

***LIBER AMICORUM***  
**PER**  
**PASQUALE COSTANZO**

**PIETRO PINNA**

**LA LEGISLAZIONE E LA GIURISDIZIONE**

**31 OTTOBRE 2019**



## Pietro Pinna La legislazione e la giurisdizione.

SOMMARIO: 1. Premessa. -2. La discrezionalità del giudice e la struttura aperta del diritto. -3. L'applicazione indistinguibile dalla creazione normativa e la dottrina pura del diritto. - 4. Il potere costitutivo del legislatore rappresentativo del popolo. - 5. La giurisdizione presidio dei diritti costituiti legislativamente.

### 1. Premessa

Il principio della separazione delle funzioni legislativa e giurisdizionale è un caposaldo del governo rappresentativo che è stato instaurato dalle rivoluzioni settecentesche. Tuttavia l'opinione, secondo cui vi è una inevitabile confusione tra di esse, ha guadagnato molti consensi. Raramente è formulata in modo diretto e apertamente teorizzata: spesso si nutre della difficoltà di segnare in modo netto e preciso il confine, soprattutto per l'incerta discriminazione tra la creazione e l'applicazione del diritto. Lo scetticismo pervade quindi i discorsi circa la distinzione dell'interpretazione giuridica, specie quella giudiziaria, dal fatto produttivo del diritto. Qui non ne posso dar conto in modo esauriente. Forse non sarebbe neppure utile: è un atteggiamento che si manifesta su una vasta gamma tematica e raramente esprime dottrine completamente elaborate. Perciò può essere più efficacemente contrastato dimostrando che il confine è conoscibile e può essere segnato con precisione, piuttosto che evidenziando i difetti delle tesi opposte. Fa eccezione la teoria della discrezionalità giudiziaria, che è sostenuta in modo diverso e con conseguenze di diversa portata dalla dottrina della struttura aperta del diritto di Hart e da quella pura del diritto di Kelsen. Perciò bisogna occuparsene direttamente.

### 2. La discrezionalità del giudice e la struttura aperta del diritto

Hart crede che il diritto abbia una struttura aperta, a causa dell'indeterminazione della comunicazione dei criteri generali di condotta, e che l'imprecisione comunicativa, riguardo alla legislazione<sup>1</sup>, dipenda dalla naturale approssimazione del linguaggio e dalle limitate capacità di previsione. In conseguenza, deve essere «lasciato molto spazio all'attività dei tribunali e dei funzionari che decidono, alla luce delle circostanze, tra interessi che variano di importanza di caso in caso»<sup>2</sup>. L'interpretazione giurisdizionale dunque può essere discrezionale e perciò creativa del diritto.

Senonché l'argomento hartiano della naturale indeterminatezza del linguaggio considera soltanto il significato letterale degli enunciati. Non comprende i significati di sfondo presupposti da essi, relativi alle capacità umane e alle conoscenze del mondo; e neppure quelli impliciti propri della rete semantica cui appartiene l'enunciazione. Può essere indeterminata e incompleta la lettera dell'enunciazione. Tuttavia l'intenzione di chi la pronuncia o la scrive può essere compresa, quindi determinata in modo preciso e completo, estendendo lo sguardo verso le conoscenze che essa presuppone e i significati impliciti che contiene<sup>3</sup>.

L'indeterminatezza o l'incompletezza degli enunciati legislativi suscita importanti problemi conoscitivi delle regole giuridiche. Ma ciò non vuol dire che queste siano vaghe e che la fattispecie cui esse si riferiscono siano descritte in maniera incompleta. Chi elabora norme giuridiche attraverso l'interpretazione mette nel conto il problema semantico e ricerca i mezzi per risolverlo. Anch'egli, come colui che capisce

---

<sup>1</sup> H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1961, trad. it. *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002, 115 ss. considera anche il precedente giudiziario autoritario, la cui comunicazione è indeterminata per l'intrinseca complessità del messaggio, poiché tra i molti fatti che lo compongono occorre individuare quelli rilevanti da imitare; inoltre esso è valutato diversamente nel tempo nello stesso ordinamento e nei vari ordinamenti che lo contemplano. Ma qui non me ne occupo perché non attiene, perlomeno non direttamente, alla questione del rapporto tra la legislazione e la giurisdizione.

<sup>2</sup> *Ibidem*, 159.

