quali l'Esecutivo si è (legittimamente) opposto.

11. Come si vede, viene in rilievo una considerazione più generale non solo del ruolo del Presidente della Repubblica, ma anche - e più in particolare - del riconoscimento della potestà di scelte autonome che la più alta carica dello Stato possa compiere al di fuori dell'esercizio di poteri di garanzia (nomine dei giudici costituzionali), di onorificenza (nomina senatori a vita), di legalità e opportunità costituzionale (rinvio delle leggi alle Camere, presidenza del CSM), di *moral suasion* (invio di messaggi alle Camere). Con il potere di grazia si entra nel vivo di una attività di politica attiva, sia pure eccezionale e marginale, che, se svolta non solo senza il parere del Governo, ma addirittura contro di esso, farebbe del Presidente della Repubblica un autonomo centro di imputazione di un (proprio) indirizzo politico, che non è dato rinvenire nell'ordinamento.

Anche a riconoscere che il Presidente della Repubblica sia una istituzione dai tratti indeterminati e ambivalenti che può veder dilatato o ridimensionato il proprio ruolo a seconda del contesto politico-istituzionale, ciò non basta ad attribuirgli - a Costituzione invariata - scelte non necessitate e magari contro la esplicita volontà - perché tale è, nel caso concreto, fino a diversa manifestazione - della maggioranza di governo; e, per di più, senza nemmeno poter invocare, dalla sua parte (e sempre che, nella specie, sussista), una chiara posizione favorevole dell'opinione pubblica.

Si tratta, a ben vedere, di assicurare al Presidente della Repubblica quel profilo di neutralità e imparzialità operosa che la Costituzione gli assegna in funzione della sua alta funzione di garanzia.

* Professore associato di diritto pubblico presso l'Università di Brescia

[1] La possibilità/opportunità di una soluzione "contenziosa" dello scontro tra il Presidente della Repubblica e il Guardasigilli era stata evidenziata da A.Pugiotto, *Potere di grazia tra "legge Boato" e inerzia presidenziale*, in *Diritto&Giustizia*, 2004, n.8, 10 ss

[2] Cfr. R.Bin, *L'ultima fortezza - Teoria della costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano 1996

[3] Come ricorda M.Luciani, *Introduzione. Il Presidente della Repubblica: oltre la funzione di garanzia della Costituzione*, in M.Luciani-M.Volpi (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997, 18-19, "il Presidente ha poteri di controllo che non sono mai ultimativi, tanto è vero che l'organo di chiusura del sistema (e quindi il vero 'garante') è la Corte costituzionale, competente - non a caso - a pronunciarsi sui conflitti di cui sia parte il Presidente e sui reati da questi eventualmente commessi".

[4] Sulle esternazioni presidenziali, anche per una completa disamina delle diverse posizioni dottrinali, può leggersi M.Dogliani, *Il "potere di esternazione" del Presidente della Repubblica*, in M.Luciani - M.Volpi (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997, p.221 ss.

[5] V.Onida, *Il vero conflitto è con il Governo. La Corte lo chiama in causa*, in *Il sole 24 ore*, 16 giugno 2005: "difficilmente la Corte potrebbe, intanto, omettere di chiamare in causa il Governo nella sua collegialità, nella persona del presidente del Consiglio dei Ministri. Infatti il ministro della giustizia non ha per Costituzione, in materia di grazia, una competenza spettantegli individualmente (come per esempio nel caso dell'azione disciplinare nei confronti dei magistrati: articolo 107), che lo abiliti a confliggere da solo col Capo dello Stato. Se il problema è l'incidenza o meno

sull'indirizzo politico governativo, è al Governo nella sua collegialità, sotto la direzione del presidente del Consiglio, che dovrebbe spettare prendere definitiva posizione; ed è in sostanza dei poteri del Governo, non di quelli del ministro, che si dovrebbe discutere, anche davanti alla Corte. Il vero conflitto è fra presidente della Repubblica e Governo. Sarebbe stato (e forse sarebbe) perciò auspicabile che il Governo si esprimesse ufficialmente. Se fosse d'accordo col ministro, il conflitto dovrebbe vedere anche formalmente il Governo stesso come controparte del Capo dello Stato. Se invece il Governo fosse d'accordo con quest'ultimo, il conflitto verrebbe meno, e resterebbe solo il problema del ministro dissenziente, che si dovrebbe risolvere nei modi consueti in cui si risolvono le controversie nell'ambito dell'esecutivo (cioè, o il ministro si adegua al volere del collegio, o si dimette, o viene sostituito, per la controfirma del singolo atto o addirittura nella carica)".

[6] Come ricorda T.E.Frosini, *Il potere di grazia e la consuetudine costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 20 gennaio 2004.

[7] L'art.681 c.p.p., in realtà, menziona il Ministro di grazia e giustizia soltanto come destinatario della domanda di grazia presentata dall'interessato o da un suo congiunto, mentre nulla dice a proposito della domanda di grazia ad iniziativa d'ufficio, cioè concessa in assenza di domanda o di proposta.

