

PRELIMINARI DI UNA TEORIA DELL'IMPOSSIBILE NEL PROCESSO

§ 1. - NOZIONE DELL'IMPOSSIBILE

SOMMARIO: 1. Delimitazione dell'argomento. — 2. Nozione generica dell'impossibile: i vari punti di vista e le loro relazioni. — 3. Concetto di impossibile fisico e di leggi naturali. Leggi fenomeniche e leggi noumeniche. — 4. Leggi fenomeniche subbiettive e leggi fenomeniche obbiettive. — 5. Impossibile definitivo e impossibile temporaneo: impossibile obbiettivo e impossibile subbiettivo.

1. — Questo saggio esprime i risultati di alcune indagini sui rapporti fra ordine giuridico e leggi naturali, esaminati sotto l'angolo visuale del processo; in questo tali rapporti assumono maggior rilievo, onde il punto di osservazione scelto si presenta atto particolarmente a far conseguire risultati più concreti, purchè si tengano presenti caratteri comuni e differenziali fra le diverse specie di comandi giuridici. Dell'impossibile nel processo si può parlare in rapporto a più argomenti: in particolare al problema della sentenza impossibile (praticamente ineseguibile) ed al problema della prova di fatti impossibili. Sono questi i punti in cui la relazione fra ordine naturale e ordine giuridico si profila più interessante, anche ai fini della pratica. Sebbene i casi comunemente addotti ad esempio di simili situazioni siano frutto di fantastica esagerazione e talmente mostruosi da far escludere perentoriamente la probabilità che ab-

biano mai a verificarsi in pratica, tuttavia tanto le ipotesi di sentenza inattuabile quanto quelle di mezzi di prova, richiesti o ordinati, relativi a fatti impossibili sono configurabili e meritano l'attenzione del giurista, per lo meno quanto la figura del contratto a contenuto impossibile. Non sono mancati precedenti giudiziari (tipico quello germanico, donde trasse occasione la nota polemica tra il WACH ed il FISCHER); solo è da evitare di influire, provocando la reazione del sentimento con esempi assurdi, sul ragionamento, che solo può condurre a una soluzione soddisfacente.

2. — Con il termine di *impossibile*, usato sostantivamente, intendiamo alludere ad un fatto, meglio ad un evento (1), che non può verificarsi. Il concetto è reciproco direttamente al concetto di necessario, fatto o avvenimento che non può non verificarsi. È impossibile ciò che è necessario che non si produca, perchè deve necessariamente verificarsi alcunchè di diverso; è necessario ciò che è impossibile che non si produca, perchè necessariamente non può verificarsi nulla di diverso (2) (3). A questo proposito si osservi anche che l'appartenenza dei fenomeni alle categorie di impossibili o necessari può riconoscersi tanto per il futuro quanto per il passato (4); ma per il passato, a parte le incertezze subbiettive dipendenti dalle limitate conoscenze umane, un fenomeno non può qualificarsi

(1) Tanto il termine *fatto* quanto il termine *evento* o *avvenimento*, ma specialmente il primo, si usano comunemente per designare ciò che è accaduto. Fatto impossibile è una contraddizione in termini: si intenda, con riserva per quanto si osserverà più tardi, che qui *fatto* è usato per *fenomeno*, *mutazione percepibile*, astrattamente concepibile.

(2) Di diverso, che è quanto dire di opposto, almeno relativamente a quell'elemento per cui il dato fenomeno è impossibile o necessario.

(3) All'impossibile e al necessario si contrappone il *possibile*. Lo si concepisce come un fenomeno che potrà tanto verificarsi quanto non verificarsi; propriamente è un fenomeno di cui si ignora se dovrà verificarsi o non potrà verificarsi, e ciò perchè non se ne conoscono le cause e le condizioni necessarie o perchè si ignora se tali cause e condizioni sussistano o siano per sussistere in seguito, oppure no.

(4) Noi non possiamo tener conto se non del passato e del futuro ai fini del nostro esame. Il presente non esiste come riferimento per la percezione perchè nell'istante in cui percepiamo esso è già passato.

come possibile — come per il futuro — perchè esso o si è verificato o no, e nel primo caso è necessario (anche se non era necessario), nel secondo impossibile (anche se non era impossibile) nel senso che ciò che è stato è impossibile che non sia stato, anche se era possibile che non fosse, e ciò che non è stato è impossibile che sia stato, anche se era possibile che fosse (5).

Allorchè si dice che un avvenimento è impossibile o necessario si intende con questo che vi è un *quid*, una esigenza, capace di impedirlo o di imporlo (6); astratti dalla esigenza che impone necessariamente o necessariamente impedisce la produzione del fenomeno (7), quei termini non hanno alcun senso, costruiti e intesi invece in relazione ad essa assumono il significato più profondo di *contraddittorio* e di *coerente, uno*.