<sup>3</sup> Cfr. J. S. SEARLE, *Speech Act*, Cambridge University Press, Cambridge, 1969, trad. it., *Atti linguistici*, Bollati Boringhieri, Torino, 1976, 177 ss., e più di recente ID., *The Rediscovery of the Mind*, Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, 1992, trad. it., *La riscoperta della mente*, Bollati Boringhieri, Torino, ed. digitale 2017, cap. 8.

l'atto linguistico, l'intenzione comunicata verbalmente o con qualsiasi scrittura o segno, stabilisce il contenuto normativo della disposizione legislativa, considerando i significati presupposti dall'enunciato, che fanno da sfondo a ogni rappresentazione della realtà - l'esperienza comune, la conoscenza degli uomini e delle cose del mondo - e quelli impliciti, propri dell'ordinamento giuridico settoriale o di quello generale cui appartiene la legge. Il giurista allora va ben oltre il significato letterale della proposizione legislativa, non ne prescinde, ovviamente, perché è l'oggetto della sua conoscenza, ciò che interpreta, cui attribuisce un significato regolativo. Compie una sofisticata operazione intellettuale, ricavandone una norma univoca e coerente con l'insieme delle altre norme del complesso ordinamento cui essa appartiene e con ciò che si sa di come sono fatti gli uomini e il mondo. Quindi dice qual è la norma vera di quell'ordinamento, che è creata legislativamente con l'approvazione di disposizioni valide come legge da parte dei rappresentanti del popolo. Sicché l'imprecisione o perfino l'oscurità delle formule linguistiche non implica la creazione giudiziaria della regola giuridica al posto di quella legislativa. Il diritto prodotto con l'approvazione degli atti legislativi è diverso da quello determinato interpretativamente, perché l'interpretazione è l'atto conoscitivo della legge. Lo presuppone come diritto valido e ne stabilisce il suo significato, con un atto che è tanto creativo quanto ogni attività cognitiva.

Peraltro, secondo Hart, i giudici creano diritto non sempre, né necessariamente, ma quando un caso non si lascia definire completamente dalla norma stabilita dalla legge o da un precedente giudiziario. Inoltre la produzione riguarda solamente alcuni aspetti non centrali, quindi è parziale e marginale. Generalmente la norma è completa. Egli sostiene dunque che alcuni (o meglio alcuni aspetti dei) casi, su cui un giudice si deve pronunciare, sono disciplinati in modo incompleto e perciò il diritto di quei casi lo crea il tribunale: *«essi sono giuridicamente non regolati e i tribunali per raggiungere una decisione devono esercitare quella limitata funzione legislativa che io chiamo “discrezionalità”»*<sup>4</sup>.

### 3. L'applicazione indistinguibile dalla creazione normativa e la dottrina pura del diritto

Invece, secondo la dottrina kelseniana, l'applicazione è indistinguibile dalla produzione del diritto, quindi i giudici, come chiunque applichi norme giuridiche, sempre e necessariamente producono diritto. L'ordinamento normativo descritto da Kelsen infatti consiste nel fatto che una norma è prodotta sulla base di un'altra norma che ne fonda la validità, in quanto stabilisce il modo della sua produzione. Sicché la formazione delle norme è normativa, implica l'applicazione della norma riguardo alla produzione del diritto, quindi chi crea una norma contemporaneamente ne applica un'altra relativa alla sua creazione. Insomma, le norme sono prodotte normativamente, cosicché ogni atto produttivo è allo stesso tempo applicativo e viceversa ogni atto applicativo è contemporaneamente creativo di una norma<sup>5</sup>.

Tuttavia Kelsen sostiene che la legislazione è diversa dalla giurisdizione e che la differenza consiste nel fatto che la prima crea norme generali, mentre la seconda singolari o individuali.

Non si capisce quale sia il fondamento di questa discriminazione, cioè perché la legge debba essere generale e la sentenza particolare. Infatti, secondo la dottrina pura, si può dire che le norme derivano da altre norme sovrastanti nel senso che queste stabiliscono le condizioni di validità di quelle, ma non che le prime sono più generali delle seconde. Quest'ultima affermazione è esatta solamente considerando staticamente l'ordinamento, quindi se la derivazione va intesa nel senso che una norma particolare è dedotta da un'altra generale. Però per Kelsen questa deduzione non è vera creazione del diritto. La produzione del diritto per lui è ordinata dinamicamente. Quindi la norma è valida se il fatto della sua creazione può essere sussunto nella norma che lo prevede come produttivo di diritto. Generale o particolare può essere il contenuto della norma, non il modo in cui si è formata. Allora si può dire soltanto che la regola di produzione della sentenza è stabilita dalla legge.

