

RIVISTA ITALIANA
PER LE
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

12

2021



JOVENE EDITORE

Il presente fascicolo è pubblicato con contributi del Dipartimento di Scienze Giuridiche e del Dipartimento di Studi Giuridici ed Economici della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma.

Direttore: Mario Caravale

Direzione e redazione: Sapienza - Università di Roma - Facoltà di Giurisprudenza - Presidenza - Piazzale Aldo Moro 5 - 00185 Roma RM

Comitato direttivo: Oliviero Diliberto - Luisa Avitabile - Valeria De Bonis - Enrico del Prato Nicola Boccella - Enzo Cannizzaro - Mario Caravale - Claudio Consolo - Laura Moscati Cesare Pinelli - Paolo Ridola

Comitato scientifico: Jean-Bernard Auby (Parigi) - Jurgen Basedow (Amburgo) - Luigi Capogrossi Colognesi (Roma) - Erhard Denninger[†] (Francoforte) - Pierre-Marie Dupuy (Parigi) - Yves Gaudemet (Parigi) - David Gerber (Chicago) - Jane C. Ginsburg (New York) Peter Häberle (Bayreuth) - Natalino Irti (Roma) - Erik Jayme (Heidelberg) - Anne Lefebvre Teillard (Parigi) - Guillaume Leyte (Parigi) - Jerome H. Reichman (Durham) Gunther Teubner (Francoforte) - Michel Troper (Parigi) - Hanns Ullrich (Monaco, Baviera)

Redazione: Cesare Pinelli (redattore capo), Nicola Cezzi, Fulvio Costantino

Amministrazione: JOVENE EDITORE - Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli NA Italia
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87 - website: www.jovene.it - email: info@jovene.it

Abbonamento: € 35,00

Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore: **a)** con versamento sul c.c. bancario IBAN: IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento; **b)** a ricezione fattura; **c)** on line collegandosi al sito dell'Editore: www.jovene.it.

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Direttore responsabile: Mario Caravale

ISSN 0390-6760

Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 51 del 18 giugno 2010.

Stampato in Italia Printed in Italy

INDICE

PROLUSIONI

- 3 PAOLO RIDOLA
Gorla, Tocqueville e la comparazione
- 35 GINO GORLA
Il sentimento del diritto soggettivo in Alexis de Tocqueville

SAGGI

- 61 GUIDO ALPA
Prefazione a "Il manganello, la cultura e la giustizia" di P. Calamandrei
- 65 PIERO CALAMANDREI
Il manganello, la cultura e la giustizia
- 107 LAURA MOSCATI
Hommage à Gian Savino Pene Vidari
- 113 LEONARDO SACCO
Arturo Carlo Jemolo e la genesi dell'Istituto e della Biblioteca di Diritto pubblico nella Facoltà giuridica della Città universitaria di Roma

INCONTRO DI STUDIO SU DIRITTI E TEMPO

- 183 ENRICO DEL PRATO
Introduzione
- 189 GUIDO ALPA
Il calcolo del tempo e le regole del diritto
- 207 LUISA AVITABILE
Tempo e certezza nel diritto
- 221 MARIO CARAVALLE
Lex semper loquitur

- 303 ANTONIO FIORELLA
L'utile e il giusto nella valutazione del tempo della prescrizione del reato nel diritto penale
- 311 MARCO D'ALBERTI
La durata dei diritti nei confronti della pubblica amministrazione: quando poco, quando troppo
- 317 LAURA MOSCATI
La durata nel diritto d'autore
- 333 ANTONIO VALITUTTI
Prescrizione e decadenza: i confini concreti
- 351 ARTURO MARESCA
Sulla decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi
- 367 MASSIMO CONFORTINI
Pactum de non petendo e prescrizione
- 379 MIRZIA BIANCA
Prescrizione e diritti potestativi. Riflessioni attuali sulla distinzione tra prescrizione e decadenza
- 399 FABRIZIO CRISCUOLO
Tempo, inerzia e disponibilità del diritto
- 411 LUCA DI DONNA
Sulla retroattività della condizione
- 435 ENNIO CICCONE
Interruzione della prescrizione e garanzia per i vizi nella vendita
- 465 FRANCO MODUGNO
Presentazione del volume Pluralità degli ordinamenti giuridici e Costituzione repubblicana (D. Martire, Jovene, 2020)

INCONTRO DI STUDIO SU DIRITTI E TEMPO*

* Incontro di studio tenutosi il 5 novembre 2021 presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche della Sapienza Università di Roma.

