

Il potere di grazia e le sue procedure

di Enzo Balboni

(24 giugno 2005)

Affrontando - nei brevi cenni consentiti a questa Nota - il problema del potere di grazia mi puntello, da subito, sul saldo terreno dei principi fondamentali dello Stato costituzionale là dove il principio di legalità si declina anche come "*King can do no wrong* ma *King cannot act alone*".

Già fatico a considerare appropriato per un ordinamento ispirato al costituzionalismo moderno il potere di grazia e non mi impressionano positivamente le metafore fisiciste che vengono sovente adoperate per giustificarlo ("la valvola che fa scaricare l'eccesso di pressione" ecc.), se non per quello cui alludono nel profondo: essere questo potere una facoltà il cui uso può essere massicciamente discrezionale, e dunque politico. Del resto i Presidenti americani continuano ad utilizzare in questo senso, e senza troppi pudori, "*the Power to Grant Reprieves and Pardons for Offenses against the U.S., except in Cases of Impeachment*" (art. II, 2), come fece Gerald Ford a favore di R. Nixon, dimissionario nel settembre 1974 dopo lo scandalo *Watergate* e Bill Clinton nel 2001, a favore del petroliere e finanziere Marc Rich, che era fuggito all'estero in seguito all'incriminazione per pesante evasione fiscale, il quale si era reso benemerito come contribuente alla campagna elettorale di Clinton stesso. È impressionante, a tale riguardo, ricordare che ben 140 sui 395 *pardons* riconducibili a Clinton in otto anni furono da lui accordati nell'ultimo giorno della sua presidenza. Non è inopportuno aggiungere che, negli Stati Uniti, esistono un'ampia documentazione ed una dottrina ben informata [RUCKMAN], accessibili anche da Internet [all'indirizzo: <http://jurist.law.pitt.edu/pardons5a.htm>]: ciò che, forse manca in Italia e rende meno leggibile un istituto dai contorni già di per sé incerti.

Ma torniamo al caso italiano ed al chiaro e convincente ragionamento sulla grazia svolto da G. Zagrebelsky secondo uno schema che condivido: 1) nell'ordinamento costituzionale, tutti i poteri, anche quelli di clemenza collettiva ed individuale, incontrano limiti; (2) l'insieme di questi limiti deve essere desunto dal diritto positivo; (3) tali limiti devono trovare anche congrui congegni procedurali che ne garantiscano leggibilità, effettività e *responsiveness*.

Le prime due indicazioni conducono, in modo tutto sommato agevole, a risultati ermeneutici chiari. Nella Costituzione, la norma che, più di ogni altra, incide sulla fisionomia della grazia è l'art 27, co. 3, ossia il principio che statuisce la finalità rieducativa della pena e di risocializzazione del condannato. Essendo questa la funzione della pena alla quale si rifà la Costituzione, essa illustra e delimita anche la funzione della grazia, che, in certo qual modo, è il "negativo" della condanna: ossia il provvedimento che, incidendo individualmente sulla posizione di un singolo reo, toglie la pena residua che la condanna ha comminato.

Nella legislazione, tale connessione funzionale emerge con chiarezza da parecchie norme ed, in primo luogo, dall'art. 174, co. 1, dall'art. 681, co. 5, e dall'art. 672, co. 5, c.p.p. che confermano l'istituto della 'grazia condizionata', già noto all'esperienza preconstituzionale ed alla prassi repubblicana sin qui seguita. La stessa Corte costituzionale, nella sent. n. 134/96 e nell'ord. n. 388/87, ha sottolineato la connessione tra il 'condizionamento della grazia' e la finalità risocializzante e, in tema di condizione, il pagamento di una somma alla cassa delle ammende, ci ricorda che detto condizionamento è - e, pare di capire, deve essere - preceduto da un'indagine sulla capienza patrimoniale del reo, onde verificare che egli abbia effettivamente la possibilità di pagare la somma stabilita (altre forme tipiche di condizione riguardano la "buona condotta" del beneficiario, il risarcimento del danno, il divieto di soggiorno in taluni comuni (REALI).