È vero che gli ordinamenti vigenti in genere attribuiscono alla giurisdizione il potere di stabilire norme singolari o individuali, per le ragioni che illustrerò più avanti. Ma questo è un altro discorso, dommatico e non teorico. E teoricamente la dottrina pura del diritto non spiega il fenomeno, non spiega cioè che cosa distingua la produzione del diritto giurisdizionale da quella legislativa: per essa la nomogenetica giurisprudenziale non ha una caratterizzazione specifica.

<sup>4</sup> *Ibidem*, 324. Il corsivo è mio.

<sup>5</sup> H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien, 1960, trad. it., *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1975, passim, spec. 217 ss.

Eppure anche Kelsen parla di indeterminazione delle norme e di discrezionalità applicativa: «la norma del piano superiore determina (...) l'atto con cui si produce la norma del piano inferiore, oppure l'atto dell'esecuzione, se è soltanto più di esso che si tratta; ed in ciò essa determina non soltanto la procedura con cui produrre la norma inferiore o l'atto di esecuzione, ma eventualmente anche il contenuto della norma da statuire o dell'atto dell'esecuzione da porre in essere»<sup>6</sup>. Dire che la norma superiore determina il modo in cui debba essere prodotta la norma inferiore, è un'affermazione ovvia per chi sostiene che il diritto è creato giuridicamente: infatti, è logicamente necessario che sia descritto il fatto produttivo e che la norma sia prodotta da un fatto corrispondente alla descrizione (rapporto di determinazione o correlazione, lo definisce Kelsen), affinché l'atto soggettivo di dettare una regola giuridica valga obiettivamente come una norma dell'ordinamento. Può essere che sia difficile stabilire se un certo fatto sia suscettibile nella previsione normativa e quindi controverso se esso sia diritto valido. Ma da ciò non si può trarre la conclusione che la norma sulla produzione sia incompleta: se il fatto non corrisponde alla previsione non è norma. Né è sostenibile che la descrizione sia determinabile o completabile nel momento della sua applicazione perché metterebbe in discussione l'assunto fondamentale della dottrina pura che una norma deriva da un'altra norma, quindi non può essere che una norma stabilisca, completandole, le condizioni della propria validità, cioè abbia ad oggetto la propria validità, sia pure in parte. C'è dunque da capire quale sia il significato dell'affermazione kelseniana secondo cui la determinazione della norma di grado inferiore «non è (...) mai completa. La norma del piano superiore non può vincolare in tutte le direzioni l'atto con cui si applica. Deve sempre rimanere un ambito di discrezionalità, ora più ampio ora più limitato, cosicché la norma superiore, in rapporto all'atto con cui deve essere applicata, cioè all'atto di produzione della norma o dell'esecuzione, ha sempre e soltanto il carattere di uno schema che deve essere completato con questo atto»<sup>7</sup>.

L'idea che il giudice completi lo schema normativo è compatibile con la dottrina pura soltanto riferendola non alla modalità della produzione ma al diritto prodotto, ossia alla norma primaria, per usare la terminologia hartiana. L'esempio che Kelsen fa in proposito è chiarificatore: «Un ordine, per quanto specifico, deve affidare una grande quantità di particolari a colui che lo esegue. Se l'organo A decide che l'organo B deve arrestare il suddito C, l'organo B deve decidere discrezionalmente quando, dove e come si deve eseguire il mandato di cattura: queste decisioni dipendono dalle circostanze esterne, che l'organo da cui proviene l'ordine non ha previsto e, in gran parte, non può prevedere»<sup>8</sup>.

