
Giustizia in cammino

A cura di
Mauro Dell'Ambrogio - Mario Luvini
Elena Salvioni

EDIZIONI BERNASCONI SA, AGNO
COSCIENZA SVIZZERA, BELLINZONA

L'opera viene pubblicata
con il contributo della Rivista di diritto amministrativo ticinese
edita dal dipartimento dell'interno del Cantone Ticino
e finanziata inoltre
con il premio conferito a Coscienza Svizzera
da Coop Svizzera

ISBN: 88-85372-00-7

© 1990

Edizioni Bernasconi SA, Agno
Coscienza Svizzera, Bellinzona

Indice

Prefazione	9
MARCO BORGHI. Presentazione.	11

PARTE PRIMA

Tendenze nelle teorie sulla giustizia

SEBASTIANO MAFFETTONE. L'etica e l'etica applicata	17
WILLIAM OSSIPOW. L'Etat et la justice socio-économique	25
ALBERTO BONDOLFI. Radici culturali del senso di giustizia oggi, con particolare riferimento alla tradizione cristiana	35

PARTE SECONDA

Nuove tendenze in materia di pena

ALEX PEDRAZZINI. Il sovraffollamento carcerario: un problema da risolvere con intelligenza	59
GIACINTO COLOMBO. Punire senza sbarre: quali possibilità?	69

PARTE TERZA

Politica ecologica dello Stato tra educazione e repressione

RENZO RESPINI. Ruolo dello Stato nella problematica ecologica	77
CHRISTIAN-NILS ROBERT. Protection de l'environnement: comportements et incidences des normes du droit pénal	83

PARTE QUARTA

Tra i problemi attuali della giustizia ticinese

ALBERTO LEPORI. Giustizia e politica nella realtà ticinese	97
MICHELE RUSCA. Riflessioni sull'indipendenza della magistratura	101
CLAUDIO LEPORI. Riforme in corso e auspiccate: argomenti pro e contro	105
MAURO DELL'AMBROGIO. Nota conclusiva	119

APPENDICE

Note biografiche	125
----------------------------	-----

Prefazione

Costituita allo scopo di rafforzare i principi di democrazia e di federalismo, mediante l'organizzazione di giornate di studio, conferenze e dibattiti nonché promuovendo l'informazione imparziale a tutti i livelli, in più di trent'anni di vita «Coscienza Svizzera» ha trattato le questioni più importanti, politiche, economiche, sociali e culturali, affiorate in seno alla comunità.

Coscienza Svizzera non poteva quindi mancare all'appuntamento con la giustizia, intesa come entità astratta ma anche, anzi soprattutto, come istituzione statale al servizio della società, in un momento di radicali cambiamenti nella cultura politica svizzera. Una giustizia che, anch'essa, deve stare al passo con i tempi.

Dopo «Identità in cammino» (1987) e «Costituzione in cammino» (1989), ecco dunque «Giustizia in cammino», un libro che riflette in buona parte gli atti dei sette incontri pubblici promossi tra il maggio 1988 e l'aprile 1989 su «Stato e giustizia oggi». Esso non ha certo la pretesa di dare risposte definitive. Più modestamente si propone di servire da stimolo per un dibattito che richiede di essere costantemente alimentato. Gli interrogativi di fondo che si pongono attorno al problema «giustizia» sono infatti in gran parte quelli di sempre.

Al centro vi è la separazione dei poteri. Istituto fondamentale dello stato di diritto, esso implica, da un lato, l'indipendenza del giudice dai poteri politici (popolo, parlamento, governo) e, dall'altro, la sua dipendenza dalla legge.

Tutti gli ordinamenti giuridici del mondo occidentale riconoscono, esplicitamente o implicitamente, questi principi, e nessuno li discute come tali. Nella realtà, sono però veramente e completamente realizzati?

In Svizzera, e in particolare in Ticino, gli amministratori della giustizia sono nominati direttamente dal popolo o, in taluni casi, dal parlamento, per un determinato periodo. Formalmente la separazione dei poteri appare garantita. Ma nella pratica il coinvolgimento dei poteri politici, e quindi dei partiti, nell'elezione dei magistrati non rischia di evidenziare la fragilità della loro indipendenza?

Un sistema di designazione diversa, totalmente sottratta agli altri poteri statali, darebbe maggiore garanzia?

Oltre che imparziale e indipendente, per essere credibile la giustizia deve essere efficiente. L'efficienza dipende però anche dal modo in cui è organizzata e dai mezzi di cui dispone. Quali sono allora le riforme in corso nel Cantone? Quali altre sono auspicabili?

I problemi non sono comunque solo di natura formale, è ovvio, e neppure sono legati tutti al terzo potere. Anche il concetto stesso di giustizia in senso lato si evolve, in particolare quello di giustizia socio-economica. I tentativi di coniugare ricchezza e uguaglianza, a livello teorico e pratico, certamente non sono di oggi. Ma oggi, a che punto siamo? Quali contrasti, di natura filosofica o ideologica, si frappongono a una soluzione da tutti accettata?

Per passare a un altro tema, non meno attuale — quello della supremazia della legge —, sappiamo che ogni società è costretta a dotarsi di regole di comportamento. D'altra parte è anche necessario garantire il rispetto. Come, però? Educando o reprimendo?

Recenti studi indicano che molto spesso le persone si comportano conformemente alle esigenze legali senza che vi siano spinte dalla minaccia di una sanzione o dalla promessa di un vantaggio diretto. Altra domanda, quindi: a quali trasgressioni occorre, nell'interesse dell'ordinamento sociale, comminare una pena e a quali no? E ancora: a quali altri mezzi può o deve far capo lo Stato per assicurare il rispetto delle leggi?

Sul fatto che la sanzione penale si giustifichi solo quando appaia veramente indispensabile alla difesa dell'ordine pubblico e che la pena debba comunque essere anche risocializzante ognuno concorda. Ma in che modo e con quale intensità occorre punire per raggiungere lo scopo? È più importante la severità della sanzione o la certezza che sia sempre applicata? Il carcere favorisce l'emendamento del reo e il suo reinserimento nella società oppure li intralcia?

Come si vede, non mancano certo gli spunti per tentare un'analisi della giustizia. «Coscienza Svizzera» è grata ai relatori, tutti altamente qualificati, per il loro contributo grazie al quale questo libro può presentarsi come un tentativo riuscito. Un ringraziamento particolare va inoltre al Prof. Marco Borghi che, dopo aver raccolto i testi nella «sua» Rivista di diritto amministrativo ticinese, di questo volume è stato l'ispiratore.

Coscienza Svizzera

Presentazione

Coordinato e organizzato, per il Gruppo d'informazione per la Svizzera italiana «Coscienza Svizzera», dall'assidua e proficua attività del Presidente Remigio Ratti, di Mauro Dell'Ambrogio, Mario Luvini ed Elena Salvioni, il ciclo di incontri «Stato e Giustizia oggi», i cui contributi scritti disponibili sono di seguito pubblicati, ha evitato di proporre tale complessa tematica unicamente nei termini generali in cui, troppo sovente astrattamente e sterilmente, viene affrontata e ha invece saputo concretarne la portata, inoltre radicandone il significato nel contesto ticinese di oggi.

Scelta ardua, non tanto per la vastità e al contempo la specificità dei numerosi aspetti degni di analisi, di cui peraltro diversi e rappresentativi hanno potuto essere enucleati, quanto per la difficoltà ontologica di tradurre senza soluzione di continuità l'ideale di giustizia nella sua realizzazione concreta. Scelta tuttavia ancor più necessaria, perché appare ovvio che anche nella più banale determinazione organizzativa può allignare un'esigenza fondamentale di giustizia e quindi il rischio di lesione di valori irriducibili, e perché, inversamente, la sola, ancorché dotta discettazione sul fondamento antropologico dei supremi principi etici risulterebbe fatalmente, perlomeno al cittadino comune (nonché al modesto giurista chiamato a prescrivere regole riconducibili a concreti fatti di vita), essere una mera disamina formale di espressioni aventi carattere sostanzialmente letterario, almeno parzialmente prive di portata normativa.

Questa antinomia ha ispirato tutti i contributi di cui si propone la lettura, la cui sintesi presenta i contorni della complementarità e dell'arricchimento reciproco, ad onta della specifica finalità e della diversa matrice che ha informato l'opera di ciascuno.

Così, è riconosciuto che anche un'ottica trascendente non evita un «approccio autonomo» alla nozione di giustizia, una «prospettiva transsistemica», in altri termini, la constatazione per cui i problemi di giustizia «si pongono in qualsiasi assetto o sistema socio-politico» (Alberto Bondolfi) e che la filosofia, pur qualificandosi quale possibile «tribunale della Verità», quale controllore di «razionalità pubblica», non può negare le difficoltà congenite di un'etica normativa applicata, l'impossibilità nel campo giuridico, anche se essa può costituire da un lato un utile (e rigoroso sul piano logico) «strumento atto a ridurre la complessità delle controversie», in base ad accordi metaetici, in specie nelle forme e nelle procedure, fondati su un'esigenza di reciproca tolleranza «per consentire quel vantaggio collettivo indubitabile che consiste in una generale pacificazione» e dunque, d'altro lato, più in generale, «un metodo della parziale ma sistematica riduzione del campo d'azione del conflitto in nome del consenso su valori sostanziali» (Sebastiano Maffettone).

Dal punto di vista socioeconomico, la contraddizione di fondo è espressa dalla denaturazione che la nozione ideale di giustizia patisce dal momento in cui essa è intesa quale principio morale, quale inclinazione individuale ad agire in modo «giusto», poiché tale criterio è fatalmente influenzato da una sorta di calcolo contabile legato all'interesse materiale: così, la ricchezza appare inconciliabile con l'aspirazione all'uguaglianza, raggiungibile semmai unicamente in forza di un'imposizione autoritaria e dunque antidemocratica. Pertanto, la crescita economica, condizione di redistribuzione delle risorse e quindi di realizzazione concreta, anche in termini normativi, della giustizia, ha un «effetto anestetizzante», il che induce addirittura a postulare, paradossalmente rispetto all'obiettivo ideale, l'avvento della crisi, suscettibile di «risvegliare l'esigenza interiori di giustizia» (William Ossipow).

Infine, il fatto di privilegiare l'interesse economico individuale produce una ridotta sensibilità per gli interessi e i beni collettivi.

Ciò vale per la situazione delle persone più emarginate dalla società, e opportunamente d'un lato si è voluto sottolineare l'insostenibile fenomeno del sovraffollamento carcerario, con i drammatici eventi che tale situazione può comportare, quale il «macabro rito di uccidere compagni di prigionie come protesta» (Alex Pedrazzini), d'altro lato si è inteso marcare l'esigenza di sostegno a progetti di riforme, destinate, almeno parzialmente, a sostituire la pena carceraria, propugnando così l'insorgere di una nuova fase evolutiva del sistema di esecuzione delle pene, dopo l'abolizione costituzionale della pena corporale, auspicando l'attuazione della possibilità di «punire senza prigione» (Giacinto Colombo).

Inoltre, la sensibilità per la tutela dei beni collettivi è inversamente proporzionale all'ampiezza e al carattere impersonale di essi: esempio tipico: quello della protezione dell'ambiente che evidenzia l'incapacità del diritto a produrre qualificanti trasformazioni sociali (Christian-Nils Robert) e l'esigenza di responsabilizzazione compresa come approntamento di procedure sempre più sofisticate, intese a garantire il consenso nonché, «più ambiziosamente, a creare motivazioni individuali e collettive», per un «uomo adulto» nel senso di capace, educato a non considerare unicamente i propri diritti, bensì conscio dell'esigenza di rispondere a un «nuovo senso del dovere», che lo chiama a cooperare alla realizzazione di «fini comuni» (Renzo Respini).

I testi successivi sottolineano che la nozione generale di «giustizia» deve essere recepita anche secondo un'accezione più pragmatica ed operativa, avente per oggetto l'adeguatezza delle norme organizzative concernenti le strutture statali, in primis i tribunali, deputate non solo a sancire le controversie fra cittadini, ma soprattutto anche a tutelare la libertà e i diritti di questi ultimi nei confronti dello Stato. Solo apparentemente questo aspetto potrebbe sembrare marginale se non addirittura avulso dal contesto generale esposto più sopra: in realtà esso (nella misura in cui si riconosca che la garanzia del diritto alla giustizia ha carattere prioritario) ne rappresenta la più importante esplicazione, in particolare per quanto attiene al fondamento delle norme organizzative, che pacificamente «trovano punto di partenza e di riferimento in presupposti, principi e convincimenti d'ordine ideale, filosofico,

politico, qui con particolare riguardo alle libertà del cittadino, alla legalità del procedere, all'indipendenza del magistrato» (Claudio Lepori), fermo restando, anche riguardo a questa tematica specifica, la fatale sussistenza di uno iato tra rappresentazione ideale della giustizia e sua realizzazione nella prassi organizzativa ed operativa concreta. Ma l'interesse peculiare di una riflessione sui principi generali permette di constatare che anche le norme organizzative apparentemente di importanza secondaria si configurano quali significativi e irrinunciabili corollari di tali principi: si veda ad esempio la critica rivolta alla «pratica costante di abusare di impedimenti del Pretore per fare del segretario-assessore un giudice a tempo pieno» e il «rimpianto» per la reintroduzione da parte del Gran Consiglio della possibilità di supplenze straordinarie nella prima istanza penale da parte di giudici di altre sezioni del Tribunale d'Appello (Claudio Lepori).

Problematica è la rappresentatività politica quale criterio «opinabile» per la composizione degli organi del potere giudiziario, «venendo inoltre a mancare la garanzia dell'inamovibilità del magistrato, che indubbiamente costituisce un baluardo contro eventuali pressioni politiche» (Michele Rusca); c'è inoltre, a questo proposito, da considerare criticamente che con tale sistema, di fatto, «la scelta finale spetta all'organo politico del partito, o meglio ai suoi membri, che fanno valutazioni al di là delle capacità giuridiche dei candidati» (Alberto Lepori).

Significativo appare d'altronde il rinnovato interesse per il principio di imparzialità e indipendenza del giudice (principio che sembra quasi tautologico e quindi essersi come svuotato di contenuto) manifestatosi in tempi recenti, si pensi all'enorme influenza esercitata dalle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in specie nel campo della procedura penale, e alle recenti decisioni del Tribunale federale in casi ticinesi, in materia di incompatibilità dei giudici e di ricusa (pubblicate nelle RDAT del 1989 e del 1990).

I testi che seguono pongono dunque, in sostanza, i temi fondamentali della relazione tra Stato e Giustizia, così come è vissuta, in specie nel contesto ticinese. Essi si inseriscono proficuamente anche nel dibattito in corso sulla revisione totale della Costituzione ticinese (cui peraltro Coscienza Svizzera ha fornito un altro recente e importante contributo, con un altro ciclo di serate e con la conseguente pubblicazione «Costituzione in cammino»): la carta fondamentale si configura infatti come la sede istituzionale precipua della mediazione tra l'ideale di giustizia e la sua realizzazione, fermo restando tuttavia che tale funzione può essere compiutamente esercitata solo se la Costituzione non si limita a determinare normativa concernente la composizione degli organi statali e a delimitarne l'attività definendo quei baluardi, le libertà individuali, che opponendosi ad essa, al contempo la informano ma se, oltre a tali, pure fondamentali tematiche, recepisce le esigenze sociali della collettività, sancendo compiti e diritti sociali che costituiscono, come ha dimostrato il Convegno tenutosi a Locarno il 3 novembre 1989 organizzato dall'Istituto di Federalismo dell'Università di Friburgo, l'indispensabile strumento, il contenuto dell'attività degli organi istituzionali e, non ultimo, la garanzia dell'accesso indiscriminato ad essi.

Marco Borghi

Parte prima

Tendenze nelle teorie sulla giustizia

L'etica e l'etica applicata

SEBASTIANO MAFFETTONE

Negli ultimi anni c'è stato un interesse notevole da parte dei filosofi per questioni morali pratiche, legate a casi e problemi della vita di ogni giorno. Il campo d'azione di questi studi è stato solitamente chiamato «etica applicata» oppure «etica pratica» (d'ora in poi useremo solo la prima delle due espressioni). Il contenuto dell'etica applicata è insieme originale e discutibile, e, come capita, le due cose sono in rapporto tra loro. L'originalità dipende proprio dal fatto che i filosofi morali tradizionali, con qualche eccezione, non si erano occupati di etica pratica, se non per rafforzare con esempi tesi generali indipendentemente dimostrate. Le principali teorie morali, anzi, erano caratterizzate da astrattezza e formalismo, come si può notare leggendo gli scritti più ragguardevoli di kantiani, utilitaristi e (soprattutto) metaetici. Anche per le teorie morali che avevano una qualche vocazione normativa, cioè a servire potenzialmente come guida per l'azione, la divisione dei compiti era piuttosto chiara: al filosofo i grandi teoremi generali sul buono e sul giusto, all'immaginazione individuale o tutt'al più alla religione il compito di affrontare i casi concreti e le questioni pratiche. Non ci vuol molto a rendersi conto che, mettendo da parte questa consolidata divisione dei ruoli, l'etica applicata si sia resa anche estremamente discutibile. Le perplessità nascono proprio dal fatto che le grandi teorie morali appaiono inadatte a fornire le indicazioni normative da cui potremmo trarre le regole appunto da «applicare» al caso in discussione. Da un lato, infatti, come abbiamo già accennato, esse appaiono troppo rigide e astratte. Dall'altro, dettano norme morali diverse l'una dall'altra, con il risultato che un corso di etica applicata rischia di essere a mezza strada tra un'educazione al relativismo e un'esercitazione brillante ma totalmente inutile.

Insomma, ci occupiamo — da filosofi morali e politici — di questioni bioetiche, come il futuro della genetica o l'aborto e l'eutanasia, di etica dell'ambiente, di etica degli affari, di etica delle professioni, di etica delle relazioni internazionali, di etica nella politica, e così via, ma non siamo affatto sicuri di avere i titoli per farlo correttamente. E questa sensazione di sconforto teorico fondazionale, se mi si perdona l'espressione, non sembra venire soltanto dal fatto che nella risoluzione di casi concreti molto dipende dalla conoscenza dei fatti, da cui spesso il filosofo è escluso.

Ma anche dall'impressione, cui accennavo prima, che gli strumenti che dominiamo, e cioè le teorie etiche, non siano in grado di fare quello che pretendiamo da loro, e cioè dirci «che cosa dobbiamo fare?» non solo in un mondo utopico e astratto, come è quello delle grandi teorie, ma in casi quotidiani moralmente rilevanti.

Credo che qualche dubbio come questo lo abbiano avuto, riflettendo sul proprio lavoro, tutti i filosofi che si sono occupati di etica applicata. Queste pagine sono

scritte con l'intenzione di rendere più comprensibile il nucleo del problema, ciò che dovrebbe costituire il primo passo verso una sua eventuale soluzione.

Per fortuna, come sovente capita in filosofia, non affrontiamo questioni del tutto nuove, anche se forse è nuova l'urgenza con cui esse dovrebbero essere prese sul serio. Già il grande Kant se n'era, tra gli altri, occupato nelle sue linee generali. In un suo scritto del 1798, uno dei suoi ultimi, dedicato a *Il conflitto delle facoltà* (dove le Facoltà sono quelle accademiche), egli si poneva il problema del rapporto tra la Facoltà di filosofia e le tre Facoltà maggiori di Teologia, Medicina e Diritto. È ovvio leggendo Kant che il rapporto difficile di queste tre Facoltà con quella di filosofia riguarda non soltanto gli ordinamenti accademici da cui pure si parte. Riguarda sostanzialmente anche il rapporto tra i «saperi» che sono per così dire incarnati nelle strutture universitarie. Le tre Facoltà maggiori sono tali perché corrispondono a «saperi di governo», sarebbe a dire offrono informazioni e regole per la cura di beni determinati. E così oggetto della teologia sarà il sapere che riguarda Dio, quello della medicina il sapere della Natura, quello del Diritto il sapere concernente il funzionamento dello Stato. Solo la filosofia resta senza un oggetto di sapere determinato, e perciò è guardata con sussiego dalle Facoltà maggiori. Ma qual è la specificità della filosofia rispetto a tre saperi di governo? Non c'è davvero da stupirsi che Kant risponda che questa specificità consiste nella capacità di controllo critico e ricostruzione razionale che sono tipiche dell'attività filosofica retamente intesa. La filosofia, proprio perché libera da un oggetto determinato che la condizioni, rappresenta il tribunale della verità e della ragione:

«La classe delle Facoltà superiori (la Destra del Parlamento della Scienza) difende gli statuti del governo. Ma in una costituzione liberale, quale deve essere quella in cui si ha a che fare con la verità, vi deve essere anche un partito di opposizione (la Sinistra), il banco della Facoltà di Filosofia. Infatti, senza il suo esame e le sue obiezioni severe il governo non sarebbe sufficientemente informato intorno a ciò che gli può riuscire utile o dannoso».

Così Kant. E, considerando che il termine «sapere di governo» può davvero qui essere preso nella sua accezione più vasta, e cioè come teoria applicata al concreto, il problema affrontato da Kant non è troppo dissimile dal nostro. Sono anche convinto che la direzione voluta da Kant sia quella giusta. Il compito del filosofo è quello di perseguire una «critica immanente» degli altri saperi, e presuppone una competenza notevole dell'ambito disciplinare di cui, di volta in volta, è parassita. Ci sono, però, almeno due problemi evidentemente legati alla proposta kantiana. Innanzitutto, essa è troppo generale, per cui anche se va nella direzione auspicata non può risolverci problemi fondazionali di etica applicata. In secondo luogo, come del resto per anni hanno fatto notare i critici intuizionisti e sostanzialisti dell'etica kantiana, proprio nel dominio dell'etica Kant non riuscì in quello che si proponeva. Egli rimase qui sino in fondo dualista: da un lato c'era una volontà noumenica di un io scorporato, dall'altro un'antropologia pragmatica legata alle sue vicende empiriche. Ma tra l'una e l'altra parte, tra etica descrittiva e normativa, non c'era in fin dei conti passaggio facile.

C'erano probabilmente due vie d'uscita dall'impasse kantiano. Si poteva o prendere sul serio il suo difetto, e cioè il divario eccessivo tra etica descrittiva ed etica normativa, oppure cercare di eliminare uno dei due corni del dilemma. Temo che la prima sarebbe stata la soluzione migliore, e che invece nella sua maggioranza l'etica del nostro secolo — fino a una ventina di anni orsono — preferì la seconda e meno fruttuosa alternativa. Non intendo fare qui storia delle idee, e spero che ciò consenta di perdonare la brutalità dell'affermazione precedente e della tesi successiva. Questa attribuisce a due ragioni, più che ad altre, l'origine di questa scelta di fondo. Credo che essa sia dipesa da un lato dall'effettiva diversità delle teorie morali normative, e dall'altro dalla presenza crescente delle scienze sociali nella nostra società. La prima ragione è abbastanza ovvia, e del resto vi abbiamo già accennato prima. In sostanza, la diversità delle tesi normative forzava l'ipotesi secondo cui ogni possibile accordo etico poteva darsi sulla forma e non sul contenuto dell'argomento morale, o se preferite sulle procedure ma non sulla sostanza. Perciò, era possibile accettare una metaetica razionalista, ma non una teoria morale normativa con pari aspirazioni. La seconda ragione è forse meno evidente all'osservazione immediata, ma diventa chiara non appena vi ci si riflette. La massiccia presenza delle scienze sociali nella nostra cultura, dalla psicologia sociale all'antropologia, dall'economia alla sociologia, scoraggiava la tesi della possibilità di un'etica normativa per due ottimi motivi. Innanzitutto, mostrava la presenza storica e forte del relativismo etico. Popoli e persone differenti, spostati da un contesto all'altro, oppure immaginati in tempi diversi, avevano differenti opinioni in materia di etica normativa. Perché si doveva aggiungere ancora carne a cuocere in quella confusione di tesi morali tramandate così emotivamente vissute? Il secondo motivo riguarda invece il tipo di spiegazione — che potremmo definire intrinsecamente antietico — offerto dalle scienze sociali nel loro complesso. Queste vanno alla ricerca di cause dei comportamenti umani. Così facendo ingenerano l'errore di pensare che i motivi e le intenzioni siano interamente assorbiti dalle cause medesime. Ma l'etica dipende in maniera essenziale dalla presenza di motivi e intenzioni, dal poter in sostanza scegliere tra alternative. E perciò la spiegazione tipo delle scienze sociali, se usata in maniera esclusiva, finisce con l'annichilire la possibilità stessa di un'etica normativa. Non è sicuramente indipendente da queste due ragioni profonde, il fatto che le filosofie più importanti e condivise del nostro secolo abbiano dubitato della possibilità di giudizi di valore affidabili. Ciò è avvenuto di certo nel caso del positivismo logico e dell'esistenzialismo, ma è sostanzialmente andato al di là delle divisioni di scuola per permeare profondamente tutta un'atmosfera culturale e un modo di pensare.

Abbiamo già detto sopra che la tesi dell'impossibilità dell'etica normativa è stata rifiutata da parte di molti autori negli ultimi vent'anni (una data simbolica potrebbe essere il 1971, data dell'edizione originale inglese di *Una teoria della giustizia* di Rawls). Si è quindi ritornati sulla strada aperta da Kant, e però nella maniera da noi giudicata più fruttuosa che consiste nel cercare di colmare il dualismo kantiano tra io noumenico ed io empirico nel dominio della moralità. Probabilmente, si è continuato a pensare che l'etica normativa, o meglio le etiche normati-

ve, non siano in grado di indicare una soluzione univoca a molti dilemmi morali concreti. Ma si è accettata anche l'idea che l'etica normativa può generare valori comuni, tali da escludere alcune soluzioni e sconsigliare alcune alternative. Come può avvenire qualcosa del genere? E fin dove può arrivare tale consenso normativo? Occorre rispondere a queste due domande, se vogliamo uscire dal vago e dal generico.

In entrambi i casi, vorrei rispondere, come d'altronde è tradizionale in filosofia, incominciando da ciò che si deve evitare, per poi giungere a ciò che si dovrebbe o potrebbe fare. Alla prima domanda, su come potrebbe avvenire un'applicazione dell'etica, rispondo così innanzitutto sottolineando che bisogna probabilmente evitare un'analogia stretta con il diritto. Bisogna rifiutare il «modello del diritto», come lo chiameremo da ora in poi. (Un problema ulteriore, che non sembra opportuno affrontare qui, consiste nel fatto che un modello come quello che andiamo a costruire non funzionerebbe neanche nell'ambito giuridico). Per «modello del diritto» intendo l'idea che ci siano al fondo due domini, uno delle fattispecie astratte (le norme), e uno delle fattispecie concrete (i fatti), e che il sistema così concepito sia in qualche modo completo e coerente. In etica come nel diritto non resterebbe, sempre secondo questo modello, che cercare di trovare una funzione che vada da un dominio all'altro. Il che, detto in un italiano più frequentabile, vuol dire che per ogni fatto eticamente rilevante esiste una norma, capace di decidere in materia. E che la fatica è solamente quella di reperire la norma giusta nell'occasione giusta. Non credo occorra un lungo discorso per dimostrare la fallacia di un simile modello se preso alla lettera, eppure è stato un modello che — se non altro negativamente — ha molto condizionato le possibilità di un'etica normativa applicata. L'implausibilità del modello dipende dal fatto che non ci sono codici morali riconosciuti belli e pronti per un uso similare, e che la stessa descrizione dei fatti morali è complessa.

Fin qui, però, non abbiamo detto ancora che cosa usare in luogo del fallace modello del diritto. Come possiamo adoperare l'etica normativa applicata? La mia idea è che noi possiamo adoperarla come uno strumento atto a ridurre la complessità delle controversie. Qualche esempio mi aiuta a essere più chiaro. Pensiamo a una divisione tra due coniugi, e a una guerra tra due Stati (situazioni che senza dubbio hanno qualcosa in comune). Nel primo caso, un accordo metaetico gioverà al buon andamento della controversia. Ognuno dei due coniugi riconoscerà la pari dignità dell'altro, alcuni argomenti di giustificazione verranno ammessi e altri esclusi, si troverà un'intesa sui termini con significato morale, ecc. Ma si può raggiungere un accordo più profondo su elementi sostantivi di natura morale. Per esempio, i due coniugi potranno accordarsi sul fatto che ritorsioni sui figli sono inaccettabili per entrambi. Questo accordo di etica normativa farà migliorare la possibilità di un'intesa, e soprattutto contribuirà a chiarire qual è il punto reale di conflitto (economico, sentimentale, ecc.). Analogamente, nel caso della guerra tra Stati, è possibile che ci siano intese preliminari di natura metaetiche. Lo sono dopotutto il riconoscere gli ambasciatori del nemico, l'ascoltarne le pretese, e così via. Ma ci possono essere anche accordi di etica normativa, come quello che prevede il mutuo rispetto

di principi dello *ius in bello*, come per esempio quello che vieta di uccidere volontariamente civili inermi o prigionieri arresi. Questo non risolve sicuramente la contesa profonda, e neanche la vertenza sullo *ius ad bellum*, cioè la disputa su chi abbia iniziato le ostilità o su chi in ogni caso abbia giustificate ragioni per combattere. Ma, tutto ciò servirà comunque a ridurre l'area del conflitto, e a concentrarsi sulle cause reali del medesimo. Mi sembra molto interessante, da questo punto di vista, il fatto che negli Stati Uniti molte aziende abbiano fatto ricorso ad eticisti, per risolvere a priori conflitti potenziali in base a principi di equità e giustizia sostanziale.

Per quanto riguarda la seconda domanda che ci siamo posti prima, e cioè su quale campo d'azione la filosofia applicata possa pronunciarsi con qualche probabilità di successo, comincio ancora una volta con l'indicare dove ciò sembra immediatamente arduo per non dire impossibile. Si tratta dell'area delle questioni metafisiche profonde e religiose. Qui diversi punti di vista sono, o perlomeno possono essere, davvero incompatibili e irconciliabili. È il dominio delle guerre di religione, che sconvolsero l'Europa nei secoli passati e che ancora mietono proprie vittime in altri angoli del nostro pianeta. L'unica possibilità reale consiste, in queste vicende, nella vittoria della tolleranza, vista come la prospettiva in cui ciascuno cede parte delle proprie pretese ultime per consentire quel vantaggio collettivo indubitabile che consiste in una generale pacificazione. In casi siffatti, non c'è accordo etico sostanziale, ma solo parziale accordo metaetico, e cioè incontro sulle forme e sulle procedure. E poco più di ciò può essere ragionevolmente perseguito. Se vogliamo, la colpa delle filosofie come il positivismo logico, filosofie che non hanno creduto nella possibilità di un'etica normativa sensata, è consistita proprio nell'aver reso questo tipo di situazioni modello unico del conflitto morale. In realtà, non è così. Ci sono campi d'azione e conoscenza, in cui la sfera morale toccata non è parimenti intrattabile a livello profondo, possiamo pensare a tutto il dominio di problemi che solitamente va sotto il nome di «giustizia distributiva». Escludendo i casi di unanimità, quelli in cui nessuno perde cioè, la conflittualità implicita in questioni di giustizia distributiva dipende dal fatto che trasferimenti di risorse sono a vantaggio di alcuni e a svantaggio di altri *per ragioni morali*. Per cui, data la rilevanza che gli interessi individuali sicuramente hanno nei processi di formazione delle opinioni etiche, è estremamente probabile una diffusa conflittualità in materia di giustizia distributiva. Ma questo non vuol dire che non sia possibile accordo, perlomeno in astratto, sulla moralità di alcune istituzioni principali che regolano la convivenza democratica. Sia il secondo principio di giustizia di Rawls, sia un principio di utilità genericamente inteso, guidano a opzioni fortemente redistributive di reddito e benessere.

Non è impensabile neppure che una teoria della giustizia possa fornire le basi per accordi, anche minimali, in materia di fisco, istruzione pubblica, sanità nazionale, ecc. Il metodo resterebbe quello, sommariamente esibito dapprima, della parziale ma sistematica riduzione del campo d'azione del conflitto in nome del consenso su valori sostanziali. Nello spettro caratterizzato da queste due aree estreme, sarebbe a dire quella in cui il conflitto irriducibile appare come la regola e quella in cui è

invece residuale, si può ipotizzare anche la presenza di una zona mediana, costituita da problemi che partecipano e dell'una e dell'altra area. Si tratterebbe del dominio delle questioni tipiche della bioetica, e di alcune questioni profonde di etica ambientalistica. Pensate all'aborto, per fare un esempio classico. Si può davvero dire di sapere se e quando il feto diventi persona morale? Una risposta positiva è altamente improbabile. Ma questa mancanza di accordo su quello che è il nucleo profondo del problema dal punto di vista morale, non lo rende tuttavia intrattabile come potrebbe essere che so la questione sulla verginità della Madonna, oppure sull'immortalità dell'anima. C'è qualcosa di diverso, ed è per questo che possiamo ipotizzare quell'area intermedia tra le due che delimitano lo spettro consenso/confitto. Un altro esempio potrebbe essere quello della personalità o meno della natura come destinataria di protezione morale. Ci sono, per dirla in un gergo contemporaneo, diritti *della* natura oppure *per* la natura? Nell'ultima ipotesi, potremmo continuare a conservare le nostre visioni antropocentriche in etica, e l'uomo resterebbe all'inizio e alla fine delle teorie morali. Nel secondo, invece, la tradizionale visione antropocentrica dell'etica sarebbe radicalmente rifiutata in nome di una natura moralmente soggetto e capace di aspirare a diritti (moralmente). Non c'è dubbio che quest'ultima area sia attraversata da spinte emotive e da forti tensioni religioso-metafisiche, ma è purtuttavia un'area in cui è possibile l'argomento morale e l'accordo sostanziale. Vi si discutono problemi di frontiera dell'etica, come quelli che riguardano la natura dei soggetti morali, i limiti della responsabilità umana, il nostro ruolo nell'universo, il significato della vita e della morte, e così via. Sono questioni intrinsecamente appassionanti che implicano un intreccio forse ancora misterioso di metafisica e morale, che noi tentiamo di disarticolare. Ma al di là del loro indiscutibile interesse intrinseco, spero di aver mostrato che sono questioni interessanti per la struttura dell'etica in generale, e in particolare per il rapporto tra etica e etica applicata.