Questa esigenza può essere di tante specie diverse, quanti sono i sensi in cui si può parlare di impossibile o di necessario nel nostro linguaggio (8); prendiamo a caso diversi esempi di proposizioni costruite con i verbi *dovere* e *potere*: “l'uomo vivente deve (non può non) respirare „ , “l'uomo deve (non può non) onorare Dio „ , “l'uomo deve (non può non) amare il suo prossimo „ , “il gentiluomo deve (non può non) mantenere la sua parola d'onore „ , “il cittadino valido deve (non può non) prestare il servizio militare. „ La diversità dei significati è in funzione della diversa specie di forza

(5) La posizione di questi concetti è necessaria per le considerazioni che seguiranno e per i richiami che dovremo fare, seppure possano sembrare a prima vista superflui.

(6) Nel caso dell'avvenimento impossibile si potrebbe osservare che basta che manchi invece una forza capace di imporlo, che manchi la causa di esso; ma l'osservazione, giustissima, è irrilevante ai fini del punto esaminato. V. nota seguente.

(7) Dal che si rileva che con il termine unico di esigenza si comprendono qui diversi concetti, tanto di causa quanto di condizione, la cui distinzione non è interessante ai nostri fini.

(8) Queste avvertenze sono tanto più necessarie nei riguardi della lingua italiana, che, come la francese, non presenta quelle differenze di significato che offre la tedesca con i verbi *können*, *mögen* e *dürfen* da un lato e *sollen* e *müssen* dall'altro, o anche l'inglese con *to can*, *to may* e *to shall*, *to must*, *to owe*.

o di esigenza che si impone nei casi esemplificati e che corrisponde rispettivamente ad una legge naturale (9) (10), o religiosa, morale, cavalleresca o giuridica (11).

La coesistenza, su piani diversi, di leggi di così diversa natura, porta ad una ovvia conseguenza: che un dato fatto può essere impossibile per l'una e necessario, o almeno possibile, per l'altra, e viceversa, come può essere impossibile o necessario per tutte. È certamente interessante stabilire in quali rapporti stiano fra loro le diverse leggi esemplificate, in quanto — pur essendo poste, come si è notato, su piani diversi — possano interferire (12); in questo studio noi intendiamo peraltro limitare la nostra indagine ai rapporti fra le leggi naturali e i comandi giuridici, per la loro peculiarità: infatti, per quel che concerne i rapporti fra le norme religiose o morali e le norme giuridiche, quando si sono rilevate e la possibile

(9) Il nome di legge si può usare anche per designare un'esigenza logica o naturale, nel senso della definizione famosa del MONTESQUIEU, mentre il termine di norma vuol essere riservato ai precetti della religione, della morale e del diritto (del quale ultimo l'ordinamento cavalleresco rappresenta per molteplici aspetti una sottospecie. Cfr. CALAMANDREI, *Regole cavalleresche e processo*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1929, I, 155).

(10) Fra le leggi naturali si debbono comprendere, oltre le leggi fisiche, chimiche, fisiologiche, biologiche, anche quelle psicologiche, quelle relazioni necessarie (costanti) di interdipendenza funzionale dei fenomeni attinenti alle sensazioni e appercezioni umane. Si veda in proposito il bel corso del BOUTROUX, *De l'idée de loi naturelle dans la science et la philosophie contemporaines*, tenuto alla Sorbona nel 1892-93, Parigi, 1895, notevole saggio di critica filosofica dei risultati e del sistema delle scienze naturali. V. anche WUNDT, *Logik*, II (*Logik der exakten Wissenschaften*), 3^a ediz., Stoccarda, 1907. Il ROYCE, *Il mondo e l'individuo* (trad. it. RENZI), 4 voll., Bari, 1913-16, tratta pure l'argomento delle leggi naturali dal suo punto di vista di idealismo costruttivo, inquadrandolo nel sistema di cui è centro lo Spirito del mondo. Hanno svolto invece una concezione empiristica di esse, seguendo le premesse poste dal LOCKE e dall'HUME, lo STUART-MILL, *System of logic*, il MACH, *Die Analyse der Empfindungen*, e il POINCARÉ, *La science et l'hypothèse - La valeur de la science*.

(11) Di conseguenza si può parlare di un impossibile naturale, o religioso, o morale, o cavalleresco, o giuridico, con le differenze strutturali che si vedranno più innanzi nel testo.

