

MODI DELL'IMPOSSIBILITÀ NORMATIVA

Stefano Colloca e Paolo Di Lucia

Non vi può essere proponimento di cose impossibili e se qualcuno dicesse di proporle sembrerebbe essere stolto; mentre vi è anche volontà di cose impossibili, come dell'immortalità.

Aristotele, *Etica Nicomachea*¹

1. Vi sono vari modi nei quali possiamo intendere l'espressione "impossibilità normativa".

Hans Kelsen, come è noto, individua nell'attribuzione di un significato normativo a un fatto naturale [*natürlicher Tatbestand*] o a un atto [*Akt*] un elemento essenziale della costruzione della realtà giuridica².

Questa tesi kelseniana si può rivelare feconda per individuare un *primo senso* di impossibilità normativa, che si incontra quando il fatto naturale o l'atto al quale il diritto attribuisce un significato normativo è impossibile³.

Ecco un primo esempio: l'art. 49, comma 2, del codice penale italiano vigente recita:

La punibilità è esclusa quando, per l'inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso.

Qui la norma ricollega all'*impossibilità* dell'evento dannoso o pericoloso (*condizione*) la *non punibilità* (*conseguenza giuridica*).

Un secondo esempio di questo primo senso di impossibilità normativa si incontra nella formulazione del principio "*ad impossibilia nemo tenetur*": qui *simpliciter* l'*impossibilità* di un fatto o atto (*condizione*) è ricollegata al venir meno di obblighi ed eventualmente di sanzioni (*conseguenza giuridica*).

Il nesso necessario fra potere e dovere spiega sia la nullità di un negozio che contempli un assetto di interessi impossibile fin dall'origine, sia il venir meno del dovere, quando sopravvenga, per causa non imputabile al debitore una impossibilità oggettiva di adempiere (art. 1147 cc fr. [codice civile fran-

¹ Aristotele 1979, III 4.1111b20: "προαίρεσις μὲν γὰρ οὐκ ἔστι τῶν ἀδυνάτων, καὶ εἴ τις φασὶ προαιρεῖσθαι, δοκοῖν ἂν ἡλίθιος εἶναι. βούλησις δ' ἔστι καὶ τῶν ἀδυνάτων, οἷον ἀθανασίας".

² H. Kelsen 1934, pp. 2-4 (tr. it. di R. Treves 1952, p. 48) e H. Kelsen 1949, pp. 51-55.

³ Parlare di un'impossibilità di atti o fatti che sia qualificata giuridicamente richiama l'ipotesi elaborata da S. Romano 1947, p. 204 di una realtà "assunta nel mondo giuridico da una diversa sfera di conoscenze, senza alcun mutamento o trasformazione".

cese]; art. 1218 cc) salva la sua responsabilità nell'ipotesi che l'impossibilità sopravvenuta sia a lui imputabile.⁴

Un terzo esempio di conseguenza giuridica ricollegata a un fatto o atto impossibile è formulato da Nicola Jaeger nel primo studio a noi noto dedicato all'impossibilità nel diritto, in particolare all'impossibilità nel processo.

Una sentenza che accerti o costituisca un diritto di servitù di passo designando come fondo serviente un fondo lontano dal fondo dominante, anzi al di là della via pubblica, rientra nel nostro concetto di sentenza impossibile.⁵

Successivamente Jaeger si domanda:

Data una sentenza di questo genere, alla cui pratica attuazione si opponga una impossibilità fisica non temporanea ed obiettivamente accertabile, quali ne sono le conseguenze?⁶

2. Vi è un *secondo senso* nel quale si può parlare di impossibilità normativa, quando ci si riferisce all'impossibilità di un atto o fatto la quale derivi dalla *presenza* o dalla *assenza* di una norma⁷.

Un esempio di impossibilità di un fatto o atto derivante dalla *presenza* di una norma è l'impossibilità di nominare una pianta senatore a vita derivante dall'art. 59, comma 2, della Costituzione italiana.

