

GUIDO CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, Il Mulino, 2014, pp. 138 - recensione di MICHELE MARCHESIELLO

Quando si vogliono affrontare temi davvero seri, conviene farlo cominciando col parlare d'altro.

Questa affermazione vale in particolare per il libriccino di Guido Calabresi, intitolato *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, contenente le "Alberico Gentili Lectures", tenute nel 2012 all'università di Macerata dall'illustre giurista ed egregiamente curate da Benedetta Barbisan.

Cosa può dire a un giudice italiano chi, nel titolo, si definisce "accademico", per di più "americano"?

Guido Calabresi, in realtà, non è propriamente né del tutto americano né del tutto accademico. È rimasto italiano, sino al midollo («noi italiani...» gli scappa da dire; il giorno in cui dovette comparire davanti al Senato per la conferma della nomina a giudice - lo stesso della partita Italia-Messico per i mondiali di calcio, che si disputava proprio a Washington - Calabresi avrebbe voluto «disperatamente assistere» alla partita rinunciando all'audizione).

Dal 1994, inoltre, dopo una straordinaria carriera accademica, l'autore è giudice nella *U.S. Court of Appeals for the Second Circuit*.

Lo scopo di questa recensione non è dunque quello di tessere l'elogio - o la critica - delle tre lezioni "magistrali" tenute da Calabresi sotto forma di conversazioni con gli studenti italiani, ma - piuttosto - di cercare cosa Calabresi può dire anche ai giudici (o agli aspiranti giudici) di casa nostra circa la loro vocazione specifica, approfittando dell'esperienza straordinaria che la sua vicenda di ebreo italiano, costretto ad abbandonare la patria in fuga dal fascismo, gli ha permesso di vivere. In questo senso ciò che egli ci dice dal punto di vista del giudice-giurista americano può in gran parte essere preso a esempio di quello che dovrebbe (e forse potrebbe) essere anche un nuovo modello di giudice italiano.

L'autore parla insomma di un mondo "altro", per parlare del nostro mondo.

A cominciare dal suo voler descrivere il lavoro del giudice come "mestiere": termine per niente riduttivo o dettato da falsa modestia, ma corrispondente all'aspetto fondamentale che deve caratterizzare il lavoro giudiziario: quello che l'autore definisce della "creatività modesta" e in gran parte artigianale di cui il buon giudice è chiamato a dare prova.

Calabresi scrive a questo proposito: «Non si tratta di un giudice che crea il diritto tutto da sé - il che sarebbe un gravissimo errore - né di un giudice del tutto impotente. Il suo è piuttosto un ruolo che definirei *modesto ma creativo*» (p.16) (corsivo mio).

E ancora: «(...) non si tratta né di una creazione assoluta e solitaria, tutta imputata ai giudici, né di una creazione del tutto marginale, quanto piuttosto di un'opera incessante - talvolta ardita, altre volte modesta - *di rimodella-*

*mento del diritto* (...) Non sarà difficile comprendere quali responsabilità gravino sulle spalle dei giudici e quale *solidità di mestiere* si chieda loro» (corsivi miei).

Cosa deriva da questo essere "mestiere" del lavoro di un giudice?

Prima di tutto, Calabresi mette in guardia contro il rischio sempre presente del narcisismo.

Il giudice deve essere consapevole del fatto che non a lui spetta stabilire cosa sia giusto in assoluto (dove "giusto" vorrebbe coincidere con "vero"), ma, piuttosto, che sua missione specifica è quella di sapersi misurare - con l'ausilio del suo mestiere e del suo «spessore giuridico e umano» - con tutto ciò - ed è tanto - che non è giusto: «(...) dalla piccola, minuscola, banale ingiustizia quotidiana fino ai drammatici risvolti di una legge che dà prova di essere moralmente ingiusta», come quella che prevede la pena di morte.

Quello del narcisismo è il peccato più grave in cui un giudice possa incorrere, soprattutto quando scrive una sentenza e - così facendo - pronuncia la legge del caso concreto.

Proprio per questa ragione, ammonisce Calabresi, per scrivere una sentenza «bisogna cercare di scriverla bene» (p. 31), che vuol dire prima di tutto con onestà intellettuale.