[8] Secondo la definizione di G.Zagrebel'sky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 369.

[9] Secondo il comune orientamento della Corte costituzionale, a partire dall'ordinanza di ammissibilità n.228/1975 - in *Giur.Cost.*, 1975, 1691 - richiamata anche da E.Malfatti-R.Tarchi, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R.Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, Torino, 1995, 338

[10] A.Pugiotto, *Ciampi, Castelli e la grazia a Bompressi: perché quel potere non è in condominio*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, rileva che " ... la lettura del "fatto" e delle motivazioni del ricorso mostra come tale diniego ministeriale si articoli in due differenti condotte omissive: il rifiuto «di predisporre il relativo decreto di concessione» della grazia e il rifiuto «di controfirmarlo». Contestando entrambi, il ricorso - a ben vedere - incardina due distinti ancorché collegati conflitti di diversa natura: 1) un conflitto da menomazione, a seguito della mancata collaborazione del Ministro nel procedimento istruttorio prodromico all'esercizio del potere di grazia; 2) un conflitto da *vindicatio potestatis*, concernente la titolarità effettiva del potere di grazia".

[11] A.Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2001, p.328, rileva che la legittimazione spetta "al singolo Ministro, non tanto per quel che attiene ai poteri esercitati nell'esercizio delle funzioni (ritenendosi, a questi effetti, organo di vertice del c.d. "esecutivo" il Consiglio dei Ministri appunto) quanto per controversie che attengano al suo *ius ad officium*, ad un suo diritto (rivendicato) di esercitare le funzioni".

[12] Così, tra le altre, sentenza Corte cost. n.420/1995 - in *Giur.Cost.*, 1995, 3175 ss., e spec. 3195, con note di L.Pesole, *Il Ministro dell'interno in un conflitto tra poteri: parte sostanziale o mero autore formale dell'atto?*, di P.Veronesi, *Conflitto tra poteri e giudizio incidentale a confronto: interesse ad agire, rilevanza e concretezza*, di P.Olimpieri, *Brevi note in tema di legittimazione al conflitto dei ministri e di principio di cooperazione tra poteri dello Stato - : "spetta alla Corte, al di là della formale indicazione del ricorrente, l'identificazione dell'organo interessato cui l'atto asseritamente invasivo va imputato ed al quale, quindi, il ricorso deve esser notificato, non esistendo, nei giudizi in esame, alcuna forma di vocativo in ius"*. In dottrina cfr. anche A.Pace, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale nel conflitto tra poteri*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 179-180.

[13] Ancora A.Pugiotto, *Potere di grazia tra "legge Boato" e inerzia presidenziale*, cit., ricorda che già nella delibera di resistere in giudizio innanzi alla Corte il Governo sarebbe tenuto a prendere una posizione ufficiale sulla questione.

[14] A.Cerri, *Corso*, cit., p.344, ricorda che "una *vindicatio potestatis*, prima di essere tale, contiene anche una censura sul modo di esercizio dell'altrui potere; ma non si esaurisce in ciò, contenendo ancora una pretesa all'accertamento del proprio".

[15] Questi i termini con cui si esprime l'Avvocatura: "... d'altronde, il Ministro è sicuramente titolare di poteri istruttori ma questi non possono che concludersi, al più, con una valutazione. In base al principio di leale collaborazione tra le istituzioni, egli esprime il proprio parere al Presidente della Repubblica al più di pervenire a un provvedimento condiviso. Con la conseguenza che, nel caso in cui tale condivisione non si verificasse anche dopo aver esperito un adeguato

confronto sui presupposti (che nel caso di specie, riguardante Ovidio Bompressi, si è svolto), la volontà prevalente e quindi la decisione finale non possono che essere quelle del titolare del potere costituzionale di grazia e cioè del Presidente della Repubblica".

[16] Così A.Pugiotto, *cit.*

[17] La posizione favorevole alla spettanza esclusiva del potere di grazia al Presidente della Repubblica trova molti autorevoli consensi in dottrina: A.Manzella, *Sofri e i doveri del Guardasigilli*, in *La Repubblica*, 28 dicembre 2003; A.Pugiotto, *cit.*; T.E.Frosini, *cit.*; M.Ainis, *Sulla titolarità del potere di grazia*, in *QC* 2004, 97 ss; ma anche altrettanto autorevoli posizioni contrarie o, quanto meno, dubbiose: G.U.Rescigno, *Art.87*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G.Branca, Bologna, 1978; N.Zanon, *Un'opinione (vagamente) dissenziente sul potere di Grazia*, in *Forum di Quaderni costituzionali*; R.Bin, *Della grazia e di altri atti che vanno controfirmati*, in *Forum di Quaderni costituzionale*; E.Balboni, *Il potere di grazia e le sue procedure*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

[18] Così la sentenza n.274/1990, in *Giur.Cost.*, 1990, p.1657.