Il Presidente della Repubblica può nominare senatori a vita cinque cittadini che hanno illustrato la Patria per altissimi meriti nel campo sociale scientifico, artistico e letterario.

⁴ E. Betti 1965, p. 57. Inoltre, sul rapporto tra possibilità di adempimento e significanza di norme cfr. U. Scarpelli 1959.

⁵ N. Jaeger 1931, p. 16 nota 36. Appare tuttavia legittimo domandarsi se ad essere impossibile, in questo caso, sia la sentenza – come Jaeger vorrebbe – o piuttosto il suo oggetto.

⁶ N. Jaeger 1931, p. 16. Si noti che nell'esempio di Jaeger il *Tatbestand* consiste non in un fatto naturale o atto (Kelsen usa espressamente il sintagma *natürlicher Tatbestand*), ma in un fatto istituzionale. Usiamo qui l'espressione 'fatto istituzionale' nel senso di J. Searle 2003, p. 32: "I fatti istituzionali richiedono l'esistenza di istituzioni umane. Per spiegare tali istituzioni devo distinguere tra due tipi di regole, che, anni fa, ho chiamato regole regolative e regole costitutive. Le regole regolative regolano forme di comportamento preesistenti ad esse. Una regola come "Devi guidare a destra" regola, per esempio, il comportamento del guidatore. Le regole costitutive, invece, non solo regolano, ma creano anche la possibilità stessa, o la definizione, di nuove forme di comportamento. Un esempio evidente è il gioco degli scacchi. Non soltanto le regole degli scacchi regolano l'attività del giocare a scacchi, ma piuttosto è nell'agire in conformità alle regole degli scacchi che l'attività del giocare a scacchi consiste".

⁷ Questa forma di impossibilità normativa coincide con quella che A.G. Conte - P. Di Lucia 2012, p. 136 hanno chiamato *nomophoric impossibility* (*rule-related impossibility*). Il fatto o atto la cui impossibilità deriva dalla presenza o assenza di una norma è un fatto o atto di tipo istituzionale. Non sembra plausibile invece immaginare che dalla presenza o dall'assenza di una norma derivi una impossibilità di un fatto o di un atto naturale.

Due esempi di impossibilità di un fatto o atto derivante invece dalla *assenza* di una norma sono i seguenti:

- (i) l'impossibilità di conseguire la libera docenza oggi in Italia ⁸;
- (ii) l'impossibilità di beneficiare del *droit de suite* – secondo il quale l'autore di un'opera a esemplare unico ha diritto a una percentuale sul prezzo di ogni vendita successiva alla prima – oggi in Svizzera e negli Stati Uniti d'America eccetto la California ⁹.

I concetti di impossibilità per presenza o assenza di una norma sono esemplificati anche oltre i confini del diritto in quella particolare forma di sistemi normativi che sono i giochi: si pensi (i) all'impossibilità di muovere l'alfiere in linea retta derivante dalla *presenza* di una regola costitutiva del gioco degli scacchi sull'alfiere e (ii) all'impossibilità di effettuare un arroccamento al gioco della dama derivante dalla *assenza* di una regola costitutiva sull'arroccamento in questo stesso gioco ¹⁰.

3. Vi è poi un *terzo senso* nel quale si può parlare di impossibilità normativa, che si incontra quando si afferma che da una certa realtà oggetto di normazione derivano necessariamente limiti all'attività di normazione stessa, ossia derivano per il legislatore delle impossibilità ¹¹.

Un esempio di questo terzo senso di impossibilità normativa è documentato nell'opera di Adolf Reinach. Secondo Reinach, esistono leggi di *essenza a priori* che sono universalmente e necessariamente valide. Eccone tre:

- (i) la legge secondo la quale da una promessa nascono necessariamente una pretesa e un'obbligazione;
- (ii) la legge secondo la quale colui che ha un obbligo non può rinunciarvi;
- (iii) la legge secondo la quale una pretesa si estingue mediante l'adempimento.