Allora il pensiero di Kelsen è questo: la norma è determinata da quella superiore nella misura in cui la fonda, stabilisce le condizioni necessarie della sua validità come norma dell'ordinamento giuridico, cioè tali per cui non sarebbe norma se esse non fossero soddisfatte; invece è più o meno indeterminata e completabile giudiziariamente, per quanto concerne gli altri aspetti riguardanti ciò che essa eventualmente dispone. La prescrizione eventuale di una condotta è uno schema che va riempito discrezionalmente da chi sia autorizzato dalla stessa norma sulla produzione. Pertanto, «il fatto che una sentenza giudiziaria si fonda su una legge significa in verità soltanto che essa si mantiene nei limiti dello schema rappresentato dalla legge, e non che essa è *la* norma individuale, bensì *una* fra le norme individuali che possono essere prodotte all'interno dello schema della norma generale»<sup>9</sup>. Insomma, per la dottrina pura la regola di condotta stabilita dalla decisione giudiziaria è determinata normativamente non sempre né necessariamente e solo sino a un certo punto, quindi è creata più o meno dal giudice secondo la norma della sua produzione.

È evidente che l'applicazione di una norma, nel senso della specificazione di una regola di condotta in essa contenuta, o perfino l'esecuzione di un ordine è qualcosa di più della mera e insensata ripetizione di una previsione o di un ordine. L'atto applicativo o esecutivo contiene sempre qualcosa che non c'è in quello applicato o eseguito, nella misura in cui la norma ha bisogno dell'attuazione e un ordine dell'esecuzione. Tuttavia stabilire una regola non è lo stesso che attuarla o dare un ordine non equivale a obbedirgli e il completamento giudiziario dello schema della regola di condotta, quando sia stabilita dalla legge, non dimostra che esso è un'attività legislativa o dello stesso tipo di quella legislativa.

#### 4. Il potere costitutivo del legislatore rappresentativo del popolo

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, 382.

<sup>7</sup> *Ibidem*, 382.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> *Ibidem*, 384.

La legislazione ha fondamenti legittimanti, caratteri strutturali e funzionali diversi dalla giurisdizione, che non possono essere spiegati con i concetti di creazione e di applicazione del diritto, sia che vengano confusi o contrapposti. Per chiarirli conviene partire da qui: il legislatore del governo rappresentativo è il parlamento, l'assemblea dei rappresentanti del popolo eletti democraticamente.

A prima vista la legge vale come tale per il potere e l'autorità di chi la pone, cioè dei rappresentanti nazionali. Sennonché dire che la legge è ciò che stabilisce il legislatore è un'affermazione recursiva che non spiega nulla. Bisogna capire perché la legge è deliberata dagli eletti dal popolo e quindi quale sia la sua peculiare caratteristica che richiede la potestà e l'autorità del popolo attraverso i suoi rappresentanti. Allora è importante stabilire che cosa dispone la legge, che quindi va intesa in senso materiale. Poiché la domanda è perché la legge deve deliberarla il parlamento, va determinata quale sia la caratteristica propria della disposizione legislativa per la quale occorre l'approvazione parlamentare: così soltanto emerge quale potere si esercita con la legge e di conseguenza si stabilisce chi - e in larga misura anche come - lo debba esercitare. Pertanto, la giustificazione della natura parlamentare della legislazione implica la considerazione non della forma della legge ma di ciò che la legge dispone, ossia dell'oggetto o della materia che contraddistingue la disposizione legislativa.

Ebbene, la ragione per cui la legislazione spetta ai rappresentanti del popolo è che la legge contiene le regole costitutive. La legge può disporre anche regole regolative, come qualsiasi atto giuridico. Ma essa è tale - e innanzitutto lo è la prima, la costituzione, che crea il legislatore dando origine all'ordinamento - perché costituisce il potere, ha il potere di creare il potere. Non solo disciplina fatti preesistenti a essa, non solo è regolativa, ma soprattutto ne crea di nuovi, è costitutiva. Si riferisce non tanto al passato, a fatti concreti e precisamente identificati, quanto al futuro, a fatti ipotizzati e perciò definiti genericamente per tipologia o classi astratte. La distinzione tra il potere costitutivo e quello regolativo - che ricalca evidentemente quella tra le regole costitutive e regolative<sup>10</sup> - non va confusa con la ripartizione tra la norma e il provvedimento, che negli ordinamenti dualisti ottocenteschi separava la legislazione del parlamento dall'esecuzione amministrativa e giudiziaria dell'apparato regio. Anch'essa esprime una concezione materiale della legge e considera la normatività un attributo ricorrente della regola legislativa. Infatti la normatività è una mera conseguenza e in più eventuale della funzione costitutiva: siccome la regola costitutiva crea qualcosa di nuovo, si riferisce a fatti ipotetici e perciò descritti in modo più o meno astratto e generico. Peraltro la legge può essere anche regolativa e ciò nonostante essere deliberata dal legislatore per conferirle il valore che è proprio della legislazione. Ma il punto cruciale in questo discorso è non la descrizione di come sia la legge, ma la spiegazione del perché le regole costitutive devono essere deliberate legislativamente.