Non è irrilevante neppure l'art. 210, co. 3, c.p., che, in caso di grazia anche parziale dell'ergastolo, impone al condannato un periodo di libertà vigilata non inferiore ai tre anni, evidentemente allo scopo di assicurare un controllo sull'effettiva rieducazione e risocializzazione del reo di delitti particolarmente gravi (si potrebbe anzi ritenere che detta norma costituisca un limite allo stesso potere di clemenza, al quale non si consente di restituire al reo una libertà completa).

È opportuno aggiungere che, proprio in ragione del predetto art. 27, co. 3, Cost., il potere di grazia dovrebbe, nell'ordinamento repubblicano, trovare uno spazio estremamente circoscritto: il diritto dell'esecuzione penale deve conformarsi ai principi di umanità e funzione risocializzante della pena e, ove ciò non accada, deve essere modificato,

eventualmente anche mediante interventi del Giudice delle leggi. Deve essere, inoltre, respinta, per la stessa ragione e con nettezza, l'idea che la grazia possa, in qualunque modo, supplire alle eventuali deficienze dell'istituto della revisione o, in generale, delle procedure di accertamento della responsabilità penale. Gli artt. 24 e 111 Cost. esigono che tali deficienze siano sanate all'interno della sfera giurisdizionale e processuale, senza inframmettenze di poteri che, per la loro ampia discrezionalità, offrirebbero garanzie non solo improprie, ma anche deboli. Come l'amnistia e l'indulto (a proposito dei quali rinvio al mio *Uso congiunturale della Costituzione: le proposte di riforma dell'art. 79*, in QC 2003), la grazia dovrebbe funzionare, piuttosto, quando evenienze eccezionali, contingenti e materiali, comportino un *vulnus* dei principi costituzionali sulla pena non risolvibili con interventi normativi e neppure con gli strumenti della giustizia costituzionale. Proprio il famoso "caso Sofri" offre, probabilmente, uno di questi esempi, in quanto il tempo lunghissimo trascorso, per ragioni disparate, tra il fatto di responsabilità penale, il suo accertamento e l'avvenuta esecuzione della pena per oltre un terzo e, adesso, l'ammissione al lavoro esterno diurno, hanno consentito al condannato di reinserirsi pianamente e senza grandi conflitti nel consesso sociale.

Si è obiettato (MENDOZA) che una simile motivazione sarebbe inaccettabile, in quanto essa determinerebbe una deroga alle regole sulla prescrizione dei reati (accettabile sarebbe, invece, la grazia per motivi di salute): il vero è che la grazia costituisce, sempre e per definizione, una deroga al diritto e che, proprio per questo, essa dovrebbe circoscriversi a casi estremi e non alle decine di migliaia in mezzo secolo di cui parlano i giornali nella colpevole assenza di statistiche ufficiali. Nondimeno, una volta che si acceda all'idea che tale istituto meriti cittadinanza nell'ordinamento costituzionale, il parametro per il suo esercizio deve essere l'art. 27 Cost., in relazione al quale non si vede perché non si debba tenere conto della vita del condannato prima dell'esecuzione, se essa è consistita in molti anni di pacifico e proficuo inserimento nella società.

Tornando, comunque, al filo principale del ragionamento, la terza fra le indicazioni ricordate in esordio è la più problematica, perché il potere di grazia è consegnato ad organi diversi da quelli competenti all'irrogazione ed all'amministrazione della pena, e ciò sia per preponderanti ragioni storiche, sia perché non si è inteso fare del procedimento per la grazia una sorta di quarto grado di giudizio, nonostante numerosi abusi al riguardo.