Secondo Reinach, il legislatore non può modificare queste leggi di *essenza*:

il diritto positivo può recepire queste leggi [le leggi di *essenza*] e, viceversa, può anche deviare da esse. Ma persino nell'ipotesi stessa che il diritto positivo inverta queste leggi di *essenza* e le capovolga nel loro contrario, esso non può tuttavia toccarne la sussistenza. ¹²

⁸ L. Passerini Glazel 2005, p. 256. Un esempio analogo riguarda il caso della impossibilità di conseguire il titolo di *professeur agrégé* in assenza di una norma che preveda l'*agrégation*. Cfr. A.G. Conte 1968, p. 162.

⁹ Ringraziamo Fabrizio Sanna per la segnalazione di questo esempio illuminante.

¹⁰ A.G. Conte - P. Di Lucia 2012, p. 138. L'esempio dell'arroccamento, sia pure non declinato in termini di impossibilità normativa, risale a L. Wittgenstein 1967, § 134, p. 315 (tr. it. 1986: p. 30).

¹¹ Sono da intendersi in questo terzo senso di impossibilità normativa le *impossible laws* di cui parla D. Daube 1967. Cfr. G. Feis 2015, pp. 31-35.

¹² A. Reinach 1989, vol. I, p. 145: "*Das positive Recht kann sie [die Wesensgesetze] in seine Sphäre übernehmen, es kann auch von ihnen abweichen. Aber selbst wo es sie in*

Un richiamo all'essenza delle cose come limite all'attività di normazione nel terzo senso di impossibilità normativa si può rinvenire già in un'opera di circa un secolo anteriore a quella di Reinach, lo scritto giovanile di Karl Marx relativo alla legge sui furti della legna. Secondo Marx, qualificare come furto la raccolta di legna secca disconoscerebbe la *differenza ontologica* tra questa e la legna verde, l'appropriazione della quale è punita come furto¹³. Inoltre, per Marx, la legna secca caduta è uno di quegli "oggetti di proprietà che, per loro natura, non possono mai assumere il carattere della proprietà privata"¹⁴.

4. I tre sensi di impossibilità normativa esaminati fino a qui possono essere individuati anche descrivendo il diritto da un punto di vista meramente *statico* "come un sistema di norme che regolano il comportamento reciproco degli uomini", mentre vi è un quarto senso, il quale è individuabile soltanto se "consideriamo il diritto da un punto di vista *dinamico*, ossia se cerchiamo di comprendere il processo attraverso il quale il diritto viene creato e applicato"¹⁵. Alla luce della distinzione kelseniana, si può parlare di impossibilità normativa in un *quarto senso*, quando ci si riferisce a un'impossibilità che deriva dalle specifiche relazioni che intercorrono tra norme di un *sistema normativo dinamico* e che può avere origini differenti.

Un primo caso è l'impossibilità originata da un'antinomia, cioè l'impossibilità di agire in conformità con norme antinomiche.

ibr Gegenteil verkehrt, vermag es ihren Eigenbestand nicht zu berühren". Cfr. P. Di Lucia 1997, pp. 84-97.

¹³ K. Marx 1842, pp. 111-112: "*Sammeln von Raffholz und der kombiniertesten Holzdiebstahl! Eine Bestimmung ist beiden gemein. Das Aneignen fremden Holzes. Also ist beides Diebstahl. Darauf resumiert sich die übersichtliche Logik, die so eben Gesetze gab. Wir machen daher zunächst auf den Unterschied aufmerksam, und wenn man zugeben muß, daß der Tatbestand dem Wesen nach verschieden, so wird man kaum behaupten dürfen, daß er dem Gesetz nach derselbe sei*". Tr. it. di L. Firpo 1990, p. 7: "Il raccogliere legna secca accostato al più architettato furto di legna! Un aspetto è comune a entrambi: l'appropriarsi di legna altrui. Quindi, in ambo i casi si tratta di furto. A ciò si riduce l'acuta logica che ora ha emanato leggi. Perciò richiamiamo anzitutto l'attenzione sulla differenza, e se devono concederci che la condizione dei fatti è diversa nell'essenza, sarà difficile affermare che essa deve essere uguale secondo la legge". Cfr. P. Di Lucia 1997, p. 87 e P. Di Lucia 2003, pp. 219-234.