[19] E' certamente estranea anche all'indirizzo politico-costituzionale di cui sarebbe titolare il Capo dello Stato, secondo la nota tesi di Barile, perché non può dirsi che nei provvedimenti di grazia il Presidente della Repubblica si faccia carico di dare attuazione alla Costituzione.

[20] L'estraneità dei provvedimenti di clemenza - amnistia, indulto, grazia - all'indirizzo politico governativo è affermata da G.Zagrebel'sky, *Art.79*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G.Branca, Bologna, 1979, 147.

[21] Cito, tra i tanti, G.U.Rescigno, *Art.87*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G.Branca, Bologna, 1978, secondo cui il "provvedimento positivo di grazia del Presidente della Repubblica chiaramente si configura come atto formale e dovuto rispetto alla deliberazione del ministro".

[22] Ma è anche il caso della posizione assunta dal Governo sul *referendum* sulla procreazione assistita.

[23] Anche il precedente della grazia a Curcio suscitò un vivace dibattito politico. Lo ricordano Cfr. S.Galeotti - B.Pezzini, *Presidente della Repubblica*, in *Dig.Disc.Publ.*, XI, 1996, p.481, anche se poi i due Autori concludono per la spettanza esclusiva al Presidente del relativo potere: "l'ipotesi di concessione della grazia a Curcio, anche per la pubblicità e il clamore sollevati, ha assunto una valenza oggettivamente politica, tale che ognuno degli organi intervenuti avvertiva il bisogno di coinvolgere nella decisione la responsabilità anche di altri organi".

[24] E' un dato che riporta, tra gli altri, T.E.Frosini, *cit.*, con riferimento al periodo tra il 1951 e gli inizi degli anni '90.

[25] V. l'ordinanza n.379/1991 della Corte costituzionale che ha dichiarato estinto il processo, pubblicata in *Giur.cost.*, 1991, 3035, unitamente alla rinuncia al ricorso da parte del Ministro di Grazia e Giustizia.

[26] Da A.Pugiotto, *Ciampi, Castelli e la grazia a Bompressi*, *cit.*

[27] Che esistano atti presidenziali che non richiedono la collaborazione ministeriale è stata messo in dubbio da autorevole dottrina: cfr. C.Esposito, *Controfirma ministeriale*, in *Enc.Dir.*, X, 1962, p.295.

[28] Cfr. S.Galeotti - B.Pezzini, *Presidente della Repubblica*, in *Dig.Disc.Publ.*, XI, 1996, p.460.

[29] Cfr. le diverse ricostruzioni dottrinali proposte da L.Paladin, *Presidente della Repubblica*, in *Enc.Dir.*, XXXV, 1986, p.219

[30] Ma anche nel noto e discusso caso del messaggio sulle riforme costituzionali di Cossiga alle Camere del 26 giugno 1991, per il quale il Presidente del Consiglio Andreotti rifiutò di apporre la sua controfirma per dissenso dal suo contenuto, l'atto fu comunque controfirmato dal Ministro di Grazia e Giustizia Martelli: cfr. A.Apostoli, *Vicende di rilievo costituzionale nel periodo conclusivo della legislatura*, in A.D'Andrea, a cura di, *Verso l'incerto bipolarismo*, Milano, 1999, 161.

[31] Cfr. la dottrina richiamata da M.Dogliani, *Il "potere di esternazione"*, cit., p.226.

[32] Sui limiti connaturati alla natura monocratica dell'organo si veda M.Luciani, *Introduzione*, cit., p.19: "... il Presidente è organo monocratico, e il corretto assolvimento dei compiti di garanzia che, per avventura, gli fossero affidati presupporrebbe specifiche qualità personali nei soggetti di volta in volta titolari dell'organo. Ma non è un mistero che - ammaestrati dal fascismo - i costituenti sapessero che il rischio della tirannide si annida, come già dicevano i greci, in una (non) qualità personale, e cioè nella *ubrys*. E non esiste alcuna prova ragionevole che essi volessero correre il rischio di un simile esito, affidando compiti di garanzia costituzionale estrema ad un organo monocratico privo di legittimazione politica diretta".

[33] Mi sembrano ancora attuali le parole di L.Paladin, *Presidente della Repubblica*, cit., p.236: "l'idea di un concorso effettivo di entrambi gli organi al contenuto deliberativo dell'atto è la sola che consenta di ridimensionare l'atto stesso: impedendo, da un lato, che il Presidente divenga la fonte esclusiva di privilegi penali, senza poter soddisfare quell'esigenza di pari trattamento, che il solo Ministero della giustizia è in grado di apprezzare globalmente; e, d'altro lato, evitando il paradosso di un Ministro che, diversamente, diverrebbe l'unico ed incontrollato depositario d'una potestà di clemenza già spettante al monarca".

[34] E' N.Zanon, *Un'opinione (vagamente) dissenziente sul potere di Grazia*, cit., a ricordare la necessità di valutare con equilibrio la posizione (e il dramma) di tutti i soggetti coinvolti nella vicenda.