SOMMARIO: 1. Diritto e linguaggio, verso la certezza del diritto. – 2. Il logos come declinazione della temporalità giuridica. – 3. Diacronia e sincronia, verso la sin-diacronia? – 4. Momentaneità e certezza del diritto. – 5. La forma del diritto. – 6. Verso la ricerca del giusto.

1. *Diritto e linguaggio, verso la certezza del diritto*

Quando si pensa alla connessione tra tempo e diritto, è impossibile prescindere dalla relazione con il linguaggio, anche se sembra quasi d'obbligo riferirsi solo ad una congerie di prescrizioni, date, termini. In realtà il concetto di temporalità richiama specularmente, in modo più profondo di un cronologico scadenziario, la questione della certezza e della garanzia della legge che, a sua volta, rinvia alla consapevolezza della storicità da parte dell'essere umano.

È importante rilevare che il diritto positivo viene istituito attraverso procedure storicizzate che rimandano alla dimensione temporale del passato; il consolidamento di alcuni diritti, come l'usucapione, indica il lasso temporale per perfezionare la pretesa, così come la prescrizione incide sul tempo trascorso, un atto testamentario è valido alla morte del soggetto giuridico che lo ha voluto, in quanto grava sul futuro. Si tratta solo di alcuni esempi che comportano la tematizzazione che – nel decisivo rapporto con il diritto e nella coalescenza con altri elementi – il tempo è l'alfa e l'omega del giuridico, ne determina la certezza, l'usura e rappresenta l'intemperia che lo rende efficace o meno, individua la validità di un atto a seconda del lasso di tempo intercorso dalla sua emanazione.

Allora, proporre una riflessione su tempo e diritto implica l'analisi della giuridicità intesa sia come 'giusto' che certezza del legale, ma anche come stabilità che, a sua volta, richiama la crisi del diritto, quella parcellizzazione che fa invocare la sua sicurezza, alla ricerca di territori dove sono quantomeno determinati i confini di un atto e gli effetti di una scelta, come è proprio ad esempio del diritto penale.

Più generalmente, non si può prescindere dal tema della formazione del testo giuridico che, prima di diventare legge, è *logos* strutturato secondo le regole del dialogo all'interno della comunità sino a

diventare discorso specifico¹, con una sua forma definita e distinta all'interno del tessuto sociale, attraversato dalla tematizzazione delle aspettative sociali, non ancora regolamentate dal diritto, secondo i principi di generalità e astrattezza² che attivano il concetto di pretesa giuridica, centro di irradiazione del riconoscimento dei diritti.

È nella specificità e nella concretezza della testualità giuridica rinviare alla terzietà del diritto, come fenomeno imparziale e disinteressato che contribuisce alla percezione della certezza delle norme, perché vincolate ai caratteri generali e trasversali dell'*humanitas*.

Questa parte concettuale è significativa per una corretta trattazione della certezza del diritto che non si limiti alle sole istanze analitiche, perché, non solo nominalmente, la questione della giuridicità, rinviando alla terzietà, rappresenta proprio una concatenazione di passato, presente, futuro. La validità della legge è legata alla temporalità in virtù della sua estensione diacronica che ne garantisce la stabilità.

Più completa e lineare è la trattazione del problema se alla questione della temporalità si aggiungono le riflessioni sulla storia come itinerario progressivo e consapevole dell'individuo; il tempo – in questo senso – diventa una sorta di *punctum individuationis* che attribuisce al diritto una sua significatività, attraverso l'itinerario procedurale istituito e dunque storicamente temporalizzato nella sua diacronia.

All'origine del rapporto tra tempo e diritto sussiste la questione della formazione del testo giuridico che implica il concetto di temporalità. Privato del tempo, il diritto non esisterebbe e non dispiegherebbe i suoi effetti, dunque, va da sé che cede al concetto di diacronia il doppio versante di giusto e legale³ attraverso l'*a priori* della certezza.

Per estensione, la stabilizzazione delle relazioni attraverso il diritto è quel che contribuisce a renderlo certo, a non porre l'individuo di fronte all'arbitrio irrazionale di chiunque: il tempo è essenza e forma del diritto, l'essenza è rappresentata dalla certezza, mentre la forma dal testo.