(12) Generalmente la posizione delle norme giuridiche si ispira a principi desunti da sistemi etici e religiosi e non è raro che quelle attribuiscono effetti particolari ad un impossibile morale (turpitudine) o ad un impossibile religioso (empietà).

coordinazione, mediante riferimenti diretti o indiretti (13) e la possibile antitesi fra le medesime, dobbiamo ammettere che in linea di fatto possono bensì sorgere delle difficoltà in seguito ai conflitti fra le norme di diversa natura, ma aggiungere che tali difficoltà non sono diverse da quelle che derivano dagli eventuali conflitti fra diverse norme giuridiche (14). Come i vari ordinamenti giuridici che tocchino uno stesso rapporto con le loro regole possono rinviare l'uno all'altro, ovvero prescindere ciascuno dall'altro e risolvere il conflitto in modo autonomo e indipendente dai modi dell'altro, così, e più, data la diversità funzionale e strutturale delle norme, la legge giuridica e la legge morale, o religiosa, o del costume potranno sia coordinarsi sia ignorarsi e prescindere l'una dall'altra, rimanendo concettualmente sovrane, ciascuna nella propria sfera, anche se in linea pratica chi sia soggetto di più di una di esse debba scegliere fra la condotta segnata dall'una e quella segnata dall'altra, commettendo un illecito almeno nei riguardi di un sistema; questo applicherà allora i mezzi di coazione di cui dispone, la cui efficienza non è mai tanto importante come in simili ipotesi, in cui l'osservanza dell'una piuttosto che dell'altra regola è il risultato di un rapporto di forze.

Ragioni analoghe spiegano perchè escludiamo dal nostro studio anche il fenomeno dell'*impossibile giuridico*: di questo si può parlare tanto nel senso, ora accennato, di impossibilità per un ordinamento e possibilità o necessità per un'altro (15), quanto per i casi di conflitti di comandi nell'ambito di uno stesso ordinamento giuridico (16).

(13) Esempi: art. 849, 1065, 1122, 1160, 1698 cod. civ.; art. 61, 62, 104, 105, 108, 402 e segg. 519 e segg. 718 e segg. cod. pen., nonché il precetto evangelico: "Date a Cesare quel che è di Cesare ..".

(14) Per non citare che un caso, tipico per la sottoposizione di un solo soggetto a ordinamenti diversi e nella necessità di scegliere alternativamente fra un fatto illecito per l'uno e un altro fatto illecito per l'altro, si pensi all'ipotesi della doppia cittadinanza e al disposto del 2° comma dell'art. 242 cod. pen. (se l'imputato non si trovava, durante le ostilità, nel territorio dello Stato nemico).

(15) Ma, in questo senso, sempre ponendo il problema da un punto di vista extragiuridico, perchè un'indagine giuridica non può essere impostata che in relazione ad un ordinamento dato.

(16) Sono i casi del contratto illecito, della sentenza ingiusta, del regolamento non conforme alla legge, del contratto collettivo (e delle altre forme di

Siffatti problemi non possono però essere, nonchè risolti, impostati, se non predeterminando l'angolo visuale da cui ci si pone; e, determinato questo, l'esame da compiere si riduce alla ricerca della norma strumentale che elimina il conflitto accordando la prevalenza all'uno o all'altro comando (17). Tali problemi non hanno alcuna affinità con quello che abbiamo eletto ad argomento del nostro studio e la loro considerazione ci porterebbe lontano senza costrutto.

3. — Che cosa deve intendersi per *impossibile fisico*? È fisicamente impossibile un fatto che alla stregua delle leggi naturali non può verificarsi materialmente e praticamente perchè contraddittorio (18).

Le leggi naturali sono (quelle proposizioni che esprimono) i rapporti costanti di uniformità funzionali fra i fenomeni della realtà esteriore, intesa questa parola nel senso più lato e comprensivo; i rapporti che governano il campo della materia e dell'energia (in quanto i due termini siano separabili concettualmente) in ordine al

regolamento collettivo) *contra legem*, delle antinomie fra legge e legge, della consuetudine *contra legem*, della contraddittorietà di giudicati, ecc. La eterogeneità di questi casi non impedisce che abbiano a comune appunto una caratteristica: di corrispondere a un conflitto di comandi esaminabile e risolubile (quindi ad un conflitto più apparente che reale) da un punto di vista giuridico, nei riguardi di un unico ordinamento.

(17) Così, ad esempio, nel caso della sentenza ingiusta (conflitto fra il comando astratto contenuto nella legge e il comando concreto espresso dalla sentenza: sentenza dal contenuto giuridicamente impossibile) vi è una norma strumentale in ordine alla quale la volontà della legge è quale essa viene dichiarata dal giudice, una volta superati (od omessi) i vari gradi del giudizio; talchè l'apparente conflitto è risolto con la prevalenza del comando concreto sul comando astratto.

(18) Mi pare che questa definizione, da completarsi mediante la precisazione del significato delle leggi naturali che segue nel testo, ed il cui elemento principale è costituito dal concetto di *contraddittorietà*, sia da preferirsi ad altre, come quelle riferite o accolte da JOHN STUART MILL, *System of logic ratiocinative and inductive*, 5ª ed., Londra 1862, pag. 166. Egli dice: *An impossibility is that, the truth of which would conflict with a complete induction, that is, with the most conclusive evidence which we possess of universal truth*. Ma la sua concezione della induzione completa è lungi dal soddisfare, perchè fondata su di un piuttosto ingenuo empirismo, ed il concetto di evidenza è quanto di più incerto e di meno evidente si può immaginare.