«Scrivere bene» una sentenza non significa infatti, o non si esaurisce, nello scrivere con eleganza, arguzia, sapienza giuridica. Il dovere di un giudice non è quello di scrivere bene (come non è quello di scrivere "la" giustizia) ma di scrivere ciò che è giusto nel caso che gli è sottoposto. Il che significa, prima di tutto, rendere la propria decisione comprensibile alle parti e a quanti - alla ricerca di un precedente - continueranno a leggerla nel futuro. Scrivere chiaramente e con lucidità è quello che conta, come accade solo quando si è veramente compreso ciò di cui si tratta: se poi un giudice, al pari di un Benjamin Cardozo, ha spiccate doti letterarie, tanto di guadagnato.

Ma c'è un secondo aspetto essenziale che Guido Calabresi riconduce al mestiere di giudice: egli non può mai essere o divenire uno "specialista" (quello che i tedeschi chiamano *Fach-idiot*), rinchiuso e prigioniero dentro un sistema di saperi tanto esclusivi quanto minuscoli.

Il giudice americano è in questo senso "generalista" per eccellenza. I giudici della Corte d'Appello Federale cui appartiene Calabresi, in particolare, devono conoscere di ogni branca del diritto: civile, penale, amministrativo, costituzionale, ed essere pronti, da bravi artigiani, a far fronte a ogni tipo di questione giuridica, senza per questo condannarsi alla superficialità o all'irrelevanza: da buoni artigiani, appunto.

L'essere "generalista" di un giudice si collega a due esigenze principali, particolarmente sentite nell'ordinamento giudiziario e costituzionale americano: quella della chiarezza del linguaggio (il *plain language* è divenuto negli Stati Uniti un vero e proprio obbligo per la pubblica amministrazione), ma - soprattutto - quella dell'indipendenza del magistrato.

Sotto il primo profilo, è evidente che il dovere della chiarezza espositiva e argomentativa contrasta con ogni forma esasperata ed esoterica di specialismo. I giudici di primo grado devono rendere comprensibili le loro sentenze per le parti, il pubblico e i colleghi delle corti "superiori", i quali ultimi - a loro

volta - devono adempiere allo stesso obbligo in vista del fatto che le loro pronunzie sono destinate a costituire un precedente vincolante per le corti "inferiori". Qualunque forma di specializzazione, in questo senso, comincia e spesso si esaurisce con l'escludere da sé una conoscibilità diffusa. Questo ha evidentemente a che fare con l'intrinseca democraticità di qualunque sistema di giustizia e il suo necessario far capo a principi generalissimi di costituzionalità.

Accessibilità della giustizia significa non solo possibilità di adire un giudice imparziale, ma anche comprensibilità e chiarezza delle sue pronunzie.

Il secondo profilo mette in evidenza una peculiarità del sistema americano di designazione dei giudici, statali e federali. I primi vengono di massima eletti, i secondi sono sempre nominati da Presidente e confermati dal Senato. In un caso come nell'altro, la specializzazione indurrebbe i vari gruppi di potere, lobby o corporazioni, a far cadere la scelta sul candidato "specialista" più vicino ai propri interessi. Solo in ragione del fatto che tutti i giudici hanno competenze generali, sostiene Calabresi, questa degenerazione viene scongiurata.

L'esempio della sua nomina alla Corte d'Appello del Secondo Circuito ne è una prova. A Calabresi, che aveva dedicato una vita di studi e insegnamenti alla materia dei *torts* (responsabilità civile) nessuno chiese, in occasione dell'audizione in Senato per la sua conferma, cosa pensasse in tema di singole questioni concernenti i *torts*. Molto più rilevante era sapere cosa egli pensasse su questioni concernenti l'antitrust, l'aborto, la libertà di espressione o la pena di morte.

I senatori gli fecero domande più che ininfluenti, addirittura futili. Qualcuno parlò bene di sua moglie (i cui antenati erano stati tra i primi a sbarcare dal Mayflower) e un senatore del Missouri, suo studente a Yale, disse semplicemente: «Non parlerò di lui come intellettuale, non ne parlerò come accademico, né come preside né come potenziale giudice: dirò solo che è mio amico».

«Questo fu quanto.» - conclude Calabresi - «Non mi chiesero niente di un mestiere di cui avrei dovuto imparare tutto».

«Che la nostra competenza, una volta diventati giudici, sarà generale, fa sì che anche il sistema di scelta sia un sistema generale, di idee, di principi, e non di come si deciderebbe un caso specifico in una materia specifica» (p. 28-29).

Questo argomento, a prima vista così legato alla peculiarità del sistema americano, può rivelarsi altrettanto valido per noi italiani.