È opportuno, anche qui, partire dal diritto positivo. La Costituzione, com'è noto, si limita a stabilire che il Presidente della Repubblica «può concedere grazia e commutare le pene» (art. 87) e che il relativo decreto, come tutti gli altri atti presidenziali, non è valido se non è controfirmato dal Ministro proponente, che ne assume la responsabilità» (art. 89), il quale è ovviamente il Ministro della giustizia. I riferimenti costituzionali non chiariscono però se il potere sostanziale di decidere la grazia spetti al Presidente od al ministro o congiuntamente ad entrambi: infatti, (1) le regole di cui all'art. 89 sono testualmente riferite a tutti gli atti presidenziali; nondimeno, (2a) il valore della controfirma e della proposta differisce nelle diverse tipologie di atti e (2b) si ritiene che non sia necessaria una proposta da parte di alcun organo governativo per atti sostanzialmente presidenziali, come la nomina dei giudici costituzionali o dei senatori a vita o degli atti di rinvio e dei messaggi.

Lo scioglimento del dubbio richiede, allora, che si esamini il quadro normativo in cui la specifica attribuzione in esame si inserisce. Preliminarmente a tale esame, dovrebbe porsi la domanda se sia giuridicamente corretto attingere elementi per l'interpretazione delle attribuzioni degli organi costituzionali da fonti primarie (o sub-primarie), e non solo dalla legge fondamentale: tuttavia questo interrogativo, che mantiene una scottante attualità a proposito dei progetti di riforma legislativa del potere di grazia (cfr. PUGIOTTO), potrebbe essere meno determinante nel caso odierno se si ritiene che i riferimenti legislativi convergano con i dati desumibili dai grandi principi costituzionali nell'indicare la risposta al problema in esame.

E' giocoforza qui tralasciare l'esame degli aspetti procedurali specifici - dalla domanda di grazia e relativa istruttoria sino all'emanazione del decreto - se non per sottolineare che, per quanto concerne il ruolo del Ministro è la prassi piuttosto che la legge, a determinarne il ruolo. Tale prassi consiste nella formulazione di talune valutazioni, prima da parte degli uffici «sulla base delle direttive ricevute, delle prassi ecc.» (MENDOZA) e poi da parte del Ministro, che ritiene anche di poter archiviare la pratica. Il recente ricorso del Presidente della Repubblica (par. 2.1.4) riferisce che, nel 2003 il Presidente della Repubblica ha chiesto ed ottenuto di essere informato dal Ministro sugli esiti delle istruttorie, ai fini delle proprie decisioni: ma, nelle sue linee essenziali, non sembra che la prassi in esame sia cambiata; anzi, che la prassi in questione sia perdurata, tanto da persuadere autorevole dottrina che il potere di grazia sarebbe «stat[o] attratto nell'orbita governativa, com'è comprovato dalla formulazione della proposta da parte del ministro di grazia e giustizia, cui la legislazione ordinaria conferisce il compito di svolgere la fase istruttoria» (BIN-PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, ed. 2000, p.271; un cenno in tal senso già in BARILE).

Ora, chi scrive non ha elementi documentari per entrare *funditus* in un'analisi di tale istruttoria. Però, delle due l'una: se si sta alla legislazione positiva, le funzioni istruttorie espressamente contemplate non sembrano coinvolgere esplicitamente il Ministro; se invece si sta alla prassi, occorre misurarsi con l'ostacolo di verificare se essa non possa considerarsi *contra o praeter legem* e se, posto che non lo sia, la medesima abbia la solidità sufficiente per assurgere al grado di consuetudine -non di mera convenzione costituzionale- acquisendo una forza giuridica che vada al di là del semplice consenso degli organi interessati, per quanto diuturnamente rinnovato (cfr. per penetranti nozioni critiche in merito proprio BIN-PITRUZZELLA, cit., 292-293). D'altronde, in questi giorni la labilità della consuetudine o convenzione in esame è emersa dalla condotta di un Presidente della Repubblica, del quale l'autorevolezza ed il senso istituzionale sono fuori questione, che, pur dopo aver a lungo cercato un contatto con il Ministro della giustizia, rivendica nel giudizio per conflitto di attribuzioni la piena titolarità del potere di grazia.