principio di causalità; rapporti accertati i quali, si può dire quali condizioni di fatto, di ambiente, di tempo è necessario che siano poste acchè si verifichi un certo fenomeno o, che è lo stesso, quale fenomeno ha da verificarsi una volta poste certe condizioni (nozione che vale ugualmente per le leggi meccaniche e fisiche come per quelle chimiche, biologiche, psicologiche). Per esse, e non solo per esse (19), dobbiamo partire dal postulato che noi le conosciamo imperfettamente e parzialmente; si può quindi distinguerle in leggi noumeniche e leggi fenomeniche (20), intendendo per le prime quelle effettivamente esistenti, nella loro vera estensione e nel loro vero significato, per le seconde quelle — più o meno coincidenti con le prime — che l'uomo riesce a discernere con i suoi limitati mezzi di esperienza, rilevando i fatti, le manifestazioni esterne, i fenomeni che cadono sotto i suoi sensi e constatandone le uniformità e le variazioni concomitanti (relazioni funzionali), con procedimenti logici induttivi (di ricerca) e deduttivi (di controllo) (21).

(19) Il valore dell'osservazione non è necessariamente limitato al campo delle leggi naturali; anche per le norme giuridiche, ad es., sebbene siano poste dalla volontà umana e siano mutevoli nello spazio e nel tempo, si potrebbe parlare di *noumeno* (la c. d. *mens legis*, la volontà del legislatore) e di *fenomeno* (l'apparenza di quella). Tanto più varrebbe poi il rilievo per quella storia naturale dell'uomo giuridico che è la teoria generale del diritto.

(20) Il senso in cui adoperiamo i termini, contrapposti, di *fenomeno* e di *noumeno* non è esattamente quello in cui li intende il KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, Lipsia, 1879, come è ampiamente chiarito nella nota seguente.

(21) Il nostro studio ha carattere e fini limitati alle questioni giuridiche che dovremo risolvere; e per questo possiamo permetterci di accettare come *dati* degli elementi che invece sono tutt'altro che tali. Certo non è lecito ignorare che sull'obbiettività e sul significato delle leggi naturali si agitano problemi filosofici complessi, anzi il problema massimo o, potrebbe dirsi, unico dei rapporti fra il mondo e l'individuo, fra l'*io* e il *non io*. Se le leggi naturali formino la sostanza delle cose o reggano unicamente il modo loro di apparire, se i rapporti da esse stabiliti esistano realmente in natura ovvero rappresentino soltanto la forma sotto la quale noi possiamo assimilare le cose e farne oggetto del nostro pensiero è quanto si domanda da secoli l'inquieta e inappagata coscienza filosofica. I vari sistemi non sono che risposte, più o meno soddisfacenti, a queste domande; ed i più elaborati e più profondi sono appunto quelli che affermano la soluzione idealistica, da KANT, che considera l'individuo come il creatore della natura fenomenica, sulla quale la scienza acquista gradualmente un dominio cosciente, a HEGEL, che definisce il modo come l'Idea incarnata, a CROCE ed a GENTILE, per i

La scienza altro non è se non ricerca delle leggi noumeniche e perfezionamento delle fenomeniche; per questo rilievo appunto ci è utile la distinzione ora detta (che sembrerebbe superflua per esserci le leggi noumeniche sconosciute per definizione), oltre che per avvertire i caratteri di mutevolezza, relatività e progredibilità delle leggi fenomeniche, in antitesi alla immutabilità ed assolutezza delle leggi noumeniche (22).

quali il pensiero, in noi immanente, è la suprema e sola realtà, a ROYCE, che congiunge con l'immanenza la trascendenza, nella concezione di un *Io* unico, essenzialmente ultrapersonale, che integra le nostre coscienze frammentarie. Ma da quei sistemi, ed anzi da quelle stesse questioni, noi, ripetiamo, possiamo prescindere qui, pur senza negarle — chè tanto varrebbe negare la nostra qualità di soggetti pensanti — ed assumere come punto di partenza, soddisfacente per una indagine giuridica, quello che per l'indagine filosofica sarebbe invece estremamente empirico ed insufficiente. D'altronde, si considerino quelle che qui chiamiamo *leggi noumeniche* come effettivamente esistenti e realmente governanti le cose, ovvero come i modi mediante i quali l'intelligenza umana riuscirebbe a rappresentarsi le cose e ad organizzarle in sistema armonico e compiuto, privo cioè di contraddizioni, se ne identifichi — in altri termini — la fonte nella realtà esteriore o nel modo d'essere dell'*io*, la contrapposizione fra quelle e le *leggi fenomeniche* non perde la sua ragion d'essere. Tutt'al più si potrà convenire che i nomi da noi prescelti, per pure ragioni pratiche di comprensibilità, potrebbero essere convenientemente sostituiti, e che le leggi noumeniche, anzichè come relazioni esistenti, dovranno definirsi come schemi di perfettibilità, come le mete irraggiungibili del pensiero umano, il limite a cui tende, avvicinandovisi costantemente senza mai giungervi, la progressione del pensiero stesso; ma una simile concezione negativa non distrugge il valore della contrapposizione, che è fatta esclusivamente per porre in rilievo i caratteri delle leggi fenomeniche, di cui nel testo, ed equivale — ai nostri fini — ad una concezione positiva.