¹ La questione della 'genesi fenomenologica del diritto' è discussa da B. ROMANO, *Ortonomia della relazione giuridica*, Roma, 1996; ID., *La legge del testo*, Torino, 1997; *Filosofia del diritto*, Roma-Bari, 2001; *Diritti umani e diritti fondamentali*, Torino, 2016.

² E. DEL PRATO, *Principi e metodo nell'esperienza giuridica*, Torino, 2018, 122-124.

³ G. HUSSERL, *Diritto e tempo*, Milano, 1998, *passim*.

In questa direzione, la temporalità storicizzata – vale a dire declinata secondo una visibilità formale – mostra il nesso tra particolare e universale, dato non dalla presenza di un individuo isolato, ma dalla relazione che «assicura e garantisce il rilievo del particolare per la ragione che esaurisce in sé l’universale». Di fatto, il tempo oscilla tra i due poli del particolare e dell’universale, con la finalità di attribuire al diritto la stabilizzazione delle condotte che incide sulla certezza della legalità⁴.

Il diritto, astraendo dalla legge individuale, si orienta alla generalità come sua ‘determinazione costitutiva’⁵, significando allo stesso tempo il suo vincolo alla concretezza dell’esistenza reale, quindi all’individualità in carne ed ossa alla quale ritorna con il principio di equità.

2. *Il logos come declinazione della temporalità giuridica*

Individualità e generalità sono il diametro lungo il quale si muovono il tempo=storicità e il diritto istituito dalla terzietà delle istituzioni pubbliche. I due plessi non sono governati da uno stacco, ma da una linea di continuità.

Da un bilancio qualitativo delle relazioni giuridiche, deriva la tematizzazione della generalità, come concetto giuridico, in quanto originata dall’individualità temporalizzata: l’essere umano sperimenta il tempo e la storia, nelle relazioni all’interno di una determinata comunità, ma solo nell’ambito dei confini della legalità verifica la certezza.

Il diritto mutua dal tempo il divenire e la durata; il tempo, a sua volta, conferisce alla giuridicità stabilità e certezza⁶, assumendo dal giuridico la condizione della forma che diventa elemento essenziale per la visibilità delle norme.

L’ordine di queste riflessioni può essere affrontato se il diritto viene meditato come opera umana che si trasferisce dal piano del pensato a quello del parlato, attraverso il linguaggio, apparentemente

⁴ L. DE ONATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942, 65 e ss.

⁵ L. CAPOZZI, *L’individuo, il tempo e la storia*, Napoli, 2000, 240-241.

⁶ Cfr., sulla priorità data al concetto di certezza, G. RADBRUCH, *Lo spirito del diritto inglese*, Milano, 1962.

strumento funzionale nelle mani del giurista ma, in realtà, struttura di ogni parte del diritto.

Non è difficile individuare la dinamica che viene attivata dal giurista nell'opera ermeneutica: si avvale di una compagine di regole convenzionali del parlare (= grammatica e sintassi) che rappresentano il reale strumento per esprimersi; allo stesso tempo, è in tensione per far comprendere il testo della legge mediato dalla sua ermeneusi, espressione di originalità che trascende la convenzione funzionale per ordinarsi secondo un'intesa empatica (= il senso di quel che si vuole comunicare, attraverso il *logos*) che anima la stessa interpretazione tralasciando, dopo averla assimilata, la metodologia come mero rigore procedurale.

Dalla struttura del linguaggio nasce la tematizzazione della temporalità nel/del diritto: il diritto è messo in parole con un senso che non si può identificare semplicisticamente mediante le regole della redazione del testo della legge e la loro analisi logica, come cammino della certezza conferita dalla temporalità alla giuridicità, attraverso la cifra della durata.

Ci si approssima qui alla riflessione su un'ulteriore differenza: temporalità delle leggi istituite e temporalità delle leggi 'trovate'. Le prime sono umane, le seconde racchiudono il significato delle leggi biologiche, fisiche, astronomiche, chimiche, ecc.; da qui si può procedere con una temporalità lineare distinta da una complessa, umana, con la quale il diritto scandisce procedure, processi e dinamiche che rendono possibile discutere di certezza del diritto.