Al riguardo, è importante l'osservazione che il governo rappresentativo degli ordinamenti che derivano dalle rivoluzioni borghesi si basa sul principio che la sua costituzione è una legge, deliberata dall'assemblea dei rappresentanti della nazione perché è un atto sovrano; e sovrano - secondo l'idea che suggerisco - significa (o significa anche) originario o fondativo; e la regola costitutiva in quanto tale è originaria, non regola ciò che esiste, ma crea fatti nuovi. Perciò, deliberare una regola costitutiva significa esercitare un potere sovrano: a un fatto sociale è imposto un nuovo *status*. È la creazione non di una situazione, ma di una norma, ad opera di un legislatore, di un'organizzazione popolare che ne ha il potere e l'autorità in quanto riconosciuta come rappresentativa del popolo. In democrazia, dunque, stabilire le regole costitutive spetta al popolo strutturato come legislatore.

Pertanto, da quando si è imposta la pretesa di decidere la costituzione, quindi è stato esercitato il potere costituente, che è essenzialmente il potere di costituire il legislatore con la legge dei rappresentanti della nazione riuniti nell'assemblea parlamentare, da allora in poi la deliberazione delle regole costitutive è stata monopolizzata dal parlamento. La legge del parlamento è divenuta l'atto di esercizio della sovranità popolare e la costituzione di ogni potestà giuridica. Fondamento di qualsiasi pretesa di potere regolativo di tipo amministrativo o giudiziario e quindi di ogni diritto. Sicché, secondo il principio fondamentale del governo rappresentativo, oggi *legis-latio* significa avere il potere di costituire, creare il diritto con una deliberazione parlamentare.

##### 5. La giurisdizione presidio dei diritti costituiti legislativamente

---

<sup>10</sup> Teorizzata da J. R. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, 1955, trad. it *La costruzione della realtà sociale*, Einaudi, Torino 2006, 51 ss.

L'art. 101 della Costituzione dispone che la giustizia è amministrata in nome del popolo. A prima vista sembra che attribuisca alla magistratura una funzione rappresentativa del popolo<sup>11</sup>, analoga a quella dell'art. 67, per la quale ciascun parlamentare rappresenta la nazione. Sembra dunque confermare l'idea generale che la giurisdizione e la legislazione esprimano, se non la stessa, perlomeno una politicità analoga.

Nonché i giudici sono funzionari pubblici, magistrati, che esercitano la giurisdizione vincolati dalla legge. È sicuro dunque che non sono una rappresentanza popolare. Nondimeno, potrebbero rappresentare il popolo nel senso della rappresentazione dell'interesse generale, di ciò che unisce il popolo<sup>12</sup>. Sarebbero allora un'istanza politica di tipo legislativo, che crea diritto quanto il legislatore, sia pure in un modo peculiare. Ma non è così. La giurisdizione è differente dalla legislazione, perché non costituisce il diritto: dice se sia fondata giuridicamente la pretesa avanzata da qualcuno, stabilisce se chi agisce in giudizio versi nella condizione descritta dalla legge per avere il diritto che chiede per sé. Non crea il diritto di tutti, ma pronuncia quale sia il diritto di ciascuno.

Il giudice deve servire la legge. Allora la regola giurisdizionale non esprime alcuna politica, non è una rappresentazione del popolo. Il riferimento al popolo in nome del quale è amministrata la giustizia indica il soggetto cui si deve la legge, il diritto che il giudice pronuncia. La giustizia è amministrata in nome del popolo, perché il popolo è l'autore della legge cui il giudice è soggetto (art. 101) e su cui si fonda la propria pronuncia. In nome del popolo dunque non significa rappresentanza del popolo. Per il giudice il bene comune è quello incorporato nella legge. La giurisdizione non ne può dare alcuna idea, se non quella che risulta dalla legislazione<sup>13</sup>. È un presidio dell'interesse individuale protetto dalla legge, secondo quanto risulta dall'art. 24 della Costituzione che assicura a tutti il diritto di azione e di difesa per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

I legislatori non sono vincolati dal diritto esistente, poiché la modifica di questo è l'oggetto della loro attività legislativa: possono innovare le regole costitutive dei diritti, quando lo richieda l'interesse generale; rappresentano il popolo da cui ha origine il diritto. I giudici sono invece vincolati dalle leggi e possono stabilire se le pretese avanzate dai cittadini hanno un fondamento legale e non se sono giustificate politicamente; sono non rappresentanti ma magistrati del popolo che pronunciano il diritto che spetta a ognuno. Insomma, «in nome del popolo» ha a che vedere con la giustificazione della decisione giudiziaria, che è diversa da quella della legge. Bisogna capire che cosa la distingue.