(22) Non sembra si possa dubitare della immutabilità delle leggi noumeniche, si riconosca loro una sussistenza *reale* o il puro carattere teleologico di cui alla nota precedente; ciò che muta è la conoscenza di esse. È indubbio, ad esempio, che l'energia elettrica e le sue leggi esistevano, tali quali adesso e fra secoli, prima della loro scoperta ed erano suscettibili delle applicazioni odierne prima che queste fossero state inventate. Se l'uomo non poteva volare cinquanta anni fa con un mezzo più pesante dell'aria ed oggi può farlo, nulla è mutato nelle leggi fisiche: è solo avvenuto un avvicinamento delle leggi fenomeniche alle leggi noumeniche, nel senso che l'uomo ha scoperto, che, ponendo certe condizioni (e cioè servendosi di un piano inclinato sospinto da una forza di propulsione) egli poteva volare con il più pesante dell'aria, ma è certo che, ponendo le stesse condizioni, l'uomo avrebbe potuto volare anche tremila anni fa e che Icaro cadde perchè non pensò, e non poteva pensare, a porre in essere le stesse condizioni. Così pure,

È chiaro che allorchè si parla di impossibile o di necessario non ci si può riferire se non ai fenomeni che sono tali per le sole leggi note e corrispondenti al grado di cognizioni scientifiche presentemente raggiunto: l'impossibile e il necessario assoluto esistono forse, ma non per noi, che non possiamo conoscerli e dobbiamo limitarci a considerare l'impossibile relativo e il necessario relativo (relativi appunto alle leggi fenomeniche). Il che non toglie nulla della loro importanza, teorica e pratica, ai concetti di impossibile e di necessario, la cui relatività (teoretica) si trasforma in assolutezza (pratica) ai fini della realtà che ci circonda e in cui si svolge la nostra attività, tutta retta e governata da nozioni di carattere relativo e fenomenico (23).

per limitarci a campi in cui fervono le ricerche, e che pertanto sono noti — sia pure negativamente — al pensiero umano (altri non sono per ora neppure concepiti), la nostra *forma mentis* ci porta a ritenere che sussistano leggi fisiche meteorologiche e sismologiche e che, una volta impadronitosene perfettamente, l'uomo potrebbe prevedere almeno, e forse provocare e scongiurare, climaterii e terremoti. Ed è questa fede che da un lato anima e giustifica le spedizioni polari, dall'altro dà nuovo impulso alle indagini di geotermodinamica.

Il nome di leggi potrebbe riservarsi a quelle che son qui chiamate noumeniche, per esser le fenomeniche piuttosto pseudoleggi: ma il termine comune serve a metter meglio in luce la contrapposizione necessaria.

(23) Per spiegarci con un esempio, è opinione diffusa presentemente che non si possa produrre artificialmente la vita, e i tentativi recentissimi di produzione di una cellula vivente, di un protoplasma, mediante della materia organica e delle forze fisiologiche non sono riusciti molto persuasivi. D'altra parte, le affermazioni del PASTEUR e del SABATIER, *Essai sur la vie et la mort*, Montpellier, 1892, che *le vivant ne naît jamais que du vivant* e che *si la matière produit la vie, c'est qu' elle n'est pas purement matière*, sono forse troppo recise, perchè non può forse escludersi l'eventualità che in avvenire si scopra il modo di determinare simile produzione. Ammesso però anche che questa non sia assolutamente (noumenicamente) impossibile, rimane indubbio che, oggi, essa è fenomenicamente tale; e poichè nella nostra vita noi possiamo regolare i nostri giudizi e la nostra condotta esclusivamente a norma delle leggi fenomeniche, la relativa impossibilità di siffatta produzione ha per noi tutto il valore di una impossibilità assoluta.

A proposito della sentenza con contenuto impossibile il CARNELUTTI (*Lezioni*, IV, n. 392) fa l'esempio di una sentenza che riconosca il diritto alla separazione di due cose inseparabili fisicamente ed osserva che la separazione di due cose oggi inseparabili può divenire possibile domani. Questo è verissimo: ma la questione che ci interessa e ci deve interessare è questa: ai fini del diritto, come concezione e più come applicazione, dobbiamo tener conto di quello che ignoriamo

L'importanza di questa osservazione può mettersi in luce rilevando ora — nè sarebbe stato conveniente farlo prima — quella che è la caratteristica delle leggi naturali in confronto delle norme etiche, religiose e giuridiche e che costituisce quella peculiarità del nostro problema, cui si è poc'anzi accennato (n. 2): e precisamente la *inviolabilità* delle leggi stesse. Le norme sono violabili: con il turpe, con l'empio, con l'illecito l'uomo commette delle violazioni della norma etica, religiosa, giuridica, che configurano altrettanti casi di impossibile etico, religioso, giuridico. Questo può avvenire perchè — lo vedremo meglio poi — l'obbedienza alle norme si ha mediante un adeguamento della volontà umana al contenuto delle norme stesse, che viene sussunto come contenuto della volontà del soggetto; se tale adeguamento non ha luogo, se il soggetto non conforma la sua volizione concreta alla volizione astratta della norma, si presenta quella *contraddizione* che, come si è notato, è la stessa cosa dell'impossibilità.