Abbiamo finora tracciato alcune linee generali che segnano i limiti del campo d'azione e del metodo nelle questioni di etica applicata. Si tratta, però, come si può facilmente notare, di problemi ancora molto generali, e sembra proprio che quella voglia di concretezza da cui nasce l'interesse per l'etica applicata sia destinata a essere sacrificata in nome della discussione filosofica pura. D'altra parte, ciò pare in qualche rapporto tra etica generale e etica applicata. Resta, però, un aspetto più direttamente concreto della vicenda, aspetto che all'inizio ha motivato la nostra indagine, e che non potevamo discutere senza aver prima tracciato i confini generali della questione. Si tratta del ruolo del filosofo in etica applicata. A che titolo egli partecipa in codesta intrapresa cooperativa? Ora che conosciamo meglio la natura dell'etica applicata, forse possiamo rispondere più consapevolmente a questa domanda che ci riguarda da vicino. Ritorniamo allora all'idea kantiana, di una sorta di controllo di razionalità pubblica, secondo cui il filosofo si renderebbe utile per non dire necessario per la sua capacità di criticare i «saperi di governo» in nome della verità e della ragione. Ritorniamoci, però, con la consapevolezza che abbiamo ricavato da vent'anni circa di discussioni sull'etica applicata. E riflettiamo sulla domanda che si è posto Peter Singer, forse il più influente fra i filosofi che hanno de-

dicato la loro attività all'etica applicata: in che senso i filosofi sono «esperti», ed è ciò compatibile con la pratica della democrazia? Non c'è dubbio che si tratti di una domanda cui rispondere positivamente provocherebbe più dissensi che consensi nelle società liberal-democratiche. E questo atteggiamento diffuso di perplessità è una ragione sufficiente per riflettere seriamente sulla questione. Alle sue origini c'è sicuramente un elemento di quello scetticismo comune, che abbiamo più volte ricordato. Semplicemente, la gente non crede che i filosofi morali siano esperti allo stesso modo in cui lo sono, ad esempio, i biologi molecolari e i fisici nucleari. Né, come si sarà capito, saremo noi a negare che le competenze del filosofo morale applicato siano più controverse di quanto non lo siano quelle di alcuni studiosi di «scienze dure». Tuttavia, come si è cercato anche di mostrare nel corso delle pagine precedenti, ciò non implica che esistano competenze tipiche dei filosofi per mezzo delle quali sia più agevole affrontare questioni di etica applicata. Tali competenze vanno dalla precisione semantica, al rigore logico, che consente di trattare temi difficili senza sbagliare ragionamenti, alla conoscenza delle più importanti teorie normative, che rende estremamente più semplice prevedere le conseguenze di alcune premesse etiche, all'atteggiamento generale verso i problemi con la volontà e l'interesse indispensabili a occuparsi di dilemmi morali (non sempre i «pratici» hanno il tempo e la voglia di farlo). Ma ammettiamo pure che molti sarebbero disposti ad accettare tale repertorio di competenze come tipico ancorché non esclusivo del filosofo morale, attribuendogli così a qualche titolo il ruolo di esperto. È probabile che, nonostante ciò, quegli stessi non riterrebbero tale ruolo del tutto compatibile con i principi di una società liberal-democratica. Avrebbero probabilmente timore di una specie di censura, di una polizia del pensiero pericolosa quanto educata e gentile. Penserebbero forse che il ruolo di esperti morali stride con la libertà di coscienza che vogliamo avere in questioni così delicate come quelle di etica applicata. Eppure, c'è un modo certo in cui i costumi democratici non sono messi a repentaglio da qualsiasi commissione o comitato etico. Lo ha ricordato lo stesso Singer, che abbiamo citato prima. Si tratta di attribuire a comitati e commissioni etiche un ruolo puramente consultivo — come d'altronde è consuetudinario — e non decisionale diretto. In questo modo le decisioni verrebbero prese normalmente dagli organi eletti democraticamente, i quali sarebbero soltanto più informati e consapevoli dei problemi etici più importanti implicati dalle loro scelte. Così facendo i sonni del democratico non dovrebbero venir turbati dagli esperti di moralità.

Ma, può darsi che il timore degli esperti non dipenda esclusivamente dalla paura di una perdita di rappresentanza delle istituzioni democratiche in senso classico. Potrebbe, infatti, dipendere dall'idea di uno svuotamento del pluralismo etico da parte di esperti di morale, che avessero un qualche titolo a dire la loro in maniera privilegiata in questioni che interessano egualmente tutti i cittadini. Così presentato, il problema è più generale, e concerne la struttura stessa del liberalismo e la sua compatibilità con l'aver opinioni morali sostanziali. È un problema profondo e complesso, ampiamente discusso nella filosofia contemporanea. Non lo si può, però, affrontare in questa sede, anche se si tratta di una spia dell'universalità del tema che abbiamo discusso in queste pagine.

L'Etat et la justice socio-économique

WILLIAM OSSIPOW

On a l'habitude, dans le monde rationalisé qui est le nôtre, de considérer la justice sociale comme un problème de répartition de la richesse entre les différents membres d'une société. Le présupposé de cette manière de voir est donc que la «richesse des nations» est nécessaire à la justice puisqu'il apparaît qu'il vaut mieux répartir une abondance de biens qu'une pénurie. Je voudrais essayer de montrer au cours de cet exposé à quel point l'évidence se révèle, à la réflexion, être un paradoxe et un pari un peu fou.

C'est généralement tout un monde imaginaire qui se condense dans une conception de la justice: l'ordre social, bien sûr, y prend forme, mais avec tout un arrière-fond cosmique, religieux ou métaphysique. De manière simplifiée, je distinguerai deux grandes catégories de représentations imaginaires sur la justice, mutuellement exclusives, incompatibles et entre lesquelles il faudra choisir:

- en premier lieu, une conception globalisante de l'univers accompagnée d'une vision hiérarchique de la justice, c'est-à-dire des relations entre les hommes. Les statuts différentiels des membres de la société, le pouvoir de prestige, le bien-être sont distribués de manière inégalitaire, fixés immuablement parce qu'ils sont reliés à un ordre de la nature ou des dieux qu'il n'appartient pas aux hommes de modifier. L'ordre global est constitué de ces différences qui se trouvent ainsi sacralisées. Cette conception est celle qui anime le système des castes en Inde et qui, en Occident, court de Platon aux conservatismes contemporains;
- l'autre conception de la justice est basée sur l'idée d'égalité. Elle est issue des religions monothéistes, puis développée, sous forme rationalisée et sécularisée, par la pensée des Lumières, par le libéralisme et enfin par le socialisme.

Je m'attacherai, dans mon exposé, uniquement à cette seconde conception, parce qu'elle est celle qui nous habite: l'égalité des conditions politiques, sociales et économiques est l'une des grandes forces porteuses de notre histoire occidentale, une aspiration incessante que ne vient concurrencer que le désir de liberté. Egalité et liberté sont les dogmes de notre foi démocratique.

Cela ne signifie pas que l'idée que tous les hommes sont égaux repose sur l'irrationnel. Je pense au contraire que le travail de la raison a pu définitivement accréditer une conception égalitaire des rapports humains. Les hommes sont égaux simplement parce qu'ils sont hommes. Il y a là l'évidence que tous les membres d'une même classe logique partagent les mêmes traits essentiels. Aucune différence ancrée dans des caractéristiques particulières telles que grandeur, couleur, richesse, religion, sexe, etc., ne peut effacer la donnée fondamentale que constitue

l'appartenance à la même classe conceptuelle, sauf à prendre le risque d'exclure certains humains de l'humanité.

De cette évidence, qui est l'un des piliers éthiques de l'Occident et qui est le fond même de la culture politique moderne, beaucoup, fort heureusement, sont convaincus. Le combat, toujours nécessaire, contre les pensées réactionnaires (du type «nouvelle droite») qui brûlent de légitimer les hiérarchies et qui, à cette fin, s'adonnent à l'apologie des différences, ne doit pas faire oublier l'essentiel: nous qui voulons l'égalité, parce que c'est la substance même de notre histoire, comment pouvons-nous comprendre et tolérer la persistance des inégalités, ce fossé entre les déclamations et les pratiques.

Pour aborder notre problème, dont le coeur sera le couple incertain de l'égalité et de la richesse, je voudrais proposer une distinction conceptuelle tout à fait centrale: lorsqu'on parle de la justice, on le fait soit par référence aux choses, soit par référence aux hommes. On peut dire qu'un ordre social, un prix, un salaire, une distribution de revenus sont justes lorsqu'ils correspondent à un critère donné de justice, comme par exemple la maxime «à travail égal, salaire égal». Par référence aux hommes, on peut parler, avec Aristote¹⁾, de *disposition* «qui rend les hommes aptes à accomplir les actions justes, et qui les fait agir justement et vouloir les choses justes». On peut parler aussi d'exigence intérieure, ou d'exigence morale de justice qui va s'extérioriser dans des pratiques concrètes. «Heureux ceux qui ont faim et soif de la justice, ils seront rassasiés».

On rencontre dans l'histoire de nombreuses tentatives où des hommes habités de cette exigence intérieure ont tenté de la vivre et de réaliser des communautés fonctionnant sur un principe égalitaire. Par ailleurs, on rencontre aussi ces moments intenses de l'Histoire où certains hommes justes ont voulu que la société soit à leur image. On rencontre enfin cette figure paradoxale où des hommes voués tout entiers au culte de leurs intérêts égoïstes ont prétendu construire un ordre économique et social qui réconcilierait la liberté, l'efficacité et les intérêts de tous. Nous sommes, à l'heure présente, en Europe occidentale, les héritiers de ces figures historiques de l'aspiration à la justice: la tradition ascétique et monastique; la tradition politique jacobine ou bolchevique; la tradition capitaliste. La social-démocratie est l'héritière qui en tente une synthèse approximative et qui ose ce que j'appelai plus haut un pari un peu fou.

Je vais examiner de plus près ces diverses figures.

La première figure est indissociable d'une conception ascétique de la vie, c'est-à-dire d'une discipline de comportement très rigoureuse, prohibant les plaisirs et les richesses considérés comme des obstacles aux exigences de la vie spirituelle. Déjà dans le judaïsme antique, avant la naissance du Christ, une secte juive quasi-monacale (les Esséniens) exigeait de ses adeptes la chasteté et la pauvreté, organisant une sorte de communisme communautaire. Dans le catholicisme, les ordres religieux imposèrent le triple voeu de pauvreté, de chasteté et d'obéissance. La pauvreté, volontairement assumée dans une perspective de sanc-

tification, s'enracinait dans les conseils évangéliques du Sermon sur la montagne. Pendant tout le moyen âge elle eut une valeur exemplaire que le succès considérable des ordres mendiants au 13^e siècle illustre bien.

Le couvent était le lieu où se réalisait un ordre social juste, retranché du monde et de ses tentations. La société globale restait violente, inégalitaire, tolérante envers une misère contre laquelle on était de toute manière complètement démuni. Le monastère tentait, de manière séparée et élitiste, une échappée vers un ordre sanctifié et juste.

Au 19^{ème} siècle, en Europe et aux Etats-Unis, les communautés de socialistes utopistes tenteront, elles aussi, de vivre selon des principes égalitaires. Tolstoï sera l'apôtre ardent d'une morale sociale où le riche propriétaire doit vivre avec les moujiks et comme eux, sorte de christianisme sans dogmes et réduit à sa dimension pratique. De nos jours l'institution des kibboutz, issue du socialisme et du sionisme, est l'une des dernières traces de cette aspiration à une vie sans appropriation privée des facteurs de production ou des biens de consommation.

Les caractéristiques de réalisations comme les couvents ou les kibboutz me paraissent être les suivantes:

1. les membres de ces communautés doivent s'y engager volontairement, animés par une exigence idéologique qui donne sens à la discipline et aux sacrifices inhérents à l'application du principe égalitaire;
2. la communauté doit être de petite taille; elle ne peut pas s'identifier à la société globale, ne serait-ce que pour respecter le volontariat;
3. la pauvreté, ou le renoncement à la propriété privée (ce que j'appelle l'ascétisme) doit faire partie intégrante du projet spirituel ou existentiel: «Heureux les pauvres en esprit».

Cette dernière caractéristique peut paraître étrange: en effet, si l'on peut parfaitement concevoir deux personnes égales dans la pauvreté, on peut tout aussi bien, en bonne logique, les concevoir égales — et donc constituant un ordre juste — dans l'aisance ou la richesse. En fait, je voudrais montrer que la richesse — ou simplement le désir de richesse — est incompatible avec une stricte justice conçue comme égalité. Richesse et égalité sont deux objectifs incompatibles, les logiciens diraient non-consistants. Même si, dans une communauté, tous les biens sont socialisés, d'usage collectif, il y a toujours un aspect où le membre individuel peut se laisser aller à l'appropriation: il peut par exemple, économiser l'effort requis de lui pour que la communauté obtienne et fournisse les biens dont il bénéficie. La richesse est tension vers l'appropriation, tandis que l'égalité est une discipline permanente pour réduire les écarts de richesse.

A cet égard, le portrait du puritain dressé par Max Weber dans *l'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme* est d'un très grand intérêt. Le puritain aussi pratique une forme d'ascèse, concédant à la chair juste ce qu'il faut pour perpétuer l'espèce, refusant les futilités du luxe et les dangers de l'oisiveté. Mais, contrairement au moine qui fuyait le monde, l'ascèse puritaine est intra-mondaine, elle se

l'homme se livre continuellement à une arithmétique des plaisirs et des douleurs, procédant par addition et soustraction. Naturellement, dans ses choix, il cherche à engager le maximum de plaisirs, arbitrant, comme à la bourse, entre le court et le long terme. Bentham est l'ancêtre de l'analyse coût/bénéfice et c'est certainement en pensant à l'homme utilitariste que Marx ironisait sur la mentalité d'épicier londonien. Mais l'utilitarisme va beaucoup plus loin que ce plat *monopoly* comportemental. Ce mode de fonctionnement par calcul économique qui est celui de l'individu, l'utilitarisme en fait le mode de fonctionnement de la société tout entière. Une situation sera dite meilleure qu'une autre si la *somme globale* des plaisirs (ou des utilités) y est supérieure. La somme globale, il faut le souligner, quelle que soit la répartition de ces plaisirs ou utilités au sein de la société. Ainsi une société où les plus pauvres stagnent mais où les riches deviennent encore plus riches répond au critère utilitariste de justice.

Il est certain qu'une telle conception peut conduire à une morale cynique et dange-reuse. Par exemple, il serait légitime de faire souffrir, ou condamner, un innocent si cela permettait le salut du plus grand nombre. La révolte de Dostoïevski devant la souffrance innocente est spécifiquement anti-utilitariste.

Mais si l'on ne va pas jusqu'à ces cas extrêmes, si l'on s'en tient aux pratiques économiques courantes on voit bien où peut résider la séduction de la morale utilita-riste. L'économiste, ou le politique responsable de l'économie, raisonne sur des quantités agrégées: produit national brut, produit intérieur, solde de la balance commerciale ou de la balance des comptes. L'économiste (ou le responsable politi-que) atteint la plénitude du bonheur lorsque ces chiffres comptables varient posi-tivement d'une année à l'autre. Globalement la nation s'enrichit, même si c'est à la mode brésilienne des années 1960/1970, c'est-à-dire avec la plus parfaite indiffé-rence sur le mode de répartition de la richesse intérieure.

La morale utilitariste est une morale dans la mesure où elle offre un critère d'éva-luation des situations concrètes. Elle est vraisemblablement la meilleure justifica-tion éthique, ou la plus astucieuse, du libéralisme économique puisqu'elle légitime la poursuite de la richesse et la croissance. Elle est une certaine conception de la justice d'un état de choses qui évacue le gênant problème de la justice des hommes.

L'ascétisme monacal et le collectivisme assumé des communautés socialistes ou des kibboutz sont, je l'ai dit plus haut, basés sur le volontariat et se concrétisent dans des groupes de taille restreinte. En ce sens le libéralisme et l'utilitarisme apportent une réflexion nouvelle de la plus grande importance: comment assumer un ordre global acceptable? comment organiser selon un critère donné — efficacité et/ou justice — non pas seulement de petites communautés d'enthousiastes, de fous de Dieu, de saints mais l'ensemble d'une société de plusieurs millions d'individus. On ne pourra certes pas reprocher au capitalisme d'avoir placé trop haut la barre des exigences morales. Son intuition profonde, très clairement exprimée chez Mandeville, est que la métaphore correcte de la société n'est pas le couvent, mais la place du marché, non pas un lieu séparé et cloîtré, mais un espace ouvert à tous, composé des forces et des faiblesses de chacun.

Il y a là un vrai problème, celui du changement d'échelle. Le décloisonnement progressif des échanges, leur mondialisation dès le 16ème siècle, contribua à la prise de conscience des phénomènes globaux, et non pas seulement locaux. La polémique de Hayek contre le tribalisme s'inscrit dans cette logique d'une théorie des grands groupes ouverts.

Le marché n'est bien sûr pas la seule solution à l'organisation d'un ordre global. Il existe aussi la solution politique, consciente, déterminée, volontariste. Imaginons un homme, un juste, passionnément épris de vertu et de justice. Il veut le bien de ses semblables qu'il croit vertueux et justes comme lui. Il veut l'égalité de tous parce que sa propre discipline intérieure l'incline aux sacrifices. Il est monacal dans son train de vie, ascète dans la cité, puritain de la chose publique. Imaginons que notre personnage parvienne au pouvoir. Le saint devient ce que Michael Walzer appelle, en anglais, «a radical». Ses figures historiques portent le nom de Robespierre, Saint-Just, Lénine, Khomeiny. La société dans son ensemble est son monastère, il est le prier ou le père abbé, ses concitoyens, parce qu'ils sont justes, ont fait le voeu de pauvreté. Et s'ils ne sont pas justes, ils doivent l'être. Et s'ils ne le veulent pas, ils obéiront.

A vrai dire on est loin des Fioretti de saint François. Le modèle, explicitement évoqué par les Jacobins, c'est plutôt Sparte, ou la Rome républicaine. Un modèle de rigoureuse discipline que le politique vertueux voudrait collectivement vécue. Avec une telle idéologie, les oppositions, les dissidences ou simplement les petits compromis de la vie sont des vices, des atteintes à l'ordre politique et doivent être réprimés. La route est courte d'une politique de la vertu à la Terreur, d'une idéalisation du citoyen à la répression de ce qui est «humain, trop humain».

Lénine fut l'un de ces justes, l'un de ces saints, «a radical». Se livrant, dans le chapitre V de *l'Etat et la révolution*, à l'exégèse de Marx, il explique pourquoi l'Etat, en tant qu'institution répressive, ne pourra pas disparaître immédiatement à la révolution. Les structures anciennes (c'est-à-dire capitalistes) de la production ne seront pas abolies par la prise de pouvoir. Il subsistera des oppresseurs, les forces productives ne seront pas encore en mesure d'assurer l'abondance des biens. La dictature du prolétariat devra «mater les oppresseurs». «Il faut briser leur résistance par la force; et il est évident que, là où il y a répression, il y a violence, il n'y a pas de liberté, il n'y a pas de démocratie».

Une fois brisée la résistance des capitalistes, le pays tout entier fonctionnera comme une immense entreprise. La métaphore n'est plus le couvent, ni la cité militarisée: «la société tout entière ne sera plus qu'un seul bureau et un seul atelier, avec égalité de travail et égalité de salaire». Il y règnera une «discipline d'atelier».

Mais l'horizon léniniste, comme celui de Marx, est un au-delà du contrôle, de la discipline, de la répression. C'est la société libérée par un ordre matériel, par des conditions économiques et technologiques qui permettront qu'à l'homme de fer de la construction du socialisme succède un homme moral. Très curieusement

Lénine place au terme de l'évolution économique et du rôle répressif de l'Etat un homme qui redécouvre, parce qu'il est devenu, à travers les luttes, pleinement homme, la *disposition* à la justice dont parle Aristote et que Lénine nomme *habitude*: «C'est seulement dans la société communiste, lorsque la résistance des capitalistes ont disparu et qu'il n'y a plus de classes (c'est-à-dire plus de distinctions entre les membres de la société quant à leurs rapports avec les moyens sociaux de production), c'est alors seulement que «l'Etat cesse d'exister et qu'il devient possible de parler de liberté». Alors seulement deviendra possible et sera appliquée une démocratie vraiment complète, vraiment sans aucune exception. Alors seulement la démocratie commencera à s'éteindre pour cette simple raison que, délivrés de l'esclavage capitaliste, des horreurs, des sauvageries, des absurdités, des ignominies sans nombre de l'exploitation capitaliste, les hommes s'habitueront graduellement à respecter les règles élémentaires de la vie en société connues depuis des siècles, rebattues durant des millénaires dans toutes les prescriptions morales, à les respecter sans violence, sans contrainte, sans soumission, sans cet appareil spécial de coercition qui a nom: l'Etat».

Pourquoi cette ivresse répressive chez les radicaux? Il y a bien sûr des tempéraments, à la fois passionnés et autoritaires, fous de vertu et de civisme et qui parviennent à saisir entre leur main l'instrument du pouvoir. Mais au-delà de la psychologie, il y a une raison théorique que je formulerai en une image: la richesse d'une société peut être comparée à un flux liquide ou gazeux. Pour empêcher que ce flux ne se disperse, il est nécessaire de mettre en place des dispositifs rigides qui le maintiennent dans la densité voulue. De même, pour empêcher que la distribution de la fortune et des revenus ne se dispersent (au sens statistique), des dispositifs contraignants doivent être imaginés. C'est le prix inévitable d'une *politique de la justice* qui sera d'autant plus sévère que l'exigence morale de ses inspireurs sera plus élevée.

Nous rencontrons, pour terminer, la figure historique familière de la social-démocratie. Par là, j'entends cette synthèse de la démocratie libérale, de l'économie de marché et d'interventions de l'Etat qui caractérise, selon des modalités souvent fort différentes, les Etats occidentaux industriellement avancés. Les différentes figures que nous avons rencontrées se fondent là en un régime inédit.

La social-démocratie est en premier lieu l'héritière de la tradition éthique judéo-chrétienne, relayée par le rationalisme et le socialisme, qui considère l'injustice, l'exploitation et la misère comme des maux collectifs qu'il faut supprimer. Il s'agit pour elle d'une tâche visant à améliorer la société globale. Mais contrairement à l'utilitarisme, elle attache une importance particulière à ce que cette amélioration profite spécialement aux plus défavorisés. Dans son célèbre ouvrage *A Theory of Justice*, le philosophe américain John Rawls tente de poser les fondements rationnels des pratiques sociales-démocrates⁵⁾.

C'est aussi l'héritage politique que recueille la sociale-démocratie. Certes, la philosophie politique générale est imprégnée du respect libéral des libertés fondamentales et, bien sûr, des procédures démocratiques de prise de décision. Mais

l'Etat est l'instrument privilégié du système de compensation entre riches et pauvres, de la mise en place de l'Etat-providence et de ses institutions. A ce titre, la social-démocratie n'hésite pas devant ces dispositifs contraignants dont j'ai parlé et qui sont la fiscalité, les cotisations sociales, la fixation de salaires minimums, la réglementation des congés et des vacances, des licenciements, etc. Il est du reste parfaitement cohérent que des moyens politiques, c'est-à-dire contraignants, soient requis puisque le problème est de s'attaquer, sur une échelle globale et collective, et de manière volontariste, à la misère et à l'injustice.

La social-démocratie est enfin l'héritière de la figure capitaliste. Tout d'abord, et ceci est bien connu, elle admet l'économie libérale de marché et la considère comme la plus capable de produire la richesse de la nation. Ce qui signifie que la social-démocratie, pas plus que le capitalisme, pas plus que le communisme, ne remet en question la conception de la finalité de l'économie comme création indéfinie de richesse.

En ayant admis le principe et la finalité de l'économie de marché, la social-démocratie a finalement largement laissé triompher les représentations imaginaires propres au capitalisme. Le sociologue américain Daniel Bell a largement décrit dans son ouvrage *Les contradictions culturelles du capitalisme* à quel point l'économie libérale marchande avait contribué à développer une culture hédoniste finalisée par les plaisirs de la consommation individuelle⁶. La social-démocratie n'a pas su, ou pas voulu, empêcher cette colonisation culturelle, ou des représentations imaginaires, qui consacre la victoire définitive de Mandeville sur tout ascétisme.

Il est peu de dire que la social-démocratie tolère l'économie de marché. Elle en vit, se nourrit de la richesse produite dans la sphère de l'économie privée pour pouvoir réaliser son projet de justice. A l'instar du capitalisme, la social-démocratie renonce à compter sur les dispositions ascétiques de l'homme pour établir la justice socio-économique. Elle ne veut pas non plus de l'ascèse forcée à la manière de Lénine. La solution de ce problème difficile, elle va la trouver dans la *croissance*, véritable remède-miracle qui permet de tenir ce pari de réaliser une approximation de la justice (c'est-à-dire une minimisation des injustices) sans contraintes excessives et surtout sans faire appel à l'exigence intérieure de justice. Chacun poursuit son rêve privé de richesse laissant aux institutions de l'Etat-providence le soin de réaliser les compensations et les ajustements nécessaires.

Le pari jusqu'à maintenant a été largement tenu. Et l'objectif imaginaire de la richesse et de la croissance doit être à tout prix entretenu et intériorisé. La légitimation du système est que chacun puisse croire qu'il sera le bénéficiaire de la croissance. C'est pour cela que, outre les prestations sociales et collectives réelles, se développe une véritable économie politique du mirage dont les institutions sont le Sport-Toto, la loterie, la bourse, la Roue de la fortune, etc.

Il est certain que la politique social-démocrate a réussi dans une très grande mesure à éliminer la misère, à élever le niveau de vie. Cependant elle n'a pas sup-

primé, même si elle les a rabotées, les différences de revenus, de statut social et culturel. Mais aussi longtemps que la croissance agit, distribuant des bénéfices aux plus défavorisés, elle endort la conscience des injustices qui subsistent dans nos sociétés et qui se développent à l'échelle planétaire.

Seule la crise, c'est-à-dire l'arrêt de la croissance ou la récession, pourra casser l'effet anesthésiant de la croissance. Car alors elle réveillerait vraisemblablement la lutte pour l'appropriation d'une richesse limitée. Elle réveillerait peut-être aussi l'exigence intérieure de justice et l'imagination pour en dessiner de nouvelles concrétisations sociales.

1) Ethique à Nicomaque V, I, 112 à 5.

2) *Michael Walzer*: The Revolution of the Saints. A Study in the Origins of Radical Politics. Harvard University Press 1965.

3) *Bernard de Mandeville*: La Fable des abeilles ou les vices privés font le bien public. Introduction, traduction, index et notes par Lucien Carrive et Paulette Carrive. Paris, Vrin 1974.

4) *F.A. Hayek*: Droit, législation et liberté. Le mirage de la justice sociale, t. 2. Paris, PUF 1981, pag. 38.

5) *John Rawls*: A Theory of Justice. 1971.

6) *Daniel Bell*: The Cultural Contradictions of Capitalism. 1976.

Radici culturali del senso di giustizia oggi, con particolare riferimento alla tradizione cristiana

ALBERTO BONDOLFI

Il tema che qui «*Coscienza svizzera*» mi ha affidato è particolarmente difficile e complesso per una serie di ragioni che in questa sede evoco solo parzialmente:

- Innanzitutto parlare di giustizia nella storia del pensiero esige una sovranità di conoscenze in varie discipline, come la filosofia, la teologia, il diritto, sovranità che pochi possiedono in maniera abbastanza sicura da poterla volgarizzare in maniera piana.
- La categoria di *giustizia* è inoltre connotata da una sua partecipazione a vari tipi di discorso. Si può vedere in essa un attributo di Dio, oppure una categoria giuridica; infine essa può essere considerata come una virtù morale. Questa *polivalenza* di significati e funzioni rende il termine *giustizia* estremamente ricco, ma al contempo di complessa coniugazione ed applicazione.
- Al di là di tutte queste difficoltà strutturali ci sono evidentemente anche e soprattutto i limiti personali di chi scrive, ancora relativamente «giovane» nella ricerca etica e teologica.

Le difficoltà ora evocate mi spingono a preferire, per queste riflessioni, un *metodo saggistico* scegliendo cioè tra la quantità di problemi che la locuzione *giustizia* ricorda, solo alcuni spunti che mi sono sembrati particolarmente esemplari e centrali. Li ho scelti tenendo conto di alcuni interessi conoscitivi che penso ci siano comuni:

- Partirò dal messaggio biblico in maniera forse un po' più problematica di quella cui si è normalmente abituati, vedendo negli scritti biblici che toccano il nostro tema, una serie di «*nodi*» che la storia non è riuscita a sciogliere.
- Non essendo in grado di stendere grandi sintesi storiche ho scelto alcuni scenari particolari ed alcuni problemi di dettaglio che mi sono sembrati particolarmente interessanti nei confronti delle sfide etiche che noi tutti oggi sperimentiamo.

Fatte queste premesse cercherò di strutturare le mie riflessioni in vari momenti che provino a tener conto di esse, pur nella limitatezza del tempo a disposizione, e nella varietà dei tipi di informazione che cercherò di trasmettere. Spero che il disegno unitario che anima questo saggio possa diventare trasparente, senza dover fare sforzi particolari.

- In un primo momento cercherò di diagnosticare quali siano le eredità di problemi

che i testi biblici ci hanno lasciato, in modo da poter capire un po' come mai la storia abbia operato, sempre sul tema della giustizia, scelte ed accomodamenti di grande portata e durata.

- Affinché tale localizzazione non rimanga troppo astratta mi permetterò di concretizzarla, mediante l'illustrazione di un primo conflitto concreto in cui si tratta come debba essere coniugata la giustizia tra gli uomini: si tratta della questione della cosiddetta «*comunione dei beni materiali*» nelle prime comunità cristiane, e dell'*elemosina* nei secoli seguenti. Esempi analoghi legati a questa difficoltà di coniugazione sarebbero possibili ed estremamente illustrativi, attorno alla cosiddetta «*giustizia vendicativa*», nell'ambito della riflessione teologica attorno al diritto penale¹⁾, oppure attorno al tema fondamentale dell'*uguaglianza*, che come ben si sa è base per ogni considerazione sulla giustizia.
- Uno dei nodi teorici e pratici lasciatici in eredità dagli scritti biblici è quello dell'armonizzazione più adeguata tra Giustizia di Dio e strategie di giustizia umana. Di fronte a simile difficoltà il pensiero e l'azione dei cristiani si sono sempre mossi in maniera oscillatorio-pendolare, tra *gli estremi* di una realizzazione completa della giustizia di Dio in terra da una parte e l'annacquamento della differenza tra le due giustizie, mediante varie forme di moralismo dall'altra²⁾.
- C'è però anche chi, a partire dal proprio specifico contesto culturale, ha tentato di sistematizzare e dare coerenza alla relazione tra le due giustizie senza annichire uno dei due corni del dilemma. Si tratta del contributo «mediante» dei grandi teologi delle varie tradizioni cristiane. Mi permetterò qui di evocare, evidentemente a grandi linee, le riflessioni sulla giustizia operate da Agostino, Tomaso d'Aquino, Lutero e Pascal.

A dire il vero abbondante è il materiale che qui verrà evocato, con la pretesa di un disegno unitario. Spero che non valga anche per me il noto proverbio «*chi troppo vuole nulla stringe*». D'altra parte sono convinto che solo un avvicinamento pluridirezionale al tema possa «*rendere giustizia*» ad una problematica così ricca.

1. I nodi tematici ereditati dal messaggio biblico

La ricerca esegetica di quest'ultimo secolo ci ha reso ad un tempo una quantità di servizi e nel medesimo tempo di «grattacapi». Mi spiego: l'uso combinato di conoscenze linguistiche, filologiche, storiche ed archeologiche ci ha permesso e ci permette di «*sapere*» molto di più sul testo biblico e sui contesti che lo attorniano di quanto potessero sapere ad esempio le stesse generazioni cristiane del secondo e terzo secolo, che pure erano temporalmente molto più vicine agli avvenimenti fondatori di quanto lo siamo noi.

Questa quantità di sapere a disposizione non ci deve però trarre in inganno. Innanzitutto esso non può rimpiazzare e non va confuso con una eventuale e liberissima adesione di fede o meno al messaggio neotestamentario. L'identificazione con i contenuti e con la Persona di Cristo non sono, indipendentemente dalle no-

stre opinioni personali in merito, direttamente collegabili ad una certa quantità di sapere, anche se quest'ultimo influenza certamente le modalità di adesione personale al cristianesimo ed alla comunità ecclesiale.

Questo stesso sapere modifica comunque, nella sua crudezza, una serie di immagini e di aspettative che noi abbiamo ricevuto più o meno automaticamente dalla nostra educazione religiosa implicita ed esplicita e che continuano a vivere in grande parte del linguaggio delle Chiese.

Ciò che la moderna ricerca biblica ha soprattutto evidenziato è la *strutturale pluralità contenutistica* degli scritti biblici. Essi non sono solo stati redatti da Autori diversi, bensì in contesti diversi e con intenzioni talvolta persino contrastanti. La pluralità delle teologie del NT è per così dire irriducibile, ed è quindi vano andare alla ricerca di una «*teologia biblica*» unitaria attorno ad un determinato tema. Con questo non intendo sicuramente affermare che la diversità debba sempre necessariamente portare ad un *conflitto obbligato* tra le varie tradizioni bibliche. La varietà di prospettive e di sensibilità può e viene di fatto superata attraverso un *fondo esperienziale comune* ed attraverso la *ricezione unitaria* di un *canone di scritti* ritenuti «*autentici*». Non intendo addentrarmi ulteriormente in questa selva di nodi che occupano biblisti e non solo da parecchi decenni³). Ho accennato a questi problemi solo per dare un minimo di plausibilità alla mia prima «*tesi*», che costituisce per così dire il punto di partenza delle nostre riflessioni storiche.

Gli scritti biblici non conoscono un solo concetto di *giustizia* ma diversi, in contesti e sensibilità teologiche diverse. Questi vari richiami alla giustizia portano non tanto a prassi quanto a motivazioni diverse dell'agire cristiano. Per questo motivo, a partire dal testo biblico si snodano plurimi filoni, tutti legati alla medesima locuzione *giustizia*.

Accenno qui solo ad alcune di queste diversità, privilegiando quelle che avranno maggiore rilevanza nei secoli a venire, e cercando di concretizzare la problematica facendo almeno un riferimento ad un problema di giustizia «materiale» cioè alle discussioni, lungo la storia, attorno alla comunione dei beni ed all'elemosina come esercizio di giustizia-amore nei confronti di coloro che non possiedono.

1.1. *Giustizia di Dio, giustizia degli uomini: la problematica di fondo*

Uno dei modi più centrali di parlare di giustizia nel NT è quello legato all'espressione «*giustizia di Dio*»⁴). Essa designa la giustizia *attiva* di Dio e quella *passiva*, puramente frutto del dono gratuito, per l'uomo. Questa locuzione, ripresa letteralmente dalla lingua ebraica⁵) in quella greca e latina, entrò in un contesto culturale, come quello ellenistico, che non conosceva per nulla questo problema o non si poneva per nulla questo tipo di interrogativo. Non era cioè evidente né per la mentalità greca né tantomeno per quella romana che ci fosse una divinità che rende giusti gli uomini, i quali con i loro propri sforzi sono strutturalmente ingiusti.

Anche se questa espressione ha animato la discussione teologica lungo venti secoli di storia, da Agostino ai nostri giorni (pensiamo per fare un esempio preso dal

nostro secolo a Karl Barth), essa sembra aver perso rilevanza concreta nel linguaggio e nella vita quotidiana di molti cristiani, a qualsiasi confessione essi appartengano. Non ci si domanda più, in altre parole, se Dio ci giustifichi e su quale base, bensì questo interrogativo sembra essere sottaciuto da quello molto più forte sul senso dell'ingiustizia presente e sulle strategie etiche e politiche per superarla.

Anche i teologi di professione, che conoscono almeno storicamente i dibattiti sulla giustizia di Dio e quella degli uomini, non si preoccupano più principalmente di vedere quali siano le differenze nell'interpretazione di queste due giustizie da parte delle varie tradizioni cristiane, bensì si sforzano ad esplicitare la rilevanza della *dottrina della giustificazione* per una visione più adeguata della giustizia nella società contemporanea⁶.

Siamo forse qui di fronte, come affermano molti critici della teologia contemporanea, ad una completa *eticizzazione* del cristianesimo?

Qui va risposto che il rapporto tra fede nella giustificazione da parte di Dio e ricerca di una società maggiormente giusta non è solo estrinseco, bensì fa parte diretta dell'esperienza di fede così come essa ci è trasmessa dagli scritti biblici. Già il credente dell'AT si chiede come debba essere configurata la giustizia di Dio se si pon mente alla «*illogicità*» delle vicende umane tanto ingiuste. L'interrogativo di Giobbe, tutto teso a «*scaricare*» Dio dalla responsabilità del male nel mondo, vuole essere al contempo una risposta attorno al senso della ricerca umana di giustizia.