Anche nel nostro ordinamento, se non in modo così vistoso, i giudici saranno chiamati a pronunziarsi, nel corso della loro carriera, sulle questioni giuridiche più complicate e diverse, appartenenti ai rami del diritto più esasperatamente specialistici. Solo l'essere inguaribilmente "generalista" consentirà al giudice di porsi di fronte a quei problemi con animo e curiosità liberi da preconcetti, condizionamenti, pigrizie intellettuali.

Ed è proprio in base alla presunzione generalista che, nelle Corti americane, i processi vengono assegnati "random" dai funzionari delle Corti stesse,

evitando così assegnazioni pilotate ma - al tempo stesso - favorendo lo scambio di informazioni e la cooperazione tra i giudici.

Un altro argomento attraversa tutte e tre le conferenze di Guido Calabresi, ed è quello del rapporto del giudice con la legge, che per lui deve essere allo stesso tempo - forse paradossalmente - strumento e risultato, mezzo e fine.

L'origine marcatamente "costituzionale" della democrazia americana ha comportato in quel Paese una spiccata diffidenza nei confronti della legge scritta, avvertita come il retaggio di una concezione europea e francese, che faceva dell'Assemblea Generale l'organo legiferante investito di un potere quasi assoluto. Di proposito - quindi - i *Founding Fathers* vollero rendere estremamente macchinosa la produzione delle leggi ordinarie, che venne caricata - così Calabresi - di «costi di transazione politici» al preciso scopo di rendere dispendiosa e onerosa quella produzione, impedendo la moltiplicazione e la confusione delle leggi scritte (p. 52).

La situazione è assai mutata da allora. In un suo saggio di alcuni anni fa<sup>1</sup>, Philip Howard denunciava che le leggi stavano "soffocando" gli Stati Uniti, uccidendo il *common sense* e il sentimento stesso - così americano - della responsabilità individuale. Il sistema delle leggi mantiene comunque, ancora oggi, una sua tipica "anelasticità", una rigidità che l'iperproduzione legislativa rende sempre meno leggibile e in grado di armonizzarsi con il *common sense*.

Il ruolo del giudice - osserva Calabresi - è appunto quello di sopperire a questa "anelasticità", dotando il sistema giuridico di una adattabilità altrimenti difficile a realizzarsi tra le fonti scritte e la realtà dei rapporti giuridici.

Il giudice è dunque, sempre più, il mediatore (in questo senso "creativo") tra le fonti scritte (ogni giorno più numerose e pervasive) e le situazioni della vita sociale che, frequenti e convulse, si rivolgono al diritto perché dia loro "la regola".

Il fatto è che la legge, ogni legge, produce o mantiene immancabilmente dei "residui" di ingiustizia, con i quali il giudice è altrettanto immancabilmente costretto a misurarsi. Sulla scia della legge, anche ogni sentenza rischia di lasciare dietro a sé una zona oscura, residuale, in cui può annidarsi l'ingiustizia.

Questa situazione si presenta quasi sempre come lo scontro - apparentemente insanabile - tra principio di eguaglianza (*equal protection of the laws*) che assicura a ogni cittadino la protezione dei suoi diritti da parte della legge, su un piano di effettiva eguaglianza, e principio del *due process of law*, che tutela la libertà individuale nei confronti delle aggressioni o delle limitazioni che ad essa possono essere portate in nome di un interesse dello Stato. Entrambi i principi sono enunciati nel XIV Emendamento della Costituzione americana, in base al quale «Nessuno Stato priverà alcuna persona della vita, della libertà o delle sue proprietà, senza *due process of law*, né rifiuterà ad alcuno, nell'ambito della sua sovranità, la *equal protection of the laws*».

Compito del giudice è affrontare questo dissidio con gli strumenti del "metiere" e quello che Calabresi chiama il suo «spessore giuridico e umano». Il

---

<sup>1</sup> PH. K. HOWARD, *The Death of Common Sense. How Law is Suffocating America*, New York, 1994.

metodo additato è il metodo del dialogo: dialogo che il giudice deve intrattenere e fare intrattenere non solo tra le parti, ma anche tra gli interessi in campo, le norme e le fonti regolatrici sia sul piano sostanziale che su quello processuale, gli orientamenti e i precedenti giurisprudenziali formatisi attraverso il tempo e, anche, sotto la spinta dei tempi. Saper orchestrare il dialogo, o questo intreccio spesso complicato e apparentemente inestricabile di dialoghi è - per l'autore - compito principale del giudice, quello nel cui esercizio egli può dimostrare di essere veramente all'altezza, o "degn" del suo compito.