¹⁴ K. Marx 1842, p. 118 (tr. it. di L. Firpo 1990, p. 18): "*Es gibt Gegenstände des Eigenbuns, die ihrer Natur nach nie den Charakter des Privateigentums erlangen können*".

¹⁵ H. Kelsen 2015, pp. 52 e 55. La distinzione epistemologica tra punto di vista statico e punto di vista dinamico del diritto non è da confondersi con la distinzione ontologica, anch'essa kelseniana, tra ordinamenti statici e ordinamenti dinamici. Le norme dei sistemi statici "sono valide in forza del loro contenuto", in quanto *dedotte* da una norma fondamentale; le norme dei sistemi dinamici "non sono valide in forza del loro contenuto. Ogni qualsiasi contenuto può essere diritto". Esse sono valide in forza della loro forma, in quanto *poste* in conformità con la norma fondamentale, secondo la quale – aggiunge Kelsen – "la coazione deve essere posta nelle condizioni e nel modo che è stato determinato dal primo costituente o dagli organi da lui delegati" (H. Kelsen 1934, pp. 62-67; tr. it. di R. Treves 1952, pp. 94-99). Cfr. N. Bobbio 1993, pp. 202-204.

Celebre è l'antinomia che sussisteva tra l'art. 502 cp (dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale con la sentenza 4 maggio 1960, n. 29) e l'art. 40 della Costituzione italiana in tema di diritto di sciopero. Per un giudice sarebbe stato impossibile decidere su di un caso di sciopero in conformità con entrambe le norme, rispettivamente la norma che permette lo sciopero e la norma che lo punisce¹⁶.

Un secondo caso è l'impossibilità che trae origine da una lacuna. Illuminante è l'esempio riportato da Zygmunt Ziemiński in un saggio del 1968 sulle cosiddette lacune tecniche, nel quale egli ha descritto l'impossibilità di revocare il mandato dei deputati del Parlamento polacco, secondo l'ordinamento della Repubblica popolare polacca dopo l'entrata in vigore della Costituzione del 1952¹⁷.

Qui la mancata posizione di una norma che è condizione necessaria di operanza di un'altra norma rende impossibile l'atto istituzionale di revoca dei parlamentari.

Un terzo caso è l'impossibilità derivante da metanorme le quali pongono condizioni di validità di altre norme. Un esempio paradigmatico è l'impossibilità posta dall'articolo 139 della Costituzione della Repubblica italiana di rivedere la forma repubblicana dello Stato¹⁸:

La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale.

¹⁶ Cfr. G. Gavazzi 1959; S. Colloca 2009, pp. 445-446. Un caso interessante di incompatibilità (segnalatici da Valerio Marotta) sussistente, nel diritto romano, non tra norme legislative, ma tra *sententiae* dei *iurisconsulti* "*quibus permisso [erat] iura condere*" (Gai *Inst.* 1.7.) è quello tra i conflittanti criteri di determinazione della condizione di pubertà sostenuti rispettivamente da Proculiani e Sabiniani.