Il rapporto tra *domanda su Dio e la sua giustizia e risposta etica* sempre insufficiente è tema costante delle tradizioni bibliche, anche se tale rapporto viene espresso con categorie e sistemi di riferimento tra loro diversi e per noi culturalmente molto lontani. A lungo sembra valere la risposta «*semplice*» secondo cui Dio, nella sua giustizia, punisce i malvagi e premia i buoni.

Questa risposta non soddisfa Giobbe e vien problematizzata anche dagli scritti neotestamentari. Rimane aperto, anche per il credente della Bibbia, lo scandalo del senso del dolore del *giusto sofferente* e, a livello collettivo, il tema della ricompensa per tutti i morti che non hanno potuto ottenere giustizia da vivi. Non è mia intenzione qui approfondire questa problematica estremamente complessa ed accattivante. Mi sono permesso di evocarla qui solo come preludio ad una seconda tesi che così intendo sottoporre a discussione.

Non si può parlare di *giustizia* in senso etico-sociale, senza nel medesimo tempo evocare il legame che ogni ricerca di tale giustizia intrattiene con il cosiddetto «*problema del male*». In questo senso, che lo si voglia o meno, ogni riflessione etica sulla *giustizia* è, almeno implicitamente un modo di porre, di rifiutare o di problematizzare il *quesito su Dio* ed il suo rapporto con le ingiustizie umane.

La riflessione etica attorno alle modalità concrete della giustizia umana ha comunque, indipendentemente dalle risposte che si possono dare al primo fondamentale quesito, una propria *autonomia* sia metodologica che di contenuto. Tale autonomia deve essere, a mio avviso, sostenuta anche da chi si dichiara credente.

Il fatto che quest'ultimo sa di essere reso «giusto» da parte di Dio, solo grazie ad un atto completamente gratuito e non meritato non lo dispensa per nulla dal ricercare, assieme a tutti i suoi compagni di strada sulle vie del mondo, quali siano i volti concreti da dare alla giustizia, in una società ed in un tempo determinati⁷⁾. Si deve postulare a tal fine un minimo di *libertà morale* al di là di ogni condizionamento sia storico-culturale che al condizionamento di fondo dovuto al fatto di essere peccatori per definizione, per poter dare un senso all'impegno morale sia personale che sociale. Senza una scintilla seppur minima di «*libero arbitrio*» è inutile postulare anche solo un «milligrammo» di giustizia vera tra gli uomini. A mio avviso il cristiano, pur rendendosi conto che tutto ciò che riesce a fare di moralmente giusto e buono è possibile solo attraverso un dono gratuito di Dio, non per questo viene dispensato dallo *sforzo teorico* di trovare norme morali adeguate all'ingiustizia imperante nel mondo e dallo *sforzo pratico* di agire secondo quelle norme che egli, in collaborazione con tutti gli uomini di buona volontà, avrà trovato come più fondate.

La giustizia degli uomini, pur non avendo valore salvifico proprio entra perciò nell'economia della salvezza. In questo senso intercorre qui un legame intimo tra giustizia e libertà umana da una parte, e «dolore di Dio» nella figura del «*Giusto sofferente*» dall'altra.

La misteriosità del rapporto tra le due giustizie prende nell'economia cristiana una forma concreta poiché il Dio biblico non sta solo in un cielo inaccessibile, ma assume personalmente in Cristo il dolore del mondo, facendosi Giusto ingiustamente perseguitato e sofferente. Gli scritti biblici permangono in questa dialettica misteriosa tra giustizia divina ed umana senza volerne dare una spiegazione discorsiva-razionale. Questa mancanza di spiegazione in termini discorsivi spiega forse quel movimento oscillatorio continuo tra giustizia di Dio a scapito di quella degli uomini, o di completa immanenza della giustizia che caratterizza i venti secoli di «*era cristiana*» che stanno dietro le nostre spalle.

1.2. *Un'applicazione concreta: Giustizia del Regno e condivisione dei beni terreni (l'elemosina e la comunione dei beni)*

Intendo ora prendere in esame un aspetto del servizio di giustizia che i cristiani si rendono fra loro ed agli uomini, attraverso la ricerca di una giustizia distributiva nei beni materiali. La storia della *dottrina dell'elemosina*, che qui brevemente evocherò, rappresenta il tentativo di accomodare l'esigenza radicale della comunione dei beni, come segno del Regno già entrato tra di noi, con il non voler rinunciare alla proprietà privata. Sarà dunque la storia delle coniugazioni di un compromesso, forse inevitabile, ma quanto mai indicativo del *già* e del *non ancora* che caratterizza ogni esistenza cristiana⁸⁾.

Con il digiuno e la preghiera l'elemosina costituisce una delle tre opere compiute dal «*giusto*». Per questo motivo essa fa parte, e per secoli, della dottrina etica della giustizia⁹⁾. In secondo luogo questa categoria viene sempre evocata quando si discute sulla *comunione dei beni*. Con il termine greco di *ἐλεημοσύνη* la tradu-

zione dei LXX riprende quasi sempre il vocabolo ebraico di *ts daqah* (giustizia) mettendo così in evidenza lo scarto tra la mentalità ellenistica e quella ebraica. Se prevale nella locuzione ἔλεημοσύνη la valenza psicologizzante del termine, che fa di essa *la compassione, la misericordia*, in quello di *ts daqah* (giustizia) vien messo in rilievo il legame tra benevolenza ed alleanza, basata sulla fedeltà che Jahwè mantiene nel tempo con il suo popolo cui ha donato la promessa.

Quando gli uomini compiono nei confronti dei loro simili atti di misericordia (ἔλεημοσύνη vien usato in questo senso solo a partire dall'era tardo-giudaica), si inseriscono nella dinamica della giustizia di Dio nei confronti del suo popolo. Negli scritti neotestamentari l'istituzione dell'elemosina, già conosciuta sia da Israele che dall'antico Oriente in genere, è inserita come opera di ogni persona pia, accanto alla preghiera ed al digiuno. Essa è rivolta a tutti coloro che si trovano nel bisogno, indipendentemente dalla loro appartenenza o meno al popolo dei credenti, poichè nessun uomo può rivendicare un potere assoluto sui beni materiali, bensì solo un uso legato all'equità.

I vangeli sinottici sono testimoni della critica operata da Gesù al *legalismo*, che si manifesta anche attraverso l'elemosina pubblica¹⁰⁾. Per la sensibilità di Luca essa rimane comunque ancora una regola positiva per la comunità dei credenti¹¹⁾.

La stessa valutazione traspare anche dal libro degli Atti, in cui da una parte si lodano coloro che la esercitano¹²⁾ e dall'altra¹³⁾ se ne mostra la provvisorietà, nella prospettiva del Regno ormai entrato nella storia degli uomini¹⁴⁾. Nei cosiddetti *sommari* del libro degli Atti degli Apostoli¹⁵⁾ è ancora presente una unità armonica tra esigenza radicale della *sequela di Gesù* in vista del Regno imminente, abbandono dei beni e la loro messa in comune volontaria in vista di una giustizia che sorpassa gli sforzi etici degli uomini. Non si distingue ancora qui tra la virtù ascetica dell'*essere poveri* da una parte e dell'*aiutare i poveri* dall'altra. L'autore del libro degli Atti non usa nemmeno i termini classici per indicare i poveri, come nel Vangelo di Luca¹⁶⁾, ma presta maggiore attenzione allo stato di spartizione giusta dei beni all'interno di una comunità legata dall'amore reciproco. Singole figure, come Cornelio per i gentili e Tabita per i fedeli, sono l'esempio vivente dell'ideale neotestamentario della misericordia-elemosina nei confronti dei poveri.

Attraverso tutta una serie di metamorfosi durate più di dieci secoli l'istituzione dell'elemosina si autocomprende, soprattutto nel Medioevo, come strumento di giustizia distributiva in mancanza di «*comunione volontaria dei beni*».

L'elemosina può essere qui vista come una *modalità culturale* con cui avviene uno scambio dei beni all'interno di una società chiaramente strutturata per ceti. Gli studiosi di storia sociale e di antropologia culturale comparata parlano di elemosina in quest'ultimo senso. Qui l'elemosina è preceduta, nella storia dello sviluppo culturale, dall'istituzione del *dono*¹⁷⁾ e seguita da quella dell'*aiuto*¹⁸⁾. Per questo motivo l'elemosina acquista tale importanza in società culturalmente avanzate, come il medioevo, ma che non hanno ancora raggiunto la forma-stato tipica dell'età moderna.

Vista così l'elemosina, cioè come modalità specifica di aiuto di un lungo periodo

di civiltà, può essere ritenuta obsoleta. Questa coscienza della storicità di questa modalità nulla toglie al dovere permanente di coniugare secondo nuove modalità le esigenze di giustizia legate alla destinazione generale dei beni materiali da una parte, ed al significato primariamente distributivo e non speculativo del denaro. Rimane comunque una specie di spaccatura tra esigenza profetica legata alla re-
cenzione «*semplice*» della tradizione sinottica e la necessità di operare mediazioni storiche sempre relative. Questo iato è in parte inerente alla tensione escatologica che caratterizza ogni esistenza cristiana e non poteva essere superato attraverso *delegazioni* o *distinzioni* che porterebbero ad una categorizzazione tra cristiani di «*serie a*», come ad esempio i monaci che non possiedono, e cristiani di «*serie b*», come i laici che invece possono ancora vivere col denaro e la proprietà.

La sommaria storia di questo capitolo della morale ci ha fatto toccare con mano come sia difficile coniugare ad un tempo esigenze tra loro molto diverse come quelle legate all'ideale della *sequela* di Gesù, della *diaconia* che deve caratterizzare ogni comunità ecclesiale e la ricerca di *giustizia sociale* frutto di un impegno strategico a carattere socio-politico. Il gesto dell'elemosina voleva farsi carico di tutte queste esigenze ad un tempo ed evidentemente non era in grado di realizzarle. La coniugazione della giustizia-amore nella realtà della vita individuale, di gruppo e societaria è opera variegata che esige non solo un gesto singolo bensì una serie di attitudini e gesti tra loro complementari. La giustizia che i cristiani cercano è più grande di singoli sforzi morali anche se quest'ultimi non perdono nulla del loro significato.

È naturale dunque che, sempre nella storia che ci ha finora preceduto, si siano sempre cercate soluzioni estreme per coniugare le esigenze della giustizia divina e di quella umana.

2. Le tentazioni estreme nella coniugazione delle due giustizie

Con l'espressione «*tentazioni estreme*» intendo qui connotare quei tentativi teologici e politico-sociali accomunati dal fatto di ridurre uno dei due poli della tensione tra giustizia umana e divina. La negazione della pertinenza parziale dell'una e/o dell'altra porta conseguenze pratiche estremamente negative.

Anche qui la storia ci può essere maestra nel portare alla nostra attenzione *esempi paradigmatici* che hanno, nel momento presente, la possibilità di riedizioni «aggiornate» ma per nulla «corrette». Lo spazio a nostra disposizione non ci permette di troppo esemplificare tra questi due estremi. Mi permetterò dunque solamente di *tipizzare*, in modo che risulti più chiaramente quale tipo di coniugazione tra le due giustizie intenda postulare.

2.1. Giustizia di Dio in terra: la tentazione apocalittica

Con questa espressione intendo designare la tendenza, presente sotto forme diverse in tutta la storia del Cristianesimo, a voler realizzare *immediatamente* la giustizia di Dio, donataci attraverso l'annuncio pieno di grazia del Vangelo di salvezza.

za, e ciò attraverso una *prassi dei giusti* che in certo modo *forza* il Regno a compiersi in mezzo a noi. Questa tendenza è particolarmente subdola e può assumere forme tra loro abbastanza diverse nelle loro valenze esterne, ma che obbediscono comunque al medesimo motivo di fondo. Mi permetto di tipizzarne qui due, dando loro un'etichetta di comodo, chiamandole cioè rispettivamente «*di destra*» e «*di sinistra*». Le virgolette sono evidentemente d'obbligo e bisogna vedere queste tendenze all'opera non solo ai giorni nostri, bensì anche nei vari secoli che ci hanno preceduto. Entrambe le figure dell'apocalittica che qui brevemente schizzerò possono essere fatte risalire a bisogni psichici sia individuali che di massa abbastanza comprensibili, anche se moralmente e teologicamente non giustificabili.

2.1.1. *L'apocalittica «di destra»*

Chiamo così una tendenza di fondo che tende ad attribuire qui e subito alla comunità ecclesiale visibilmente esistente il compito e la competenza di realizzare la giustizia di Dio all'interno della storia umana. Il non rispetto della legge morale, o di quella che si reputa tale, vien punito mediante sanzioni che vogliono essere l'espressione necessaria della giustizia vendicativa di Dio.

Vige in questa prospettiva un ecclesiocentrismo radicale che non mette in alcun dubbio la pretesa continuità tra la prassi della Chiesa (che si esprime soprattutto attraverso la sua struttura gerarchica) e la volontà di Cristo sulla storia degli uomini. Questa descrizione della tentazione apocalittica «di destra» è evidentemente «idealtipica» e non si è mai realizzata storicamente in maniera piena.

Ci sono comunque esempi di realizzazione parziale che non possono essere sottoaciuti come l'inquisizione spagnola ed in genere l'introduzione indiscriminata di un diritto penale nella vita della comunità ecclesiale, i battesimi di massa, le guerre di religione e confessionali. I teologi che hanno sostenuto questo orientamento hanno dovuto fare molti sforzi per eludere i passi del Vangelo antitetici a tale posizione, come la parabola sul grano e la zizzania¹⁹, in cui chiaramente si afferma che il Regno non è fatto definitivamente dagli uomini e che sarà il Padre ad operare la distinzione definitiva tra i buoni ed i cattivi. Lo stesso vale per l'invito che Gesù fa a non volerlo difendere con la spada²⁰.

Ci si è comunque anche adattati a questi testi affermando che la chiesa è la personificazione del Padre e che dunque in Suo nome essa possa anche «forzare» la realizzazione del Regno. Qui la dialettica tra le due giustizie viene a perdersi a favore di una «*giustizia di Dio*» dal volto troppo umano per essere veritiero.

2.1.2. *L'apocalittica «di sinistra»*

In questa prospettiva si cerca di far coincidere prassi socialmente «*giusta*», non tanto in senso etico quanto piuttosto come risultato di un'analisi corretta delle contraddizioni sociali, con la prassi «*dei giusti*» cioè di coloro che già in qualche modo anticipano il regno (sia esso visto religiosamente come «Regno di Dio» o profanamente come «società senza classi»). In questa visione il regno entra nella storia e si realizza attraverso la prassi attiva e militante.

Dove prendono corpo, nella storia, simili tendenze? Mi sembra difficile dare una risposta univoca, poichè anche qui procedo per tipizzazioni idealizzanti, ma mi pare che alcune tendenze radicali nel Medioevo ereticale, così come l'ala radicale della Riforma, cioè l'anabattismo e movimenti analoghi²¹⁾, ed alcune versioni della *teologia della rivoluzione* o della *liberazione*, soprattutto presenti alla fine degli anni '60, siano di questo segno. Qui l'ideale etico della giustizia viene a coincidere con la prassi strategicamente «giusta» in un determinato frangente storico. Da parte sua la prassi politicamente giusta è quella che accelera o facilita il cammino necessario cui la storia va incontro. Leninisticamente ciò che va nel senso della rivoluzione è moralmente buono e giusto, e ciò che non l'aiuta è deleterio. Caratteristica costante di questa mentalità è la confusione tra problemi etici di giustizia e visione globale (sia essa filosofica e/o teologica) della storia. Questa caratteristica è relativamente indipendente dal fatto che i suoi sostenitori si affermino credenti o meno. Se si pensa di partire da un orizzonte di fede si affermerà che tutto ciò che serve alla venuta imminente del Regno vada incoraggiato, anche se si deve passare sui cadaveri degli eretici... Se invece si parte da ipotesi ateistiche si sosterrà la stessa strategia, cambiando gli eretici in «nemici di classe»...

Caratteristica comune ad ogni tendenza apocalittica è il pensare che le soluzioni ai problemi morali siano già date e scontate, e che tutto lo sforzo teorico e pratico vada portato sul momento della realizzazione, che per definizione è sempre imminente (per questo motivo si parla di «apocalittica»). Non c'è nulla da cercare poichè siamo strutturalmente alla vigilia del compimento. Si tratta solo di mettersi ancora a tempo dalla parte strategicamente e tatticamente «giusta».

2.2. L'accomodamento istituzionalizzato: casistica e privatismo

Di fronte agli estremi di una visione apocalittica della storia, c'è chi ha pensato di reagire con un altro estremo. Visto che la realtà del Regno non può essere realizzata attraverso una pratica radicale meglio farsi di esso una visione addomesticata, di comodo. La giustizia del Regno diventa «attiva» da parte dell'uomo nella misura in cui egli pensa di poter ottenere la salvezza a partire da criteri di quantificazione oggettivabili come un calcolo. La logica mercantile invade anche la concezione dei rapporti tra il singolo e credente e Dio. Il Vangelo, annuncio gratuito di salvezza soprattutto per tutti coloro che non hanno speranza viene ridotto a ricettario di buone opere, cioè (per dirla in categorie paoline) a *sola legge*.

Questa legalizzazione e moralizzazione del cristianesimo riduce Dio e la sua strategia nei nostri confronti ad un disegno di calcolo umano. Si pensa di poter «soddisfare Dio»²²⁾ attraverso prestazioni quantificabili, come ad esempio le indulgenze, quasi che Dio obbedisse ad una logica mercantile ed accumulatrice. La visione dogmatica dei rapporti tra Dio e l'uomo non rimane senza conseguenze anche per i rapporti intraumani ed etico-sociali. Il problema della distribuzione equa dei beni materiali viene evacuato e la competenza sulla giustizia distributiva delegata in blocco agli organi dello Stato.

Un cristianesimo così concepito deve necessariamente sostenere una concezione della chiesa visibile in cui quest'ultima assume una posizione centrale nell'inter-

pretazione della cosiddetta *legge naturale*. La Chiesa diventa esperta nella gestione delle opere giuste e diventa dispensatrice diretta della salvezza.

Di fronte alla molteplicità ed alla complessità delle situazioni di conflitto morale di fronte a cui ogni giorno ci troviamo, la casistica risponde moltiplicando le norme di comportamento cercando di prevedere ogni situazione possibile. Questo fenomeno della moltiplicazione delle norme è visibile anche a livello macrosocietario nelle dittature che devono sopravvivere aggiungendo decreto a decreto di fronte ad ogni nuova sfida. Venendo a mancare la giustizia sostanziale si cade nella metastasi moltiplicatoria delle piccole giustizie formali.

2.3. Alcune «vie medie»

Ciò che è comune a tutte le grandi sintesi teologiche cristiane, è l'aver lasciato aperta appunto questa dialettica tra *giustificazione per grazia* e sforzi etici per una maggior giustizia nel mondo. Mettendosi in questa *via di mezzo*, che non necessariamente è via di comodo, si tengono legate pur mantenendole distinte le due giustizie, evitando di cadere in quegli estremi che snaturano la portata del messaggio cristiano.

Agostino, Tomaso, Lutero e Pascal, pur essendo teologi molto diversi tra loro sia per l'epoca storica in cui hanno operato, sia per la mentalità che li caratterizza che per l'incidenza che hanno avuto, hanno in comune il fatto di aver tentato una *coniugazione non riduttiva* delle due giustizie succitate.

Riprenderò qui alcuni tratti delle loro riflessioni sulla giustizia, per metterne in evidenza la ricchezza spirituale e l'attualità permanente.

2.3.1. Agostino

La preoccupazione maggiore, non solo di Agostino, ma di gran parte dei teologi dei primi secoli cristiani (i cosiddetti *Padri della Chiesa*) era quella di mostrare non solo la non-contraddizione bensì la possibile e necessaria armonia tra pensiero biblico e cultura classica greco-romana. Per quanto riguarda il tema che qui ci tocca, il tentativo di Agostino può essere sintetizzato come quello di riuscire a leggere la dottrina paolina della giustizia di Dio anche nella chiave interpretativa della dottrina aristotelica della giustizia. Agostino vuol riuscire a cucire due punti di vista apparentemente irconciliabili²³.

Nel processo di conversione che noi conosciamo indirettamente attraverso le *Confessioni*, Agostino si rende conto che Dio non può volere la salvezza dell'uomo, basandosi esclusivamente su criteri di giustizia remuneratrice od automaticamente commutativa. L'uomo non sarà mai alla misura dei doni di Dio e non potrà quindi mai meritare la propria salvezza. Quest'ultima sarà sempre opera perfettamente gratuita (cioè «*gratia gratis data*») di Dio.

Anche l'applicazione automatica della cosiddetta *giustizia vendicativa* alla volontà di Dio, che dovrebbe in questo caso remunerare i buoni e punire i cattivi, sembra peccare, secondo Agostino, di un certo antropomorfismo, che intende dettare

a Dio condizioni umane di agire razionale. I testi biblici parlano infatti, ed Agostino ben li conosce, della volontà universale salvifica di Dio e dell'infinita della sua misericordia. Agostino cerca una conciliazione tra rappresentazione biblica della giustizia e visione romana della stessa. Il suo tentativo può essere visto come quello di voler riuscire a leggere la dottrina paolina della giustizia di Dio nella chiave interpretativa della visione aristotelica e ciceroniana della giustizia. Agostino è di formazione romana, è stato a scuola da Ambrogio. Meditando per anni sugli scritti paolini si è reso conto del fatto che quando Paolo parla di giustizia intende qualche cosa di diverso dai romani. Questa diversità occuperà Agostino per tutta la vita, nel tentativo di una conciliazione concettuale. Il suo discorso sulla giustizia di Dio e quella degli uomini è in gran parte influenzato più o meno direttamente dalle polemiche intraecclesiali, in questo caso dalla disputa contro i Pelagiani. Non va comunque sottovalutata la portata avuta dall'influenza dell'eredità culturale classica. Per quanto riguarda il nostro tema Agostino mostra di essere soprattutto influenzato dalla filosofia giuridica romana, soprattutto da Cicerone. La definizione ciceroniana di giustizia ricorre spesso, con interessanti trasformazioni, sotto la sua penna.

Queste trasformazioni ed applicazioni sono talvolta audaci (Cicerone si sarà sicuramente «girato» nella tomba), ma mettono in evidenza l'interesse conoscitivo che anima il teologo di Ippona. Agostino passa senza difficoltà dalla sfera giuridica a quella religiosa, soprattutto perché è preoccupato di scagionare Dio dall'eventuale accusa di ingiustizia o peggio ancora (come è il caso in Pelagio) per liberarsi da una rappresentazione di Dio in cui Egli «*debba, secondo giustizia*» alquanto all'uomo virtuoso e meritevole. Quando non è preso direttamente da un intento polemico Agostino adatta le definizioni ciceroniane al discorso etico cristiano. Così, per Agostino,

«la giustizia è la virtù che attribuisce ad ognuno ciò che gli si deve»²⁴⁾

oppure, in un contesto che rivela maggiormente la sua visione generale del fine di ogni vivere in società

«la giustizia è un habitus dell'anima esigenza dell'utilità sociale che attribuisce ad ognuno ciò che gli è dovuto»²⁵⁾.

Quando il contesto diventa polemico Agostino applica queste definizioni, in soluzione di *piena univocità* a Dio. Nel rendere a *ciascuno* il suo, Agostino include Dio e ciò con la massima naturalezza, forse senza rendersi conto del fatto che le definizioni ciceroniane non erano per nulla state pensate in questa attribuzione o funzione. A causa di questa interpretazione univoca della categoria Agostino arriva a fare l'affermazione, che alle nostre orecchie moderne suona perlomeno strana secondo cui

«ciò che è giusto per gli uomini non necessariamente lo è per Dio»²⁶⁾

oppure alcune pagine più tardi

«Dio, ordinando all'uomo "come uomo" altra cosa che ciò che Egli fa "come Dio" non è prevaricatore della propria legge»²⁷⁾.

Ci sono due aspetti di questa sottolineatura agostiniana della differenza tra giustizia divina e giustizia umana. Da una parte essa è al servizio di una visione della Divinità, in cui non si può applicare una *analogia di proporzionalità*, bensì solo una lontana somiglianza. Dio è giusto di una giustizia che è al tempo stesso *incommensurabile* e *ingiudicabile* da parte dell'uomo. Quest'ultimo aspetto chiaramente volontaristico²⁸⁾ porterà a conseguenze pratiche abbastanza discutibili, come nel caso della dottrina agostiana della cosiddetta «*guerra giusta*». Ma ne parleremo più tardi. Per il momento soffermiamoci ancora un po' sulla incommensurabilità della giustizia divina. Secondo Agostino l'uomo tenta sempre di giudicare la volontà che Dio pone su di lui con il metro umano. A Giuliano raccomanda

«Haec cogita, et non judicem Deum iudicibus hominibus comparare, quem non dubitandum est esse justum, etiam quando facit quod videtur hominibus injustum, et quod homo si faceret, esset injustum»²⁹⁾.

Il rifiuto agostiniano di una qualsiasi proporzionalità tra giustizia divina e giustizia umana è da rimandare al retrofondo paolino cui egli implicitamente (il più delle volte) od esplicitamente si rifà. Così, interpretando Rom 1, 17 e 3, 21 Agostino vede il termine di giustizia come *justitia passiva*³⁰⁾.

Il tutto si inserisce nella visione *soddisfatoria* della salvezza operata in maniera piena e definitiva dal Cristo, soddisfattore di ogni esigenza di giustizia da parte di Dio e redentore che ciò può dare quella *plena charitas* che permette la visione di Dio. Tutti questi elementi si ritrovano in una definizione strettamente teologica della giustizia che la lega indissolubilmente alla carità ed alla visione perfetta di Dio.

«Tunc ergo erit plena justitia, quando plena sanitas; tunc plena sanitas quando plena charitas: plenitudo enim legis, charitas. Tunc autem plena charitas quando videbimus eum sicuti est (I Joh. 3,2); neque enim erit quod addatur ad dilectionem, cum fides pervenerit ad visionem»³¹⁾.

Il volontarismo agostiano ha anche il suo prezzo. Esso fa capolino come istanza che rende «*giusto*» ciò che tale non appare alla ragione umana, ma che sembra essere voluto in qualche modo (per Rivelazione od attraverso la mediazione della Chiesa) da Dio.

L'esempio più patente mi sembra quello della possibile «*iustitia*» di una guerra, così come la teorizza appunto Agostino³²⁾. I testi di Agostino sull'argomento sono relativamente costanti e mostrano come sia radicata la rappresentazione volontarista della giustizia nel nostro teologo³³⁾.

Da un punto di vista biografico le motivazioni agostiniane per dichiarare «*giusta*» una guerra sono abbastanza apologetiche e non ancora necessariamente legate strettamente ad una rivelata «*volontà di Dio*». In primo luogo egli si oppone al pacifismo verbale di alcuni manichei, tra cui soprattutto Fausto.

In seconda linea egli si preoccupa, soprattutto nel *De civitate Dei*, di discolpare i cristiani dall'accusa di aver direttamente contribuito alla decadenza ed alla caduta dell'impero romano, ormai invaso da popolazioni «*barbare*». Oltre a questo

sfondo che esige dal teologo di Ippona uno sforzo apologetico ci sono comunque anche altre ragioni più profonde che comandano il giudizio etico su *guerra e giustizia*. Non possiamo evidentemente ricostruirle qui con un certo agio.

Mi sia solo permesso di concludere questi accenni ad Agostino affermando, non senza qualche arbitraria semplificazione, che la sua immagine di Dio sia maggiormente platonica che biblica. Il Dio biblico non è arbitrario nella sua giustizia, anche e quest'ultima è incommensurabile. Noi uomini, inoltre, pur nel radicale peccato, conserviamo almeno parzialmente una scintilla della sua immagine, anche quando siamo alla ricerca di una nostra piccola e frammentaria giustizia.

2.3.2. Tomaso d'Aquino

In Tomaso d'Aquino la separazione lessicale tra *giustizia attiva di Dio* che ci giustifica per grazia e *giustizia umana* come virtù cardinale dell'individuo e della società diventa praticamente completa, rimandando la prima ad altre espressioni come *grazia*, *giustificazione* o rispettivamente a quella di *legge nuova*.

La categoria di giustizia è compresa dall'Aquinate, e con lui e dopo di lui da tutta la cristianità medievale, come categoria etica e giuridica. A partire da questo vocabolario e sensibilità nascono e/o vengono riproposte le distinzioni tra giustizia *commutativa*, *vendicativa* e *distributiva*.

Più che commentare in questa sede queste distinzioni³⁴ mi preme qui indicare il tipo di difficoltà cui va incontro l'etica politica di Tomaso d'Aquino che cerca di far perno su questa visione della giustizia. La difficoltà fondamentale non sta tanto nel fatto di rendere rilevanti questi vari tipi di giustizia come doveri morali, quanto nel definire con chiarezza quali siano le istanze societarie che hanno il compito della loro realizzazione.

Nel caso della *giustizia vendicativa* c'è un'istanza, cioè il Principe, che, sempre secondo Rom. 13 «porta la spada», e che quindi ha il diritto-dovere di esercitare la giustizia penale³⁵. Tomaso difende qui il principio del taglione, ed il discorso della montagna che lo abolisce vale, sempre per l'Angelico, per l'individuo e non per lo Stato. Per quanto riguarda invece l'esercizio della *giustizia distributiva* Tomaso d'Aquino è del parere che il Principe abbia il diritto di percepire tasse, e l'individuo da parte sua ridistribuisce giustamente i suoi beni, come già abbiamo potuto vedere in extenso, attraverso lo strumento dell'elemosina. La separazione operata dalla teologia medievale, lessicale ma non solo, tra il tema della giustizia come virtù morale ed il tema della giustificazione del credente ha comportato teologicamente una grande perdita. Se si guarda però alla teologia medievale come prodotto culturale all'interno di un universo anche germanico in cui le concezioni della giustizia erano molto meno differenziate eticamente, bisogna riconoscere che l'entrata della «*giustizia romana*» attraverso la via della teologia ha avuto un notevole *effetto civilizzatore* che non può non essere valutato positivamente.

2.3.3. Lutero

Il vocabolario e le espressioni introdotte dal Riformatore di Wittenberg attorno

alla giustizia sono molto ricche e variate. Esse mettono in rilievo il fatto che questa categoria occupa, all'interno del suo sistema di pensiero teologico, un posto estremamente importante e non lasciato al caso.

Senza voler entrare in uno studio lessicografico di dettaglio si può notare come la maggior parte delle espressioni intenda da una parte riabilitare l'orizzonte paolino ed evitare gli scogli del linguaggio giuridico medievale che Lutero conosce soprattutto attraverso il diritto canonico più che attraverso la conoscenza diretta dei teologi e dei teorici del diritto medievali³⁶.

Il discorso di Lutero sulla giustizia, sulla giustificazione e sulle *due istanze* rispettivamente i *due regni* è comprensibile solo se si tiene costantemente presente l'orizzonte globale entro cui esso è formulato. Questo orizzonte nel nostro caso è quello della dottrina della *giustificazione per la sola fede*, la distinzione-unione tra *legge e Vangelo* ed infine l'applicazione di esse nella dottrina sulle funzioni della legge, cioè il cosiddetto *duplex usus legis*³⁷. Non mi soffermerò, nonostante la centralità del problema, sulla teologia luterana della giustificazione. Ricorderò soltanto che per il Riformatore, nella natura creata il Creatore rimane «*absconditus in majestate*» e non può essere veramente oggetto di incontro personale per l'uomo. Non vi è altra via per arrivare all'incontro con Dio³⁸.

Non si tratta, a ben vedere, di un semplice fideismo, da comprendersi semplicemente come reazione al nominalismo razionalistico di una tarda scolastica, bensì piuttosto dell'espressione di un *crisocentrismo esclusivo*. Solo nell'adesione fiduciosa a Cristo c'è la salvezza. Nella fede il credente fa l'esperienza della diversità qualitativa e radicale tra la legge, cioè l'insieme di normatività etiche e giuridiche di cui siamo circondati nella convivenza sociale, ed il messaggio salvifico del Vangelo della Croce³⁹.

Questa diversità radicale tra i due tipi di giustizia che legge e Vangelo producono non è vista da Lutero come mancanza di rapporto tra le due realtà o come possibile dispensa da parte del cristiano di far riferimento ad entrambe.

«Lex respicit ad Evangelium... Evangelium respicit ad legem»⁴⁰.

Un rapporto dialettico dunque quello tra le due giustizie, anche se nel rispetto del primato salvifico esclusivo del Vangelo.

La regolamentazione etica e giuridica, cioè la giustizia degli uomini, dispensata dal ruolo di salvare il credente mediante l'ammasso quantitativo di opere buone, viene ad assumere altri compiti o funzioni. Quest'ultime sono riducibili, sempre nella prospettiva del Riformatore tedesco, fondamentalmente a due:

- il cosiddetto «*usus politicus*» detto anche «*usus civilis*» della legge,
- ed il fondamentale «*usus theologicus legis*».

Si deve dunque adempiere alla legge, sia essa morale e/o politico-giuridica poiché senza di essa la convivenza umana si rivelerebbe non solo caotica e violenta bensì impossibile. In funzione di questa convivenza la giustizia civile non ha solo carattere di necessità, bensì anche di coazione e di sanzione repressiva. Lutero parla al riguardo di «*usus rudis, usus infimus legis*» e di «*lex iræ*»⁴¹.

Contrariamente alle interpretazioni della teologia liberale del secolo scorso Lutero non intendeva comunque, sostenendo la necessità di una giustizia «civile» glorificare al contempo i rapporti di potere realmente esistenti quasi fossero manifestazione diretta ed indiscussa della volontà di Dio. L'autorità politico-sociale possiede, attraverso lo strumento delle varie normative, solo il diritto-dovere di garantire una minima convivenza umana non cruenta. Il carattere costrittorio e sanzionatorio della giustizia umana non è positivo in sé, ma solo in quanto è strumento pedagogico. In altre parole la «*lex iræ*» è la figura esterna di una «*lex charitatis latens*»⁴²).

Al di là ed al di sopra della funzione pacificatrice delle regolamentazioni di giustizia umane c'è per Lutero una funzione ancora più importante di esse. Questa funzione è accessibile e comprensibile solo al credente. È la cosiddetta funzione teologico-accusatoria della legge, che ricorda costantemente a colui che ha già ricevuto gratuitamente la giustizia di Dio, che permane sempre peccatore⁴³). Questa funzione permane fino a che la giustizia di Dio si sia manifestata completamente al ritorno di Cristo. Come si vede la visione che Lutero ha delle due giustizie ha carattere chiaramente di tensione escatologica, in gran parte dimenticata dal pensiero della tarda scolastica. È questa tensione che fa sostenere a Lutero la necessità assoluta di non sovrapporre o mescolare le due realtà. Il peccato teologico fondamentale è appunto la «*confusio regnorum*».

Ai tempi di Lutero coloro che più facilmente cadevano in questo mescolamento di carte erano i cosiddetti Anabattisti che negavano la legittimità del potere politico e sostenevano la creazione di comunità di eguali, riabilitando entusiasticamente situazioni che dovevano essere un'imitazione della comunità primitiva di Gerusalemme. La giustizia di Dio deve realizzarsi subito e direttamente in forme di giustizia umana.

Il papismo non è che l'espressione della medesima tentazione, sotto un segno diverso. Qui si usano le armi di questo mondo, cioè della legge, per forzare la realizzazione del Regno visibile della Chiesa.

Lutero non vuole la confusione tra le due sfere. Per questo motivo egli si è opposto, contrariamente a Zwingli e a Calvino, ad ogni legittimazione etica della guerra e della pena di morte per motivi di ordine religioso. Queste istituzioni repressive sono moralmente accettabili, come espressioni indirette della giustizia, solo quando ci si trovi di fronte ad aggressioni della giusta convivenza civile⁴⁴).

La teologia di Lutero ha avuto, per la nostra problematica, cioè in vista di una visione adeguata dell'ideale etico della giustizia, una funzione positiva ed una negativa.