Affermare che la temporalità delle leggi del mondo naturale, biologico, fisiologico, atmosferico etc. rappresenta una successione lineare, significa che, in questa dimensione, l'estensione del prima ha la struttura della causa e quella del dopo la compagine dell'effetto⁷; nell'ordine della causalità naturalistica, non si osserva nulla che proponga la dinamica di un atto successivo che incida su quello precedente; di fatto, la temporalità lineare si dispiega in una progressione conseguente: un momento precede l'altro, la sincronia diventa diacronia in un processo di fusione che non differenzia le due declinazioni temporali.

⁷ L. BAGOLINI, *Tempo e 'dover essere' nell'esperienza giuridica*, RIFD, III, 1967, 604; Id., *Poesia e giustizia. Diritto e tempo*, Milano, 1998, 125.

3. *Diacronia e sincronia, verso la sin-diacronia?*

L'analisi della temporalità nell'ambito dello sviluppo diacronico del linguaggio, dalla quale deriva la riflessione sull'incidenza sulla certezza nel diritto, mostra la complessità dell'architettura che segue non solo un itinerario cronologico, ma di mutualità. Se sincronia e diacronia sono le declinazioni cronologiche del diritto, il linguaggio è il luogo dove il diritto realizza i suoi contenuti, intessuti da una specifica estensione temporale. Ogni atto giuridico, prima di incidere in uno spazio fisico dove regola le condotte interpersonali, viene istituito in uno spazio dialogico in cui esplicita un suo significato concreto dapprima come atto linguistico, perché l'atto enunciato prima influenza quello successivo che, a sua volta, in una sorta di retroazione reciproca, dà senso a quello precedente. In sintesi, il prima e il dopo non sono punti autonomi, sin-diacronici, ma il dopo incide sul prima, in quanto, nella comunicazione tra individui, nel discorso, nel dialogo, emerge che le parole dette in un determinato momento assumono un significato tramite quelle enunciate successivamente in un movimento diacronico.

In questo modo, viene limitata la dimensione esclusivamente persuasiva del linguaggio. Caricare di aspettative un singolo atto può portare alla delusione e ad una situazione irreali, perché, nella concreta dinamica dei discorsi, gli atti linguistici enunciati in un determinato momento non sono isolati, autonomi, autopoietici. Le proposizioni vengono continuamente chiarificate da altre locuzioni, in un gioco di scambi e di armonica confusione e libertà che mette in evidenza la diacronia del linguaggio e del diritto attraverso la successione retroattiva del prima e del dopo. Questo significa che l'opera del linguaggio non si dispiega ed esaurisce in una connessione temporale-lineare, ma in un ordine precipuo di retroazione. Non solo prima/dopo, causa/effetto, ma anche effetto che illumina la causa, il dopo che chiarisce il prima.

Questa progressione diacronico-concettuale porta ad un binomio che emerge dalle questioni relazionali diritto/tempo. Da una parte, l'opera del linguaggio, dall'altra la causalità naturalistica. La diversa qualificazione temporale dell'opera del linguaggio, rispetto alla causalità naturalistica, mostra che le relazioni giuridiche, patrimonio esclusivo del mondo umano, non sono pensabili nelle dimensioni dei processi fisici, chimici o biologici. Questo chiarimento esige

che si presti attenzione alla struttura e agli effetti della qualificazione temporale, specifica del linguaggio-discorso nelle istituzioni giuridiche, con effetti sul concetto di certezza.

L'analisi e la comparazione di due diverse qualificazioni della temporalità portano all'attenzione dello studioso che le questioni del senso, del dialogo e dell'istituzione pubblica non appartengono alla struttura della causalità.

Con questo si vuole dire che il diritto, poiché ha la sua genesi nell'opera dialogica non monologante, è fuori dalla causalità lineare sin-diacronica.

In una temporalità complessa il senso della 'ricerca del giusto' è in continua formazione e lo è in modo tale che le parole enunciate dopo conferiscono senso alle parole enunciate prima; non si è in una causalità lineare monodirezionale, ma in un'opera discorsiva, polidirezionale nella circolarità, anche retroagente, che investe le espressioni giuridiche.

Qualificare diversamente il linguaggio, dal punto di vista temporale, e differenziarlo rispetto alla causalità naturalistica, significa evidenziare che le relazioni giuridiche, patrimonio esclusivo degli esseri umani, non fanno parte dei processi fisici, chimici, organici, biologici ecc.