¹⁷ Z. Ziemiński 1968, pp. 132-133: "*Selon l'article 2 al. 2 de la Constitution de la République Populaire de Pologne du 22.VI.1952, les députés à la Diète (Sejm) sont révocables par les électeurs qui les avaient élus au suffrage universel. Mais aucune loi concernant la révocation des députés à la Diète n'a été instituée depuis 1952, donc la révocation d'un député est, par conséquent, impossible. La Constitution mentionne l'institution de la révocation d'un député (c'est-à-dire ordonne de ne pas respecter le mandat d'un député qui a été révoqué par les électeurs), mais faute de règles d'organisation construisant la procédure de cet acte, la révocation devient irréalisable. [...] C'est un exemple typique d'une lacune de construction. À défaut d'une règle de conduit un acte est indifférent au point de vue de la loi. À défaut d'une règle d'organisation un acte de caractère conventionnelle est impossible*". "Secondo l'art. 2 comma 2 della Costituzione della Repubblica Popolare di Polonia del 22.VI.1952, i deputati della Dieta (Sejm) sono revocabili da parte degli elettori che li hanno eletti a suffragio universale. Ma, dopo il 1952, non è stata emanata alcuna legge riguardante la revoca dei deputati della Dieta, e pertanto la revoca dei deputati è impossibile. La Costituzione menziona la revoca di un deputato (vale a dire ordina di non rispettare il mandato di un deputato che è stato revocato dagli elettori), ma per la mancanza di regole di organizzazione che costruiscono la procedura di quell'atto, la revoca diviene irrealizzabile. [...] Questo è un esempio tipico di lacuna di costruzione. Per mancanza di una regola di condotta un atto è, dal punto di vista della legge, un atto indifferente. Per mancanza di una regola di costruzione, un atto di carattere convenzionale è un atto impossibile". Cfr. P. Di Lucia 2012, pp. 74-75. Sull'incompletezza degli ordinamenti e le lacune di costruzione, cfr. A.G. Conte 1962 e A.G. Conte 1988.

¹⁸ Cfr. S. Colloca 2012, pp. 399-401.

5. Abbiamo distinto una *statica* e una *dinamica* dell'impossibilità normativa. Alla distinzione tra questi due aspetti dell'impossibilità normativa corrisponde in buona parte la divisione in due parti degli undici saggi del presente volume. Ai saggi si aggiungono cinque comunicazioni ad opera di giovani studiosi aventi ad oggetto il tema dell'impossibilità nel diritto. Tutti questi contributi sono elaborazioni delle relazioni presentate nelle giornate del 10 e 11 luglio 2013 al Seminario internazionale di ricerca *Nomologics 2. L'impossibilità normativa*, organizzato dal Collegio Golgi di Pavia sotto il patrocinio del Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria" (Università di Milano) e del Dipartimento di Giurisprudenza (Università di Pavia), con la direzione scientifica di Paolo Di Lucia e Stefano Colloca¹⁹.

Parte degli scritti di questo volume si ispirano al metodo della filosofia analitica sorta a Cambridge e Oxford nel XX secolo. Subito dopo lo svolgimento del seminario, abbiamo appreso che John R. Searle stava scrivendo una vivace testimonianza dei suoi anni di formazione oxoniensi. Ringraziamo Searle per avere accolto il nostro invito a destinare la traduzione italiana inedita di questo saggio all'apertura del presente volume. Qualcuno di noi, forse, si rispecchierà con entusiasmo nel metodo e nella vita dei filosofi da lui rievocati, pur riservandosi tuttavia di non emularli in ogni cosa.

Pavia - Milano, novembre 2015

Dedichiamo questo libro alla memoria di Lothar Philipps (1934-2015)

BIBLIOGRAFIA

- Aristotele (1979). *Etica Nicomachea*. A cura di G. Giannantoni, Bari: Laterza.
- Betti, E. (1965). *Dovere giuridico (cenni storici e teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, vol. 14, pp. 53-58.
- Bobbio, N. (1993). *Teoria generale del diritto*, Torino: Giappichelli.
- Colloca, S. (2009). *Antinomie proeretiche vs. antinomie dikastiche*, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, vol. 86, pp. 441-447.
- Colloca, S. (2012). *Due domande sui limiti alla revisione costituzionale*, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, vol. 89, pp. 383-411.
- Colloca, S. (ed.) (2013). *The Value of Truth / The Truth of Value. Proceedings of the International Seminar Nomologics 1*, Milano: LED.
- Conte, A.G. (1962). *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino: Giappichelli.
- Conte, A.G. (1968). *Completezza e chiusura*, in *Scritti in memoria di Widar Cesarini Sforza*, Milano: Giuffrè, pp. 157-179.