Da una parte la visione luterana della giustizia ha liberato la chiesa visibile con le sue strutture (come il diritto canonico) da funzioni direttamente salvifiche, anticipando così la possibilità di attuare cambiamenti interni alla chiesa stessa.

Dall'altra essa ha valutato il potere politico in luce troppo limitante e pessimista. La legge e la sua giustizia sono date a priori e l'uomo può solo rispettarle ma non riformarle radicalmente. L'ideale della giustizia non porta a nuove forme di convivenza sociale.

2.3.4. Pascal

Ho pensato di introdurre a questo punto un breve accenno a Pascal, poiché siamo qui di fronte ad un pensatore cattolico con una forte sensibilità per la citata «grande divisione» tra *giustizia di Dio* e *giustizia degli uomini*. Questa sensibilità, ed una serie di altre ragioni che qui non è possibile evocare, hanno portato ad un giudizio globale immeritato da parte ufficiale cattolica, vedendo in lui un rappresentante di una specie di «calvinismo cattolico».

Pascal parte da premesse molto pessimiste sulla condizione dell'uomo. Lasciato alle sue forze quest'ultimo non trova un senso ultimo nella sua prassi. Anche le strutture politiche sono «vanità» ed espressione della «*libido dominandi*» onnipresente. Colpisce dunque in Pascal

«il fatto che — come dice Casadei — una realtà tremendamente seria come la politica... venga messa alla berlina con ironia tagliente, con sentenze che non ammettono repliche»⁴⁵).

Si potrebbe qui prendere pretesto da Pascal per cadere in una forma di raffinato qualunquismo etico e politico, che trova vana ogni ricerca di giustizia in questo mondo. Leggendo con un certo distacco alcune *Pensées* si arriva però a riflessioni più impegnanti. Degno di attenzione è innanzitutto il fatto che la categoria di giustizia sia presente lungo una gran parte dei suoi pensieri⁴⁶. Egli ne vede la debolezza radicale quando essa è nella mano degli uomini. Essa si mescola costantemente con il potere (*la force*) e quindi viene ad assumere una dimensione di arbitrarietà. Pascal guarda a quest'ultima non tanto con spirito di protesta e ribellione quanto di sarcasmo:

«Plaisante justice qu'une rivière borne! Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au delà»⁴⁷).

Questo distacco sarcastico nei confronti di ogni tentativo di ingabbiare la giustizia in formule ha in Pascal un aspetto visibile per tutti ed uno percepibile solo con gli occhi della fede. Nel primo caso si può vedere come la giustizia sia fondamentalmente impotente senza un'istanza di potere che la realizzi o la faccia rispettare. Introducendo questa istanza però si inocula a priori la possibilità dell'arbitrio e dunque dell'ingiustizia. Con le parole stesse del pensatore francese:

«Il est juste que ce qui est juste soit suivi, il est nécessaire que ce qui est le plus fort soit suivi. La justice sans la force est impuissante: la force sans justice est tyrannique. La justice sans force est contredite, parce qu'il y a toujours des méchants; la force sans justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force...»⁴⁸).

Ma Pascal stesso non sembra voler credere alla possibilità di questa sintesi. La politica infatti fa parte di una sfera della follia e non della ragione⁴⁹. Il credente non ha a disposizione una sua possibilità specifica per uscire da questo vicolo cieco. Per il cristiano che spera nella giustizia escatologica non vale la pena di voler salvare il mondo visibile con opere di giustizia strutturalmente parziali e periture.

L'ubbidienza non cieca ma distaccata diventa quindi l'attitudine del credente che cerca la vera giustizia del Regno, anche se egli si rende conto della follia degli ordinamenti socio-politici umani.

«Les vrais chrétiens obéissent aux folies néanmoins; non pas qu'ils respectent les folies, mais l'ordre de Dieu, qui, pour la punition des hommes, les a asservis à ces folies»⁵⁰).

Come si può ben vedere tutta la problematica della giustizia vien qui legata alla dottrina del peccato d'origine con conseguenze abbastanza «*quietiste*», cioè tendenti a lasciare il mondo nelle sue contraddizioni ed ingiustizie.

Non è qui possibile tracciare, nemmeno a grandi linee, una valutazione ed un giudizio sulla teologia della giustizia di Pascal. Mi limito a ricordare che il suo sguardo, anche se ignora molti aspetti necessari della giustizia, ha penetrato con molto acume realtà che vanno al di là delle condizioni particolari di assolutismo in cui egli viveva e mantengono in questo senso una permanente attualità.

3. Pensare la giustizia oggi

Arrivati a questo punto delle nostre considerazioni si aprono un insieme di possibili itinerari sulla tematica che qui ci occupa. Mi sembra importante dunque limitarli in funzione anche della competenza che mi è specifica, cioè della competenza etica, e tenendo conto del taglio storico-dottrinale che connota questo saggio. Non mi è possibile qui scavare ulteriormente nel solco genuinamente teologico del rapporto tra giustizia attiva di Dio che ci rende giusti e sforzi dell'uomo per una giustizia umana più reale⁵¹). Nemmeno potrò prestare particolare attenzione, anche se ciò sarebbe estremamente opportuno, alla problematica etica di fondo che si può ridurre all'interrogativo sul

«perché devo agire giustamente».

Dato per scontato che ciò debba avvenire, anche se non necessariamente nell'ambito di questo scritto, concentrerò l'attenzione su un livello «più basso» del discorso etico e cioè sul suo risvolto normativo-materiale:

«cosa significa qui ed ora essere giusti».

Si potrebbe pensare che un tale interrogativo riceva risposte univoche dal messaggio cristiano resoci presente dalla Bibbia e trasmessoci dalla tradizione ecclesiale. Personalmente propendo, nel caso della ricerca di norme concrete, per un approccio più autonomo, e non solo per questione di opportunità quanto piuttosto per motivi di principio metodologici.

3.1. La necessità di pensare la giustizia in un'etica autonoma

Fa parte di questo approccio «autonomo»⁵²) guardare ai problemi di giustizia non nella prospettiva di una compiuta «dottrina-sociale-della-Chiesa», bensì in

prospettiva *transsistemica*. Con quest'ultima espressione intendo affermare che i problemi di giustizia non sono problemi legati alla propria *Weltanschauung* politica e/o religiosa, ma problemi che si pongono in qualsiasi assetto o sistema socio-politico. Ciò spiega l'attuale interesse comune che tradizioni di pensiero molto diverse tra loro (come il marxismo, il liberalismo ed altri ancora) manifestano nei confronti di una riflessione etica sulla giustizia, interesse quantificabile anche attraverso una intensa attività di congressi sul tema e di produzione libraria così come di saggi in riviste⁵³. Questo interesse dovrebbe toccare con la medesima intensità anche i cristiani poiché anch'essi devono rispondere dell'interrogativo sopra evocato, e non possono o non debbono necessariamente fare appello fondamentalisticamente a risposte già pronte derivabili direttamente dall'esegesi di un testo ritenuto canonico.

Purtroppo la ricezione teologica del dibattito filosofico contemporaneo attorno alla giustizia non è che agli inizi. Ho potuto notare solo un interesse più marcato nello sforzo intrapreso dai vescovi statunitensi per proporre ideali operativi di giustizia per i cattolici nordamericani⁵⁴.

3.2. *La «storia degli effetti»*

La recente rinascita di interessi per un'etica pubblica e per una teoria discorsivamente coerente della giustizia non deve farci dimenticare comunque che sia riscontrabile senza difficoltà una *specificità storica* del messaggio cristiano nei confronti di questo ideale etico. Per questo mi sembra necessario, e la breve ricerca qui intrapresa ne vuol essere modestamente testimone, ricostruire le piste dei multiformi influssi avuti dalle teologie cristiane sulle concezioni via via sostenute nella riflessione filosofica e nella prassi sociopolitica attorno alla giustizia. Questi *multiformi influssi* hanno una loro storia⁵⁵ che va attentamente ricostruita in funzione non solo di mera curiosità storiografica ma anche per la rilevanza sistemica che tale ricostruzione ha di fatto sul dibattito contemporaneo.

È vero che venti secoli di pensiero cristiano hanno talvolta maggiormente privilegiato il momento vendicativo della giustizia parzialmente presente negli scritti veterotestamentari più che la novità insita nei vangeli sinottici⁵⁶. Ciò non significa che non ci siano, anche per il lettore «laico», dimensioni della tradizione giudaico-cristiana degne di essere esaminate nella loro valenza teorico argomentativa e nella loro esemplarità pratica. Per quanto riguarda la prima di esse basti ricordare a solo titolo di esempio il ruolo «temperante» avuto dalla teologia cristiana nelle varie fasi di sviluppo della teoria della «*guerra giusta*» e l'effetto legittimatore talvolta assunto dalle referenze neotestamentarie nei confronti del «*diritto di resistenza*»⁵⁷.

3.3. *Affinché la tensione biblica tra giustizia di Dio e giustizia umana rimanga aperta*

Come si è potuto vedere fin qui la giustizia è una realtà intuitivamente molto chiara, ma riflessivamente estremamente complessa. Questa complessità non

deve scoraggiarci ma incitarci a fedeltà morali ancora più decise. I cristiani pur sapendo che la giustizia umana non ci renderà salvi, come individui né tanto meno il mondo nella sua totalità, devono poter tenere aperta la tensione tra le *due giustizie* in cui sono chiamati ad operare.

L'invito di Matteo a cercare dapprima il Regno di Dio e la *sua* giustizia non è però un invito all'intimismo ma all'ascolto degli ultimi. Il loro grido non è per noi sorgente di ricette per l'azione ma sprone ed appello anche per la riflessione teorica sulla giustizia.

Credenti e non devono avere il coraggio di agire secondo i criteri limitati di una giustizia umana, senza sogni di onnipotenza, ma nella consapevolezza (comune ad entrambi pur nella diversità delle convinzioni ultime) che questa giustizia è l'unica che ci è possibile praticare su questa terra⁵⁸.

Note:

- 1) Cfr. al riguardo il mio volume documentario *Pena e pena di morte*, Bologna, EDB 1985.
- 2) Cfr. su questa problematica il contributo di *J.M. Aubert*: *Justice*, in: *Dictionnaire de spiritualité*, vol. VI, pag. 1621-1640.
- 3) Per una panoramica comprensibile anche ai non specialisti cfr. *Come leggere la bibbia*, Padova, Messaggero ed. 1982.
- 4) *δικαιοσύνη θεοῦ* (Rom. 3, 21).
- 5) Cfr. il termine di *sedaqa*. La letteratura sul tema biblico della «giustizia» è immensa e non può evidentemente essere qui né presentata né tantomeno valutata. Cfr. per una presentazione globale ed aggiornatissima la recente ricerca di *J. Krašovec*: *La justice (sdq) de Dieu dans la Bible hébraïque et l'interprétation juive et chrétienne*. Fribourg-Göttingen: Ed. Universitaires-Vandenhoeck & Ruprecht 1988 (= *Orbis biblicus et orientalis* N. 76).
- 6) Cfr. al riguardo soprattutto *D. Mieth*: *Rechtfertigung und Gerechtigkeit*, in: *Gerechtigkeit*. Freiburg i. Üchtl.: Universitätsverlag 1977, pag. 64-89, e *E. Schillebeeckx*: *Gerechtigkeit und Rechtfertigung*, in: *Societas ethica: Der Begriff Gerechtigkeit*, 1977.
- 7) Sulla pertinenza della categoria di *autonomia* in etica teologica cfr. l'informata ricerca di *O. Bernasconi*: *Morale autonoma ed etica della fede*, Bologna, EDB 1981, e, per un'informazione più recente cfr. *A. Bondolfi*: «Autonomia» e «morale autonoma»: ricerche in corso attorno ad una parola-chiave, in: *Concilium* (1984), N. 2, pag. 344-355, ed infine *A. Bondolfi, G. Piana, S. Privitera*: *Autonomia ed emancipazione*, Torino, Marietti 1982.
- 8) Cfr. le informazioni che ho stilato per il Nuovo dizionario di teologia morale di prossima pubblicazione presso le Edizioni Paoline, alla voce *elemosina*.
- 9) Così ne parla S. Tomaso d'Aquino, la seconda scolastica nel XVI° secolo ed infine ancora le prime encicliche sociali del XIX° e XX° secolo.
- 10) Mt. 6, 1-4.
- 11) Cfr. Lc. 11, 41; 12, 33.
- 12) At. 9, 36; 10, 2.
- 13) At. 3, 1-6.
- 14) Cfr. anche gli altri passi che evocano, sempre nel libro degli Atti, l'istituzione dell'elemosina: 10, 4 e 31/24, 17.
- 15) Per una presentazione dei problemi di interpretazione e di ricezione di questi passi centrali cfr. *M. Del Verme*: *Comunione e condivisione dei beni. Chiesa primitiva e giudaismo essenomacario a confronto*, Brescia, Morcelliana 1977 e *P. Bori*: *Chiesa primitiva. L'immagine della comunità delle origini*. Atti 4, 32-37 nella storia della chiesa antica, Brescia, Queriniana 1974, ed infine per il modo con cui le prime generazioni cristiane hanno letto la «parabola del giovane ricco» cfr. *Per foramen acus. Il cristianesimo antico di fronte alla pericope evangelica del «giovane ricco»*, Milano, Vita e Pensiero 1986 (= *Studia Patristica Mediolanensia* N. 14).
- 16) Termini come *πεντης, πρῶτος, ταπεινός*.
- 17) Modalità di scambio su cui molto ha studiato il socioantropologo *Mauss*, nel suo famoso studio *sul dono*. Cfr. *M. Mauss*: *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, in: *Id.*: *Teoria generale della magia*, Torino, Einaudi 1980. Attorno alla sua opera cfr. *S. Martelli*: *M. Mauss*, Roma, Armando ed. 1988.
- 18) Su questa divisione ternaria cfr. l'ottimo studio di *R. Sahle*: *Gabe, Almosen und Hilfe*. Opladen: Westdeutscher Verlag 1987.
- 19) Cfr. Mt. 13, 24-30. Tra le esegesi «forzate» cfr. *Tomaso d'Aquino*: *Summa contra Gentiles*, III, 146.
- 20) Cfr. Mt. 26, 51-56.
- 21) Cfr. al riguardo *T. La Rocca*: *Es ist Zeit. Apocalisse e storia*. Studio su Thomas Müntzer (1490-1525). Bologna, Cappelli 1988.

- 22) Entra qui nel discorso e nella pratica dei cristiani la categoria di *merito*. Cfr. al riguardo il saggio brillante di *J. Le Goff*: *La bourse et la vie*. Paris 1987, trad. it.: *La borsa e la vita*. Bari, Laterza 1988.
- 23) Cfr. su Agostino ed il tema della giustizia *F. J. Thonnard*: *Justice de Dieu et justice humaine selon St. Augustin*, in: *Augustinus* 12 (1967), pag. 387-402, e *J. Christes*: *Christliche und heidnisch-römische Gerechtigkeit in Augustins Werk «De Civitate Dei»*, in: *RMP* 123 (1980) pag. 163-177.
- 24) Cfr. *De Civitate Dei* XIX, 21: «Iustitia porro ea virtus est quae sua cuique distribuit».
- 25) In *De div. quæst.* 83, «Iustitia est habitus animi, communi utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatem».
- 26) Adattando *Opus imperfectum III*, 12, secondo cui «aliter ergo iudicat Deus, aliter homini praecipit ut iudicet».
- 27) «Non est suae legis praevaricator, cum aliud facit Deus "ut deus" aliud imperat homini "ut homini"» (ibidem 22).
- 28) Ciò che Dio vuole è essenzialmente buono, ed ogni bontà lo è *perché* voluta da Dio.
- 29) Citazione ripresa da *Opus imperfectum III*, 24.
- 30) Cfr. *de spiritu et littera* 9; 11; 18; 32; come pure *epistula* 140, pag. 71 seg; in *Johannem* tr. 26, 1: «Iustitia Dei non qua justus est deus, sed quam dat homini Deus, ut justus sit homo per Deum».
- 31) La citazione è ripresa da *De perfectione iustitiae hominis*, 3, 8.
- 32) Cfr. tra l'abbondante letteratura *R. H. W. Regout*, *La doctrine de la guerre juste de S. Augustin à nos jours*. Paris 1934 (Riedizione: Aalen 1974), *H. Mc. Elvair*: *St. Augustine's doctrine on war in relation earlier ecclesiastical writers*. Rom 1973. *J. Fernando Ortega*: *La paz y la guerra en el pensamiento agustiniano*, in: *Revista española de derecho canonico* 20 (1965), pag. 5-35. *R. S. Hartigan*: *Saint Augustine on War and Killing: The Problem of the Innocent in: JHI* 27 (1966), pag. 195-204. *H. Hausmaninger*: «Bellum justum» und «justa causa belli» im älteren römischen Recht, in: *OZöR* 11 (1961), pag. 205-222. *J. Langan*: *The Elements of St. Augustine's just war theory*, in: *Journal of religious Ethics* 12 (1984), pag. 19-38. *A. Morisi*: *La guerra nel pensiero cristiano*. Firenze, Sansoni 1963. *J. Rief*: *Die bellum-justum-Theorie historisch*, in: *Frieden in Sicherheit*, op. cit., pag. 15-40. *L. L. Swift*: *Augustine on War and Killing: Another View*, in: *H.T.R.* 66 (1973), pag. 369-383. Ed ultimamente la sintesi di *S. Budzik*: *Doctor pacis. Theologie des Friedens bei Augustinus*. Innsbruck: Tyrolia Verlag 1988.
- 33) Nell'anno 397-98: *Contra Faustum Manicheum* 22, pag. 71-78, in: *CSEL* 25, I, pag. 671-680. Nell'anno 412: *Ad Marcellium*, Ep. 138, in: *PL* 33, pag. 520. Come pure *De Civitate Dei* 19, 7, 12-14 in: *CChr* 48, pag. 671 segg. nell'anno 418: *Ad Bonifacium* Ep. 418, in: *PL* 33, pag. 854 ff. ed il *Sermo* 302, 16, in: *PL* 38, 1391. Ed infine nel 420: *Questiones in Heptateuchum*, in: *CChr* 33, pag. 379-465.
- 34) Esse sono riprese in ogni manuale classico di teologia morale o di filosofia del diritto.
- 35) Cfr. come testi principali al riguardo *Summa Theologiae*, II^a-II^ae q. 68, a. 1, e la q. 108, a. 1.
- 36) Così è oggi storicamente sicuro che Lutero non abbia avuto, al contrario di Zwingli, la possibilità di accedere direttamente alle opere di Tomaso d'Aquino, ma solo alle sentenze del Lombardo, commentate dal nominalista Biel.
- 37) Per una presentazione di tutti questi luoghi dottrinali, con una particolare attenzione ai risvolti etico-sociali cfr. *J. Heckel*: *Lex charitatis*. Darmstadt 1973 ed i due volumi *collettanei Gesetz und Evangelium*. Darmstadt 1968 e *Loi et Evangile*, Genève 1982.
- 38) Come dice una confessione di fede luterana «ut Deum habere nihil aliud sit quam illi ex toto corde fidere et credere». Cfr. la raccolta documentativa: *Die Bekenntnisschriften der evangelisch-lutherischen Kirche*. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht 1979, qui a pag. 560. Si tratta di un testo preso dal commento del primo comandamento nel *Grosser Katechismus*.
- 39) «Evangelium... dat intellectum per quem vetus lex revelatur et perscrutatur» (WA 4, 324, 69).
- 40) WA 4, 324, 6.
- 41) WA 40, 1, 256.
- 42) *Ibidem*.
- 43) Cfr. la famosa espressione «*simul justus et peccator*».
- 44) Per una presentazione più ampia di queste posizioni di Lutero cfr. il mio articolo *Etica e politica nella dottrina luterana dei due regni*, in: *Ho Theologos* 1 (1983), N. 3, 491-504.
- 45) Cfr. *R. Casadei*: *Il successo di Pascal*, in: *Il Mulino* 34 (1985), N. 299, 506-515, qui a pag. 508.
- 46) L'edizione a cura di *Brunschwig* li raggruppa all'articolo V. *La justice et la raison des effets*. Paris, Garnier 1961, pag. 151-161.
- 47) Cfr. *Pensées*, N. 294, ed. cit..
- 48) *Ibidem*, N. 298.
- 49) Cfr. sul pensiero politico di Pascal, *E. Rossi*: *La politica come follia*. Roma, Studium 1984. Ed inoltre *H. Geisbühler*: *Recht und Macht bei Pascal*, Bern, Lang Verlag 1974.
- 50) N. 338.
- 51) Cfr. al riguardo i tentativi di attualizzazione intrapresi da *D. Mieth*: *Rechtfertigung und Gerechtigkeit*, in: *Gerechtigkeit*, Freiburg i. Üchtl., Universitätsverlag 1977, pag. 64-89, e dal teologo olandese *E. Schillebeeckx*: *Gerechtigkeit und Rechtfertigung*, in: *Societas ethica: Der Begriff Gerechtigkeit*. 1977.
- 52) Per la legittimità teologica di un'etica autonoma e per la conoscenza dei dibattiti teologici sull'argomento rimando ad un mio articolo dal titolo *Autonomia e morale autonoma: ricerche in corso attorno ad una parola-chiave*, in: *Concilium* (1984) N. 2, pag. 344-355. Per una presentazione più completa delle discussioni in corso su questa problematica cfr. *O. Bernasconi*: *Morale autonoma ed etica della fede*. Bologna, EDB 1981.

- 53) Tra la ricchissima produzione filosofica attualmente disponibile ho scelto questi titoli in lingua o traduzione italiana che mi sembrano maggiormente rappresentativi: *B. A. Ackermann*: La giustizia sociale nello stato liberale. Bologna, Il Mulino 1984. *F. D'Agostino*: Dimensioni dell'equità. Torino, Giappichelli ed. 1977. *M. Barberis*: Equità, in: *Il Mulino* 35 (1986) N. 2, pag. 304-312. *M. C. Bicchieri*: Utilità, Contratto, Equità: i problemi della giustizia, in: *Problemi della transizione* (1982) N. 9, pag. 80-90. *N. Bobbio, G. Pontara, S. Veca*: Crisi della democrazia e neocontrattualismo. Roma, Ed. Riuniti 1984. *R. Bodei*: Remota justitia: premesse per una discussione su etica e politica, in: *Problemi della transizione* (1982) N. 9, pag. 12-37. *J. M. Buchanan*: I limiti della libertà. Torino, Biblioteca della libertà 1978. *P. Chiassoni*: Ackerman e il fantasma della libertà, in: *Materiali per una storia della cultura giuridica* 14 (1984) pag. 539-552. *P. Comanducci*: Contrattualismo, utilitarismo, garanzie. Torino, Giappichelli 1984. Id.: Diritti, benessere, equità: una sinossi, in: *Materiali per una storia della cultura giuridica* 13 (1983) pag. 423-447. *Diritto ed etica pubblica*. Casale, Ed. Piemme 1988 (= *Fenomenologia e società* 3/1988). *Etica e diritto*. A cura di *L. Gianformaggio* e *E. Lecaldano*. Bari, Laterza 1986. *Etica e politica*. A cura di *W. Tega*. Parma, Pratiche 1984. *F. Fagiani*: La giustizia sociale nello stato del benessere, in: *Materiali per una storia della cultura giuridica* 14 (1984) pag. 525-538. *G. Gatti*: Una teoria della giustizia di J. Rawls, in: *Salesianum* 46 (1984) pag. 237-267. *Giustizia come libertà?* A cura di *A. M. Petroni*. Torino, Biblioteca della libertà 1984. *O. Höffe*: Introduzione critica alla teoria della giustizia, in: *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 61 (1984) pag. 603-637. *M. Introvigne*: I due principi di giustizia nella teoria di Rawls. Milano, Giuffrè 1983. *O. Kallscheuer*: Giustizia e libertà in Marx. Bologna, Cappelli 1985. *S. Maffettone*: Verso un'etica pubblica. Napoli, Ed. scientifiche italiane 1984. Id.: Uniliterismo e teoria della giustizia. Napoli, Bibliopolis 1982. Id.: Valori comuni. Milano, Il Saggiatore 1989. *Marxismo e giustizia*. A cura di *S. Maffettone*. Milano, Il Saggiatore 1983. *Materiali sul neocontrattualismo*. A cura di *F. d'Agostino*. Milano, Jaka Book 1988. *M. Mori*: Uniliterismo e morale razionale. Milano, Giuffrè 1986. *E. Musacchio*: Gli indirizzi dell'utilitarismo contemporaneo. Bologna, Cappelli 1981. *R. Nozick*: *Anarchia, stato e utopia*. Firenze, Le Monnier 1981. *L. Opocher*: *Analisi dell'idea delle giustizia*. Milano, 1977. *G. Pontara*: *Se il fine giustifica i mezzi*. Bologna, Il Mulino 1974. *Le ragioni della giustizia*. Torino, Libreria della libertà 1977. *J. Rawls*: *Una teoria della giustizia*. Milano, Feltrinelli 1982. *G. Rebuffa*: *Appunti su Rawls*, in: *Materiali per una storia della cultura giuridica* 13 (1983) pag. 539-542. *M. Santambrogio*: *Contrattualismo e utilitarismo*. Alcune osservazioni, in: *Problemi della transizione* (1982), N. 9, pag. 58-78. *J. J. C. Smart, B. Williams*: *Utilitarismo: un confronto*. Napoli, Bibliopolis 1985. *Teorie della giustizia sociale*. Milano, Unicopli ed. 1986. *Utilitarismo e oltre*. A cura di *A. Sen* e *B. Williams*. Milano, Il Saggiatore 1984. *Utilitarismo oggi*. A cura di *E. Lecaldano* e *S. Veca*. Bari, Laterza 1986. *S. Veca*: *La società giusta*. Milano, Il Saggiatore 1982. Id.: *Questioni di giustizia*. Parma, Pratiche 1985. Id.: *Una filosofia pubblica*. Milano: Feltrinelli 1986. Id.: *Le teorie della giustizia: lo stato attuale della discussione*, in: *Bloc Notes* (1985-86) N. 11-12, pag. 9-20. *M. Viroli*: *Etica e marxismo*. A proposito di una recente discussione, in: *Problemi della transizione* (1982), N. 9, pag. 91-107. Non ho ritenuto evidentemente mio compito addentrarmi nella presentazione di questi orientamenti filosofici contemporanei poiché questo compito è stato «giustamente» affidato agli altri oratori del ciclo organizzato da «Coscienza svizzera». La bibliografia qui citata ha solo scopo documentario.
- 54) Cfr. *Conferenza episcopale degli Stati Uniti*: *Giustizia economica per tutti*. Roma, Ed. lavoro 1987.
- 55) Si tratta della cosiddetta *Wirkungsgeschichte* di cui parla *Gadamer* in *Verità e metodo*. Milano, Fabbri 1972.
- 56) Cfr. al riguardo la stimolante ricerca biblica e l'attualizzazione di *E. Wiesner*: *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita*. Milano, Giuffrè 1987.
- 57) Per un approfondimento storico cfr. *Cristianesimo e potere*. A cura di *P. Prodi* e *L. Sartori*. Bologna, EDB 1986.
- 58) Cfr. come stimolante riflessione sugli aspetti più «metafisici» della giustizia e della solidarietà il saggio di *M. Ignatieff*: *I bisogni degli altri*. Saggio sull'arte di essere uomini tra individualismo e solidarietà. Bologna, Il Mulino 1986.

Parte seconda

Nuove tendenze in materia di pena

Il sovraffollamento carcerario: un problema da risolvere con intelligenza*

ALEX PEDRAZZINI

Il tempo impartito al mio coopinante ed al sottoscritto non permette certo di trattare in maniera esauriente il tema proposto, a meno che ci accontentassimo di restare al livello delle generalità o di snocciolare un arido elenco soporifero e fine a se stesso.

Abbiamo perciò operato una scelta: mi limiterò ad un solo fotogramma della sequenza «nuove tendenze» ad una sola tessera di questo vasto mosaico.

Un elemento non frutto di sapienti ricerche d'esperti né di profonde riflessioni filosofiche ma figlio della pratica.

Accanto ai nuovi progetti legislativi d'alta criminologia, il nostro pane quotidiano: le celle delle nostre carceri sono tutte occupate.

Ed è nostro compito fare in modo che la situazione muti, analizzando dapprima il fenomeno e disegnando poi nuove tendenze che possano risolvere il problema del sovraffollamento carcerario.

Il sovraffollamento carcerario

1. La situazione odierna

Il tutto esaurito delle carceri è un fenomeno comune alla totalità dei paesi europei (ed anche agli Stati Uniti ed ad altre nazioni extraeuropee).

Solo la Finlandia costituisce un'eccezione (diminuzione degli effettivi dei detenuti del 50% negli ultimi 25 anni) legata però probabilmente alla diminuzione della popolazione, alla scarsa presenza di stranieri ed al fenomeno della droga estremamente contenuto.

I livelli del sovraffollamento variano però da paese a paese, da carcere a carcere e vanno dal tutto esaurito semplice allo stracolmo apocalittico.

Austria e Germania registrano l'occupazione totale delle celle.

Tutti ricordano le fotografie di grandi containers posti nei cortili di carceri italiane qualche anno fa (la situazione pare essersi leggermente migliorata) per aumentare il numero di posti letto.

Della situazione francese vi posso parlare con cognizione di causa particolare avendo effettuato, nel mese di giugno scorso, un viaggio di studio di una settimana: — il nuovo carcere di Strasburgo, concepito per quattrocento posti letto, ha accol-

* Dal testo orale del 18 gennaio 1989.

- to, ad inizio novembre, giorno della sua inaugurazione, 860 detenuti; in ogni cella il numero di letti è stato raddoppiato, in sessanta triplicato,
- Fresnes un carcere parigino con 1'300 posti letto, accoglieva, il 7 giugno 1988, giorno della nostra visita, 4'310 detenuti con un tasso d'occupazione del 320%,
 - Fleury-Mérogis «sta meglio»: 3'478 posti letto, 5'210 detenuti in occasione della nostra visita (una piccola parentesi: l'effettivo di tutte le persone private di libertà nell'intera Svizzera),
 - il tasso medio delle «maisons d'arrêt» francesi è del 169%: la punta massima si registra negli stabilimenti carcerari di Lione: 330% e a Pontoise dove, in 98 posti, vivono 396 detenuti! Un rapporto del 400%!

La situazione in Svizzera è meno grave... fortunatamente. Ciò non toglie che le carceri di sicurezza (per opposizione alle sezioni aperte) come La Stampa, Thorberg, Lenzburg, Bostadel, Hindelbank, Regensdorf e Bochuz conoscono tutte liste d'attesa (150 condannati ad esempio attendono un posto a Regensdorf e in riassunto 1 detenuto svizzero su 5 è in attesa di trasferimento).

Il fenomeno dei vasi comunicanti ha provocato, di riflesso, il sovraffollamento delle carceri preventive ed una paralisi dell'attività di polizia non è inimmaginabile.

Nel carcere preventivo di Zurigo, 139 posto sono occupati da 156 detenuti.

La realtà ticinese s'iscrive perfettamente in questo quadro con la lista d'attesa per il Penitenziario e soggiorni sempre più lunghi dei carcerati alle pretoriali di Bellinzona, Locarno e Mendrisio, alle quali occorre oramai aggiungere le celle di sicurezza di polizia (ed a volte le celle della polizia stradale: Noranco in particolare).

2. Quali sono le conseguenze di questo stato di cose?

La definizione di sovraffollamento pare semplice da darsi: «simultanea presenza di un numero eccessivo di individui in uno spazio determinato».

Ma questo non è il sovraffollamento carcerario: o meglio ne è solo la parte emergente, la più semplice da comprendere ma proprio per questo deficiente, deficiente direi degli elementi essenziali.

L'idea che l'uomo libero si fa sentendo parlare di sovraffollamento è quella sensazione che ognuno di noi ha vissuto alla cassa di un grande magazzino nel periodo natalizio, all'entrata di uno spettacolo o, ancora, in un ascensore. Ma si tratta di situazioni di secondi, minuti al massimo e si tratta soprattutto di situazioni dove ciascuno mantiene la propria dignità.

E quanto vorrei poteste portare con voi di tutto ciò che vi dirò stasera è questa immagine: una cella di 10 m², con un letto a castello multiplo (3 letti, uno sull'altro), un quarto materasso a terra e, soprattutto, soprattutto direi un «servizio alla turca» comune nel «locale». È la situazione a Fresnes.

I bisogni fisiologici (ivi compresi gli sfoghi di una sessualità già amputata) si soddisfano «in pubblico». In realtà i quattro detenuti vivono in una toilette.

E la dignità umana si ferma alla porta della cella. Ed il rispetto di sé stessi viene a meno: come parlare di rieducare in questo quadro? Come imparare a rispettare il prossimo quando si è disimparato a rispettare sé stessi?

Questa è la prima immagine, tragica.

Ma ad essa se ne vengono ad aggiungere altre.

L'uomo è un animale sociale ed ha bisogno di contatti. Ciò è vero.

Ma l'inferno — ha scritto Sartre — è costituito dall'esistenza degli altri. Nulla è più piacevole che poter essere con gli altri, nulla più terribile però che doverlo essere.

E non per qualche ora...

Il carcerato che non può disporre di una cella individuale non è mai (e sottolineo il mai) solo. Non lo è sul posto di lavoro, non lo è al passeggio, non lo è in cella. Credo sia difficile per noi immaginare cosa significhi non avere mai a disposizione nemmeno quel minimo spazio personale che è costituito dall'abitacolo di un'automobile o — scusate se torno sul tema — di un servizio igienico di un vagone ferroviario.

La presenza degli altri... e poi quali altri!

La sofferenza per il carcerato si colloca a tre livelli:

- la privazione di libertà, l'impossibilità quindi di gestire il proprio tempo a piacere,
- il distacco dalle persone che ti sono care,
- e poi — soprattutto — l'obbligo di convivere con chi non frequenteresti mai in libertà.

La comunità carceraria non è omogenea e se la maggior parte dei condannati chiede in fondo di poter scontare tranquillamente la propria pena, una minoranza vive in modo diverso le realtà della prigione.

Ed è questa minoranza che detta legge, purtroppo.

Detta legge anche perché — a causa proprio del sovraffollamento — la presenza dell'autorità (dall'agente di custodia all'educatore, dal capo d'arte — responsabile di un laboratorio — al Direttore) si rarefa.

Costoro hanno infatti l'obbligo di suddividere i loro interventi su un numero sempre più alto di detenuti e su gruppi sempre più cospicui.

E qual è questa «legge interna»?

È quella del più forte, è quella che è alla base della subcultura carceraria: non esistono sentenze più ingiuste, inique, spietate di quelle pronunciate in carcere.

«Ottobre 1988. San Paolo Brasile. Il macabro rito di uccidere compagni di prigione come protesta contro il sovraffollamento delle prigioni, è ripreso. Negli ultimi quattro giorni nella prigione di massima sicurezza dell'Agua Santa, a Rio de Janeiro, tre detenuti sono stati impiccati.

La prigione di Agua Santa ha capacità per 700 detenuti, ma ne ospita oltre il doppio. Esiste un elenco di altri reclusi che saranno presumibilmente uccisi se nulla verrà fatto per migliorare la vita nel carcere. Non è chiaro come le vittime siano scelte dai loro assassini».

Non siamo, nel nostro paese, a questi livelli ma come dimenticare che nel mese di gennaio 1984 alla sezione recidivi della Stampa un detenuto è stato accoltellato e che, malgrado l'inchiesta svolta dalla magistratura, l'autore non è stato scoperto? Quale miglior prova di questa legge della violenza se non il fatto che la vittima stessa non ha mai osato fare il nome del suo aggressore? E che dire del fatto che oggi la sezione d'alta sicurezza di Bochuz accoglie più delinquenti sessuali che non delinquenti pericolosi (per i quali era stata concepita) per proteggerli dal resto dei carcerati?