Una violazione delle leggi naturali non è invece concepibile, per lo meno da parte dell'uomo (una simile violazione si chiama un miracolo). Questi non ha alcun potere nei riguardi della loro applicazione, chè delle forme dello spirito non la volizione ma la conoscenza soltanto spiega la sua opera rispetto ad esse. L'attività pratica non può essere diretta a non applicarle, ma soltanto ad evitare un antecedente del rapporto posto dalla legge naturale (soppressione della causa e delle condizioni per impedire un effetto) ovvero a porre un antecedente diverso (posizione della causa e delle condizioni per conseguire un effetto); in ambedue le ipotesi siamo tuttavia in

se sarà possibile domani o di quello che sappiamo essere possibile o impossibile oggi? In ordine a quella osservazione anche al comando contenuto in un contratto dovrebbe attribuirsi valore, almeno in potenza, quando pure imponesse una condotta impossibile; eppure l'ordine giuridico si preoccupa (espressamente in questo caso e per due ragioni: per la più profonda elaborazione del sistema nel diritto privato in confronto del sistema del diritto pubblico e per la presumibilmente maggiore fallibilità del singolo in confronto del giudice) di questa eventualità e dispone la nullità del contratto (art. 1116 cod. civ.). Che fra il comando privato e il comando pubblico corrano differenze, e notevolissime, non importa che, in fatto, a proposito di impossibilità della condotta comandata, la situazione non sia la stessa, che cioè, ammesso che una impossibilità assoluta ed eterna non esista, si debba tener conto della impossibilità relativa (nel senso ampiamente spiegato nel testo) come se fosse impossibilità assoluta. Ma su questo punto vedi oltre.

presenza non di una violazione, ma di una applicazione delle leggi naturali, così come certe cautele che il diritto positivo consente (si ricordino le *frodi pie* delle corporazioni religiose) rappresentano non violazioni, ma applicazioni del diritto stesso.

Premesso questo, possiamo ora anche renderci conto dello scopo e del significato pratico del progresso della conoscenza: si tratta di apprendere nuovi rapporti fra i fenomeni, tra i fenomeni già noti o tra fenomeni noti e fenomeni nuovi o tra fenomeni nuovi, in modo da sapere quale antecedente è necessario porre per ottenere od evitare un dato fenomeno. In questo senso possiamo dire che forse un impossibile assoluto e un necessario assoluto non esistono, salvo i casi nei quali un simile predicato sia in funzione di una categoria logica (chi può garantire che, ponendo certe condizioni oggi ignorate, non si possa assolutamente conseguire un certo effetto?), ma che ai fini della nostra vita dobbiamo accontentarci di una nozione limitata e relativa dell'impossibile e del necessario ed assumerla quotidianamente come assoluta.

4. — Le leggi noumeniche sono per definizione immutabili ed assolute, e, in quanto tali, une e coerenti a se stesse; le fenomeniche invece sono mutevoli e relative, non solo rispetto a tempi diversi, ma anche rispetto a soggetti diversi, essendo il grado di avvicinamento conseguito da ciascun uomo alle stesse leggi noumeniche assai diverso e in funzione di elementi di diversa natura (24). Di qui la ulteriore necessità di distinguere (25) fra *leggi fenomeniche subbiettive* e *leggi fenomeniche obbiettive*, intendendosi per le prime

(24) Dall'uomo eruditissimo, che conosce tutto il progresso storico delle leggi fenomeniche di un dato ramo di scienza, e dal genio, cioè da colui che intuisce il noumeno in proporzione immensamente maggiore dei suoi simili dotati di uguale o anche più profonda cultura, si va all'uomo incolto e all'uomo ottuso, i quali non sanno o non intendono neppure i risultati del progresso scientifico e si accontentano di una spiegazione arretrata e del tutto empirica dei fatti che percepiscono, spiegazione presumibilmente ben lontana dalle leggi noumeniche. Quanti non credono ancor oggi senza sospetto che il sole si corichi nel mare al tramonto?

(25) Questa distinzione è fatta dal puro lato intellettuale, dal punto di vista della conoscenza subbiettiva delle leggi, e non è da confondere con quella, esposta più innanzi nel testo, fra situazione obbiettiva e situazioni subbiettive rispetto a un dato fenomeno obbiettivamente accertato.

quelle che ciascun soggetto pensante crede vere, basandosi sulla esperienza propria e sulle cognizioni acquisite, e da cui trae norma per la sua attività pratica, senza peraltro che possa accordarsi loro un valore qualunque nei riguardi dei rapporti fra più soggetti, appunto a cagione della loro estrema soggettività; per le seconde quelle a cui possa riconoscersi invece un valore obbiettivo e sociale perchè relativamente indipendenti dal grado delle cognizioni e valutazioni soggettive e costituenti patrimonio comune.