Questa chiarificazione esige un'attenzione specifica alla struttura e agli effetti del modo di procedere in questo diverso significato che si vuole dare alla temporalità.

Quali sono gli effetti della qualificazione temporale del linguaggio sul diritto, sulle sue ambizioni di certezza? La questione principale è il senso che si attribuisce alle proposizioni giuridiche e dunque alla temporalità che, come una deflagrazione, invade il diritto.

È evidente che ogni testo, oltre che un significato, comunica un senso che, iscritto nel testo specifico del diritto dunque nelle norme, acquista la temporalità della durata e, allo stesso tempo, si differenzia da altre forme di testualità come quella religiosa, economica, morale, etc. Così, il linguaggio-discorso, reso certo dalla forma, può essere incontrato e riletto secondo una polisemia che fa parte dell'opera ermeneutica del giurista che presenta il suo rapporto con il tempo come permeato da una profonda inquietudine.

Gli elementi appena posti in discussione mostrano come ci sia un costante ricostituirsi della ricerca del senso che, trasfusa peculiar-

mente nel diritto, diventa ‘ricerca del giusto’, cioè dialogo discontinuante e retroagente (per effetto dell’interpretazione intesa come *ars boni et aequi*). Questa differenza, e non altre, avvia l’opera istitutiva delle leggi che segue procedure temporali che si dipanano diacronicamente nelle tre dimensioni del passato-presente-futuro.

Ritornando al rapporto tra tempo e diritto, si specifica ancora meglio che non si è davanti a un movimento che semplicemente scorre, così come fluiscono i momenti della causalità in una successione temporale lineare: una causa prima, un effetto dopo che si può rinvenire in modo paradigmatico nell’inferenza logica.

Gli effetti del linguaggio-discorso, formativi delle leggi giuridiche, sono radicati nell’opera creativa dell’essere umano, sono cioè quelle conseguenze, anche retroagenti, che derivano dalla formazione di un progetto, che è tale in quanto si differenzia rispetto al senso enunciato, lo trasforma retroagendo.

Per effetto di questo doppio processo, gli esseri umani rappresentano se stessi come una pluralità di ipotizzanti, che esistono e si riconoscono nel compito della ripresa continua della parola nel dialogo.

Questa molteplicità persiste nell’ordine del discorso, in una reciprocità riconoscitiva dei soggetti che formano la società intesa come testo sociale, dove l’istituzione del diritto è disciplinata dalla terzietà, luogo costitutivo della differenziazione fenomenologica del diritto da altri fenomeni sociali.

4. *Momentaneità e certezza del diritto*

Le radici di questa discussione risiedono nella tesi sul diritto come relazione di riconoscimento⁸ e non di esclusione che significa negazione del diritto, vale a dire immissione di controgiuridicità che avalla la violenza del principio di esclusione, individuata come fattualità.

Nella direzione del concetto di certezza del/nel diritto, la pienezza della temporalità si ha nel concetto di durata, nella stabilizzazione delle condotte in direzione di un compito, non nell’uso puntistico di una condizione statica e momentanea che rimane estranea

⁸ Cfr. B. ROMANO, *Il riconoscimento come relazione giuridica fondamentale*, Roma, 1986.

alla costruzione della relazione, ma nella formazione dell'identità della persona e nella sua progettualità orientata al futuro.

Il diritto non si consuma nella sua momentaneità, nell'univocità di una ripetizione eventuale; appartiene alla scelta nell'alternativa tra il bisogno e l'impegno dell'opera dell'umano, esistita attraverso la presenza dell'alterità, che diventa dimensione terza, (*l'erga omnes*, la *res commune*, l'interesse pubblico ...), luogo del reciproco attraversarsi di *logos* e *nomos*, di sincronia e diacronia, di incertezza e pretesa della stabilità del diritto.

Il diritto è terzo, nella sua specificità ed autonomia come declinazione dell'imparzialità⁹; questa nomenclatura qualifica il tempo della relazione giuridica, garantendo, in quanto misura terza, la liberazione dei soggetti che si relazionano giuridicamente dalla mutevolezza determinata all'improvviso.