Questa legge della giungla supera le frontiere del singolo istituto di pena ed addirittura i confini nazionali. Le «spie», i «pentiti», i «collaborazionisti» (o i pretesi tali a seguito di giudizi sommari) pagano doppio in carcere.

Discutevo di recente con un detenuto italiano in alta sicurezza a Bochuz per proteggerlo dai suoi compagni di pena che lo accusano di aver cantato: «devo fare di tutto — mi ha detto — per smentire questa calunnia, sono giovane e non voglio morire in carcere. Sono richiesto in estradizione e se prima della mia partenza per l'Italia non sarò riuscito a riabilitarmi, per me è la fine».

Questa situazione rende tra l'altro viepiù difficile l'attività dei magistrati che hanno a che fare con delinquenti che preferiscono scontare due anni in più di carcere per non aver aperto bocca che uno in meno ma con l'etichetta del traditore. Ed altre violenze esistono: il detenuto facoltoso è «invitato» per famiglie interposte ad aiutare chi soldi non ne ha, ma ha invece anni di galera davanti a sé e poco da perdere.

E detenuti «innocui» agli occhi della Direzione, proprio per questa loro qualità, sono costretti a nascondere nella loro cella strumenti per l'evasione o droga da chi è invece tenuto d'occhio costantemente. Un vero e proprio sistema di sfruttamento si viene a creare.

Ecco le conseguenze del sovraffollamento più marcati, più tragiche e più difficili da risolvere.

Ad esse se ne aggiungono altre:

- mancanza di posti di lavoro: dei 317 carcerati della prigione lussemburghese di Schrassig, solo la metà possono lavorare. A Fleury-Mérogis, per 5'000 detenuti, 1'000 posti di lavoro;
- impossibilità pratica di fare sport: a Fresnes, con 4'310 detenuti per 1'300 posti, il carcerato può utilizzare il terreno di calcio una volta al mese;
- obbligo per la Direzione di stravolgere il regolamento: passeggii di 3 ore al mattino ed altrettanto al pomeriggio per non costringere quattro persone a convivere in 10 m² 22 ore su 24;
- condizioni di lavoro difficilmente sopportabili per il personale che «dimissiona» lasciando spazi sempre più larghi ai detenuti, evitando di essere dove l'avvenimento capita, esitando ad intervenire o, perfino, non vedendo, non udendo o non ricordando;
- si sviluppa inoltre, naturalmente, un'aggressività legata alla mancanza di spazio: uno studioso ha osservato, riferendosi agli animali, che se uno di essi può vivere in 1 m², due animali hanno tendenze ad aggredirsi se ristretti in 2 m² e quattro animali, in 4 m², si sbranano.

Ed anche all'esterno della prigione il sovraffollamento carcerario ha conseguenze nefaste. Si concretizzano in attesa di mesi, per chi è condannato a piede libero, prima di poter scontare la propria pena.

Per la polizia poi la carenza di posti crea difficoltà importanti nell'intraprendere azioni a largo raggio, nell'effettuare retate e costringe a volte a ritardare arresti già programmati con conseguenze negative facilmente comprensibili.

Occorre perciò proporre rimedi per sbloccare questa situazione esplosiva.

3. Rimedi semplici e pericolosi

Allorché, il 23 dicembre, uscendo dal vostro grande magazzino preferito avete cercato di infilare in un unico sacchetto di carta tutti gli alimentari che stavano nel carrello, vi siete inconsciamente posti il problema dei possibili rimedi al sovraffollamento carcerario. Avreste potuto diminuire il numero di oggetti da riporre cercando di restituirne parte alla cassiera oppure... avreste potuto prendere un secondo sacchetto.

Ma la similitudine va oltre: vi siete certamente detti che a far stato non era solo il volume dei vostri acquisti, ma anche il loro peso. Se tutto lo scatolame blindato fosse stato riposto nello stesso sacchetto, il fondo non avrebbe retto.

Riprendiamo con ordine... partendo dall'ultimo punto.

Per le ragioni che ho cercato di esporre poc'anzi, il sovraffollamento è da evitare a qualsiasi prezzo. A costo addirittura di mettere in crisi la macchina giudiziaria per costringere il potere politico a prendere le decisioni che si impongono.

Un limite massimo deve essere fissato per ogni carcere e il Direttore deve mettere tutto in atto perché esso non sia superato (e ciò a costo di rendersi impopolare). Se non si attiene a questo principio passando dai letti ai letti a castello ed, infine, ai materassi supplementari agisce come colui che pretende di riempire sino all'orlo un sacchetto di carta con scatolame e questo perché, chi osserva e non conosce, pronuncia la fatidica frase «ma c'è ancora posto»!

Fissato questo primo punto di riferimento, esaminiamo le soluzioni immaginabili. La prima: *svuotare le carceri con la soluzione miracolo dell'amnistia*. È una proposta difficile da sottoscrivere perché non fa parte del patrimonio culturale e di tradizione del nostro paese (anche se una petizione è in preparazione in tutte le nostre carceri per ottenere sconti di pena in occasione del settecentesimo della Confederazione). Inoltre, i fatti dimostrano che questa risposta-miracolo del sovraffollamento è illusoria: la Spagna ha recentemente rilasciato, in seguito ad un'amnistia, 7'000 detenuti, 2'000 dei quali sono stati riarrestati nei sei mesi seguenti.

In questo periodo di tempo poi l'aumento del numero dei reati è stato del 32%! La seconda soluzione, riprendendo l'esempio del grande magazzino, consiste nel «rifiutare parte della merce», ossia nel *diminuire il numero delle persone che debbono essere private di libertà*. È quanto si cerca di fare — secondo alcuni — sostituendo alle corte pene di prigione misure non carcerarie.

Si tratta, di nuovo, di pericolosa chimera. Le misure sostitutive presentano quale

vantaggio quello di diminuire il numero di persone che entrano in carcere (eccessivamente alto in Svizzera: un uomo su dieci) ma sono praticamente ininfluenti per il problema del sovraffollamento carcerario.

L'esempio delle nazioni europee che già conoscono questo sistema è probante: né Austria, né Germania, né Portogallo hanno potuto risolvere il problema del sovraffollamento carcerario abolendo le corte pene privative di libertà.

In un albergo colui che occupa una stanza per una settimana «equivale» a sette passanti di una notte l'uno; una persona condannata a 20 anni di reclusione (alla quale per ipotesi non viene accordata la condizionale) «pesa» quanto 730 condannati a 10 giorni.

A ciò occorre aggiungere un ulteriore elemento: le carceri veramente sovraffollate non sono quelle per le corte pene ma quelle per le pene medie e lunghe (questo discorso vale evidentemente per i cantoni che dispongono di strutture diverse per le differenti categorie).

Ma il punto centrale mi pare un altro: le misure sostitutive alle corte pene private di libertà debbono essere introdotte solo se si ritiene che siano più efficaci della sanzione oggi prevista, facendo astrazione da problemi pratici quali quello del sovraffollamento.

Se la corta pena pare «più educativa» della misura sostitutiva, deve continuare ad essere inflitta. Ragionare diversamente significa confondere fine e mezzi. Siccome non disponiamo degli strumenti che ci permettono di raggiungere l'obiettivo prefisso, invece di potenziare questi strumenti, derubrichiamo l'obiettivo.

«I mezzi giustificano il fine» e Machiavelli si rivolgerà nella propria tomba. Un ragionamento insostenibile.

Resta la terza soluzione: *creare ulteriori posti-cella*.

Il nuovo carcere di Zurigo (Regensdorf), il carcere femminile nel Canton Vaud (che entrerà in funzione nel 1992), la nuova sezione giudiziaria nel Cantone Ticino, i lavori di ristrutturazione nel carcere di Lenzburg (Canton Argovia), le 13'000 nuove celle in Francia entro il 1991: esempi importanti di scelte politiche che vanno in questa direzione. Un lusso? Certamente no.

La soluzione con la S maiuscola? Nemmeno. Perché? Perché purtroppo se ne conosce l'effetto collaterale perverso: «il richiamo del vuoto esiste anche nel mondo carcerario e, in una certa misura, la cella libera "crea" il detenuto».

È un ragionamento estremo — ne convengo — ma che non può essere completamente respinto. E così i 15'000 nuovi posti dietro le sbarre che la Francia s'appresta a creare saranno certo una boccata d'ossigeno, come lo saranno le nuove carceri elvetiche, ma il problema non sarà risolto se i «rubinetti» aumenteranno i loro flussi in analoga maniera attratti da questi nuovi contenitori.

4. Le sole soluzioni valide

Alla semplice risposta meccanica (la costruzione di nuove prigioni) troppo spesso proposta perché non necessita grosso sforzo di riflessione, occorre affiancare nuove soluzioni meno evidenti, più impegnative su tutti i piani ma che sole posso-

no, a lungo termine, arginare il preoccupante fenomeno delle prigioni che straboccano.

Ne propongo alcune, di cui non sono che l'umile portaparola, che meritano riflessione perché è dal dibattito, dall'antitesi e dal dubbio che nascono risposte valide. Schematicamente si possono immaginare come «scatole cinesi»: solo l'ultima, la più minuta, ha quale scritta «carcere».

Passiamole in rassegna:

a) *Evitare l'infrazione*

Un esempio semplice. Alcuni locali notturni ginevrini si sono dotati di un apparecchio alcoltest: ne propongono l'uso ai loro clienti abituali ed alticci ai quali offrono poi il «rientro a casa» in taxi, se l'alcolemia supera il fatidico 0,8‰. L'indomani, passati i fumi dell'alcool, l'interessato si ripresenta, ritira la propria autovettura e, di solito, rimborsa e ringrazia il gerente del locale.

Semplice aneddoto? Non credo, se pensiamo che grazie a questa formula alcuni avventori sono certamente sfuggiti a sanzioni penali e, con ogni probabilità, le statistiche delle vittime della circolazione hanno registrato qualche unità in meno. Si tratta di un'azione preventiva che merita attenzione.

b) *Decriminalizzazione di un certo numero di comportamenti*

Un esempio illustra a meraviglia questa soluzione: quello concernente le numerose condanne oggi pronunciate dai tribunali militari per rifiuto del servizio militare. La maggior parte dei paesi europei risponde attualmente in maniera più adeguata e non carceraria a questo genere di disobbedienza civica.

Discorso analogo, ma ben più delicato, potrebbe essere tenuto per ciò che concerne il consumo di droghe leggere.

c) *Stigmatizzazione del comportamento colpevole per il tramite di sanzioni amministrative*

Lo schema è già noto al nostro sistema legale.

Si tratta di estenderlo e migliorarlo colpendo il responsabile dell'infrazione con altre «armi» che non quelle offerte dal giudice penale.

Ciò che occorre è un diritto penale minimo che prenda a carico soltanto le più gravi trasgressioni sociali.

d) *Ampie possibilità per l'autorità penale di sospendere condizionalmente la pena pronunciata*

È in questo senso che va il progetto di nuovo codice penale approntato dal prof. Schultz che mette l'accento tanto sul principio dell'opportunità del procedimento penale quanto sulla possibilità per il giudice di sospendere l'esecuzione delle condanne per pene sino a 3 anni (attualmente ciò non è possibile che per pene che non superino i 18 mesi).

e) *Carcerazione preventiva «col contagocce» e di durata strettamente necessaria*

Un passo in questo senso è già stato fatto a livello ticinese dal nuovo codice di procedura penale che prevede di ridurre ad esempio a due mesi (oggi sei) il periodo di preventiva che il procuratore può imporre per i reati di competenza delle Assise criminali prima di dover presentare una domanda di proroga alla Camera dei ricorsi penali.

L'aumento del numero dei magistrati e dei funzionari di polizia dovrebbe condurre ad uno snellimento delle pratiche e quindi permettere di comprimere ulteriormente il periodo di preventiva: esso è quindi altamente auspicabile nell'interesse anche di chi oggi attende, in carcere, che il proprio processo sia celebrato.

f) *Misure alternative alla carcerazione preventiva*

Penso da un lato agli arresti domiciliari e d'altra parte a moderni dispositivi di controllo degli spostamenti dell'individuo quale il braccialetto informatico che, fissato al braccio o alla caviglia del prevenuto, provoca un allarme immediato nel caso in cui questi dovesse abbandonare la zona legalmente prefissatagli.

g) *Misure alternative alle pene privative di libertà*

Un nuovo riferimento al progetto del prof. Schultz è d'obbligo: divieto di condurre, lavoro d'interesse generale, giorni-multa, sono alcuni esempi di risposte penali non carcerarie già ben note all'estero e che entreranno a far parte a breve scadenza della realtà elvetica.

h) *Pene privative di libertà di durata inferiore a quelle oggi pronunciate*

In questi ultimi anni si è registrato un notevole aumento della durata delle pene. Se a partire dagli anni settanta le condanne a pene da espiare sono aumentate di un quarto, l'occupazione carceraria si è praticamente raddoppiata: il dato è sintomatico.

Per il prof. Killias dell'Istituto di criminologia dell'Università di Losanna, questo fenomeno si spiega in parte con l'entrata in vigore (nel 1975) della nuova legge sugli stupefacenti che ha previsto un aggravamento delle pene specifiche a questi reati. Per fenomeno indotto ciò ha causato una lievitazione generale delle condanne: procedendo per paragone anche truffatori, rapinatori o delinquenti sessuali sono stati puniti «col tariffario stupefacenti».

Un ritorno a più miti pene nel quadro della repressione contro la droga causerà con ogni probabilità un graduale abbassamento della durata delle pene in generale (con immediato sgravio per le carceri).

i) *Sbarre soltanto allorché sono necessarie*

Oggi viviamo in diversi cantoni una situazione paradossale: centinaia di persone si recano giornalmente sul loro posto di lavoro durante l'esecuzione della loro

pena privativa di libertà (fino a 6 mesi) perché beneficino della semiprigionia. La sera si ripresentano spontaneamente al loro secondino.

La notte però la devono trascorrere in cella, con sbarre alla finestra per impedire loro... di fuggire!

Strutture più leggere sarebbero sufficienti e sgraverebbero i penitenziari concepiti per ben altre categorie di persone!

l) Sbarre soltanto sintanto che sono necessarie

Il principio è ben presto esposto: il carcerato che, avendo potuto usufruire di un congedo, è puntualmente rientrato, diviene, psicologicamente, una persona che sconta la propria pena volontariamente.

A poco servono a partire da quel momento le sbarre alla cella, le ronde esterne di controllo, l'ascolto delle sue telefonate o la censura della posta.

Nei suoi confronti si «sperperano misure di sicurezza» concepite e necessarie per altri.

Trasferendo gli interessati in strutture più aperte si potrebbero decongestionare le carceri classiche con immediato beneficio per chi ci deve risiedere e chi ci deve lavorare.

m) Un impegno più massiccio per lottare contro la recidiva

Troppo spesso l'opinione pubblica lancia accuse ed anatemi contro coloro che, chiamati a rieducare ed a reinserire in società i condannati, sembrano far prova di debolezza accordando «ai delinquenti» benefici di ogni genere.

Un doppio sforzo dev'essere compiuto. Il primo consiste nell'investire ancor più «uomini e mezzi» per tentare di mettere a profitto il periodo di privazione di libertà per offrire al condannato possibilità concrete di scegliere, in avvenire, una vita all'infuori della criminalità. Il secondo si riassume in un'opera di informazione e di convincimento (tramite i mezzi di comunicazione di massa) affinché detto compito possa essere assolto col tacito consenso dell'opinione pubblica.

Ed il sovraffollamento in tutto ciò? Non si liberano forse celle facendo in modo che chi è stato in carcere non vi ritorni più?

Si tratta di applicare una politica penitenziaria che riesca a ridurre il tasso di recidiva.

Questa decina di proposte non sono, né vogliono essere, la formula magica che risolva il problema del sovraffollamento.

L'obiettivo è più limitato: far riflettere e lanciare il dibattito. Impedire la sclerosi dei cervelli che rischia di colpire coloro che meccanicamente al «più condannati» rispondono «più celle».

Un atteggiamento di comodo che nulla ha però a che vedere con... «le nuove tendenze in materia di pena»!

Punire senza sbarre: quali possibilità?*

GIACINTO COLOMBO

Spesso l'istituzione carceraria suscita nell'opinione pubblica il duplice e contrapposto sentimento di attrazione e repulsione. Alla paura, sovente legata a fantasmi ed immagini prodotti dalla letteratura e dalla cinematografia, si sovrappone la curiosità di conoscere e penetrare il volto del trasgressore, di colui cioè che ha osato passare all'atto.

L'approccio della realtà carceraria non è quindi mai neutro tanta e tale è la carica emotiva, irrazionale, che viene mescolata alle analisi tecniche.

Nella misura del possibile, cercheremo di inoltrarci nel sistema penale percorrendone alcuni tratti, mantenendo l'equidistanza da queste due posizioni dicotomiche.

La storia del sistema sanzionario — che non si è sviluppato su una linea continua e progressiva: in effetti si ritrova una diversità di modelli e di soluzioni e non è escluso di incontrare pratiche simili in epoche e in luoghi diversi — è la storia del controllo della trasgressione volto a garantire la riproduzione dell'assetto sociale. In questo contesto la pena privativa di libertà, attraverso il carcere, rappresenta la forma di punizione dominante diffusasi in tutte le società industrialmente sviluppate. Tra il 17° e 18° secolo, da Beccaria a Lombroso, passando attraverso la scuola criminologica italiana¹⁾, si sono ancorati i principi e la funzione dell'istituzione carceraria che, seppur con qualche ritocco estetico, sono ancora presenti nelle nostre disposizioni legali.

Ancora oggi giorno, la pena racchiude la funzione di punizione del colpevole, quella di prevenzione (generale e speciale) e quella di risocializzazione.

Sulla fine degli anni sessanta, nella scia degli sconvolgimenti che hanno pervaso tutte le istituzioni sociali, anche il carcere è stato oggetto di profonde e talvolta violente critiche il cui eco non si è ancora spento; soprattutto perché l'emergenza di alcuni problemi quali il sovraffollamento, i detenuti stranieri e i tossicodipendenti rende a riacutizzare la crisi dell'istituzione.

Prima di esaminare, seppur brevemente, in che misura il carcere risponde in modo adeguato al contenimento della delinquenza, vorremmo definire il quadro generale in cui ci si muove nell'ambito dell'esecuzione delle pene e delle misure nel nostro Cantone.

Come noto il nostro sistema federalista conferisce ai Cantoni la competenza in materia di esecuzione delle pene e delle misure²⁾. La Confederazione interviene unicamente come autorità di sorveglianza, in particolare sul controllo delle legislazioni cantonali, nonché con attività promozionali per incoraggiare la riforma

*) Dal testo orale del 18 gennaio 1989.

e la ricerca nel campo dell'esecuzione delle pene, segnatamente con l'allocazione di sussidi. In assenza di un'organizzazione centralizzata dell'esecuzione delle pene, come esiste nella maggior parte degli stati a noi confinanti, i Cantoni si sono organizzati in concordati intercantionali, seguendo criteri regionali e linguistici. Nel nostro paese si contano pertanto tre concordati sull'esecuzione delle pene e delle misure: il Concordato della Svizzera orientale (8 Cantoni), il Concordato della Svizzera centrale (11 Cantoni) e il Concordato romando (7 Cantoni) cui aderisce parzialmente anche il Canton Ticino.

Il Concordato è una convenzione sottoscritta da più Cantoni, in ordine ed aspetti legislativi amministrativi e di giustizia, la cui finalità è quella di armonizzare le procedure per l'esecuzione delle pene e delle misure, nonché di razionalizzare la costruzione e l'utilizzazione delle infrastrutture carcerarie.

Il Concordato romando, cui aderisce parzialmente il Canton Ticino è stato ratificato, nella sua forma iniziale dal Consiglio federale nel 1966.

Recentemente è stato sottoposto ad una revisione completa e la nuova versione è entrata in vigore, dopo l'approvazione di ogni singolo Cantone il 1. gennaio 1989³⁾. Il testo del nuovo Concordato testimonia gli sforzi profusi dai Cantoni interessati per affrontare e risolvere i problemi posti dall'esecuzione delle pene in modo coordinato, prevedendo, in particolare, l'assegnazione in Penitenziario o in Sezione di Penitenziari delle diverse categorie di condannati (uomini-donne; primari-recidivi; fine pena, ecc.).

Le particolarità culturali, linguistiche e geografiche del nostro Cantone hanno, di fatto, imposto un'adesione solo parziale del Concordato romando. L'accordo prevede che i Cantoni romandi si impegnano ad accogliere i condannati dai tribunali ticinesi di una pena superiore a un anno che non hanno particolari legami con il nostro Cantone, nonché i condannati alla misura di cui all'art. 100 bis CPS (giovani adulti). A titolo di reciprocità il Canton Ticino si impegna ad ospitare, in regime di fine pena, i detenuti di lingua italiana inviati dai Cantoni romandi⁴⁾. Pensato anche come strumento per riequilibrare gli effettivi dei condannati nei diversi Penitenziari — allentando così la pressione del sovraffollamento — in realtà il Concordato ha evidenziato ben presto i suoi limiti operativi. Soprattutto per il nostro Cantone diventa difficile trasferire oltre Gottardo i detenuti — e sono la maggioranza — di lingua e cultura italiana; in effetti, spesso ciò costituirebbe uno sradicamento culturale ed affettivo con ripercussioni negative nella preparazione al reinserimento sociale. Più oltre, ogni Penitenziario è confrontato con analoghi problemi di sovraffollamento, e conseguenti disagi nella gestione interna, per cui tende a rimuovere prioritariamente ed autonomamente le proprie difficoltà.

La funzionalità di un sistema decentrato, l'aver rinunciato alla costruzione di grossi centri di detenzione, privilegiando strutture medio - piccole a livello regionale o cantonale, consentendo al nostro Paese di disporre di un modello di organizzazione dell'esecuzione delle pene alquanto soddisfacente.

Tuttavia, nemmeno da noi, il sistema carcerario raccoglie tutte le adesioni e la sua efficacia viene da più parti posta in discussione.

Diversi autori concordano sulle critiche dirette al carcere come istituzione sociale

totale che produrrebbe sul condannato più effetti negativi (stigmatizzazione, de-responsabilizzazione, ...) che positivi, più emarginazione che reinserimento sociale.

Senza entrare in un dibattito scolastico che ci porterebbe troppo lontano, ci si può tuttavia interrogare sul reale effetto dissuasivo della pena privativa della libertà, così come sul valore della prevenzione speciale e sulla portata della funzione educativa e risocializzante.

L'analisi di alcuni dati statistici significativi — come per esempio il tasso di recidiva — confermano la debolezza della nostra politica criminale basata in modo preponderante sulla pena privativa di libertà.

Il disincanto di alcuni penalisti e operatori penitenziari in ordine alla forma e alla validità del modello sanzionatorio forgiatosi nella criminologia positivista del 19° secolo, ha dato origine a due correnti di pensiero denominate neo classicismo e abolizionismo.

Fattori di un ritorno alla pena retributiva ove il carcere abbia come sola funzione quella della neutralizzazione del reo, i neo classici partono dall'ipotesi che in realtà il passaggio dall'atto delinquenziale è circoscritto a un numero ristretto di persone: messe quest'ultime in condizioni di non più nuocere, il tasso di criminalità tenderebbe a diminuire.

Dalla parte opposta, per contro, gli abolizionisti propugnano l'abolizione del sistema penale e delle strutture carcerarie.

All'interno di queste tendenze estreme, trova tuttavia ancora posto una terza via, che potremmo definire riformista, che persegue parallelamente due obiettivi. D'un canto il miglioramento delle condizioni in cui vengono eseguite le pene private di libertà, con interventi a livello strutturale, ma anche a livello normativo accentuando maggiormente l'attività a favore dell'apertura del carcere verso la società.

D'altro canto, il tentativo di ridurre al minimo indispensabile l'utilizzazione dell'istituzione carceraria, propugnando pene alternative e una sostenuta politica di decriminalizzazione.

I progetti di riforma attualmente in discussione nel nostro paese, in particolare l'avamprogetto per la riforma del Codice penale del professore Hans Schultz, vanno appunto in questa direzione.

Il professor Schultz è stato incaricato dal Dipartimento federale di giustizia, nel 1983, di preparare un avamprogetto di riforma della parte generale del Codice penale. Il raccorto consegnato, nel marzo 1986⁵⁾ è attualmente all'esame di una speciale Commissione di esperti nominata dal Dipartimento federale di giustizia. Ci è sembrato opportuno evidenziare le principali novità contenute nell'avamprogetto, per quanto attiene alle sanzioni, per illustrare l'orientamento generale intrapreso⁶⁾.

La concezione di base della postulata riforma è retta da alcuni principi fondamentali del diritto penale moderno. Il diritto penale reprime il comportamento illecito del reo: ammonisce solo l'atto e non la persona; la pena privativa di libertà deve essere prevista là dove risulta assolutamente necessaria; le sanzioni devono

essere distribuite in modo tale che al reo venga comminata una pena meno severa al fine che possa dimostrare con il suo comportamento che tale sanzione era sufficiente per trattenerlo dal commettere nuovi reati.

Muovendo da questo modello concettuale, l'avamprogetto prevede un sistema sanzionatorio articolato e modulato che cercheremo brevemente di riassumere. Innanzitutto è data facoltà al giudice, in casi particolari ed eccezionali di rinunciare al perseguimento del reato e alla commisurazione della pena, segnatamente quando l'autore del reato è stato colpito direttamente in modo grave dalle conseguenze del suo atto; oppure quando le conseguenze del suo atto sono minime e la colpa dell'autore è lieve; oppure ancora quando l'autore attraverso sforzi particolari e tangibili è riuscito a riparare il danno causato.

Per quanto concerne la pena privativa di libertà, la durata è stata delimitata tra 6 mesi e 20 anni. Vengono così abolite le pene di breve durata e si rinuncia alla reclusione a vita. Da notare che questa limitazione avrà delle conseguenze positive sul fenomeno del sovraffollamento carcerario, soprattutto se si considera che le pene privative di libertà di breve durata rappresentano da sole l'80% dell'insieme delle pene pronunciate.

L'esecuzione della pena, come finora, è tesa al reinserimento sociale del condannato. Per raggiungere tale obiettivo vengono indicate le seguenti modalità operative: il piano e il programma di esecuzione; l'assistenza sociale e continua; il lavoro all'interno dell'istituzione. Tuttavia alla prestazione lavorativa sarà corrisposto un salario, invece dell'attuale peculio, dal quale potrà essere detratta una parte a copertura delle spese di vitto e alloggio.

La liberazione condizionale potrà essere concessa a partire da metà pena, mentre attualmente è possibile solo ai 2/3.

Come già accennato, nella misura del possibile, per infrazione di lieve entità si dovrà far capo a misure alternative alla detenzione. Diversi Stati si sono messi alla ricerca di misure alternative alla detenzione, anche perché il sovraffollamento delle prigioni e i costi relativamente elevati delle giornate di detenzione, impongono soluzioni più razionali e meno onerose.

Nel suo avamprogetto il professor Schultz, indica alcune misure alternative. Innanzitutto la possibilità per il giudice di affidare il condannato al Servizio sociale — in diritto anglosassone si parla di «probetion» — con eventualmente delle norme di condotta. Altra sanzione prevista è la prestazione di lavoro a favore della comunità, senza retribuzione, per un minimo di 10 ore e un massimo di 240 ore.

Con un tono superiore alla scala della severità, troviamo successivamente la multa, stabilita in giorni multa. Il giudice fisserà dapprima il numero dei giorni di multa (da 2 a 360) tenendo conto dell'infrazione commessa; decidendo, in seguito, il montante per giorno multa in funzione della situazione economica del reo. Per gli autori di infrazioni in relazione alla circolazione è previsto il divieto di condurre da 1 mese a 3 anni.

Infine, per quanto concerne le misure, viene mantenuto il sistema dualistico at-

tualmente in vigore, e cioè l'esecuzione della misura ha priorità e esclude l'esecuzione della pena.

Ecco, schematicamente tracciato il profilo dell'avamprogetto che servirà da base di lavoro per la modifica del Codice penale svizzero.

In sostanza dovrebbe essere diminuita l'importanza della pena privativa di libertà, limitando così gli effetti patogeni dell'istituzione carceraria.

Così come la pena privativa di libertà aveva soppiantato le pene corporali, le misure alternative tendono a sostituire le pene di detenzione... sarà quindi possibile punire senza prigione?

1) *Beccaria C.*: Dei diritti e delle pene. 1764; *Lombroso C.*: L'uomo delinquente. 1876; *Garofalo R.*: Criminologia. 1891; *Ferri E.*: Sociologia criminale. 1884.

2) Articolo 64 bis Costituzione federale.

3) In Ticino l'adesione penale al Concordato è stata approvata dal Gran Consiglio con decreto legislativo del 19 gennaio 1987.

4) Art. 28 e 29 del Concordato.

5) *Hans Schultz*: Revision des Allgemeinen teils des schweizerischen Strafgesetzbuches. März 1985.

6) Nell'esame dell'avamprogetto non si tien conto delle critiche e delle contro proposte formulate dalla Commissione di esperti.

Parte terza

Politica ecologica dello Stato

Ruolo dello Stato nella problematica ecologica*

RENZO RESPINI

1. Nuovo senso del dovere

«La nostra società non si salverà se alla stagione dei diritti e delle libertà non subentrerà un *nuovo senso del dovere*» (Aldo Moro).

Che cosa è questo nuovo senso del dovere se non la consapevolezza della responsabilità di ognuno verso la comunità degli uomini?

Che cosa è se non una nuova coscienza delle necessità di collaborare tutti assieme e ognuno con tutti per la realizzazione di *fini comuni*?

Sono questi fini comuni, questi valori, che vanno proposti e riproposti in modo tale da poter essere aggregati e unificati, in modo da permettere sufficienti convergenze e un'azione politica.

Ci si può chiedere se, sul piano morale, sia possibile una convergenza tra orientamenti culturali e matrici religiose, filosofiche o ideologiche differenti — la mia risposta è affermativa ed è una risposta fatta di convincimento e di speranza —. L'uomo d'oggi si rende conto che la vita sociale e politica non può essere basata solo su motivazioni di carattere utilitaristico, ma avverte che c'è bisogno di dare al concetto di bene comune la «forza persuasiva ed esplosiva» dell'ideale e di quei valori universalmente validi sopra le contingenze e gli interessi dei singoli.

Non diceva forse Jacques Maritain: «pur nel rispetto delle differenziazioni filosofiche, metafisiche e religiose è possibile individuare nella coscienza degli uomini un fondamento comune, un nucleo di valori morali essenziali indispensabili per garantire l'avvenire e la stessa sopravvivenza della nostra democrazia».

Non si tratta a parer mio di procedere — vorrei dire come si è sempre fatto per garantire la governabilità e il funzionamento della democrazia — nella ricerca del consenso; ma si tratta di porre un obiettivo più ambizioso e in ogni caso prioritario che è quello di creare motivazione e responsabilizzazione individuali e collettive. Non è vero che qualsiasi progresso è neutrale rispetto all'etica, rispetto a quei valori universalmente validi e riconosciuti al di sopra delle contingenze e degli interessi dei singoli.

Oggi si comincia ad avvertire — anche se non si può ancora dire che questo sia un sentimento generalmente diffuso — che non tutti gli aspetti e le conseguenze del progresso e della crescita sono stati positivi, e oggi ci sono coloro — e sono in molti anche se pur sempre in numero esiguo rispetto al resto degli uomini — che lucidamente vedono e denunciano le già ora irreversibili conseguenze del progresso.

* Dal testo orale del 16 gennaio 1989.

A me pare che nell'uomo di oggi — che vive, beneficia e forse anche subisce l'evoluzione, lo sviluppo, il progresso — vi sia un bisogno (magari presente solo a livello di inconscio) di una *maggiore coerenza*

— tra l'azione del singolo e di gruppi *con* l'interesse presente e futuro di tutti, — tra l'azione e le leggi e gli imperativi che presiedono l'agire *con* la ragione, con la ragionevolezza, insomma tra l'uomo «faber» e l'uomo «sapiens».

Il primo orgoglioso per aver forgiato il suo presente e sicuro di saper forgiare anche il suo futuro deve lasciar il posto sempre più al secondo e quindi alla preoccupazione di assicurare non solo il bene per sé, ma anche per le generazioni future. Di questa «sapienza» dell'homo sapiens abbiamo bisogno tutti per curare questo mondo moderno malato per il suo eccesso di azione e quindi di produzione.

Ne abbiamo bisogno per cambiare la mentalità corrente che vede nell'uomo il padrone assoluto della natura, della quale può disporre a piacimento e senza limiti; e ne abbiamo bisogno anche per non cadere nell'illusione del mito dell'intangibilità assoluta della natura e della terra.

Non è in fondo dovuto al caso se queste esigenze si manifestano nell'uomo di oggi.

Da un canto, infatti, viviamo in un'epoca di grandi e importanti cambiamenti, di accelerata transizione, tanto da aver l'impressione che tutto diventa effimero; l'accidentale è il sostanziale e l'essenziale stesso non è più percepito come tale perché è sempre sostituito da qualche cosa d'altro.

Il senso vero profondo delle cose, delle relazioni, delle azioni sfugge, non è percepito e non è più ricercato.

D'altra parte lo sviluppo stesso è stato anche così grande che nasce la paura che nessuno voglia, sappia o possa controllare per tempo le conseguenze ultime (prevedibili e imprevedibili), palesi e latenti, comunque tutte cumulabili, dello sviluppo.

C'è questo malessere nella nostra popolazione: c'è il malessere legato alla paura del nucleare, alle ingiustizie dovute ai differenti sviluppi tra i paesi del nord e quelli del sud, ai problemi dell'ecologia.

Ma questo malessere, questa paura dell'uomo, che è sempre esistita ed era riferita alle forze esterne all'uomo e più grandi di lui, agli elementi naturali, diventa oggi una paura per quello che lo stesso uomo fa o può fare.

Da cosmologica la paura diventa antropologica.

E nasce questo bisogno di regole superiori, di punti di riferimento ai quali ispirarci per rendere operativo, concreto, per attuare il principio secondo cui *l'uomo non può più permettersi di fare tutto ciò che sarebbe in grado di fare.*

2. Nuove responsabilità: come individuarle?

Come è possibile individuare i ruoli e le responsabilità dello Stato, della politica degli attori in gioco in questo discorso, in materia ecologica?

Indicherò alcuni elementi da considerare quali principi base e spunti di riflessione.

- a) Lo Stato non può, non potrà mai, solo dare la felicità agli uomini, neppure risolvendo il problema ambientale. Il problema della casa — ecologia — non potrà essere risolto senza un ruolo attivo, responsabile dei cittadini che sono soggetti e oggetto della vita statale.

Nel nostro Stato — cantonale o federale — nei nostri Stati europei in genere si sta assistendo al fenomeno della statalizzazione che consiste nel ritenere che allo Stato può essere domandata la soluzione completa e globale di un numero sempre maggiore di problemi e che lo Stato inteso come istituzione e come organismo (quasi capo a sé stante nella società) ha la capacità di risolvere in modo compiuto e da solo tutti i compiti attribuitigli.

La filosofia della politica sociale è stata questa; ne è risultato uno Stato assistenziale non solo, ma anche incapace di risolvere i problemi attribuitigli. Non poteva che essere così dal momento che lo Stato assistenziale si priva della possibilità di ricorrere alle innumerevoli forze presenti nel tessuto sociale e che rispondono al nome di solidarietà, di volontariato e di libera iniziativa.

Nell'approccio alla problematica ambientale giova una concezione corretta dello Stato e del suo ruolo: Stato istituzione certo, Stato organismo di governo, ma anche e non ultimo per importanza Stato associazione di persone.