Se la nozione delle prime è intuitiva quanto inutile, importante ma non semplice è la scelta dei criteri per riconoscere le seconde: come si potrebbe aver riguardo all'assenso della generalità degli uomini o all'autorità degli uomini di scienza, così, nel primo caso, la generalità potrebbe limitarsi più o meno (escludendo, ad esempio, gli assolutamente incolti ed ottusi), nel secondo, più o meno designatamente definirsi gli esperti (eleggendo, ad esempio, l'autorità di un solo maestro o quella di un corpo costituito di scienziati). A seconda dell'occasione per cui tale determinazione è richiesta sarà utilizzato l'uno o l'altro di questi criteri; noi non dobbiamo dimenticare che la distinzione deve servirci ai fini del diritto e del processo e che in particolare il *valore obbiettivo* di queste leggi fenomeniche obbiettive deve essere appunto apprezzato dal giudice. Ci troviamo quindi la strada già segnata, perchè le leggi fenomeniche obbiettive si esprimono appunto in quelle *massime di esperienza* (*Erfahrungssätze*) che la dottrina più recente ha studiato con profondità dopo le classiche ricerche dello STEIN (26). Non oserei certo dire che il campo di esse massime coincida perfettamente con quello delle leggi naturali, chè anzi abbraccia diversi altri rami delle cognizioni e concezioni umane, ma mi pare si possa ammettere che quei principî o giudizi generali, fondati sull'osservazione dell'*id quod plerumque accidit* e accessibili ad ogni persona sana di mente e di media coltura, di cui lo STEIN formulò nettamente la nozione

(26) *Das private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893. Sulla sua importanza si veda la necrologia pubblicata dal CALAMANDREI in *Riv. di dir. proc. civ.*, 1924, I, 117; per l'applicazione dei principî svolti dallo Stein nel nostro diritto CHIOVENDA, *Principi* § 87, II, A, b; CARNELUTTI, *Lezioni*, II, n. 147; III, n. 163; CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, I, e ora in *Studi sul processo civile*, II, 289 e segg.

e propose il nome, rappresentano appunto la forma sotto la quale le leggi fenomeniche obbiettive si presentano ed operano nel campo del processo e quindi del diritto. Dicendo questo, si ammette che il giudice possa attingere ai libri di scienza ed al parere di esperti; si esclude soltanto, per evidenti ragioni di necessità inerenti a tutto ciò che è rapporto sociale, che una concezione puramente soggettiva e individuale, non sottoposta al controllo di più osservatori, possa essere assunta come regola in una materia interessante più soggetti e la stessa collettività.

Le leggi naturali in ordine alle quali dobbiamo considerare l'impossibile sono dunque quelle fenomeniche obbiettive, rappresentate nel processo da altrettante regole di esperienza.

5. - In relazione ad esse dobbiamo distinguere l'*impossibile definitivo* e l'*impossibile temporaneo*: si ha il primo quando le regole di esperienza escludono assolutamente sia la concepibilità in sè di un dato fenomeno come attuato, sia l'eventualità che possano verificarsi le condizioni necessarie acchè un dato fenomeno possa aver luogo (lo rendono *imprevedibile*); il secondo quando esse ammettono l'eventualità stessa, ma solo per il futuro, negando che quelle condizioni sussistano al momento del giudizio (lo rendono perciò *prevedibile*).

Un'ultima necessaria considerazione preliminare concerne la distinzione fra *impossibile obbiettivo* e *impossibile subbiettivo* (27), vale a dire fra ciò che è impossibile in sè e ciò che è impossibile per una o più determinate persone, considerandosi da un lato il fenomeno in sè, dall'altro la situazione dei vari soggetti rispetto ad esso. In questo senso infatti va intesa la distinzione dopo le indagini acute del MOMMSEN (28) e di altri (29), sebbene la dottrina prevalente

(27) A differenza da quella posta più sopra (v. nota 25) questa distinzione non ha più riguardo al lato teoretico, al modo in cui le leggi naturali sono note a ciascun soggetto, bensì al lato pratico, al modo cioè in cui ciascun soggetto è sottoposto ad esse e vi reagisce.

(28) *Die Umöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse* (Beiträge zum Obligationenrecht, I), Braunschweig, 1853; definisce obbiettiva l'impossibilità *welche ihren Grund in dem Gegenstande der Obligation an sich hat* (pag. 5 e segg.). L'oggetto può naturalmente consistere anche in un *facere*.

(29) COVIELLO N., *Del caso fortuito in rapporto all'estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895, pagg. 85-86.

continui tuttora ad impostarla sul punto che l'impossibilità si verifichi per il solo obbligato ovvero per tutti (30), richiamandosi ad espressioni delle fonti romane (31).