Inoltre, pare largamente condivisibile l'impostazione indicata in questi giorni da Valerio Onida (*Il vero conflitto è con il Governo. La Consulta lo chiama in causa*, in «Il Sole24Ore», 16 giugno 2005: ma già prima PUGIOTTO), secondo il quale la vera controparte del Presidente della Repubblica, nell'esercizio del potere di grazia, è il Governo nel suo complesso, non solo il Ministro della giustizia: in effetti, non c'è ragione di ritenere che, in difetto di diversi indici costituzionali, non debba valere anche in questo caso la regola degli artt. 92-95 Cost. e degli artt. 2 e 5 della legge n. 400 del 1988, per cui compete al Consiglio dei Ministri non solo la decisione di agire o resistere in sede di conflitto di attribuzioni, ma anche quella di decidere sulle questioni che gli siano sottoposte dal Presidente del Consiglio, anche su quelle di competenza dei singoli Ministri, previa sospensione, da parte del Presidente stesso, degli eventuali atti dei Ministri ritenuti non coerenti con l'indirizzo politico che egli è personalmente chiamato a dirigere (art.95). Si tratta di un principio ben noto, asse portante dell'interpretazione dell'art. 37 della l. n. 87 del 1953, con riferimento alla sfera del potere esecutivo, dal quale solo rarissime volte la Corte si è allontanata.

Resterebbero a questo punto da studiare diversi e sostanziali profili concernenti la collocazione istituzionale del potere di grazia, le garanzie per un corretto esercizio del potere stesso, l'analisi del testo e del contesto che consentano di problematizzare il dilemma: atto duumvirale ovvero controfirma come atto dovuto? Ma ciò esula dai limiti della presente nota. Riprendendo alcuni spunti sommariamente evocati nelle righe precedenti, diremo che il cuore della questione sembra essere quello della verifica della solidità e del valore giuridico di una prassi, quella dell'istruttoria ministeriale nel procedimento di grazia, che sembra mancare di agganci precisi ed espliciti nella legislazione(l'art. 681c.p.p. menziona il Ministro come recettore di atti istruttori, acquisizioni, valutazioni e pareri provenienti *aliunde*, ossia da organi giudiziari - il procuratore della Repubblica e il magistrato di sorveglianza - e destinati altrove, ossia al Presidente della Repubblica).

A ciò potrebbe aggiungersi che, dati i rischi di abusi connessi al carattere eccezionale e discrezionale dell'istituto, la controfirma potrebbe utilmente qualificarsi come una prima istanza di controllo, che si potrebbe ritenere estesa ad un sindacato non puramente notarile dell'atto (*rectius*: della sua provenienza), bensì anche ad una sorta di cauto sindacato per eccesso di potere, volto a verificare che il singolo esercizio del potere di clemenza non traligni in modo manifesto dalla funzione sua propria, speculare a quella della pena. Non sono certo che ciò basti a rendere l'atto sostanzialmente duumvirale, anche se certamente così si attribuirebbe al Governo un ruolo maggiore di quello spettante, ad es., nella nomina dei giudici costituzionali; sono invece consapevole e sicuro che una simile istanza di verifica non sarebbe comunque sufficiente ad eliminare eventuali abusi sui quali il Governo e Presidente si trovassero a consentire. Si porrebbe, in tal caso, la questione: accettare che un potere diverso da quello giurisdizionale possa "rompere" con un suo atto complesso la legalità ed "interrompere" la tutela penale dei beni giuridici fondamentali, o immaginare qualche forma di rimedio ulteriore, forse un conflitto di attribuzioni tra il *tandem* Governo-Presidente e gli organi giudiziari preposti all'esecuzione penale? Questa mi pare la domanda più difficile: c'è solo da rallegrarsi che, sinora, la questione sia rimasta puramente teorica.