- b) Se lo Stato non può risolvere da solo i problemi ambientali appare evidente e imprescindibile l'apporto della coscienza e della responsabilità dei cittadini.

Se è vero che lo Stato ha avuto e forse ha ancora — almeno a volte — la tentazione di occuparsi di tutto, ciò non vuol dire che tutto può o deve essere risolto dallo Stato. Infatti, ciò facendo, lo Stato rinunciarebbe al ruolo imprescindibile dell'uomo, del suo senso di responsabilità e della sua coscienza.

Torno alla necessità del *nuovo senso del dovere*, di cui ho detto all'inizio, che deve, nell'ottica della solidarietà e del comune compito, tornare a prevalere, sulla concezione dei propri diritti. Quest'ultima rischia di compromettere i rapporti all'interno di una società poiché fa dell'uomo un essere esasperato, vendicativo, esigente, vulnerabile anche ai movimenti di massa perché insoddisfatto.

Un uomo diventa adulto solo alla condizione di non considerare unicamente i suoi diritti.

Nella società ci sono questi uomini, la nostra società è piena di questi uomini adulti. Occorre far capo a loro.

- c) Non so più chi ha detto «L'homme politique est un équilibriste. Il s'équilibre en disant le contraire de ce qu'il fait».

Faccio la citazione per un richiamo alla verità.

L'uomo, il cittadino ha diritto di conoscere la verità.

È dovere comune che essa venga ricercata, che essa venga stabilita, che essa venga divulgata.

L'utilizzazione dell'errore, dell'equivoco è un *tradimento*.

Privare l'uomo della verità vuol dire tenerlo in uno stato di soggezione, limita-

re la sua libertà, togliergli la speranza impedendogli con ciò di contribuire all'elaborazione del progetto comune di solidarietà fatta del giusto, del bene e del vero. In politica ambientale questa necessità ha trovato una collocazione nella legislazione che impone la ricerca, l'analisi, la comunicazione, l'informazione.
La verità è la premessa della responsabilizzazione.

3. Coordinamento e gestione

Chi ha la responsabilità istituzionale di gestire l'ambiente e quindi di fare un quadro della politica ambientale per affrontare in modo globale e coordinato le diverse interferenze sui singoli elementi (suolo, acqua, aria) che lo compongono e nel quale viviamo, si trova confrontato con una molteplicità di problemi a volte molto complessi.

Questa complessità di garantire il più corretto equilibrio tra l'uomo e l'ambiente è dovuta:

a) Innanzitutto al modo stesso in cui i problemi che affliggono il nostro ambiente si manifestano. Una delle principali caratteristiche dell'evoluzione degenerativa dell'ambiente è, infatti, quella di procedere per gradi, dapprima in modo quasi impercettibile per poi manifestarsi pienamente, quasi di un colpo, quando gli equilibri sono ormai rotti, dando avvio a processi difficilmente reversibili.

Pensiamo all'inquinamento delle acque o a quello dell'aria ove — superate le soglie dell'allarme — ogni intervento di risanamento (indipendentemente dai costi) diventa tecnicamente problematico e a volte anche — oggi — impossibile.

b) Inoltre, al fatto che la scienza, davanti al problema ambientale o a singoli problemi ambientali, non fornisce risposte univoche né sulle cause e i modi del degrado, né sulle terapie per porvi rimedio.

Siccome la conoscenza scientifica influisce direttamente sulle risposte che può dare la tecnologia, neppure quest'ultima è sempre in grado di dare risposte immediate.

c) Non va dimenticato neppure che ogni soluzione si inserisce su un tessuto dove l'uomo è presente, lavora e vive. Si incontrano quindi le difficoltà di operare quella trasformazione di cui parlavamo — homo faber in homo sapiens — senza dimenticare che l'uomo si realizza nel fare e che pochi sono coloro che hanno la capacità di realizzarsi solo nel contemplare. L'homo faber provvede per altro al proprio e all'altrui benessere.

Il risultato di questa situazione, che diviene caratteristica in materia ecologica, è che le risposte, i provvedimenti arrivano nella maggior parte dei casi in ritardo. Da qui la caratteristica del recupero o del risanamento che ha assunto la politica ambientale perché si realizza quando la causa si è già manifestata.

Ho accennato in precedenza al problema del consenso e della necessità di supera-

re questa logica. Ora vi ho dato un esempio. Il consenso lo otterremo sempre di fronte alle conseguenze negative del degrado. Il consenso per il recupero lo troveremo; ma più difficile è trovarlo per adottare le misure per cambiare gli atteggiamenti necessari a prevenire le conseguenze, che ancora non vediamo, di certi nostri atteggiamenti odierni. Per questo non è soddisfacente né sufficiente la sola politica del recupero, del risanamento, come non è né soddisfacente né sufficiente (anche se contiene un evidente aspetto educativo e preventivo non fosse che per il fatto che è sempre grande il timore della sanzione) la sanzione penale che avviene (generalmente) a disastro avvenuto.

Quel che occorre è invece un intervento preventivo e anticipato.

4. Prevenzione

Quali le possibilità per una politica di prevenzione? Mi limito ad evidenziare alcuni ambiti:

- a) Sostegno alla ricerca scientifica pura ed applicata.
- b) Divulgazione dei risultati e delle conoscenze acquisiti con la ricerca e con le analisi (VERITÀ).
- c) Sensibilizzazione e responsabilizzazione (quindi educazione) attraverso un'informazione generale e finalizzata sia sulla complessità dei problemi ambientali e dei diversi fattori che influiscono sull'ambiente, sia sulle possibili soluzioni con particolare riferimento alla responsabilità e al ruolo comportamentale del singolo.
- d) Sviluppo del concetto di responsabilità solidale nella politica ambientale. Il solo intervento dello Stato non è sufficiente, l'atteggiamento responsabile e costruttivo del singolo è indispensabile.
Solo il cittadino informato può essere responsabilizzato.
- e) Non va dimenticato il ruolo che potrebbe avere il diritto penale. Se è vero che generalmente l'intervento del diritto penale e quindi la sanzione, intervengono dopo il disastro ecologico, non si può disattendere una funzione che in misura maggiore in futuro questo diritto potrebbe svolgere. La parte lesa nel caso di un disastro ecologico non è mai una singola persona, ma il complesso più generale delle persone e dell'ambiente; parte lesa è la natura. Per questo penso che laddove non è possibile ripristinare una situazione compromessa, la compensazione ecologica assume una particolare importanza anche come pena principale o accessoria. Nel bilancio globale ambientale le soluzioni trovate con l'applicazione della compensazione ecologica permetteranno di ripristinare gli equilibri rotti.

5. Informazione

Ruolo assolutamente indispensabile per lo Stato è l'informazione:

- informazione nella scuola;
- informazione attraverso gli ambienti scientifici;
- informazione tramite i mass media. Non ci si deve ricordare dell'ambiente solo quando ci sono le catastrofi, ma occorre operare una regolare politica d'informazione oggettiva;
- le Associazioni a scopo ideale, leghe protezionistiche e quelle di categorie hanno pure un ruolo importante da svolgere.

Vi è un nesso inscindibile tra democrazia e educazione.

La democrazia ha bisogno di uomini «e-ducati» preparati ad affrontare il terreno delle scelte e quello dei contributi da dare. Vi è un rapporto di reciprocità tra educazione e democrazia.

La democrazia ha in sé il principio educativo, ma non può vivere senza l'educazione della famiglia, delle scuole.

Educazione per rendere l'uomo protagonista, non gregario, anche nella politica ambientale. Protagonista nell'annuncio di quei valori che trascendono l'uomo, le sue contingenze, i suoi interessi e che sono tali non perché vengono dal consenso sociale ma dalla verità e dal senso di giusto e del bene, che è radicato nel profondo di ogni singolo, attraverso i quali l'uomo si realizza individualmente e socialmente.

Protection de l'environnement: comportements et incidences des normes du droit pénal*

CHRISTIAN-NILS ROBERT

«Si nous voulons rétablir notre équilibre écologique, il nous faut avant tout rétablir l'équilibre politique. Ceux qui proposent des «solutions» doivent pouvoir répondre à cette question: vos propositions tiennent-elles compte de l'effrayante disproportion qui existe entre les pouvoirs des citoyens, et ceux des pollueurs industriels? Si la réponse est négative, on peut être sûr qu'il ne s'agit pas là d'une solution, mais d'un palliatif».

R. Nader

1. Introduction

Récemment, l'un des plus éminents ethnologues français Jean Malaurie, à qui l'on posait la question de savoir ce qu'est un homme civilisé, eut l'impertinence de répondre qu'il faut juger une civilisation à l'équilibre qu'elle parvient à établir entre l'homme et son environnement.

Cette définition de la civilisation, et de son degré de perfection que serait l'équilibre permanent entre homme et ressources naturelles, va nous conduire à poser la question de notre degré de civilisation alors que nous sommes en train d'épuiser les ressources naturelles limitées, d'altérer profondément les éléments fondamentaux de la vie sur notre planète, d'empoisonner l'eau et l'air, les surfaces maritimes, terrestres et les espaces souterrains et sous-marins.

Si nous suivons J. Malaurie et sa définition de la civilisation, il ne fait guère de doute que l'homme et sa culture postindustrielle sont aujourd'hui en décadence accélérée, victimes d'un irrémédiable processus d'aliénation, ou d'autospoliation, des moyens culturels propres à garantir la permanence d'une civilisation; il est inutile de donner ici dans le catastrophisme tant les médias se chargent de nous rappeler périodiquement les échéances extrêmes de la vie sur notre planète, ou les aléas qui la menacent quotidiennement.

C'est dans ce décor apocalyptique qu'il faut placer notre interrogation, mettre en perspective la progressive destruction non seulement d'une civilisation, mais également des élémentaires conditions de survie terrestre, avec les différents moyens d'intervention du droit dans nos modes de vie, c'est placer face à face la fatalité

* Dal testo orale del 16 gennaio 1989.

économique du monde postindustriel et l'efficacité supposée du droit dans le modelage de nos comportements. Le défi est titanesque, sisyphéen. On peut l'affirmer sans risque: ce serait l'une des plus grandes méprises contemporaines que de prêter au droit seul la possibilité de redonner à l'homme les moyens culturels d'une civilisation en équilibre avec son environnement.

2. Modifications du rôle de l'Etat

De nombreux auteurs, analysant non les révolutions du droit, mais son évolution sur longue durée, ont mis en évidence les transformations profondes qu'il a subi en un siècle environ. D'un droit libéral et individualiste, discrètement présent dans l'économique, l'industriel, l'organisation de l'Etat, de la communauté et de la vie privée, nous avons subrepticement passé à un droit radicalement différent: un droit collectiviste dans lequel chacun assume des responsabilités qui, transcendant la faute, vont jusqu'à nous faire porter le fardeau de l'aléatoire.

Le droit gère tout, car parler de l'Etat, c'est parler d'abord de son droit, de ce droit presque totalement approprié par l'Etat, mieux, dévolu en priorité à l'action étatique.

De science qu'il pouvait encore être ou paraître, au XIXe siècle, c'est à dire capable de mettre de la rationalité dans l'usage des moyens, le droit est aujourd'hui à la fois choix des fins et moyen d'action.

Le déclin du droit fut annoncé il y a des décennies: le droit n'est plus ce qu'il était. En fait, derrière cette évolution du droit, ou plutôt en figure de proue de ce mouvement, il n'est que de mentionner l'Etat providence pour illustrer notre propos. Revenons au sens étymologique de providence et la démonstration sera achevée: la providence, c'est le «sage gouvernement de Dieu sur la création» (P. Robert). Le syntagme d'Etat providence prend alors tout son relief si l'on veut bien se souvenir de ce qu'il advint à ceux-là même qui voulurent être «comme des dieux» (Genèse 3, 5) c'est à dire créateurs du monde (A. Chouraqui)!

Prétentions excessives, inconscience de ses propres limites, aveuglement technologique délibéré marquent bien dès lors et l'Etat providence et son droit.

De simple régulateur-arbitre, le droit serait alors promoteur et promoteur d'actions supposées adéquates, capables de réaliser des programmes finalisés. Cette interrogation a aussi préoccupé bien des théoriciens du droit au point que les plus radicaux d'entre eux émettent aujourd'hui des doutes très sérieux quant à la possibilité pour le droit d'accéder à la qualité d'instrument de transformation sociale et économique. «Il y aurait ainsi dans le droit une incapacité structurelle à réaliser des objectifs ambitieux de transformation sociale» (C.A. Morand).

De fait, les études relativement récentes et toujours plus nombreuses portant sur la mise en oeuvre des normes juridiques ont découvert, un peu naïvement, les écarts énormes entre finalités poursuivies et résultats obtenus. Si je dis naïve-

ment, c'est que le criminologue sait depuis longtemps que les buts avoués d'une législation criminelle ne sont jamais atteints, qu'aucune communauté ne serait même vivante ou dynamique sans déviance et criminalité, et que le chiffre noir, pour rester par définition inconnu, témoigne en politique criminelle des écarts précisément entre buts idéaux d'un droit pénal et réalités sociales.

Mais revenons à notre droit contemporain et essayons d'en définir les grandes lignes. D'abord, comme le définit J. Carbonnier, c'est un droit flexible, donc souple et pourtant autoritaire, d'où d'ailleurs son principal défaut: c'est un droit incertain, ce que n'était de loin pas le droit classique. Incertain, car totalement éclectique par son adhésion à de multiples moyens d'action. Notre droit a enrichi sa palette: il informe parfois, il persuade souvent, il recommande et incite de plus en plus, il réprime rarement.

Ce qu'il gagne ainsi en souplesse, il le perd en rigueur, car il s'institue lui-même promotionnel de la sécurité sociale, promotionnel dans l'économie, l'immobilier, les loisirs, la famille, l'école, la protection de l'environnement, etc. Or, de telles utilisations, l'établissement de telles finalités pour le droit, l'entraînent fatalement aux limites d'une perpétuelle mouvance; généralisant à l'ensemble du droit c'est le lieu de citer C.A. Morand écrivant: «le droit (économique) se caractérise par sa mutabilité, sa plasticité. C'est un droit mobile (...), droit de l'aléatoire et de l'indéterminé».

Et que veut-on faire avec ce droit? Tout; gouverner comme Dieu... sagement.

C'est le rêve le plus fou, «l'éternelle fascination et tentation de la science totale, assurant la maîtrise des secrets de la création, de la vie et de la mort» (A. Chouraki).

3. L'environnement comme exemple

La protection de l'environnement est précisément l'un des meilleurs exemples à proposer pour qui veut vérifier les hypothèses avancées précédemment relatives aux modifications profondes subies par le droit durant les dernières décennies.

Rappelons d'abord que le droit de l'environnement comme tel est loin d'accéder législativement à un statut autonome. Il s'agit d'un amalgame de dizaines d'actes législatifs (lois et ordonnances) dont les origines sont les plus diverses. Signalons simplement pour mémoire que la protection des eaux trouve un point d'ancrage historique dans la protection de la faune piscicole comme ressource alimentaire pour l'homme et que la protection de l'air trouve, elle, son origine dans la loi sur la circulation routière. C'est dire a priori que nous construisons actuellement un droit de l'environnement sur des fondations pour le moins hétéroclites qui sont par là même impropres à l'édification d'une cohérence des moyens et des finalités de ce droit: un droit qui résulte donc bien davantage d'une explosion législative mal contrôlée, que d'une volonté politique univoque disposant d'une program-

matique claire. La seule évidence que l'on peut évoquer concerne une perspective protectionniste anthropocentrique, focalisée sur l'homme, bien davantage que sur la protection d'un milieu de vie, d'un biotope. C'est là peut être que réside la faiblesse originelle de ce droit; mais comment imaginer un droit non anthropocentrique?

Origine législative hétéroclite, création et développement de ce droit s'étalent sur plus de soixante ans, mélange de droit public, administratif, pénal et privé, normes juridiques, normes techniques, à quoi il faut ajouter une totale dispersion administrative des compétences, tant au niveau fédéral qu'au niveau des cantons, dosage aléatoire de moyens de tous genres: injonctions, autorisations, contrôles, subventions, répression sont autant d'hypothèques qui grèvent, a priori, la compréhension populaire de ce droit et, partant, la construction d'une véritable conscience juridique et sociale de l'environnement. Or cette étape de formalisation d'une conscience juridique et sociale autour de la protection d'un équilibre entre culture et nature, c'est le modèle vers lequel la société doit précisément être conduite, notamment ou aussi par le législateur appelé à atteindre cet objectif, afin que soient progressivement accumulés tous les traits fondamentaux de ce modèle, dans toutes les classes et tous les groupes sociaux: il s'agit ni plus ni moins que de soumettre à un «processus de juridicisation», tous nos rapports avec l'environnement. On saisit ainsi tout à la fois l'ampleur de la tâche et de la foi qu'il faut avoir dans un nouveau droit, pour qu'il puisse parvenir à ses fins: réconcilier l'homme avec le ciel et la terre!

4. Limites d'une politique criminelle en matière de protection de l'environnement

Si l'on part de l'effectivité observée de la politique criminelle en matière de protection de l'environnement, on est vite déconcerté par le très faible nombre de condamnations pénales pour infractions aux diverses lois et ordonnances protégeant l'environnement; et la plupart des situations incriminées sont bénignes: coffre-fort jeté dans une rivière, épandage de purin sur un sol gelé, moteur non arrêté par une prostituée qui désirait se réchauffer (cités in C.N. Robert, 1986), et tout récemment moteur non arrêté par un automobiliste à un feu rouge durant 70 secondes (SJZ 1988, pag. 108, Argovie)! A croire que seuls existent de petits pollueurs!

La réalité crimino-juridique apporte quelques explications aux modestes limites d'une politique criminelle en matière d'environnement.

- a) Le droit à un environnement sûr peut, d'emblée, faire l'objet d'une multitude de conceptions quant à son extension et à ses limites. Il oscillera toujours entre un pointillisme anthropocentrique où l'homme est l'objet de sollicitudes prioritaires (art. 227 et 234 CPS et art. 2 LPE) et une conception large de l'écosystème, visant à protéger l'équilibre général d'un milieu biologique, fondé sur

une philosophie écocentrique. Le législateur pénal aurait-il l'ambitieux projet de recenser les innombrables facteurs déterminant la qualité de l'environnement pour les assurer tous de sa bienveillante protection?

Pour l'heure, de telles hésitations législatives entre ces deux conceptions ne sont certainement pas étrangères à la difficile édification sociale d'une conscience normative à propos de l'environnement en général. Il s'agit dès lors d'une vice rédhibitoire affectant tous les acteurs potentiels autour d'une pollution: auteurs plus ou moins inconscients, témoins ignorants, donc risque de dénonciation réduit d'autant, motivations peu sûres des organes d'intervention, répression très aléatoire car peu ou partiellement légitimée.

- b) Le droit pénal classique (XIX^e siècle) s'est construit principalement selon des axes de protection assurée à des biens individuels: propriété, possession, vie, intégrité corporelle, liberté, honneur individuel, pour faire face à des actes de violence aux cibles définies et aux résultats immédiats.

Lorsque ce même droit, avec les mêmes concepts et la même philosophie pénale, s'est arrogé la prétention de protéger des mises en danger collectif et des biens collectifs, son expansionnisme n'est pas allé sans mal et doctrine et jurisprudence ont démontré la fragilité de ce «panpénalisme». Les modèles législatifs à suivre pour protéger la qualité d'un environnement et ses éléments liquides, solides, thermiques, phoniques ne sont donc point évidents.

On pourrait encore ajouter que s'agissant «d'intérêts collectifs» et de leur protection, cette notion est loin d'être univoque en économie, dans les secteurs de production industrielle ou à propos de la pollution provoquée par la concentration de comportements individuels, en eux-mêmes peu polluants. Deux obstacles apparaissent: d'une part les intérêts collectifs peuvent ne pas être perçus comme tels, par une faible prise de conscience collectiviste, ou simplement par l'affrontement d'intérêts divergents. Les pollueurs peuvent n'être que faiblement motivés par une telle défense d'intérêts prétendument collectifs, ou simplement ne pas adhérer à la protection des dits intérêts, par égoïsme économique ou politique.

D'autre part, il est évident que s'agissant de ce que l'on appelle un peu témérairement et certainement à tort des crimes sans victimes, l'absence de lésés directs est un irrémédiable obstacle à la reportabilité de l'infraction aux autorités de poursuite (C.N. Robert, 1979).

- c) Contrairement aux autres domaines classiques de la criminalité, la délinquance écologique suppose très fréquemment une interaction entre administrations étatiques et administrés: l'exemple le plus évident est le régime de l'autorisation préalable; mais on pourrait aussi citer l'octroi de subventions ou l'imposition de taxes. Si des infractions sont commises ultérieurement à de tels rapports de droit administratif, on pourra envisager une participation objective de l'administration à l'infraction, en somme un rôle constitutif de l'administration dans un processus qui, sans elle, n'eût pas été délictueux. Cette forme de complicité,

inconsciente ou par négligence, pourra être déterminante dans la suite de la procédure et peut avoir pour conséquence compréhensible de neutraliser toute velléité répressive de la part d'un co-auteur, au sens le plus général du terme. On se référera utilement aux recherches de victimologie, qui toutes mettent l'accent sur le fait que plus le lien est étroit entre auteur et «victime», moins le délit a de chance d'être reporté au système de justice pénale.

D'autre part, une action éducative et répressive, souvent concentrée sur l'automobiliste, le paysan, l'artisan négligents ne doit point occulter le fait que les plus gros pollueurs sont des personnes morales qui ne peuvent répondre de leurs actes délictueux devant le juge pénal, car le droit pénal suisse s'en tient pour l'essentiel à une responsabilité individuelle. Or dans le domaine de la protection de l'environnement ce sont avant tout les entreprises collectives de l'homme constructeur-destructeur, épurateur-accumulateur de polluants, producteur-pollueur qui provoquent les plus graves altérations aux biotopes. Il ne s'agit pas d'une question purement technique que l'on pourrait croire facilement résolue par l'instauration de la responsabilité pénale de personnes morales; car le droit pénal classique a pour postulat philosophique une application à l'homme abstrait, par la prévention générale et à l'homme criminel par la punition effective. Ces mécanismes, eux-mêmes remis sérieusement en doute aujourd'hui, sont totalement inappropriés face à des personnes morales, dont les décisions relèvent bien davantage de l'économie que du droit. Les bulles de savon métaphysiques que sont prévention générale et prévention spéciale s'évanouissent dans l'air vicié que respire encore le législateur...

L'organisation collective, hiérarchique, économique, technique et hautement spécialisée des grandes entreprises pose d'abord le problème de l'adéquation des postulats sur lesquels se fonde l'efficacité du droit pénal pour agir à l'encontre de décideurs soumis à des impératifs non juridiques. Ensuite se posent les questions de savoir qui et comment punir.

Ce problème est loin d'être résolu puisque s'affrontent actuellement en doctrine suisse partisans (Ph. Graven, C.A. Junod) et adversaires (H. Schultz) de la responsabilité pénale des personnes morales. Rappelons simplement que les pays de droit continental qui l'ont introduite récemment dans leurs législations pénales l'ont fait principalement aux fins de mettre en application une politique qu'ils voulaient efficace en matière de protection de l'environnement.

- d) Il est facile d'interdire, et presque aussi simple de punir l'auteur d'un acte réprimé. La situation devient plus complexe lorsqu'il s'agit de contraindre à agir pour punir l'omission proprement dite (art. 127, 128 et 217 CPS). Elle est franchement délicate lorsque l'obligation d'agir n'est pas expressément prévue, en particulier lorsqu'aucune précision claire n'est donnée quant à savoir à qui incombait juridiquement l'obligation d'agir (infraction de commission par omission, Ph. Graven, 1985), eu égard principalement à l'art. 1 CPS qui s'applique à l'ensemble du droit pénal fédéral. Or le droit de l'environnement s'est d'abord construit sur un modèle administratif qui regorge d'interdictions d'agir (abstention).

C'est dire qu'en ces domaines, le législateur s'est prudemment tenu à l'écart des réalités organisationnelles et économiques de la production-pollution, laissant le champ libre à des déterminations de «responsables» sans culpabilité pénale au sens strict, à des reconstructions événementielles en termes de fatalité, voire à la désignation pratique, et symboliquement efficace, de boucs émissaires.

Se greffant sur cette problématique, rappelons enfin que le droit pénal distingue, par sa clause punitive, intention et négligence. Comment donc réaliser parfaitement cette exigence de justice si les difficultés apparaissent déjà au niveau de la désignation de l'auteur pénalement responsable?

- e) Si «qui condamner?» s'avère difficile, «comment condamner?» est quasiment insoluble. Certes dans la mouvance d'une réflexion juridique bien intentionnée et préoccupée par ce que l'on nomme «la délinquance écologique», de nouvelles peines sont étudiées: lorsque des fautes ou des négligences remplissant les conditions d'une répression pénale ont été commises, comment condamner décentement et équitablement leurs auteurs, eu égard à la répression démesurée quotidiennement exercée par nos tribunaux à l'encontre d'une petite délinquance de rue ou de crimes sans victimes!

Comment, par exemple, intervenir pénalement pour des actes ou des omissions qui peuvent avoir pour conséquence de déséquilibrer pendant des années le biotope dont dépendent des populations entières, une faune et une flore? C'est le lieu de rappeler enfin que le droit pénal n'a pas pour vocation de réparer et que, si actuellement certains gros pollueurs s'ingénient à proposer des solutions réparatrices, la société le doit surtout à leur mauvaise conscience et à leur désir de se racheter face à l'opinion publique (Le Monde, 5 janvier 1988).

5. Que peut-on attendre de la prévention générale en matière de protection de l'environnement?

Les deux piliers philosophiques du droit pénal sont la prévention générale ou dissuasion et la prévention spéciale. Le législateur criminel doit croire en ces deux axiomes pour édicter des normes interdictives ou prescriptives de comportement assorties de peines.

Nous nous limiterons ici à confronter la prévention générale avec quelques idées reçues en criminologie et ainsi tirer quelques conclusions quant à la capacité contributive du droit pénal à la protection de l'environnement.

- a) Les criminologues distinguent volontiers trois notions différentes de la peine. Cette distinction semble opérationnelle car elle a permis de mettre l'accent sur une efficacité différentielle pour chacune de ces peines:
- la peine prévue par la loi (prescribed punishment);

- la peine telle qu'elle est prononcée par l'autorité (actual punishment);
- la peine telle qu'elle est perçue par l'auteur potentiel (percieved punishment).

Or c'est cette dernière, elle-même dépendante de la deuxième, qui semble la plus performante. C'est dire que c'est principalement le risque perçu subjectivement par le délinquant potentiel d'être sanctionné qui va déterminer sa conduite. En délinquance écologique la situation est donc plutôt alarmante, tant sont rarissimes les poursuites contre des pollueurs importants, et plus rares encore les condamnations prononcées à ce titre. Et cela se sait!

b) Depuis Beccaria, la tradition distingue trois caractéristiques de la peine, également variables de la prévention générale:

- la rapidité de la peine, longtemps considérée comme négligeable. Le regain d'intérêt de certaines écoles dites comportementalistes en psychologie sociale pourrait conduire à la révision de cette idée. Mais aucune recherche ne souligne pour l'instant l'efficacité de la rapidité de la peine comme facteur de dissuasion. De plus, il peut s'agir souvent, et en majorité, de décisions collectives auxquelles s'appliquent mal les théories behavioristes;
- la sévérité de la peine est encore partie intégrante du credo législatif, bien que les hésitations soient sérieuses quant à ses effets préventifs. Il est certain qu'en délinquance écologique, comme d'ailleurs en délinquance économique, d'autres sanctions sociales peuvent avoir un impact bien plus sérieux sur les comportements de certains délinquants individuels et collectifs, telles que publicité ou boycott (B. Fisse / J. Braithwaite);
- la certitude de la peine est la variable prépondérante en matière de prévention générale. Elle se construit avant tout sur l'information et les connaissances acquises par le délinquant potentiel quant au travail de contrôle et de répression. Cette observation présente un intérêt particulier s'agissant de domaines économiques et industriels relativement ciblés et limités, donc connus, où les partenaires et concurrents entretiennent entre eux des réseaux d'informations capables de diffuser des nouvelles relatives aux velléités étatiques de contrôle et de répression dans tel ou tel domaine. En somme, là aussi tout se sait et se répète.

L'effet positif que l'on pourrait attendre d'une campagne s'étant fixé pour objectif une plus grande efficacité de la répression se heurte toutefois à ce que l'on appelle volontiers le «declining effect» (Andenaes), à savoir qu'à leur tour ces nouvelles mesures se heurtent à des limites tenant au budget, et aux effectifs qui leur sont dévolus et qu'une fois connus la limite maximum d'efficacité du système, la variable «certitude» s'effrite à son tour, jusqu'à ne plus avoir un quelconque effet.

c) Depuis fort longtemps, le droit pénal distingue deux types d'infractions: les

crimes «mala per se», correspondant aux crimes qualifiés de naturels par Garofalo tels que le meurtre, le vol, les violences, tandis que les crimes, «mala quia prohibita» résultent des nécessités organisationnelles de la société.

Les uns et les autres présentent essentiellement une différence relative à leur intégration dans l'ordre social et éthique d'une communauté: les «mala per se» sont doublement stigmatisés par la morale et par la peine. Les «mala quia prohibita» ne sont stigmatisés que par la peine, et l'absence de sanction sociale est de nature à réduire considérablement les effets escomptés par le législateur.

Or il est évident que la grande majorité des infractions relatives à la protection de l'environnement sont aujourd'hui encore perçues comme des «mala quia prohibita». Il n'est pas impossible d'envisager que cette situation change à moyen terme. Les indices d'une progression de la gravité perçue de telles infractions apparaissent dans des enquêtes d'opinion récentes, à propos de la délinquance en général.

- d) Nous avons déjà relevé que la délinquance écologique peut approximativement se localiser dans certains milieux industriels, artisanaux, de production ou de transformation des biens. Certains criminologues y ont vu des milieux socio-professionnels relativement élevés, qu'ils ont considérés comme plus sensibles à la dissuasion, plus facilement intimidables, car décidant et agissant rationnellement. Est-ce suffisant pour conclure à un meilleur impact de la dissuasion? On peut avoir des doutes sérieux sur ce point, et s'agissant d'envisager ici la variable «personnalité» des délinquants écologiques, il nous semble plus important de signaler leur position particulière dans l'économie, l'industrie et la politique. Ce ne sont pas des délinquants comme les autres. Certes, ils «victiment» l'Etat, mais ne sont-ils pas d'abord des contribuables puissants, des employeurs importants, des créateurs d'emplois, des producteurs de biens? Ils n'ont point, face au système étatique mis en place pour le contrôle de l'environnement, la même position que le délinquant de droit commun face à son juge. Et ceci pour plusieurs raisons: tout d'abord la relation administration-administré en matière de pollution est une relation suivie ayant généralement débuté par une procédure d'autorisation et pouvant se poursuivre par des activités de contrôles réguliers. Les deux partenaires à de telles relations ont tout intérêt à maintenir des rapports civilisés, supportables à moyen terme.

Ensuite, il est évident qu'une marge de manoeuvre est nécessaire de la part de l'Etat, pour obtenir certaines prestations ou améliorations par persuasion. L'Etat n'a aucun intérêt à introduire une dialectique de rupture dans ces relations. Enfin, et pour autant que soient poursuivis des buts écologiques et fiscaux, l'Etat a tout intérêt à ménager un contribuable important, à négocier une sanction administrative au nom d'une double efficacité fonctionnelle et fiscale, plutôt que de voir se différer des améliorations techniques immédiatement souhaitables, et obtenir une indulgente et très hypothétique condamnation pénale.

Ce n'est pas exactement la prévention générale qui fait effet, mais l'interrelation continue qu'entretient l'Etat avec les délinquants écologiques potentiels. N'est donc pas délinquant écologique qui veut et son statut ne permet guère de l'assimiler au délinquant de droit commun (sur l'assimilation du délinquant écologique au délinquant économique, cf. C.N. Robert, 1985).

Ainsi est-il peut-être vain de débattre de prévention générale si le crime écologique ne peut exister à cause des problèmes politiques que pose à l'Etat la poursuite et la condamnation de tels délinquants.

6. Education versus répression

L'alternative est aujourd'hui dépassée; nous n'en sommes plus à rester *réactifs* face à l'aggravation inquiétante des conditions de la vie en général sur la Terre. Il ne suffit plus d'attendre la pollution pour réagir et réprimer.

Nous devons passer à un modèle de comportement *proactif*, préventif, dont les paramètres échappent totalement aux modèles classiques du droit pénal. Certes, ceci est en partie réalisé par l'introduction dans le droit de mesures incitatives, de subvention, par la promotion toujours accrue de lois-cadres contenant des principes applicables à l'ensemble d'un domaine juridique.

Mais est-ce à dire qu'il faudrait aller jusqu'à abandonner la répression? Cette hypothèse n'est pas à exclure d'emblée dans la mesure où le recours à la norme pénale, au niveau du discours législatif peut avoir des effets symboliques contreproductifs, faisant illusion en quelque sorte sur les véritables intentions de l'Etat, et donnant à croire que le problème posé est ainsi résolu par l'édiction d'une norme pénale, trouvant une application totalement marginale.

Il serait donc très souhaitable, dans la protection de l'environnement, comme d'ailleurs dans d'autres domaines du droit, que le législateur cesse d'avoir systématiquement recours au droit pénal pour parapher des actes législatifs en tous genres. Le contraindre à ne pas recourir au droit pénal pourrait peut-être l'inciter à être plus imaginatif, novateur, et pourquoi pas utopique, donc créateur! Le peut-il et le voulons-nous tel? Ma réponse sera affirmative si nous sommes assez volontaristes et généreux pour que ce droit devienne celui d'une «société sans mépris» (L. Dumont) de rien, ni de personne.

Bibliographie:

- J. Andenaes: Punishment & Deterrence. The University of Michigan Press. Ann Arbor, 9.1 (24) 1974.
 R. Cans, A. Dessot: Les milliards de la propreté. Le Monde 5 janvier 1989.
 J. Carbonnier: Flexible Droit. L.G.D.J., Paris 1969.
 A. Chouraqui: L'Univers de la Bible. Lidis, Paris 1982.
 Coll.: La délinquance écologique. Université de Nice, (XVIIe Congrès français de criminologie), 1979.
 Ch. Debust: Jugement moral et délinquance: les diverses théories et leur opérationnalisation. (Kohlberg), Déviance & Société 1985, vol. 9, N. 2, pag. 119-132.

- F. Ewald* : L'Etat providence. Grasset, Paris 1986.
- B. Fisse, J. Braithwaite* : The imposal of Publicity on Corporate Offenders. State University of New-York Press, Albany 1983, 6.9 (100).
- Ph. Graven* : La responsabilité du chef d'entreprise et de l'entreprise elle-même. S.J. 1985, pag. 497.
- Ph. Graven, C.A. Junod* : Societas delinquere potest? In Mélanges Patry, Payot, Lausanne CJR, pag. 351-365 (AD 18), 1988.
- M. Killias* : Pourquoi respectons-nous les lois? RPS 1983, 100, 4, pag. 353-365.
- M. Killias* : La ceinture de sécurité: une étude sur l'effet des lois et des sanctions. Déviance & Société 1985, vol. 9, pag. 31-46.
- P. Knoepfel, H. Weidmer* : Umweltrecht Schweiz. Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1988.
- C. Kourilsky* : Connaissance et représentations du «juridique» chez les enfants et les adolescents. Droit & Société 1986, N. 4, pag. 383-403.
- C.A. Morand* : Le Droit de l'Etat providence. RDS, 1988, 107, I, N. 5, pag. 527-551.
- F. Nicklisch* : Prävention im Umweltrecht. Müller 1988.
- G. Richardson, A. Ogus, P. Burrows* : Policing Pollution. Clarenton Press, Londres 1983.
- C.N. Robert* : Le droit pénal entre l'économique et l'écologique. Faculté de Droit, Genève, dactyl. 17p., 1979.
- C.N. Robert* : Délinquance économique: l'illusion d'une politique criminelle. RDS, 1985, II, pag. 1-133.
- C.N. Robert* : Le crime en vert, et contre tous. Plädoyer 1986, N. 6, 4p.
- P. Robert* : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Société du Nouveau Littré, Paris 1965.
- H. Schultz* : Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teil (...) des StGB. Stämpfli, Berne 1987.
- J.L. Tapp, F.J. Levine* : Persuasion to Virtue. Law & Society 1970, Y, 4, p. 565-582.
- Time* : Planet of the Year: Endangered Earth. 2 janvier 1989, N. 1.
- E. Tuchtfeldt* : Möglichkeiten des Umweltschutzes ohne strafrechtliche Sanktionen. Festgabe Schultz, RPS, 94, pag. 214-228, 1977.
- G.W. Wittkämper, M. Wulff-Nienhüser* : Umweltkriminalität, heute und morgen. BKA, Wiesbaden 1987.