La legislazione deve essere giustificata con la ragione pubblica<sup>14</sup>, con argomenti dibattuti pubblicamente che ne sostengono la sua corrispondenza all'interesse generale. Le decisioni dei giudici devono essere giustificate soltanto con la legge; non possono avere altre ragioni. Il loro motivo è sempre e necessariamente la ragione pubblica incorporata nella legge. Quella del legislatore è fuori dalla legge. È vero che anche il legislatore produce diritto in base al diritto, applica e crea diritto, come sostiene la dottrina pura. Però la funzione eminente della legge è quella di costituire il diritto e quindi la legislazione almeno in parte ha bisogno di una giustificazione che non si trova nel diritto vigente: infatti deve giustificare la modifica della legge. Insomma, i cittadini e i legislatori che li rappresentano alla fin fine esercitano poteri sovrani e di conseguenza non possono trovare in un diritto precedente la giustificazione del loro voto; il loro compito è stabilire quando e come il diritto deve essere cambiato. Perciò discutono e votano liberamente. Tuttavia i loro atti devono essere riconosciuti come propri del popolo nella sua unità. Pertanto tutte le deliberazioni politiche devono essere il prodotto della ragione pubblica.

I cittadini e i legislatori sono non terzi disinteressati, ma parti interessate che decidono ciò che è bene per sé stessi come comunità. Sono il popolo che decide su sé stesso. La ragione pubblica è non il motivo del voto

---

<sup>11</sup> Così S. STAIANO, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 8, il quale tuttavia precisa che la rappresentanza giurisdizionale è istituzionale e giuridica, se la giurisdizione non sconfinava nella produzione normativa (per questo aspetto cfr. p. 26 ss.).

<sup>12</sup> Per un approfondimento di questa idea della rappresentanza politica rinvio al mio *Il popolo rappresentato*, Giappichelli, Torino, 2018, 154 ss.

<sup>13</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 2016, IX, 73, il quale evidenzia che quando si smarrisce il confine tra la *legis-latio* e la *iuris-dictio* l'interprete cessa di essere interprete e diventa qualcos'altro: diventa un rappresentante, con la conseguenza importante che i diritti e i doveri non sono più «nella disponibilità dei cittadini, capaci di darsi le costituzioni e le leggi che – nei limiti consentiti dal gioco della rappresentanza - vogliono, ma di un'aristocrazia di guardiani».

<sup>14</sup> È l'idea sostenuta da J. RAWLS, *Theory of justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971, trad. it., *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 2009, 25 ss.; ID., *Political liberalism*, Columbia University Press, 1993, trad. it. *Liberalismo politico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1994, 125; ID., *Justice as fairness: a restatement*, Harvard University Press, Cambridge, 2001, trad. it. *Giustizia come equità*, Feltrinelli, Milano, 2002, 45 s.

di ciascuno votante o di tutti coloro che hanno votato in un certo modo, ma la logica del procedimento che, presuppone il disaccordo, coinvolge molte e differenti visioni, mira all'accordo e scoraggia i comportamenti strategici e faziosi. In altri termini, la deliberazione politica è un atto della ragione pubblica perché è stata approvata democraticamente, in una situazione favorevole a rendere presente la volontà generale – secondo l'originaria idea rousseauviana -: è stata discussa e votata da tutti i cittadini, uomini liberi e uguali, che si sono impegnati reciprocamente a decidere per il bene della propria comunità; in conseguenza è data non dalla semplice somma dei molti e diversi motivi e interessi particolari dei votanti, ma dalla ragione pubblica. È il risultato di una complessa pratica sociale, che peraltro potrebbe apparire fallace e ingiusto, non corrispondente al bene del popolo, secondo qualcuna delle concezioni di questo bene. Perciò è sempre discutibile e rivedibile. In conclusione, la ragione pubblica delle decisioni politiche è procedimentale.

