

fini si potrebbe anche ricorrere alla nota immagine fisiologica per la quale l'apprezzamento del giudice è come il sangue che scorre lungo tutto il corpo della legalità: sono due elementi, cioè, che non possono vivere l'uno indipendentemente dall'altro.

Quello che più sorprende dell'apprezzamento del giudice è che, pur essendo indiscutibili il suo esercizio quotidiano e la sua coerenza con quanto previsto dalla legge, c'è una vasta parte della dottrina che è impegnata a negarne l'esistenza e, soprattutto, la legalità. Un fenomeno, questo, che forse può spiegarsi in ragione della chiara confusione terminologica tra espressioni dal contenuto semantico molto simile: l'apprezzamento (che sarebbe lecito) e l'arbitrio (come esercizio illecito, per eccesso o sviamento, dell'apprezzamento consentito). Il giudice "automa" – il giudice fonografo, come diceva Holmes, una strana incrostazione del positivismo legalista più rozzo – non può certo esercitare alcuna forma di apprezzamento, perché questo apprezzamento ha un'insopprimibile natura umana, non meccanica. La norma astratta, invece, "si fa carne" nella persona del giudice – in termini classici: *lex viva* – che ne umanizza i precetti adattandoli alla realtà.

In ogni caso, occorre segnalare che il progressivo deterioramento della fonte legislativa sta determinando comunque una correlativa enfasi sulla figura del giudice, che non può nascondersi dietro le imperfezioni e le eccentricità dell'ordinamento giuridico. Le leggi hanno perso, dal punto di vista tecnico, la loro qualità, si sono rese strumenti soltanto parziali e settoriali, che, in definitiva, mancano di autorevolezza: una breccia, questa, che ha propiziato il protagonismo giudiziario. Ma, disgraziatamente, i giudici non sono riusciti ad approfittare di questa storica opportunità, poiché il sistema giurisdizionale è andato in crisi, non riuscendo a reggere né le pressioni politiche e mediatiche, né l'eccesso di lavoro. Il potere giudiziario si sta screditando, dunque, come quello legislativo. Il popolo percepisce che i giudici superiori sono influenzati dalla politica e che la maggior parte degli altri giudici non amministra la giustizia, ma si limita a sbarazzarsi delle carte che ha di fronte.

Parabola della stalla di Betlemme

Il comportamento dei giudici si può descrivere con la seguente parabola, che è posta, qui, "a contrasto" con i miti elaborati dalla vasta bibliografia del discorso ideologico tradizionale.

Nei primi giorni dell'anno 1 della nostra era, il proprietario di una stalla aveva fatto ricorso al giudice di Betlemme, denunciando che era stata occupata da una coppia di forestieri, chiamati Giuseppe e Maria, che vi si era-

no introdotti senza pagare alcun canone, con il pretesto che gli era nato un bambino e che non erano in condizioni di riprendere il viaggio; di conseguenza, il proprietario chiedeva una pronuncia di sfratto a carico degli intrusi.

La situazione era chiara, e il giudice si stava preparando a pronunciare la sentenza valutando l'azione del proprietario alla luce di testi di legge particolarmente univoci. Il giudice, però, veniva trattenuto dalle preghiere di sua moglie, che pure era incinta e che apparteneva alla stessa comunità dei due viaggiatori. Da un lato si poteva comprendere che il giudice si identificasse, per il tramite della sua sposa, con la situazione in cui si trovavano i due intrusi; ma non risultava affatto semplice non applicare norme così inequivoche, tanto più trattandosi, quanto al proprietario della stalla, di un vicino benestante, con il quale si era trovato sempre bene; e senza dimenticare che si sarebbe inevitabilmente provocato un certo malessere tra tutti i proprietari di Betlemme, che lo avrebbero sicuramente accusato di mancanza di zelo.

Presto il caso si era complicato ulteriormente, con l'apparizione dei Re Magi, che pure avevano preso parte a favore degli occupanti, al punto che avevano fatto al giudice uno splendido regalo, per sollecitare la sua tolleranza. Il giudizio, quindi, sembrava decisamente perso per il proprietario; soprattutto quando il magistrato aveva deciso di superare ogni problema di coscienza, poiché, anche indipendentemente dal rispetto e dall'influenza della moglie, aveva ritenuto che la sua decisione sarebbe stata comunque giusta, dal momento che sarebbe stato crudele mettere la coppia sulla strada nel bel mezzo dell'inverno e che avrebbe ben potuto giustificare la sua sentenza ragionando sul fatto che i convenuti non avevano prodotto alcun danno a carico dell'attore.

Tuttavia era anche accaduto che, alla vigilia della pronuncia, era giunta agli orecchi del giudice la notizia della nuova politica infanticida di Erode, che non si rivolgeva soltanto ai bambini e che colpiva, anzi, anche tutti coloro che li avessero protetti. Il giudice era nei guai: se avesse rigettato la domanda dell'attore si sarebbe inimicato tutti i proprietari di Betlemme (dei quali, peraltro, faceva parte egli stesso) e, cosa più grave, avrebbe corso il rischio di porre fine alla propria carriera e di mettere a repentaglio anche la vita, per la presumibile collera di Erode; tuttavia, se avesse ordinato lo sfratto, la sua sensibilità umanitaria ne sarebbe stata offesa, egli stesso sarebbe stato rinnegato dalla sua sposa e avrebbe dovuto restituire il regalo fattogli dai principi orientali. Stando così le cose, il giudice aveva scorso affannato tutti i suoi testi, che tuttavia non riuscivano a togliergli tutti i dubbi, poiché da quegli stessi testi si capiva soltanto che la legge avrebbe

potuto essere interpretata in diversi modi e che, in verità, c'erano precedenti per tutti i gusti.

In queste specifiche circostanze, nessuno può sapere che cosa ha deciso il nostro povero giudice. Non sappiamo se si è lasciato convincere dalle pressioni di sua moglie o dai vantaggi derivanti dal calcolo strategico nei confronti di Erode e dei suoi vicini. L'unica cosa che sappiamo è che il giudice, una volta deciso il contenuto della sentenza – che è rigorosamente personale e fondato sulla sua esclusiva responsabilità individuale –, al momento della redazione delle motivazioni avrà messo sotto silenzio i motivi reali che lo stavano condizionando e, al loro posto, avrà basato il risultato delle sue argomentazioni – qualsiasi risultato – su qualche precedente che avrà certamente trovato nell'ambito della giurisprudenza del Tribunale di Gerusalemme.

La morale di questa parabola assume un valore conclusivo e determinante. Le funzioni del potere giudiziario sono state mitizzate al punto da reggere totalmente lo Stato di diritto nel suo complesso, come garanzia, cioè, dell'equilibrio tra i poteri, della legalità dell'azione amministrativa e dell'effettività dei diritti individuali. La "salute" del diritto – in una parola – è posta "nelle mani dei giudici". È possibile che questo sia certo; tuttavia – se dobbiamo essere coerenti con quanto detto in precedenza – dobbiamo ammettere che quando i giudici sono meri strumenti della politica, e quando, contemporaneamente, sono istituzionalmente così tanto limitati da non poter applicare liberamente la legge, risultando anche immuni ed irresponsabili della loro condotta e delle loro determinazioni, il pilastro fondante del sistema si infrange, determinandone il crollo totale. Questo è ciò che accade in Spagna (come ho dimostrato lungamente nel mio libro *El desgo-bierno judicial*, già menzionato in precedenza) e che sempre, salvo rare eccezioni, è accaduto in ogni luogo.