Parte quarta

Tra i problemi attuali della giustizia ticinese

Giustizia e politica nella realtà ticinese*

ALBERTO LEPORI

Ho raccolto alcune riflessioni sul tema *Giustizia e politica* sotto quattro argomenti:

- l'elezione dei giudici;
- il controllo sui giudici;
- giudici e altre cariche pubbliche;
- giudici e attività politica e partitica.

Si tratta di considerazioni che riguardano aspetti particolari, se non minori, della realtà ticinese: non toccano che marginalmente i grandi temi del significato della giustizia nello Stato moderno e della autonomia e indipendenza dei giudici.

Mi sembra giusto tuttavia osservare come premessa che, per circostanze fortunate e grazie ad un sufficiente adeguamento legislativo, i grandi problemi della giustizia (intesa come realizzazione di una società più giusta per tutti) nel nostro paese sono stati affrontati dal legislativo e dall'esecutivo con sufficiente tempestività ed efficacia, mantenendo il potere giudiziario nella sua funzione principale e specifica di applicare la legge positiva e non già di supplire a carenze o latitanze degli altri poteri statali.

1. Elezione dei giudici nel Ticino

La Costituzione prescrive l'elezione popolare, proporzionale quando sono diversi i posti da coprire (Costituzione cantonale, CC art. 45). L'elezione popolare, cioè con una scelta tra diversi candidati, presenta certi rischi: le qualità giuridiche e giudicanti dei candidati non sono elementi facilmente valutabili dalla maggioranza degli elettori; sono determinanti altri elementi, più o meno rispettabili, ma questo vale per ogni elezione popolare, dai consiglieri comunali, ai consiglieri di Stato ai presidenti degli Stati Uniti d'America...

Di fatto, nel Ticino, l'elezione popolare è solo «possibile»: solitamente c'è una sola candidatura, oppure c'è la designazione di un subentrante, presentate dai comitati politici; la scelta è fatta dagli organi di partito, e questo vale anche per le designazioni di altri «funzionari giudiziari» (come li chiama la CC, procuratori pubblici e giudici istruttori) e di certi «giudici» speciali (dei minorenni e delle espropriazioni), che la CC o le leggi affidano al Gran Consiglio.

La scelta talvolta non è felice: non c'è però la controprova che altre modalità potrebbero dare risultati migliori. Quando avviene da parte del Gran Consiglio, è possibile anche un certo controllo pubblico e reciproco dei partiti, ma non sempre

* Dal testo orale del 28 novembre 1988.

ha funzionato e i partiti sono gelosi delle loro proposte, che rispondono spesso ad equilibri interni più ampi.

I partiti hanno cercato di «codificare», con norme interne (tipo «commissioni cerca», ecc.), queste designazioni, ma in genere la scelta finale spetta all'organo politico o, meglio, ai suoi membri, che fanno valutazioni, al di là delle capacità giuridiche dei candidati. Spesso la scelta è quasi obbligata, per mancanza di candidati o per il rispetto (quasi assoluto) dei «diritti d'anzianità» o di ripartizioni regionali.

Rimedi possibili? I partiti potrebbero darsi procedure interne precise e pubbliche di designazione; inoltre (secondo passo), i partiti potrebbero darsi regole di controllo reciproco sui candidati, come pure garantire una certa «carriera» ai giuristi che si mettono a disposizione del Cantone (nei tribunali e nell'amministrazione); mi pare che questa regola vale fin qui solo per le magistrature inquirenti e requirenti, dove i sostituti accedono solitamente, in caso di vacanza, alla funzione di titolare; da qualche anno vale per la presidenza del Tribunale d'appello, con un turno biennale.

Concludendo questo punto osservo che l'indipendenza del giudice non dipende tanto dal modo di elezione, ma dalla personalità che il giudice dimostra dopo la entrata in carica; inoltre in genere tale indipendenza è rispettata dai partiti e dai politici e non sono noti casi di indebite ingerenze contro le quali i giudici ticinesi hanno dovuto ribellarsi.

2. Il controllo sui giudici

È nota la situazione ticinese: al di là dei rimedi giuridici (che riguardano però i singoli procedimenti) il controllo o vigilanza sui giudici è affidato alle autorità politiche: Gran Consiglio, in sede di rendiconto; Direttore del dipartimento di Giustizia e Consiglio di disciplina sull'attività dei singoli giudici. (CC art. 40 e 47, LOG art. 77 seg.).

Le norme sono largamente superate e ormai desuete, causa lo sviluppo dell'apparato giudiziario (numero dei giudici e dei procedimenti) e la crescita dei compiti dello Stato che ha messo in ombra, tra le preoccupazioni dei politici, la funzione giudiziaria; di fronte al disfunzionamento (relativo) della giustizia, i politici finiscono per discutere dei potenziamenti organizzativi (che sono senz'altro necessari) e tralasciano l'esame delle responsabilità personali, anche perché su una cinquantina di giudici, è normale che qualcuno sia ammalato, qualche altro meriti rispetto per la sua età o invalidità, ecc. ecc.

Il Gran Consiglio ha già accolto (anche se con scarso interesse) critiche su questo settore (sessione primaverile 1984, pag. 573); nel progetto di nuova Costituzione (art. 78) si propone un organismo specifico, in parte scelto dai giudici stessi.

Non c'è stato sin qui molto interesse ad affrontare l'argomento; sarebbe almeno necessario che qualche giurista vi dedicasse attenzione, per esplorare ed elaborare le diverse possibilità di soluzione. Gli ultimi contributi ticinesi sono di Sandro

Crespi («Vigilanza del parlamento sull'attività giudiziaria», RGP 1966, pag. 17 seg. e Rivista di diritto amministrativo 1980, parere 5 aprile 1978 sul Consiglio di disciplina, pag. 92 seg.).

3. Giudici e altre cariche pubbliche

Il tema è tornato di attualità con la nuova Legge organica comunale che all'art. 82 ha stabilito l'incompatibilità tra municipale e giudici e funzionari giudiziari, incompatibilità ritenuta legittima anche dal TF.

La necessità di stabilire alcune incompatibilità tra cariche giudiziarie e altre cariche politiche è evidente: la Costituzione cantonale applica rigidamente il principio della separazione dei poteri (art. 2 e 19 bis; art. 23 per i salariati cantonali e il Gran Consiglio); per le cariche comunali (municipio e consiglio comunale) la preoccupazione del legislatore è stata specialmente di opportunità, per sottrarre il giudice ad una valutazione di «partigianeria» da parte dei concittadini che lo vedono eletto da un partito ad una carica politica. Convengo che la soluzione scelta può essere criticata e può essere troppo severa (per i piccoli comuni), incompleta (non tocca i consigli comunali, spesso consessi più politicizzati e con dibattito pubblico), ignora le cariche interne di partito (un giudice, escluso dai municipi, potrebbe essere presidente di partito ad ogni livello). Ma è il difetto delle norme giuridiche «astratte», mentre il legislatore ticinese continua a considerare i comuni ticinesi tutti uguali, parificandoli in una sola LOC.

Ritengo che si potrebbe integrare la disposizione legale, con norme concordate dai giudici stessi, in un codice di comportamento liberamente elaborato.

4. Giudici e attività politica e partitica

È un tema solitamente ignorato, salvo qualche episodio minore, dove però non si è mai andato oltre (per quanto ricordi) le deplorazioni private.

Sia ben chiaro che nessuno intende privare i giudici dei loro diritti di cittadinanza, compresi quelli di militare in un partito e di partecipare ai dibattiti su argomenti politici: anzi per la loro preparazione giuridica, la loro assenza rappresenterebbe un deplorabile impoverimento per un paese che ha forze limitate.

Ma alcune regole dovrebbero essere rispettate, e siccome non sembrano da tutti (giudici o politici) ugualmente valutate, penso che si dovrebbero per quanto possibile esplicitarle.

Per quanto riguarda il *dibattito pubblico*, televisivo, radiofonico o giornalistico, una regola di comportamento potrebbe facilmente essere concordata, nel senso dell'astensione a partire da una certa data precedente il voto popolare.

Più difficile trovare una regolamentazione esaustiva per l'*attività partitica* (presenza a manifestazioni partitiche, assunzioni di cariche interne, candidature partitiche), ma alcune norme potrebbero essere concordate o dai giudici stessi (magari per iniziativa dell'associazione dei magistrati) o dai partiti: ad es. rinuncian-

do alla nomina di giudici in certi organismi di vertice, oppure limitare la funzione di oratori ufficiali in periodi elettorali, stabilire regole di comportamento per giudici che accettano la candidatura in elezioni, ecc. La regolamentazione dovrebbe estendersi anche agli alti funzionari statali e comunali, trovando la giusta misura tra l'interesse alla partecipazione politica di questi cittadini particolarmente qualificati e la tutela della immagine di imparzialità delle funzioni ricoperte. Più che disposizioni di legge, sarebbe auspicabile un accordo tra gli interessati, all'inizio anche parziale e provvisorio, e facilmente perfezionabile e completabile. Anche se i casi di comportamenti inopportuni sono stati rari nel recente passato, ritengo opportuno che qualche regola sia esplicitata, a garanzia della dignità della magistratura e del rispetto che tutti dobbiamo alla giustizia e ai nostri concittadini.

Riflessioni sull'indipendenza della magistratura*

MICHELE RUSCA

1. I due sistemi di nomina dei magistrati

Vorrei affrontare il tema giustizia e politica in un'ottica un po' particolare. Giocando sui termini, parlerei piuttosto di giustizia «o» politica chiedendomi come tenerle separate, come evitare la politicizzazione della giustizia e come escludere decisioni parziali e orientate più politicamente che giuridicamente. In altri termini: come assicurare praticamente l'indipendenza del giudice?

La tradizione giuridica dell'Europa continentale ha ravvisato una buona soluzione nell'istituzione di una magistratura per concorso: i magistrati vengono scelti secondo un criterio di capacità valutato in un esame aperto a tutti; una volta tale, il magistrato è inamovibile e la sua carriera determinata da scatti ciclici di rango, anche se al rango non corrisponde sempre necessariamente l'effettivo esercizio della funzione. La vita interna della magistratura viene in questo sistema gestita da un organo di autogoverno (in Italia, il Consiglio Superiore della Magistratura).

L'altro sistema, contrapposto alla magistratura di carriera o per concorso, è il sistema elettivo seguito dai paesi anglosassoni. Ha diverse forme, ma generalmente si è rinunciato all'elezione popolare a profitto di designazioni da parte di gruppi o persone che configurano una rappresentanza politica. La garanzia sarebbe qui costituita non dal concorso e dalla susseguente inamovibilità, quanto dall'esercizio della democrazia, diretta o indiretta, in un'ottica pluralista e proporzionale.

È curioso notare come nell'Europa continentale, la Svizzera, e il Ticino in particolare, sia forse l'unico paese che non ha seguito il sistema della magistratura per concorso. Con ciò, evidentemente, non intendo affermare che abbiamo ripreso il sistema elettivo anglosassone. A un pubblico di giuristi non è necessario spiegare che il nostro sistema giuridico ha ben poco a che vedere con il «common law». La ragione del nostro isolamento all'interno del sistema continentale è tutt'altra: il frazionamento politico, linguistico e giuridico non permette infatti una magistratura di concorso, per la semplice ragione che il comprensorio sarebbe troppo piccolo.

Ci si può chiedere se un sistema sia preferibile all'altro, ed eventualmente quale.

Sul piano teorico la magistratura scelta per concorso sembrerebbe offrire maggiori garanzie.

* Dal testo orale del 28 novembre 1988.

Senonché anche tale sistema non è immune da critiche. Anche se i magistrati non vengono scelti in funzione della loro appartenenza politica, questa dimensione riemerge inevitabilmente durante la loro carriera.

In primo luogo, palesemente, anche i magistrati hanno diritto di voto e godono di libertà costituzionali quali quelle d'associazione, di riunione, di manifestazione del proprio pensiero. Temo che volere dei magistrati senza idee politiche porterebbe solo ad avere dei magistrati senza idee «tout court».

Siamo abbastanza vicini alla realtà politica italiana per constatare che la magistratura per concorso può in ultima analisi rivelarsi più politicizzata di quella elettiva. Le recenti polemiche in seno al Consiglio Superiore della Magistratura ne sono una significativa espressione. Le cosiddette «correnti» che animano la magistratura italiana, evocate in questo ciclo di conferenze dal Giudice Caselli, e le sue precisazioni in merito alle proposte di «panachage» per l'elezione dei membri del CSM ne sono ulteriore conferma.

È ben vero che, in un sistema in cui i magistrati sono designati in base ad elezioni politiche, come in Ticino, viene forzatamente a mancare la garanzia dell'inamovibilità del magistrato, che indubbiamente costituisce un baluardo contro eventuali pressioni politiche. Senonché, in un sistema dove il magistrato non è necessariamente di carriera ma viene alla giustizia partendo generalmente dall'esercizio della libera professione, il rischio di non essere rieletto non è un handicap insormontabile, vista l'interscambiabilità delle carriere e professioni giuridiche. Se mi è concesso uno spunto ironico direi anzi che, in un Paese dove un procuratore di banca che sia appena un po' bravo guadagna di più di un procuratore pubblico, il problema non è tanto quello dell'inamovibilità quanto quello di trattenerne in magistratura persone capaci e competenti.

2. L'autocontrollo

Più che grazie a tal o tal altro sistema istituzionale, la politica può essere tenuta lontana dalle aule giudiziarie solo tramite l'autocontrollo dei magistrati, ciò che, aldilà degli individui, è una questione di costume e società.

Senza questo autocontrollo persiste il rischio di influenze politiche più o meno velate su singole decisioni e, ciò che è anche più grave, quello di creare dei terminali politicizzati in seno alla giustizia. Mi spiego meglio: è grave quando una decisione viene influenzata da gruppi di potere, ma è ancora più grave se il giudice stesso diventa un aperto rappresentante di una certa linea politica, ciò che può distorcere tutta una giurisprudenza.

Se va senz'altro riconosciuto che il potere giudiziario fa parte del potere politico generale, riprendendo la classica divisione tripartita dei poteri istituzionali, quello giudiziario si situa però in un'ottica particolare.

A nessuno passerebbe per la testa di volere un governo o un parlamento la cui

composizione o le cui decisioni non siano determinate da una equa ripartizione politica, rispettivamente da idee politiche possibilmente lungimiranti.

Per la composizione del potere giudiziario, invece, la rappresentatività politica è opinabile. Essa è segnatamente negata nella maggior parte degli Stati Europei continentali, e anche laddove una designazione politica del giudice viene praticata, si ammette generalmente che una volta eletto, il giudice deve o dovrebbe far prova di moderazione se non addirittura di un certo distacco rispetto all'area politica dalla quale proviene.

Quanto alle decisioni giudiziarie, mi pare inutile evidenziare che non devono assolutamente essere influenzate da un'ideologia politica, contrariamente a quanto avviene negli altri due poteri dove una linea politica che presieda singole decisioni è anzi auspicabile.

Il tema dell'indipendenza politica della magistratura è estremamente attuale: negli ultimi anni un gran numero di congressi e di conferenze internazionali ha avuto per tema l'indipendenza del giudice, senza parlare dell'allestimento di principi guida per l'indipendenza del giudice da parte dell'ONU. È quindi logico chiedersi il perché dell'attuale proliferare di lavori su questo tema.

3. Il potere giudiziario come argine all'esecutivo

Il potere giudiziario è sempre stato il meno potente rispetto ai poteri esecutivo e legislativo e quindi quello più soggetto ad influenze da parte degli altri due. Allorché vennero fondate le istituzioni dello Stato moderno, alla fine dell'*«ancien régime»*, il clima schiettamente illuminista ha messo l'accento sulla importanza prioritaria del potere legislativo: fu l'era delle grandi codificazioni che tentarono di cristallizzare la realtà in articoli di legge. Il potere d'apprezzamento del giudice venne così ristretto al massimo. Visto che la legge doveva tutto prevedere e tutto risolvere, al giudice non restava che applicarla. Per fare un unico esempio si pensi al regime delle prove legali che imponeva al giudice la preminenza di un mezzo di prova su di un altro, senza possibilità di apprezzamento.

Ma ancora oggi la supremazia del legislativo ha lasciato traccia nel divieto del controllo della costituzionalità della legge, che in alcuni paesi, come la Svizzera, è del tutto impossibile, mentre in altri è deferito ad una corte costituzionale, che però non è un vero e proprio organo del potere giudiziario ma un organo misto.

Questa forma di stretto legalismo è stata abbandonata all'inizio del nostro secolo, che vide però l'ascesa in prima posizione del potere esecutivo: nel periodo tra le due guerre mondiali l'industrializzazione crescente, lo sviluppo economico e la conseguente redistribuzione del benessere ha fatto sì che si passasse dallo Stato liberale (o liberal borghese) allo Stato sociale (o di benessere) nel quale l'esecutivo è stato progressivamente portato a intervenire in modo sempre più incisivo nella vita economica. Ciò ha comportato una dilatazione dell'amministrazione e un conseguente aumento del suo effettivo potere.

E ciò tanto più che in un primo tempo il potere giudiziario non poteva assolutamente intervenire quale controllo delle decisioni prese dall'esecutivo: queste erano prese «iure imperii» e in virtù della separazione dei poteri non potevano essere deferite al giudice. Non è a caso che proprio in quegli anni si affermavano in Europa le dittature di ben triste memoria.

Solo in un secondo tempo è stato istaurato un controllo giudiziario sull'attività delle amministrazioni pubbliche: dapprima istituendo timidamente delle commissioni di controllo. Anche in Ticino è poi solo da una ventina di anni che queste commissioni in materia fiscale e amministrativa sono state elevate al rango di tribunali, conglobandole anche formalmente nel potere giudiziario. Ancora oggi, in alcuni campi, si assiste alla creazione di istanze di controllo paragiudiziarie (ombudsman) che potrebbero poi evolvere in veri e propri tribunali.

I tempi moderni sembrerebbero così marcare una ripresa del potere giudiziario. In Italia si è visto come a seguito della cosiddetta supplenza del giudiziario di fronte all'inerzia degli altri due poteri istituzionali, con conseguenti fenomeni di protagonismo e di sovraesposizione della magistratura, si è sviluppata una dura reazione che ha avuto come filo conduttore l'esorcizzazione del «governo dei giudici».

In sintesi, mi pare si possa oggi affermare che il potere giudiziario, oltre alla classica funzione di servizio volto a dirimere le contese tra i cittadini, ha sviluppato un potere-dovere di controllo rispetto alla gestione della cosa pubblica. Ed è soprattutto in questa sua nuova funzione che l'indipendenza della magistratura può rivelarsi delicata, in quanto talvolta politicamente scomoda, ma nel contempo essenziale per poter efficacemente svolgere il suo ruolo di argine al potere esecutivo.

Riforme in corso e auspicate: argomenti pro e contro

CLAUDIO LEPORI

Premessa e introduzione

Nel contesto del ciclo di incontri pubblici promossi da Coscienza Svizzera sul tema *Stato e Giustizia oggi*, tra relazioni di più ampio respiro, il 23 novembre 1988 ha trovato spazio una comunicazione sulle riforme in corso e auspicate dell'organizzazione giudiziaria, quale avvio di conoscenza e prospettiva di settore al programma della serata rivolto più generalmente ai problemi contingenti di fondo della giustizia ticinese. Quell'esposto discorsivo è ripreso nella presente pubblicazione, con aggiornamento della situazione sino a giugno 1990, completazione dei dati d'assieme e assestamento della forma per le diverse esigenze del testo scritto: ma ancora non si emargina dagli appunti riassuntivi, più indicativi e pragmatici che non scientificamente esaustivi.

Per altrimenti precisare i limiti di queste note, si dà per acquisito, senza approfondimento di ricerca o di apprezzamento speculativo, che le scelte del legislatore anche in materia di organizzazione delle autorità dello Stato e quindi dei tribunali, trovano punto di partenza e di riferimento in presupposti, principi e convincimenti d'ordine ideale, filosofico, politico, qui con particolare riguardo alle libertà del cittadino, alla legalità nel procedere, all'indipendenza del magistrato. Ferma questa matrice, il passo verso la norma positiva si inserisce nel valore terminologico del concetto di organizzazione, quale ricerca di funzionalità in ordine all'ottimale raggiungimento degli scopi stabiliti o in altre parole quale assetto inteso ad assicurare e agevolare lo svolgimento dell'attività giudiziaria attraverso appropriata disponibilità di strutture, di mezzi, di uomini (e quest'ultimo accenno non vuole indulgere ad altezzosa pretesa di prestigio elitario, ma solo ricordare che diversità, convinzioni, fragilità, imperfezioni vanno tenute in considerazione e rispettate): l'operazione allora sconfinava nell'approccio tecnico, anche indirizzato dalla tradizione, dalla realtà sociale, dallo sviluppo economico, dal dettato geografico. In questo quadro si muove quindi il presente contributo.

L'organizzazione giudiziaria ticinese ancora oggi sostanzialmente è retta da quanto disposto dal decreto di riforma costituzionale in materia giudiziaria del 6 marzo 1910 (BU 1910 pag. 19) e da quanto di conseguenza attuato dalla legge organica giudiziaria civile e penale del 24 novembre 1910 (LOG - BU 1910 pag. 201 seg.): allora si era dato riscontro operativo alla prossima entrata in vigore — il 1° gennaio 1912 — del Codice civile svizzero, con aggiustamento anche delle competenze in materia penale, derivate dal concomitante varo del Codice di procedura penale del 3 maggio 1895 (e definite poi per quanto concerne le Corti delle assise criminali e

correzionali, composte di giudici della Camera criminale del Tribunale di appello e di assessori giurati, con la riforma costituzionale del 5 marzo 1922). Quelle scelte hanno retto l'usura del tempo e l'evoluzione dei tempi, con modifiche di mero adattamento conseguente alla dilatazione degli oneri in tutti i settori, sia per la buona prova di istituti conosciuti e collaudati, sia per l'incalzare dell'urgenza che difficilmente favorisce approfondimento e ripensamento innovativo, salvo che per la creazione di nuove giurisdizioni particolari. È alquanto significativo che la Costituzione cantonale — dal suo riordino del 29 ottobre 1967 contemplando agli art. 39 e 41-47 quanto disposto con le riforme del 6 marzo 1910 e del 5 marzo 1922 — ha subito solo la modifica degli art. 45 cpv. 2 e 47 cpv. 1 del 31 maggio 1970, in punto ad elezione e competenza dei Pretori, mentre per altre innovazioni anche rilevanti (quale ad esempio la creazione del Tribunale cantonale amministrativo) la si è ritenuta aperta ed esaustiva: diversamente, nel passato, scrupolo dell'inesperienza o maggior sensibilità pubblica facevano sì che novelle legislative di organizzazione giudiziaria fossero precedute da riforma costituzionale (nel secolo scorso il volgere di un quarantennio ne ha viste ben otto riguardanti norme sul potere giudiziario dettate dalla Costituzione del 4 luglio 1830). A partire dal 1924 la LOG venne così modificata come a proposta di oltre quaranta messaggi del Consiglio di Stato: saranno qui esaminate nel loro sviluppo con proiezione propositiva per il futuro, quelle concernenti il Pretore, la magistratura penale requirente ed inquirente ed il Tribunale di appello, di più immediato generale interesse.

Il Pretore

La LOG del 1910 ha istituito il Pretore, quale giudice di prima istanza per eccellenza in materia civile, salvo le eccezioni dei casi di ridotta importanza riservati al Giudice di pace e delle competenze particolari facoltative o esclusive del Tribunale di appello: già era pure giudice unico in materia di contravvenzioni (o meglio di trasgressioni, secondo il Codice penale ticinese) e presidente delle Assise pretoriali, investite di determinati reati minori. In tal modo veniva attuato il concetto del giudice unico per Distretto, in luogo e vece dei precedenti collegi: di pregio era la responsabilità personale di giurisdizione legata al territorio.

Ma la presenza del Distretto di Lugano, più popolato ed economicamente avanzato, già aveva condotto a giustificare una suddivisione territoriale per la designazione di due Pretori autonomi per giurisdizione, con un pragmatismo contingentemente utile, ma contrario alla logica delle entità locali, supporto anche storico dell'organizzazione, e in tempi lunghi foriero vuoi di freni innovativi, vuoi di altre distorsioni dalla regola di partenza. Infatti quella prima scelta di sdoppiamento di giurisdizione territoriale all'interno dello stesso Distretto neppure ha rispettato l'estensione dei circoli: come all'art. 7 LOG (costante sino ad oggi a stabilire il «numero» dei Pretori, per cui più non sarà citato) e come alla denominazione desumibile dall'art. 33 delle disposizioni transitorie, il Pretore di Lugano-Città era

competente per i seguenti comuni (gli altri rientrando nella giurisdizione del Pretore di Lugano-Campagna): Lugano, unico dell'omonimo circolo; Calprino (denominato Paradiso dal 12 luglio 1929), del circolo di Carona; Massagno, del circolo di Vezia; Viganello e Castagnola, del circolo di Pregassona (ricordando che il 14 dicembre 1971 Castagnola, con Bré-Aldesago, si è fuso con Lugano). Un'altra constatazione di fatto riferita al 1910 non andava forse sottovalutata e cioè quella dei minori oneri per i Pretori delle Valli, riflessa nella relativamente importante differenza di onorario rispettivamente — per i segretari assessori — di stipendio (v. il citato art. 33 delle norme transitorie) e pochi anni dopo nell'attribuzione a questi soli magistrati delle funzioni di Ufficiale del registro fondiario e di Ufficiale di esecuzione e fallimenti (art. 16 LOG, come modificato con D.L. 22 settembre 1924, BU 1924 pag. 283, e tuttora vigente), che peraltro ancora consentiva in queste giurisdizioni periferiche un orario ridotto (v. art. 6 cpv. 1 del regolamento delle Preture dell'11 dicembre 1924, BU 1924 pag. 331).

Al primo potenziamento, determinato da note ragioni di espansione demografica ed economica nei centri, si è giunti con la legge 23 novembre 1953 (BU 1954 pag. 1) che ha portato i Pretori di Lugano a tre e ne ha istituiti due a Locarno, ferma restando l'attuazione di una ripartizione o suddivisione giurisdizionale territoriale.

Per quanto di valore concreto, più che ideale, si è giunti ad una miglior corrispondenza tra giurisdizione pretorile e circolo, tanto che per Lugano-Città, Lugano-Campagna e Lugano-Ceresio solo il comune di Massagno venne attribuito a quest'ultima Pretura, contrariamente agli altri Comuni del Circolo di Vezia, sottoposti alla Pretura di Lugano-Campagna. Il Pretore di Locarno-Città è diventato competente per il circolo omonimo, mentre il collega di Locarno-Campagna per gli altri circoli del distretto: ma poi disequilibrio di oneri ha condotto all'aggregazione di due comuni del Circolo della Navegna — Minusio e Brione sopra Minusio — alla Pretura di Locarno-Città (come alla legge del 29 novembre 1962, BU 1963 pag. 24).

Innovazione sostanziale di indirizzo si è avuta con la legge del 10 novembre 1970 (BU 1971 pag. 3) che, a lato ed a sgravio delle esistenti Preture luganesi, ha istituito la Pretura di Lugano-Distretto con competenza esclusiva in tutta la giurisdizione distrettuale per determinate procedure, quali il giudizio penale sui decreti di accusa, gli interventi non contenziosi di camera di consiglio, le attribuzioni in tema di esecuzione e fallimenti (cfr. l'art. 15 bis LOG, abrogato dalla legge 25 febbraio 1985).

Interessante ricordare che il Consiglio di Stato aveva proposto la creazione di una nuova giurisdizione territoriale denominata Pretura di Lugano-Vedeggio e l'attribuzione di una competenza propria al Segretario assessore in materia di giurisdizione non contenziosa. Ma una tenace minoranza della Commissione della legislazione è riuscita a far passare il nuovo concetto di Pretore competente per materia, con estensione distrettuale (cfr. Verbali del Gran Consiglio, sessione ordinaria autunnale 1970, pag. 124 per il Messaggio, pag. 147 seg. per i rapporti commissionali e pag. 78 seg. per la discussione plenaria) dopo che — nelle more dei

lavori commissionali — il popolo è stato chiamato ad approvare, nella votazione 31 maggio 1970, la modifica degli art. 45 cpv. 2 e 47 cpv. 1 della Costituzione Cantonale, così da consentire in presenza di più Pretori, la suddivisione dei distretti in circondari stabiliti dalla legge e da trasferire a questa la facoltà di determinare le competenze dei Pretori anche per materia, oltre che per territorio.

Pochi mesi dopo la Pretura di Mendrisio è stata sdoppiata nelle giurisdizioni di Mendrisio-Nord e di Mendrisio-Sud, corrispondenti a determinati circoli del Distretto (vedi la legge del 21 giugno 1971, BU 1971 pag. 239).

Con legge 25 febbraio 1985 (BU 1985, pag. 167) altro rivoluzionamento organizzativo ha preteso assestare ed equilibrare l'attività delle Preture di Lugano, dopo un paio d'anni del palliativo del Pretore straordinario a «coadiuvare» quello di Lugano-Distretto (art. 7 bis LOG, intesa quale norma transitoria sino al 31 dicembre 1984 secondo la legge del 5 luglio 1983, BU 1983 pag. 163, e quale sua proroga sino al 31 luglio 1985 secondo la legge del 7 novembre 1984, BU 1984 pag. 305), con l'aggiunta di altri due Pretori con competenze particolari per materia sul territorio dell'intero distretto, ad uno essendo accollati parte degli oneri del precedente Pretore di Lugano-Distretto ed all'altro le attribuzioni relative al diritto di famiglia e alle commissioni rogatorie.

Formalmente si è inteso unificare questa giurisdizione distrettuale («...vi sono sei Pretori, tutti con residenza a Lugano e con giurisdizione sull'intero Distretto», art. 7 cpv. 2 LOG), con implicito accenno a formazione di collegio, per la designazione biennale di un presidente — e di un vice-presidente — che in particolare «ripartisce tra i Pretori i procedimenti», ma ciò avverrà «secondo un regolamento che fissa anche l'organizzazione della Pretura» e che «è stabilito dal Consiglio di Stato, sentiti i Pretori» (art. 7 cpv. 3 LOG). Ed in effetti il Regolamento sull'organizzazione della Pretura del Distretto di Lugano del 21 agosto 1985 (BU 1985 pag. 342) ripartisce fino all'ultimo dettaglio le cause tra i sei Pretori: per tre di loro è mantenuta una giurisdizione territoriale delimitata, con competenze generali salvo determinate specifiche materie distribuite singolarmente agli altri tre, ma per tutto il distretto. Nessuno spazio è riservato per autonoma correzione interna, anche in caso di impedimento legale di un Pretore o di proroga convenzionale di foro, con vanificazione di qualsivoglia conseguenza della proclamata unificazione e con mortificazione di attribuzioni collegiali o presidenziali (la competenza autonoma dei Pretori essendo per Sezione).

Basta la lettura di questo farraginoso regolamento per comprendere quanto mai pragmatica sia tale organizzazione, cui si è giunti senz'altro movente né finalità oltre alla contingente necessità di fronteggiare accumularsi di oneri ed alla preoccupazione di suddividerli in modo quantitativamente equilibrato tra i sei magistrati: così si hanno persino attribuzioni territoriali di quartieri (la competenza della Sezione 1 si estende al Comune di Lugano «fatta astrazione della parte dello stesso già costituente i Comuni di Castagnola e di Bré») nonché divisione di identica materia (le procedure esecutive aventi per oggetto crediti fondati sul diritto pubblico sono di pertinenza della Sezione 4, quelli fondati sul diritto privato della Sezione 5).

Un nuovo potenziamento d'urgenza è stato disposto, sempre e solo per il Distretto di Lugano, con la legge del 24 ottobre 1988 (BU 1988 pag. 336) che ha ripristinato l'art. 7 bis LOG quale norma transitoria intesa alla nomina di due Pretori straordinari per il periodo di due anni dalla loro entrata in carica (effettiva il 1. aprile 1989). L'art. 9 del citato regolamento (decreto 23 novembre 1988, BU 1988 pag. 329) dispone transitoriamente circa le competenze di questi due magistrati e conferma l'intromissione dell'autorità esecutiva, con poco rispetto della separazione dei poteri: da una parte il Consiglio di Stato continua a dettare le regole di competenza e dall'altra il Dipartimento di Giustizia tiene trimestralmente il conto degli incarti evasi dai Pretori straordinari.

Come si è visto, l'interesse del legislatore è sempre stato mosso da necessità contingenti derivate dall'espansione socio-economica, specialmente esplosa a Lugano. È mancata una visione generale dell'istituto del Pretore rispettivamente della prima istanza civile, con ricerca e approfondimento di soluzioni al contempo unitarie, equilibrate, in grado di affrontare l'evoluzione. E così solo marginalmente o incidentalmente sono stati toccati i Pretori delle valli: il loro carico di lavoro è stato parificato a quello dei colleghi cittadini con la modifica 6 ottobre 1962 dell'art. 6 del Regolamento delle Preture (BU 1962 pag. 209) e analogamente la remunerazione, con la legge sugli onorari dei magistrati del 14 maggio 1973 (BU 1973 pag. 105), mentre d'altro canto sono state accollate loro nuove competenze, per far meno evidente il divario di oneri tra periferia e centri (come la presidenza degli uffici di conciliazione per le controversie derivanti da contratti tra consumatori finali e fornitori, di nomina del Consiglio di Stato: cfr. Decreto esecutivo 7 ottobre 1986 in BU 1986 pag. 242 e la prima designazione sul FU 10 ottobre 1986 N. 81 pag. 3722).

L'intangibilità delle Preture di Vallemaggia, Riviera, Blenio e Leventina è scelta di politica generale, vuoi quale tutela dell'interesse delle parti dominanti in quei distretti, vuoi — più nobilmente — quale utile presenza in periferia di riferimenti di prestigio e di cultura in senso lato che utilmente si riflette nella società, attraverso la consulenza e lo stimolo. Ma, a meno di prendere come metro per tutte le Preture il carico di oneri di quelle delle valli, ai fini di identiche possibilità operative su tutto il territorio del Cantone, non è soluzione di corretta ed equilibrata politica giudiziaria, oltretutto inserita in un diverso divenire e sviluppo delle entità locali e regionali.