Data la natura della traslazione degli effetti del dialogo nel diritto, dell'incidenza del tempo nella giuridicità, emerge con particolare rilievo che le relazioni non sono più lasciate alla variabilità dell'altrui volontà, come accade invece nei rapporti che nascono per effetto della simpatia, dell'economia o di altre forme di coesistenza, dove i contenuti delle relazioni si trasformano, a seconda dell'orientamento volitivo delle parti. Le decisioni sono affidate, di volta in volta, ad un'interpretazione che può cambiare repentinamente; in questa direzione, ognuno sperimenta l'interrezza del rapporto con l'altro nella condizione di totale dipendenza dalla variabilità dell'altrui volontà.

L'istituzione giuridica libera da questa dipendenza mediante l'attivazione della pretesa che, dal punto di vista normativo-temporale, si specifica come 'giuridica', perché ha come suo contenuto durata e certezza, considerati non epifenomeni, ma momenti costitutivi delle relazioni giuridiche che, in questo modo, si emancipano dalla mutevolezza delle scelte arbitrarie *ad libitum*.

Con l'istituzione della pretesa giuridica, attraverso la trasformazione delle aspettative da sociali in giuridiche per opera del legislatore, si esperisce la transizione da una condizione d'angoscia davanti alla mutevolezza delle condotte altrui al requisito fondamentale di garanzia che deriva dalla durata dei contenuti della giuridicità, regolati dall'opera imparziale e disinteressata della terzietà presente.

⁹ A. KOJÈVE, *Linee di una fenomenologia del diritto*, Milano, 1986, *passim*.

Una rapida ricognizione delle relazioni che permangono fuori dalla giuridicità mostra come queste possano avere una qualità intensa che si commisura proprio con la mutevolezza dell'arbitrio. Se non vi fosse il diritto con le sue scansioni temporali, anche formalmente definite, l'effetto sarebbe quello di un'esistenza concreta alienata e aperta all'improvvisazione e all'arbitrio di ognuno.

Essere dominati dalla temporalità dell'improvviso, decisa dall'arbitrio e dalla variabilità continua delle condotte, costringe ad una condizione di angoscia, dove il futuro viene avvertito come estraneo rispetto alla progettualità scelta.

Il diritto, garantendo la durata della concretezza dei contenuti della relazione, trasforma un'aspettativa cognitiva in una normativa, mediante l'istituzione della pretesa giuridica che segna il passaggio dalla possibilità indefinita ad una definita, reale, nel mondo condiviso e strutturato secondo regole terze e certe.

Diritto non significa possibilità illimitate, anzi esprime la definizione e la delimitazione di esse, perché non tutte le aspettative possono essere garantite e tutelate giuridicamente, ma solo quelle che, dal processo di selezione dei contenuti, risultano qualitativamente orientanti per il legislatore e che, una volta istituite come aspettative normative, diventano il contenuto della pretesa giuridica.

Il diritto si presenta come limite all'ampiezza integrale della possibilità e simultaneamente come confine di una presunta distinzione tra le aspettative, quelle cognitive, lasciate alla conoscenza e alla presa d'atto della volontà, e quelle normative, oggetto della pretesa giuridica.

La linea di distinzione tra queste due qualificazioni delle aspettative non è mai ultima, può mutare secondo la direzione argomentata dell'opera del legislatore, misurata dalla struttura dell'ermeneutica.

La coordinata principale è data dalla relazione giuridica fondamentale come la relazione di riconoscimento, nel medio della differenza tra i soggetti che si riconoscono, proprio in quanto il riconoscere non è confondibile con un'attività meramente cognitiva, ma evidenzia la dimensione temporale del futuro che non è calcolabile né predittivamente conoscibile. L'essere umano pensa e si proietta nel futuro attraverso la progettualità. Infatti, nel futuro, ciascuno si ri-trova empaticamente nell'altro, nella formazione del suo futuro, esistito però come differenziazione, non pre-calcolabile.

Pertanto, la giuridicità custodisce una presentazione del diritto primo: la formazione dell'identità di ogni essere umano nel medio della relazione di riconoscimento. Questo luogo relazionale è custodito dal diritto nell'istituzione pubblica, che temporalmente mostra nel giudizio il momento centrale della giuridicità del presente, legato a garantire il compito inesauribile della formazione in futuro dell'identità di ogni essere umano, mediante il processo di differenziazione dal passato.