Pure l'esercizio della giurisdizione è procedimentale; anzi il processo è il particolare procedimento che lo contraddistingue. Ma la discussione che vi si svolge ha la forma del contraddittorio tra le parti, ciascuna delle quali pretende per sé un diritto, cioè sostiene il proprio interesse contro l'altro. Essa si svolge a partire dall'affermazione della pretesa di qualcuno interessato, che lamenta la lesione di un proprio diritto, e dalla sua negazione da parte di qualcun altro controinteressato. Il processo contraddittorio serve ad assicurare la difesa dei controinteressati e non la democraticità della decisione. Ciascuno dice o contraddice sostenendo l'interesse proprio, la propria ragione, e non quella comune. Le parti si possono accordare e mettere fine alla lite facendosi reciproche concessioni, perché ciascuna considera la transazione vantaggiosa per il proprio interesse e non ha più bisogno di una sentenza. Insomma, ciò che spinge all'azione o alla difesa e che anima il contraddittorio processuale è l'interesse di parte. La procedura di giustificazione politica invece non conosce gli interessati e ad essa ha il diritto di partecipare ogni cittadino. È realistico immaginare che chi avanza una proposta in questa procedura lo faccia nel proprio interesse, come chi agisca in giudizio. Però, benché sia motivata dall'interesse del proponente, deve dimostrare pubblicamente, resistendo alle critiche di chi le oppone una diversa idea politica, che corrisponde all'interesse comune, o perlomeno comune a molti, se vuole ottenere il consenso necessario per la sua approvazione e sia riconosciuta come rappresentativa del popolo.

Inoltre, nel procedimento di giustificazione politica è un cittadino o un parlamentare che propone all'assemblea del popolo o dei rappresentanti, di cui egli stesso fa parte, l'approvazione di un atto come decisione di tutti. Nel processo invece una parte chiede a un terzo, al giudice, una decisione a suo favore e contro un'altra parte. Il giudice non è un contraddittore e non ha interessi in comune con alcuna delle parti. Perciò la sua sentenza è imparziale. La deliberazione dell'assemblea popolare o parlamentare non lo è, non nello stesso senso: è generale, riguarda il comune interesse e non soltanto quello di una parte. Quindi la sentenza è imparziale nel senso che è pronunciata da un giudice che non ha interessi in comune con le parti. La decisione politica è più propriamente unitaria; e non per la posizione al di sopra delle parti del decidente, ma, al contrario, proprio perché è presa nel foro pubblico da tutti coloro sui quali produce effetti.

Il giudice quando decide dà ragione a una parte e torto a un'altra, quindi alla fine prende parte; e questa presa di posizione è motivata da un giudizio, che deve avere un metro: per stabilire dove stia il torto o la ragione prima bisogna sapere che cosa sia bene o male, giusto o ingiusto, vero o falso. Il metro di giudizio del giudice è evidentemente la legge. Quindi innanzitutto deve interpretare la disposizione legislativa che definisce il fatto e la regola per esso prevista, cioè la norma costitutiva del diritto. È un'attività conoscitiva del diritto diretta alla formulazione di un giudizio su una controversia circa la spettanza di un diritto. Il suo giudizio ha ad oggetto il fatto posto a fondamento del diritto preteso, e precisamente se esso somiglia a quello previsto dalla legge come costitutivo del diritto; e se corrisponde il giudice sentenza che quel caso è soggetto alla regola prevista dal legislatore. La sentenza dunque contiene un giudizio su questi fatti e una conseguente decisione su quale sia la regola legislativa che si applica ad essi. Deve essere giustificata da questo giudizio. Perciò va motivata, ed è evidente che questa motivazione può contenere soltanto quegli argomenti che giustificano con la ragione pubblica il dispositivo della sentenza.

Anche i giudici votano, quando è un collegio a giudicare, e può darsi che ogni giudice voti secondo la dottrina comprensiva di cui è seguace o perlomeno influenzato da essa. Ma la sentenza va motivata soltanto con una dottrina interpretativa della legge e quindi le idee circa la giustizia e il bene proprie del giudice le sono totalmente estranee, tanto che non possono essere dette. Quindi stabilire se e quanto le ragioni del giudice possano avere realmente determinato la decisione, è un'indagine, forse psicologica o sociologica, comunque sicuramente non giuridica.