Limitata a questi accenni la diversa problematica delle Preture delle valli, un discorso di fondo va urgentemente affrontato per l'istituto della Pretura come tale, avute evidentemente presenti le necessità di quelle oberate di città. Non è infatti auspicabile una riconferma a tempo dei due Pretori straordinari di Lugano, con solo rinvio di una soluzione definitiva: d'altro canto non è prevedibile chiudere occhi e preoccupazioni all'inevitabile sviluppo delle giacenze irrisolte e dell'urgenza dei tempi. Preoccupazione — specie riferite a Lugano — vengono ancora presentemente espresse in sede di Gran Consiglio (v. il rapporto 7 giugno 1990 sul rendiconto del Dipartimento di Giustizia e la discussione plenaria del 27 giugno 1990): ma sembra riduttivo escludere un aumento di magistrati per un semplice

spoglio raffronto statistico ed attendersi rimedi unicamente dalla modifica del regolamento.

Mantenendo la tradizione ed i risultati positivi del giudice unico di prima istanza con competenze generali per un determinato territorio, un indirizzo potrebbe essere quello di Preture regionali — e non strettamente distrettuali — con un magistrato titolare, responsabile dell'organizzazione del lavoro e della distribuzione delle pratiche ad uno o più colleghi che lo coadiuvano. Verrebbe reintrodotta piena competenza per ogni Pretura, riservata la possibilità interna della specializzazione, senza però rigide delimitazioni, ed eventualmente l'attribuzione ad altre istanze dei giudizi penali (da ricondurre a tribunale proprio ed unico, per evitare le disparità di trattamento, non sanabili per assenza di appello); e potrebbero essere pure abolite le competenze giurisdizionali del segretario-assessore.

L'importanza e la necessità di questo funzionario sono da far risalire alla praticità di supplenza locale, per possibili ricorrenti impedimenti del Pretore, unico magistrato della giurisdizione: l'eccezionalità dell'intervento del segretario-assessore è stata implicitamente confermata dal legislativo, che non ha accolto la proposta del Consiglio di Stato di attribuirgli competenze proprie in materia non contenziosa con il Messaggio del 20 dicembre 1968 (Verballi del Gran Consiglio, loc. cit., pag. 124 seg.), ma ancora è pratica costante di abusare di impedimenti del Pretore per far di quel funzionario un giusdicente a tempo pieno (nelle giurisdizioni cittadine), contrariamente al limitato scopo dell'istituto ed a separazione dei poteri sancita costituzionalmente. Anche in questo campo si è attuata una distorsione dell'originaria prudente volontà del legislatore, con sicuramente pratica utilità, che tuttavia non giustifica offesa ai principi.

Ministero pubblico e Istruzione giudiziaria

Nel Messaggio del Consiglio di Stato concernente la revisione totale del Codice di procedura penale (dell'11 marzo 1987) si menzionano problemi d'ordine strutturale ed organizzativo — quali la creazione di un Tribunale criminale cantonale, l'istituzione dell'appello, il mantenimento o meno del dualismo Procuratore pubblico e Giudice istruttore — per rinviarli a futuro esame, in contesto proprio, non strettamente procedurale. Ci si è comunque in seguito accorti — anche in concomitanza con incalzante dilatazione degli oneri e con richieste di conseguenti potenziamenti degli uffici — della necessità di adeguare gli istituti per la loro connessione o interazione con le scelte procedurali. Così i lavori della Commissione speciale del Gran Consiglio per la revisione del Codice di procedura penale sono stati sospesi per lasciar spazio all'allestimento di studi e progetti in materia prettamente organizzativa. In questa prospettiva lo scrivente ha presentato all'intenzione del Consiglio di Stato il rapporto 16 settembre 1988 su «L'organizzazione del Ministero pubblico (rispettivamente dell'Istruzione giudiziaria)», concludente per l'unificazione territoriale di quegli istituti, e il rapporto 21 agosto 1989 su «L'esercizio dell'azione penale nel Cantone Ticino (organizzazione e competenze della magistratura requirente e inquirente)», con concrete ipotesi innovative in materia.

Previa ampia consultazione, il lod. Consiglio di Stato con risoluzione 26 settembre 1989 ha deciso in linea di principio «di procedere alla soppressione dell'istituto del giudice istruttore e di studiare la creazione di un organismo cui competa la vigilanza e il controllo dell'operato del magistrato unico e dell'inchiesta in generale», designando una speciale commissione per la preparazione di proposte operative con la relativa motivazione. D'altro canto il Messaggio 14 marzo 1990 concernente l'unificazione delle Procure pubbliche è al momento attuale dinnanzi alla citata Commissione granconsigliare. Questi lavori e queste proposte si inseriscono in un indirizzo nuovo, che vuole un approfondimento degli istituti per meglio elaborare le loro esperienze positive in vista di effettivo miglioramento dell'organizzazione. Ad essi si rinvia per più completa conoscenza della materia, qui bastando il riassunto e la puntualizzazione degli elementi più significativi.

Anche la suddivisione nelle due giurisdizioni — sopracenerina e sottocenerina — delle Procure pubbliche e dell'Istruzione giudiziaria risale alla legge organica giudiziaria del 24 novembre 1910, con il suo art. 55 (corrispondente al vigente art. 54) che ha posto a capo di ognuna un magistrato eletto dal Gran Consiglio, rispettivamente Procuratore pubblico e Giudice istruttore (che solo di transenna hanno trovato dignità di collocazione costituzionale).

Questo assetto ha dato buona prova, come dimostrato dalla sua durata nel tempo sino alla legge del 28 dicembre 1959 (BU 1960 pag. 28) che ha raddoppiato i magistrati di ogni ufficio, con la creazione del Sostituto procuratore pubblico e del Sostituto giudice istruttore, per fronteggiare l'aumento di oneri e pendenze, sia di ordine quantitativo che qualitativo. Solo in questa evenienza vennero affrontate e discusse altre soluzioni rispetto al semplice potenziamento numerico di magistrati con le stesse prerogative, competenze e responsabilità: il Consiglio di Stato, con Messaggio del 20 giugno 1958, aveva così scartato la designazione di un Procuratore pubblico generale con due sostituti, il mero potenziamento con personale ausiliario quand'anche di formazione giuridica e il raddoppio delle giurisdizioni territoriali uninominali, per proporre sostituti che avrebbero agito sotto la vigilanza e secondo le direttive del Procuratore pubblico o Giudice istruttore titolare, ma il Gran Consiglio ha deciso per la creazione di nuovi magistrati con pienezza di responsabilità ed autonomia, quindi solo di nome «sostituti», al titolare rimanendo il ristretto compito di coordinare l'attività dell'ufficio e provvedere al buon andamento della Cancelleria.

Negli anni successivi si è confermato questo indirizzo di fondo, senza apparente preoccupazione dell'incidenza sul piano operativo di più magistrati di pari competenze, con le seguenti modifiche dell'art. 54 LOG e correlative norme transitorie:

- legge 8 ottobre 1973 (BU 1973 pag. 211): i sostituti delle giurisdizioni sottocenerine sono portati a due;
- istituzione a titolo temporaneo delle cariche di sostituto straordinario per la Procura pubblica e l'Istruzione giudiziaria sottocenerine, sino al 30 settembre 1979, con decreto legislativo del 27 giugno 1977 (BU 1977 pag. 163); e qui si accentua — come poi anche per le Preture di Lugano — insicurezza propositiva governata dall'urgenza;

- istituzione per due anni della carica di Sostituto procuratore pubblico sopracerino e proroga di due anni per quella analoga della giurisdizione sottocenerina, con decreto legislativo del 3 luglio 1979 (BU 1979 pag. 213): non è per contro rinnovata la funzione del terzo magistrato inquirente sottocenerino;
- legge 17 giugno 1981 (BU 1981 pag. 164): i Sostituti procuratori pubblici, di cui al precedente decreto legislativo, entrano definitivamente nell'organico;
- nuovamente è istituita la carica di Sostituto giudice istruttore straordinario nella giurisdizione sottocenerina, per il periodo di due anni, con decreto legislativo 22 maggio 1989 (BU 1989 pag. 210): è stata la soluzione proposta dalla maggioranza della Commissione granconsigliare, di contro al Messaggio 23 novembre 1988 del Consiglio di Stato che prevedeva la nomina per un solo anno di un Sostituto giudice istruttore e procuratore pubblico straordinari, mentre una minoranza commissionale ha insistito per quest'ultima soluzione, ma della durata di due anni.

Indubabilmente le scelte del 1910 erano apprezzabili e valide nel passato, per i contenuti oneri che potevano essere adeguatamente fronteggiati nella suddivisione territoriale, per ovviare alle disagioli possibilità di comunicazione, e nella ripartizione di competenze, dovuta all'assenza di organismi di polizia agguerriti e specializzati. Ma l'evoluzione di tempi non è poi stata apprezzata nel conseguente mutare di esigenze organizzative e funzionali: appena abbozzato, ma non recepito discorso di fondo degli anni 1958 e 1959, ha lasciato solo spazio ad acritici potenziamenti personali con la lodevole intenzione di consentire sollecito disbrigo delle dilaganti pratiche, senza nessuna preoccupazione per il funzionamento interno di organismi istituiti per un unico magistrato che venivano estesi a più colleghi di ugual grado e competenza.

Disagi concreti sono derivati a danno di unitarietà di prassi delle e anche nelle Procure pubbliche, ma soprattutto ed in contrasto con lo spirito della legge è maturata sino a consolidamento la preminenza del Procuratore pubblico, con snaturamento e svuotamento delle prerogative del Giudice istruttore, intese a garanzia di equilibrio nell'acquisizione delle prove. Da una parte il sempre maggior numero di procedimenti penali che non esigono per legge istruzione formale (come solo vogliono quelli deferiti alle Assise criminali), ha fatto assurgere le informazioni preliminari ad istruttoria vera e propria diretta dal Procuratore pubblico ed in concreto esperita da suoi segretari o da funzionari di polizia: nell'ultimo decennio annualmente sono state concluse 180/210 istruttorie da parte dei Giudici istruttori, mentre i Procuratori hanno emanato da 3000 a 3400 decisioni di rinvio a giudizio (decreti e atti di accusa). Ma da altro canto anche quando vi è formale esigenza di intervento del Giudice istruttore, il Procuratore pubblico assume preventivamente ampie ed approfondite informazioni preliminari, tanto da ridurre la conseguente istruttoria formale a bella (o brutta) copia di elementi probatori già acquisiti (il che è fatalmente d'obbligo per inchieste ramificate e coinvolgenti più prevenuti, non gestibili dal Giudice istruttore che non può far capo alla polizia giudiziaria).

Come accennato sopra, i lavori e le proposte in atto son intesi ad ovviare agli in-

convenienti di funzionamento, dovuti alla crescita degli uffici, e volti ad efficacia ottimale nel rispetto delle ragioni di tutte le parti e delle concorrenti necessità d'ordine ideale e pratico. L'indirizzo programmatico in questo contesto può essere definito nel rispetto della tradizione (per quanto di positivo deducibile da esperienza, affinata dalla giurisprudenza e penetrata nella coscienza e nelle abitudini), nella conferma della massima garanzia per i diritti individuali, nell'uniformità del trattamento e la sollecitudine del procedere (sia nei confronti del presunto colpevole, sia nei confronti della vittima, con attenta contemperazione della situazione dell'uno e dell'altra) e nella ricerca di mezzi umani, tecnici e normativi per l'assolvimento dei compiti istituzionali affidati agli organismi giudiziari.

L'unificazione territoriale della Procura pubblica (quella dell'Istruzione giudiziaria non è proposta con il Messaggio del Consiglio di Stato, con poco convincente motivazione) non esorbita da una correzione prettamente tecnica, governata dalla ricerca di efficienza, distribuzione più equilibrata degli oneri, unitarietà di azione e di impatto, per cui ci si potrebbe chiedere quali motivi hanno suscitato qualche resistenza, se non futilità di campanilismo o pigrizia mentale. In ogni modo, affinché non perda efficacia nei suoi risvolti concreti, occorre non snaturare la figura del Procuratore pubblico generale, per appiattirlo a *primus inter pares* in balia di volubili maggioranze collegiali, e consentire elasticità in materia di sede operativa. Mantenuta la pienezza di competenza di ogni singolo Procuratore pubblico dal momento della promozione da parte sua dell'accusa, in un determinato settore di attività preventivamente ed astrattamente attribuitogli, al Procuratore pubblico generale va riconosciuto il peso decisivo in quest'ultima generica preliminare incombenza e l'esclusiva responsabilità nella soluzione di conflitti di competenza interna e nelle supplenze contingenti o temporanee: egli deve inoltre autonomamente definire l'organizzazione amministrativa degli uffici, stabilire i rapporti con l'esterno, non strettamente connessi con un procedimento in corso, e dare in proposito direttive vincolanti per i colleghi. Anche per questo le sue responsabilità e la sua immagine devono essere sottolineate attraverso elezione (e rielegibilità) personale da parte del Gran Consiglio. Sede appropriata del Ministero pubblico dovrebbe trovarsi nelle immediate vicinanze della polizia giudiziaria e del carcere preventivo: fino a che buon consiglio prevalente su riduttive manifestazioni di egoismo locale non avrà portato ad unificazione e concentrazione di massima in questi settori complementari all'attività inquirente e requirente, la centralizzazione della Procura pubblica dovrà avvenire ragionatamente, con riunione nella sede principale dei servizi di stato maggiore e mantenimento di fronti operativi in prossimità di utenti e collaboratori.

La scelta del magistrato unico in sede predibattimentale — tra altre possibilità organizzative di sostanziale revisione e miglioramento del vigente ordinamento — ha fatto seguito ad un'importante precisazione d'ordine procedurale e cioè alla ridefinizione della promozione dell'accusa, quale momento d'avvio del rapporto giurisdizionale tra autorità requirente (inquirente) e prevenuto. Prima vi saranno le informazioni preliminari, ricondotte al loro delimitato scopo di accertare seri indizi di elementi costitutivi di reato e di identificare il presunto autore: conclusa

positivamente questa operazione si ha ipso facto promozione dell'accusa e quindi istruzione formale, con pienezza ed uguaglianza di trattamento e di mezzi di difesa, avendo il Procuratore così manifestato — nel contempo e concretamente — la sua convinzione dell'esistenza di un reato riferito alla responsabilità di una determinata persona ed il suo intento di proseguimento sino alla pronuncia della sanzione di legge.

Garantita così di principio l'equità in connessione con identità di procedura per ogni caso e per ogni prevenuto, il magistrato unico avrà anche il pregio dell'efficienza e della celerità, con diretta e completa responsabilizzazione, di contro all'apparente garanzia di un dualismo che in realtà — oltre ad appesantire lo svolgimento del processo — può avere risvolti in contrario senso e cioè di deresponsabilizzazione. Rimane in ogni modo necessario — come per ogni modello organizzativo — un controllo esterno a richiesta delle parti con procedura ricorsuale rispettivamente d'ufficio rispetto ai più importanti ed incisivi provvedimenti: né va dimenticato ovviamente adeguata partecipazione del patrocinatore, con l'osservazione che più questa è ampia e meno sono di rilievo interventi dell'autorità di sorveglianza.

Se lo schema organizzativo e procedurale è abbastanza semplice e lineare, più difficile è definire tempi e modalità di intervento del patrocinatore (specie del difensore) ed estensione delle competenze ricorsuali.

Occorre infatti mantenere agilità di norme, in ordine alle ricordate premesse di speditezza e produttività, nella contemperazione dei diversi e divergenti diritti e scopi perseguiti da autorità e parti: alla sanzione per il reato si deve giungere con correttezza di mezzi e di strumenti, senza cadere negli opposti eccessi del garantismo e del vittimismo. Pieno rispetto dei diritti della difesa dovrà consentire appropriata tutela della vittima, sia per la riparazione del torto sofferto, sia più generalmente per preventiva salvaguardia di pubblica tranquillità.

Il Tribunale di appello

Sin dal sorgere della nostra Repubblica, quale massima autorità giudiziaria di seconda istanza in materia civile e penale (o criminale, come detto allora) è stato istituito il Tribunale di appello (art. X dell'Atto di mediazione; art. 22 della Costituzione del 4 luglio 1830). Si sono susseguite più riforme e modifiche, non tanto dettate da volontà di miglioramento e progresso, quanto intese a piegare gli organismi giudiziari alle temperie partitiche del momento, sino al già menzionato Decreto di riforma costituzionale in materia giudiziaria del 6 marzo 1910 ed alla legge organica del 24 novembre 1910 che ha dato al Tribunale di appello la struttura sostanzialmente confermata sino ai giorni nostri. Allora, composto di sette giudici, comprendeva una Camera civile d'appello, una Camera di cassazione civile, una Camera delle esecuzioni e dei fallimenti ed una Camera dei ricorsi penali: per la prima istanza penale era stato creato un Tribunale a sé stante, che verrà poi conglobato nel Tribunale di appello quale Camera criminale con la riforma costituzionale del 5 marzo 1922 (BU 1922 pag. 77) e la modifica 4 maggio 1922 della

LOG (BU 1922 pag. 149), per ragioni di praticità ed economia che avranno però l'insoddisfacente riflesso di coabitazione nello stesso collegio del giudice del merito e di quello di cassazione. A quest'ultimo proposito si ricorda che i disposti costituzionali consentono due modi diversi di organizzazione della Corte di cassazione e di revisione penale: di principio come tribunale a sé composto del Presidente del Tribunale di appello e di quattro membri (art. 43 cpv. 5 CstC, derivato dal Decreto costituzionale di riforma dell'organizzazione giudiziaria e della procedura in materia penale del 30 dicembre 1894, BU 1895 pag. 71) oppure come sezione dello stesso Tribunale di appello (art. 44 cpv. 3 CstC, corrispondente alla citata riforma costituzionale del 6 marzo 1910). Il primo sistema fu adottato con la LOG del 1910: ha lasciato posto alla CCRP, quale corte del Tribunale di appello, con le modifiche del 28 maggio 1941 (BU 1941 pag. 194) in concomitanza con l'entrata in vigore del Codice penale svizzero il 1. gennaio 1942.

Competenze e composizione del Tribunale di appello sono state ampliate con il tempo, sempre secondo l'indirizzo di un affastellamento di oneri, più o meno adeguatamente accompagnati da potenziamento di mezzi operativi, senza riguardo a fatale appesantimento del complesso. Con legge 24 novembre 1953 (BU 1954 pag. 1) i componenti del Tribunale sono stati aumentati a nove, essendo anche istituite due nuove sezioni: la Camera cantonale delle assicurazioni denominata Tribunale cantonale delle assicurazioni e la Camera delle espropriazioni denominata Tribunale cantonale delle espropriazioni. I giudici sono diventati quattordici con la novella 19 aprile 1966 (BU 1966 pag. 214), in corrispondenza con l'istituzione della Camera di diritto amministrativo denominata Tribunale cantonale amministrativo (che ha pure assunto le competenze di seconda istanza in materia espropriativa) e della Camera di diritto tributario, prescindendo con argomentazioni diverse e pretestuose da previo ancoramento costituzionale: la stessa riforma ha spostato la competenza di seconda istanza sulle contravvenzioni dalla Camera dei ricorsi penali al Tribunale amministrativo (art. 31 LOG secondo il tenore delle modifiche 4 maggio 1922, 28 maggio 1941 e 19 aprile 1966). La revisione del 29 novembre 1971 (BU 1972 pag. 5) ha portato il numero dei giudici agli attuali diciassette, per fronteggiare l'incremento degli oneri specie in materia amministrativa e civile, che ha pure determinato la creazione di due Camere civili di tre giudici, in luogo dell'unica Camera civile composta di cinque giudici. In concomitanza con modificazioni delle leggi professionali, il 23 febbraio 1983 (BU 1985 pag. 212 e 633) è stata istituita la Camera per l'avvocatura e il notariato.

Il 22 maggio 1990 il Gran Consiglio ha votato una sostanziale modificazione delle norme organiche concernenti il Tribunale di appello (la legge è stata pubblicata sul Foglio Ufficiale 1. giugno 1990, pag. 2553, per la decorrenza del termine di referendum, che non appare utilizzato, per cui potrà prossimamente entrare in vigore): il numero dei giudici è portato a venti che si ripartiscono nelle tre sezioni in cui viene suddiviso il Tribunale — otto nella Sezione di diritto civile, nove nella Sezione di diritto pubblico, tre nel Tribunale penale cantonale —, senza possibilità di sedere in più sezioni, salvo in caso di supplenza straordinaria e salvo gli organismi di gestione comune quali, ad esempio, la Camera per l'avvocatura e il notariato e la nuova Commissione amministrativa.

Come alle argomentazioni del Messaggio 19 dicembre 1989 del Consiglio di Stato — derivate dai lavori di una Commissione speciale e fatte proprie dal legislativo — si è voluto approdare ad una soluzione che fronteggiasse il contingente preoccupante degli oneri e che nel contempo si risolvesse in miglior agilità operativa, nel rispetto della dignità dell'ufficio e della sua immagine esterna. E al di là del risultato sicuramente soddisfacente (nella consapevolezza dell'illusorietà di perfezione dell'opinabilità di scelte organizzative), è da sottolineare la nuova mentalità di approccio, di considerazione e di decisione, staccata da schemi fissi, così come già si è rilevato per quanto attiene alla magistratura penale. I pregi di questa riforma possono essere riassunti come segue, considerando l'aumento dei giudici semplice necessità per emergenza statistica: è migliorata l'efficacia dell'attività giurisdizionale di sezioni omogenee per affinità di materia, con possibilità di specializzazione e corresponsabilità collaborativa; rimane comunque facilitato, in caso di vacanza, il passaggio da una sezione all'altra, l'elezione contemplando l'intero collegio come corpo unico; anche sotto il profilo puramente amministrativo, risulta semplificata la gestione di entità ridotte, con il coordinamento generale della Commissione amministrativa; è consacrata la separazione dei tribunali diversamente interessati alla giustizia penale, con la Corte di cassazione e revisione penale nella Sezione di diritto civile, la Camera dei ricorsi penali nella Sezione di diritto pubblico e soprattutto il Tribunale penale cantonale quale sezione propria, necessaria immagine di indipendenza e di assoluta esclusione di paventate influenze per collegialità di attività in altre Camere (v'è solo da rimpiangere la reintroduzione, da parte del Gran Consiglio, della possibilità di supplenze straordinarie nella prima istanza penale da parte di giudici di altre sezioni, il che basta a modificare un principio, nel nome di insensibile pragmatismo delle contingenze); è conservato il prestigio della comune dignità di giudice d'appello per i componenti di ogni sezione.

Quest'ultima revisione, appropriata alla presente situazione, non deve essere considerata un punto di arrivo, sul quale ritornare poi solo eventualmente nel futuro. Già in presenza del citato Messaggio del 19 dicembre 1989 ed in corso di approfondimento dello stesso, il Tribunale di appello ha fatto presente la necessità di immediatamente riprendere studi ed approfondimenti, per evitare il disagio di un domani risolto con criteri di urgenza, difficilmente buona consigliera (e così è pure stato pubblicamente richiamato all'apertura dell'anno giudiziario, il 29 maggio 1990). Indirizzo dovrà essere quello di un aumento di magistrati limitato alla completazione delle Camere più importanti con giudici che vi dedicano di principio tutta la loro attività e poi di adeguare l'operatività dei diversi tribunali con collaboratori scientifici, giuristi e redattori specializzati (ritenuta un'adeguata collocazione in organico che renda attrattiva e selettiva la funzione, con una certa previsione di carriera, onde meglio sfruttare capacità ed esperienza). Anche le competenze e le procedure andranno riviste con criteri di snellimento (attribuzione giurisdizionali ad un unico magistrato, possibilità di motivazione delle sentenze solo a richiesta, necessità di dichiarazione di ricorso in tempi brevi: a questo proposito si ricorda l'utilità di alleggerimento della legge 16 maggio 1988, BU

1988 pag. 200, che ha modificato il CPPT, introducendo il decreto di accusa di competenza delle Assise correzionali, la dichiarazione di ricorso, la motivazione nel termine di venti giorni, il dibattimento facoltativo in cassazione) e in questo contesto il legislativo dovrebbe aver sempre presente preoccupazione di valutare l'impatto di oneri sui tribunali, quando vengono create nuove competenze e nuove facoltà ricorsuali (analogamente a quanto vien fatto in materia di spese e di personale, quali corollari di novelle legislative).

Conclusioni

Il discorso sin qui affrontato, già semplificato nei contenuti dei temi settoriali, neppure è esaustivo per quanto concerne il complesso delle autorità giudiziarie cantonali, che pure meriterebbero di essere rivisitate. Tra queste abbiamo il Giudice di pace, magistrato laico di Circolo, già istituito dall'art. VI. dell'Atto di mediazione quale conciliatore, giudice negli affari civili di poco valore e ufficiale giudiziario per le informazioni preliminari in caso di reato: in particolare queste ultime competenze, mantenute nella procedura penale, sono oggi superate. I circondari di elezione degli assessori-giurati vanno ricomposti in corretta corrispondenza con la giurisdizione distrettuale delle Corti delle assise correzionali e, se mantenuti, sarebbe opportuno che la scelta di assessori per giudizi in complessi reati economici abbia a cadere su specialisti. I Tribunali di espropriazione neppure hanno trovato collocazione nella LOG, ma hanno confermato la ripartizione territoriale del Cantone in Sopra e Sottoceneri (vedi la legge di espropriazione 8 marzo 1971, BU 1971 pag. 460, che li ha istituiti all'art. 35 in sostituzione delle precedenti Commissioni distrettuali). Non va dimenticata l'importanza sociale del Magistrato dei minorenni, i cui servizi devono giustamente essere potenziati per rieducazione, ricupero, sostegno. Sono anche in corso studi per la creazione di nuove istanze, in particolare il Tribunale del lavoro (quale giudice unico per la sollecita trattazione delle vertenze tra datori di lavoro e dipendenti, in luogo e vece dei Pretori: ma pure l'art. 49 CstC parla di «collegi di probiviri» per questo genere di controversie) e il Tribunale della pianificazione che nell'istituzione dei piani regolatori sostituirebbe l'esame politico del Gran Consiglio con il giudizio di legalità. In proposito si vuole solo esprimere l'auspicio di coerenza nell'evitare frammentazione di giurisdizione e nel soppesare oneri e mezzi per affrontarli. Più in generale, nella prospettiva di quella necessaria già richiamata permanenza di approfondimento e studio, occorrerà aver presente che ogni innovazione deve trovare il conforto della sanzione costituzionale, a ragione del prestigio dell'attività giudiziaria, quindi di un potere dello Stato; che vanno evitate le soluzioni di emergenza del magistrato straordinario, per tutti i risvolti negativi di un impegno a (breve) tempo determinato (meglio sarebbe allora far capo alla supplenza di giudici emeriti); che ogni modificazione o riforma deve armonicamente inserirsi in un corpo collaudato, con finalità di coesione ed interazione, di contro a dispersività di sovrapposizione o contrapposizione. E su tutto — vale la pena di ripeterlo — deve primeggiare consequenzialità di consapevolezza della legge applicata per l'uomo dall'uomo.

Nota conclusiva

MAURO DELL'AMBROGIO

Nel discutere di principi, strutture e procedure, gli addetti alle cose della giustizia trascurano talvolta di riflettere sul fine ultimo di tanta dottrina ed organizzazione.

Il rito prima e la funzione poi del giudicare sono derivate dall'esigenza di ordine e di pace. La giustizia statale si è sostituita ai rapporti di forza o alle vendette private, che rinascono non appena essa perde con la funzionalità la fiducia. Il giudice decide per mettere fine ad una lite, prima che per far giustizia. L'argomentare in termini di diritto o equità costituisce l'omaggio ad una sovrastruttura logica, ideologica più che scientifica, con una propria funzione forse sopravvalutata.

La cosiddetta economia di giudizio dovrebbe impedire di accertare o giudicare ciò che non è essenziale all'esito e concreto di un conflitto tra privati, o tra Stato e privato. Ma proprio nella sempre più raffinata distinzione di competenze e procedure si annida l'impossibilità di gestire con responsabilità personali una «economia della giustizia».

La mentalità corrente distingue impropriamente tra cultura della giustizia ed esercizio di un potere pubblico essenziale, inducendo troppi operatori a ritenere più nobile creare giurisprudenza che distribuire torti e ragioni. È pur vero che ogni sentenza appena ben motivata costituisce pregiudizio: permette cioè al consulente o all'operatore di prevedere futuri giudizi; produce con ciò sicurezza e contribuisce alla funzionalità di rapporti economici e sociali. Ma c'è chi è pagato per verificare la corretta applicazione del diritto e chi invece per risolvere liti e far rispettare leggi. Il rapporto numerico dei posti, o la vocazione degli eletti, può non corrispondere sempre alle necessità di un paese: come dimostrato dalle disertazioni redatte in o fuori sentenza dai titolari di uffici presso i quali si prescrivono le pratiche correnti.

Ben risalta da un esame comparato con la tradizione anglosassone la differenza di mentalità rispetto alla funzione giudicante. Trenta pagine di motivazione per dimezzare una piccola multa, lasciando intanto trascorrere tempi e magari i termini per decine di procedure analoghe, danneggiano gravemente la fiducia e l'incattivazione di coloro che operano nel e per il rispetto delle leggi.

Anche la generale aspirazione a sostituire la repressione con la prevenzione deve far pensare che la prima è sempre rinviabile, la seconda mai.

La tendenza latina a preferire nel dubbio il trascinarsi senza decidere fra i tempi e le forme delle procedure istituite, piuttosto che rischiare una giustizia sommaria, fa indulgere ad individuare quei magistrati anglosassoni, poco numerosi e molto produttivi, ai quali sfilano gli interessati per sentire, con un colpo sul banco, la decisione...

Le lunghissime liti del passato concernevano diritti fondiari che lasciavano un segno per generazioni. Ma nei tempi della vita sociale ed economica contemporanea mutano di regola gli interessi stessi e perfino l'identità delle parti, tra il momento in cui hanno deciso di scendere in lite e il momento in cui un responso qualsiasi le raggiunge.

* * *

La stragrande maggioranza delle cause d'ogni genere si riduce all'accertamento dei fatti. La rilevanza dei fatti accertati ai fini dell'esito è predeterminata da un raffinato sistema concettuale distillato nei secoli, codificato con minuzia, attingibile con lo *Swisslex*, perfino troppo elaborato per doti intellettuali medie. Abbiamo diritto in eccesso per i cervelli di cui dispone un piccolo paese. D'altra parte, l'apprendimento universitario dei giuristi si riduce ad applicare il diritto ad una fattispecie data. Il giovane magistrato o avvocato o funzionario è del tutto digiuno d'esperienze e di tecnica sul modo di interrogare, di valutare psicologicamente una risposta, di verbalizzarla sistematicamente eppur rendendo il vero, di limitare l'istruttoria ai fatti determinanti, di mettere in ordine documenti e trarne deduzioni, di formulare quesiti peritali, di distinguere il significato tecnico-giuridico da quello corrente o commerciale di una parola, di confrontare un'offerta con una fattura, di distinguere le responsabilità degli operatori su un cantiere edile... È insomma necessario conoscere la vita per giudicarla.

Non sorprenda pertanto nelle motivazioni delle sentenze di prima istanza — civili e amministrative soprattutto, meno le penali — il largo spazio concesso alle citazioni di legge, dottrina e giurisprudenza, e il poco spiegare come si è giunti a convincersi essersi svolti o stare i fatti proprio a quel modo, e non come sarebbe avvenuto alla parte soccombente.

* * *

Forse non è più possibile rivestire a tempo pieno e per tanti anni una funzione giudicante, e conoscere nel contempo una vita che cambia in fretta. C'è da riflettere sulla sorprendente attualità del modello nell'antica Roma, dove l'autorità del pretore si riduceva ad introdurre la lite e a garantire l'esecuzione del giudizio, demandato per il resto a un giudice privato imparziale, competente, agguerrito.

Più che nell'arbitrato, rinasce questo istituto nei periti giudiziari, nelle strutture disciplinari delle organizzazioni sportive o professionali, nell'impiego di sostituti giudici d'appello, o di specialisti che magistratura e polizia impiegano occasionalmente perfino per assumere informazioni preliminari o controllare un fenomeno potenzialmente pericoloso a scopo preventivo.

Alla moltiplicazione delle occasioni di conflitto e di violazione di legge si può rispondere soltanto con la moltiplicazione dei mezzi della giustizia: in termini di flessibilità e fantasia prima che di organico, come in tutte le aziende che sopravvivono alla concorrenza.

Anche l'azienda-giustizia dovrebbe abbandonare i metodi produttivi pianificati da una ideologia giuridica totalizzante, elaborando strategie di risposta alle aspirazioni del cittadino-consumatore, non solo di beni materiali ma di bisogni elementari di funzionalità, anzitutto attraverso un'attenta gestione delle risorse umane.

Gli indizi non si prestano ad interpretazioni univoche: incoraggiante il diverso ruolo del giudice istruttore: preoccupanti le conseguenze burocratiche prodotte dalle norme di protezione dei dati o dal proliferare di giurisdizioni; per il Consiglio della Magistratura si vedrà.

* * *

Attenzione quindi alle distinzioni artificiose tra politica e giustizia. Separare sì, per il pluralismo delle istituzioni, ma non rifuggire da una politica della giustizia. La funzione di giudicare un caso concreto va esercitata in termini di indipendenza, legalità, responsabilità personale del giudice. Ma ben altro contorna questa funzione: l'utilità e funzionalità dei procedimenti e delle sanzioni, la motivazione e il ruolo sociale di chi l'esercita, la rispondenza alle attese e necessità generali. Tutto questo deve essere oggetto di dibattiti e confronti costanti, non delegati a poteri separati.

Appendice

WILLIAM OSSIPOW (1943), è ordinario di scienza politica all'Università di Ginevra; lavora nel campo della filosofia politica, occupandosi in particolar modo del rapporto esistente tra etica e politica.

ALEX PEDRAZZINI (1951), è attualmente capo del servizio penitenziario del canton Vaud e Segretario della Conferenza dei Capi dei Dipartimenti di Giustizia e Polizia della Svizzera Romanda e del Ticino. Dottore in diritto dell'Università di Losanna, ha diretto il Penitenziario cantonale ticinese dal 1984 al 1987.

RENZO RESPINI (1944), giurista di formazione, ha esercitato l'avvocatura e il notariato a tempo pieno prima di entrare nella magistratura presso la Procura pubblica sopracenerina. Dal 1983 è Consigliere di Stato, dirige i dipartimenti dell'ambiente, dell'economia pubblica e del militare.

CHRISTIAN-NILS ROBERT (1943), ha studiato diritto a Ginevra. Avvocato. Ha diretto il «service cantonal genevois de politique sociale, de prévention et de traitement de la délinquance juvenile» dal 1969 al 1974. Professore di diritto penale dal 1974; poi di criminologia dal 1977. Autore di diverse pubblicazioni e di ricerche ai confini del diritto, della sociologia, della storia e dell'antropologia.

MICHELE RUSCA (1949), ha studiato a Friburgo dove ha conseguito il dottorato in diritto con una tesi sulla politica criminale svizzera. Prima assistente presso la stessa Università, poi avvocato, è oggi giudice del Tribunale di appello.

ELENA SALVIONI (1957), di formazione bibliotecaria-documentarista ha conseguito il diploma in gestione pubblica presso l'IDHEAP di Losanna. Da diversi anni lavora presso l'Amministrazione pubblica cantonale ed attualmente è l'Addetto all'educazione ambientale del dipartimento dell'ambiente. Membro del comitato di «Co-scienza Svizzera».

Presentazione di Coscienza Svizzera

Il gruppo di studio e d'informazione per la Svizzera italiana «Coscienza Svizzera» — associazione indipendente da partiti politici o confessioni — si sforza di suscitare il dibattito sui problemi attuali della Svizzera.

L'associazione, attiva nella Svizzera italiana, ha voluto coinvolgere un più vasto pubblico nei problemi della giustizia e della sua amministrazione, con particolare riguardo al Cantone Ticino.

Finito di stampare
nel mese di dicembre 1990
dalle
Arti Grafiche Bernasconi S.A., Agno