5. *La forma del diritto*

Il diritto conferisce una forma specifica alla relazione tra le parti, scandita dal tempo. La forma fissata nelle norme legittima la pretesa di concretizzare i contenuti relazionali selezionati, secondo una legalità originata dalla ricerca della giustizia. In questo, il diritto presenta la sua dimensione differenziante: garantisce che una definita forma possa essere certa.

La differenza della specifica forma del diritto, distinta dalle altre forme delle relazioni, consiste nel fatto che i soggetti convengono nel limitare e definire le loro possibilità, secondo un contenuto convenuto dalla volontà delle parti, posta nella fissità delle forme giuridiche. Ne consegue che ogni individuo non ha più davanti a sé l'intera ampiezza delle sue possibilità, ma ha convenuto e definito con l'altro una possibilità, rinunciando a tutte le altre. Questa possibilità definita è fissata nella forma del diritto.

Nella compravendita, ad esempio, il venditore rinuncia ad esercitare tutte le infinite possibilità praticabili sul suo bene; esercita esclusivamente quelle definite dalle fattispecie astratte. Da parte sua, il compratore esercita la possibilità di acquisire il bene oggetto della compravendita e allo stesso tempo rinuncia ad altre possibilità.

Secondo i lineamenti del diritto, la forma peculiare della compravendita non è confondibile né con l'acquisizione di un bene mediante la violenza, né con l'acquisizione mediante il caso, che si sostituisce alla libera formazione della volontà delle parti.

La controfattualità consiste nel conferire e garantire durata a una direzione giuridicizzata della coesistenza.

Se la controfattualità non fosse nient'altro che uno degli effetti della temporalità lineare, si dovrebbe concludere che non potrebbe

essere chiarita come garanzia giuridica della durata di una qualificazione e di un progetto di condotte, posti in essere in un tempo, che ora è un passato, distinto ma legato al presente e all'aspettativa verso il futuro.

La temporalità lineare si sedimenta esclusivamente nel presente, nell'identificazione in una condizione che si potrebbe definire sindiacronica: un momento dopo un altro, in assenza della connessione progettuale del presente con il passato e con il futuro.

La controfattualità, fenomenologicamente differenziante il diritto, incide nel presente con un orientamento al futuro, ma ha la sua ragione nell'attribuire senso al presente e non considerarlo secondo una variabilità di condotte. La sua ragione – che libera dall'angoscia dell'improvvisa mutevolezza – consiste nel far durare nel presente un passato, quello scelto per la sua conformità ad una precisa configurazione delle condotte relazionali.

La giuridicità, a differenza della fattualità, appartiene a quella configurazione delle condotte che è garantita, in quanto posta, se è 'istituita' in una dimensione protesa a un futuro, a sua volta garantito in quanto oggetto della pretesa giuridica, orientata e connessa all'opera controfattuale del giudizio giuridico che custodisce le aspettative normative nel garantire il loro futuro contro i fatti che escludono invece di riconoscere.

La dimensione controfattuale, come istituzione del diritto, ha inoltre la sua origine costitutiva nel discorso-dialogo, inteso nella sua duplicità di direzioni: quella positiva, dell'aprire una prospettiva diversa, e quella negativa, del non stare ai patti.

6. *Verso la ricerca del giusto*

I problemi metodologici ed ermeneutici, così come quelli temporali, derivano anche dall'*a priori* della finalità del diritto che, unito a quello di certezza e di idea del giusto, comporta una scelta per il legislatore diretta al concetto di temporalità che interessa non solo la giuridicità, ma anche altri fenomeni relazionali.

La questione del tempo, inteso diacronicamente, è certo esclusiva del diritto, ma rappresenta – in modo centrale, paradigmatico primario – un suo tratto peculiare. Infatti, nel processo di chiarimento ed esame della certezza del diritto, è significativo l'asserto del

tempo che si estende all'idea del giusto come momento temporale che incide nel presente, provenendo dal passato, e la cui finalità si proietta nel futuro. Come si evince, la certezza è il presente della validità del diritto che ha senso solo se orientato secondo il passato e il futuro, altrimenti diventa mera contingenza che avalla la necessità del momento.