¹⁹ Gli atti del primo seminario della serie *Nomologics* tenutosi nel 2011 sono pubblicati in questa stessa collana di studi (S. Colloca 2013).

- Conte, A.G. (1988). Completezza, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, Torino: UTET, vol. 3, pp. 138-141.
- Conte, A.G. - Di Lucia, P. (2012). *Adýnaton*. Four Dichotomies for a Philosophy of Impossibility, in F. De Vecchi (ed.), *Making the Social World: Social Ontology, Collective Intentionality and Normativity*, numero monografico della rivista *Phenomenology and Mind*, vol. 2, pp. 134-143.
- Daube, D. (1967). Greek and Roman Reflections on Impossible Laws, *Natural Law Forum*, vol. 12, pp. 1-84.
- Di Lucia, P. (1997). *L'universale della promessa*, Milano: Giuffrè.
- Di Lucia, P. (2003). *Normatività. Diritto linguaggio azione*, Torino: Giappichelli.
- Di Lucia, P. (2012). *Come disfare una norma: incompletezza, incompiutezza, inadempitezza*, in M. Cossutta (ed.), *Diritti fondamentali e diritti sociali*, Trieste: Edizioni dell'Università di Trieste, pp. 67-80.
- Feis, G. (2015). *L'impossibilità nel diritto*, Pisa: ETS.
- Gavazzi, G. (1959). *Delle antinomie*, Torino: Giappichelli. Riedizione in G. Gavazzi, *Studi di teoria del diritto*, Torino: Giappichelli, 1993, pp. 3-164.
- Jaeger, N. (1931). Preliminari di una teoria dell'impossibile nel processo, *Studi Urbinati*, vol. 5, pp. 1-37.
- Kelsen, H. (1934). *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien: Deuticke. Traduzione italiana di R. Treves: *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino: Einaudi, 1952, 2000.
- Kelsen, H. [1949] (2015). Elementi di teoria pura del diritto, in H. Kelsen, *Che cos'è la giustizia? Lezioni americane*. A cura di P. Di Lucia e L. Passerini Glazel, Macerata: Quodlibet, pp. 21-101.
- Marx, K. [1842] (1970). Debatten über das Holzdiebstahls-gesetz, in K. Marx - F. Engels, *Werke. Band I*, Berlin: Dietz, pp. 109-147. Traduzione italiana di L. Firpo: *La legge contro i furti di legna*, Roma: Editori Riuniti, 1990.
- Passerini Glazel, L. (2005). *La forza normativa del tipo. Teoria della categorizzazione e pragmatica dell'atto giuridico*, Macerata: Quodlibet.
- Reinach, A. (1913). Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes, *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, vol. 1, pp. 685-847. Riedizione in A. Reinach, *Sämtliche Werke. Textkritische Ausgabe in 2 Bänden*. Herausgegeben von K. Schuhmann und B. Smith, München: Philosophia, 1989, pp. 141-278.
- Reinach, A. (1989). *Sämtliche Werke. Textkritische Ausgabe in 2 Bänden*. Herausgegeben von K. Schuhmann und B. Smith, München: Philosophia.
- Romano, S. [1947] (1983). *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano: Giuffrè.
- Scarpelli, U. (1959). *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino: Giappichelli. Riedizione a cura di A. Pintore, Milano: Giuffrè, 1985.
- Searle, J.R. (2003). Ontologia sociale e potere politico, in P. Di Lucia (ed.), *Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive*, Macerata: Quodlibet, pp. 27-44.
- Wittgenstein, L. (1967). *Zettel*, Oxford: Blackwell. Traduzione italiana di M. Trinchero: *Zettel. Lo spazio segregato della psicologia*, Torino: Einaudi, 1986.
- Ziemiński, Z. (1968). Les lacunes de la loi dans le système juridique polonais contemporain et les méthodes utilisées pour les combler, in Ch. Perelman (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles: Bruylant, pp. 129-142.