Secondo Calabresi (il quale corrobora questa sua convinzione attraverso un confronto tra due sentenze che - in base, l'una, a considerazioni di *equal protection* e, l'altra, in termini di *due process* - sono arrivate a una stessa valutazione di incostituzionalità di leggi statali che incriminavano il suicidio assistito dal medico), quello dell'*equal protection* è di norma un criterio costituzionale più propenso al dialogo di quanto non lo sia quello del *due process*. Quest'ultimo afferma recisamente una priorità che limita o addirittura conculca la libertà di alcuni, garantiti solo sul piano formale del rispetto delle regole e delle procedure prescritte. L'*equal protection* è meno "oppositiva" e più incline, attraverso il metodo del dialogo, alla ricerca d un equilibrio tra le posizioni in conflitto, che lasci intatto, o comunque non comprometta in modo irrimediabile il principio fondamentale dell'eguaglianza.

Si pone a questo punto - ed è l'argomento dell'ultima delle tre conferenze - il tema della legge intrinsecamente ingiusta, individuata da Calabresi nella legge che commina la pena di morte.

Diciamo subito che il tema della pena di morte non appassiona particolarmente né tormenta il giudice o il giurista continentali di *civil law*. La pena capitale - si può ben dire - è stata radicalmente estirpata dalla loro cultura giuridica, al punto che per loro è divenuta addirittura impensabile l'ipotesi di dover condannare a morte un essere umano (oggi anche un animale). Si giustifica così la perplessità che ci coglie nel cercare di immaginare come un giudice possa risolvere il dissidio tra l'applicazione di una legge disumana e il rispetto assoluto e incondizionato per la vita di una persona. Lo stesso Calabresi non sembra in grado di dare una risposta o indicare una via di uscita che non sia quella - abbastanza pilatesca - della *dissenting opinion*.

Ci pare comunque di poter dire, a questo riguardo, che la soluzione venga comunque indicata dalla Costituzione (quella americana in particolare, che con l'ottavo emendamento vieta siano inflitte al condannato «pene crudeli e inconsuete»), senza porre il giudice di fronte alla drammatica alternativa di dare le dimissioni.

Grazie alla Costituzione, il giudice non è mai, o quasi mai, impotente di fronte alla legge manifestamente ingiusta.

Molto più interessante, piuttosto, è la conclusione di Calabresi quando il problema, e il dilemma, investono non una singola legge reputata ingiusta, ma un contesto ordinamentale (come quella nazista, fascista o sovietico) complessivamente e innegabilmente ingiusto. In questo caso Calabresi, e noi con lui, crede che il giudice abbia il dovere, l'obbligo morale di «diventare un rivoluzionario» (p. 107), anche se il suo mestiere, in quelle condizioni,

diventa pericolosissimo, lasciando come unica alternativa quella dell'uscita dal sistema stesso.

«In un contesto totalitario, contrario alla dignità dell'uomo, mi augurerei da giudice (...) di essere capace di continuare a svolgere il mio mestiere offrendo un completo ostruzionismo a tutte le leggi ingiuste di quel paese, pur di minare dall'interno il regime» (p. 108).

«Per mia grande fortuna - continua Calabresi - gli Stati Uniti sono un paese pieno di difetti, del resto come quasi ogni altra nazione (...) ma, nell'insieme, sono disposto ad ammettere che gli Stati Uniti siano *un paese per lo più giusto*».

In questo "per lo più" si condensa la sola risposta possibile al problema - per il resto irrisolvibile - del rapporto di un giudice con la legge ingiusta.

Ogni giudice - in ultima analisi - dovrebbe sentirsi tormentato dalla propria decisione, non solo prima ma soprattutto dopo averla presa. Non è un caso che Calabresi stesso, da giudice, abbia sentito la necessità di scrivere a un condannato in seguito riconosciuto innocente, spiegandogli di aver cercato in ogni modo, ma inutilmente, di impedire la sua condanna. L'interessato, riconosciuto innocente dopo avere scontato diciassette anni di carcere, doveva essere un santo per rispondergli che lui - il giudice - non aveva fatto altro che il suo lavoro in base alle prove raccolte. Diversamente da quell'altro condannato a una pena detentiva molto lunga, il quale - al giudice "pentito" che l'era andato a trovare in carcere per chiedere scusa - guardandolo dritto negli occhi rispose con una parola di quattro lettere.

In realtà, ed è questa la conclusione di Calabresi, per il giudice onesto non c'è che una sola certezza: «Fare il proprio meglio e chiedere perdono».