In particolare, la parola, all'interno del testo giuridico, acquista un suo specifico ruolo, dando luogo ad una diversa orientazione del senso, vale a dire ad una polisemia del linguaggio attraverso l'ermeneutica, manifestando lo spazio diacronico coesistenziale che non coincide con una particolare dimensione temporale, ma è estensione. L'essere umano non collima con la mera contingenza del presente, non è sin-diacronico, ma si proietta nel futuro, attraverso il rifiuto della controgioridicità e così comincia la sua lotta, ma anche nel momento in cui prende parte ad un accordo, mette in moto gli elementi delle dimensioni temporali.

In questa dimensione, incide la terzietà del diritto che si radica nel *logos*, dove la prospettiva è quella della giuridicità, come spazio di nessuna delle parti coinvolte, ma principio imparziale e disinteressato, che può garantire controfattualmente la durata di una relazione che trascende la mutevolezza di una volontà arbitraria e mutevole.

Il reciproco movimento tra tempo e diritto sollecita l'attenzione all'*ars boni et aequi* dell'interpretazione che si diacronizza nella temporalità. Infatti, l'interpretazione della norma nel presente garantisce in modo controfattuale la durata che, provenendo dal passato, forma e qualifica il futuro ed è diretta a costituire un ambito essenziale per custodire giuridicamente la libertà condivisa dell'essere umano.

Per analogia, così come le parole all'interno del discorso giuridico non sono isolabili in un gesto puntistico, privo di ambientazione, quindi non iniziano e finiscono nel momento in cui si realizzano, così l'itinerario delle norme e il loro significato durano nel tempo convenuto con gli altri, superando la mutevolezza della fattualità, in modo da assumere i tratti formali della testualità.

Nella complessa sistemazione del giuridico, la questione della durata che combatte la fattualità non coincide con il presente della contingenza e con gli effetti sulla qualità delle relazioni. Un elemento principale della durata giuridicizzata è costituito da rinvii di senso alle tre figure della terzietà del diritto, che garantisce la certezza e la durata dei contenuti – istituiti nel passato – di una pretesa giuridica,

esercitabile secondo una aspettativa normativa; questi contenuti si concretizzano anche oltre e contro la condizione presente della fattualità.

La terzietà giuridica forma il diritto, garantendo la pretesa giuridica come controfattualità, in questo modo eccede le combinatorie funzionali di elementi fattuali predominanti nella successione di una condizione presente, secondo il susseguirsi di una momentaneità estranea al progetto giuridico.

Una dimensione esclusiva del diritto, come la pretesa, può sorgere solamente perché si alimenta alla temporalità mediata dal linguaggio e dunque dall'interpretazione, lottando contro la fattualità vincente del presente, momento dopo momento.

Quando si riflette sul significato di diritto non si può prescindere dal concetto di controfattualità, intesa come forza fine a se stessa che assolutizza il presente come contingenza, sin-diacronica. La temporalità del controfattuale, invece, è intesa come connessione di passato, presente e futuro, ed esprime la certezza della durata rappresentata dalla pretesa giuridica, vero fulcro della 'ricerca del giusto'.

Abstracts

Il diritto conferisce una forma specifica alla relazione tra le parti, scandita dal tempo. La forma fissata nelle norme legittima la pretesa di concretizzare i contenuti relazionali selezionati, secondo una legalità originata dalla ricerca della giustizia. Il diritto presenta la sua dimensione differenziante: garantisce che una definita forma possa essere certa. La differenza della specifica forma del diritto, distinta dalle altre forme delle relazioni, consiste nel fatto che i soggetti convengono nel limitare e definire le loro possibilità, secondo un contenuto convenuto dalla volontà delle parti, posta nella fissità delle forme giuridiche. Ogni individuo non ha più davanti a sé l'intera ampiezza delle sue possibilità, ma ha convenuto e definito con l'altro una possibilità, rinunciando a tutte le altre. Questa possibilità definita è fissata nella forma del diritto.

The law gives a specific form to the relationship between the parties, marked by time. The form established in the norms legitimizes the claim to concretize the selected relational contents, according to a legality originating from the search for justice. The law

has its differentiating dimension: it guarantees that a definite form can be certain. The difference of the specific form of law, distinct from the other forms of relations, consists in the fact that the subjects agree to limit and define their possibilities, placed in the fixedness of the juridical forms. Each individual no longer has before him the full breadth of his possibilities, but has agreed and defined one possibility with the other, renouncing all the others. This definite possibility is fixed in the form of law.