I problemi della impossibilità obbiettiva e subbiettiva sono stati esaminati ed elaborati largamente dalla dottrina civilistica, specialmente dai pandettisti tedeschi in poi, ai fini della teoria delle obbligazioni, in un primo tempo per escludere recisamente ogni importanza ed efficacia giuridica all'impossibilità subbiettiva, poi per concedere invece un certo valore anche a questa, talvolta almeno entro certi limiti, talaltra confondendola invece con la semplice difficoltà; concezioni peraltro molto combattute (32).

I risultati di queste speculazioni non possono però essere utilizzati se non con molta cautela nel campo del diritto processuale, e specialmente quando si esamini la attuabilità pratica delle sentenze. La esecuzione di queste essendo demandata agli organi pubblici, la particolare situazione dell'obbligato rispetto alle condizioni pratiche che rendono possibile o impossibile l'adempimento dell'obbligo non può avere rilevanza; mentre l'*impossibilità obbiettiva*, riferita al fatto in sè (esempio tipico la inesistenza della *species* dovuta), costituisce un limite insuperabile all'attività di esecuzione.

Se si ricollega la distinzione fra impossibile subbiettivo e impossibile obbiettivo con quella fra impossibile definitivo e impossibile temporaneo si nota agevolmente che l'impossibile subbiettivo non può considerarsi che come temporaneo perchè nulla ci autorizza ad escludere che la situazione in cui si trova il soggetto abbia a mutarsi in seguito, mentre l'impossibile obbiettivo è, nel maggior numero delle ipotesi, definitivo (33).

(30) POLACCO, *Obbligazioni*, pag. 362; BRECHT, *System der Vertragshaftung (Unmöglichkeit der Leistung, positive Vertragsverletzungen und Verzug)* in *Jhering's Jahrbücher*, 1908, pag. 238.

(31) Fr. 137 § 5 D. de verb. oblig., 45, I.

(32) Cfr. specialmente OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, 470 e segg.; SEGRÈ, *Sulla teoria dell'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, I, 760 e segg.; GIOVENE, *La dottrina dell'impossibilità susseguente della prestazione ecc.*, ivi 1918, 50 e segg., 1919, 303 e segg., 402 e segg., 579 e segg., 1921, I, pagg. 155, 175; e la dottrina italiana e straniera citata in questi lavori.

(33) Si tenga presente, a maggior chiarimento della distinzione fra impossibile

§ 2. — LA SENTENZA IMPOSSIBILE

SOMMARIO: 6. Concetto. Posizione del problema. Superficialità dell'opinione del SIOTTO-PINTOR che la sentenza impossibile sia semplicemente insequibile. Il problema della sentenza impossibile ha importanza soprattutto per i processi futuri. — 7. La validità della sentenza. La distinzione fra sentenze inesistenti, nulle assolutamente e annullabili accolta dal WACH, dal CHIOVENDA e dal CALAMANDREI. — 8. Adesione alla tesi del CARNELUTTI che per il diritto italiano non esistano sentenze assolutamente nulle. — 9. La sentenza inesistente; requisiti per l'esistenza di una sentenza; critica della opinione del CARNELUTTI che esclude la possibilità della esecuzione dal novero dei requisiti stessi. — 10. Svolgimento della critica in relazione alle varie concezioni sullo scopo della funzione giurisdizionale. — 11. Conclusione: la sentenza impossibile è inesistente e non costituisce cosa giudicata. — 12. Corollari.

6. — Chiamiamo *sentenza impossibile* la sentenza la cui esecuzione sia fisicamente impossibile: essa costituisce il primo e tipico caso di un impossibile importante nel campo del processo ed ha destato l'attenzione degli autori, italiani e stranieri, che si sono occupati della validità della sentenza (34). L'argomento della im-

obbiettivo e impossibile subiettivo, che l'oggetto può consistere anche in un *facere*, nel lavoro dell'obbligato (cfr., per questa concezione delle obbligazioni di fare, CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi per Chioventa*, n. 14), e che deve considerarsi come *obbiettiva* l'impossibilità che colpisca tale oggetto, in quanto impedisca il lavoro, sebbene *prima facie* sembri colpire il soggetto e la sua personale situazione rispetto all'avvenimento.

(34) Nella dottrina italiana si vedano specialmente CHIOVENDA, *Principi*, pagg. 897-900; CALDA, *Le nullità assolute della sentenza civile*, in *Arch. giur.* 1908, 361; LESSONA, *Nullità e inesistenza di sentenza*, in *Foro it.*, 1911, 10; CALAMANDREI, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, Firenze, 1915, ora in *Studi sul processo civile*, Vol. I, pag. 167 e segg.; CARNELUTTI, *Lezioni*, Vol. IV, nn. 388-392; SIOTTO-PINTOR, *Lo Stato estero, il giudice italiano e la sentenza immutabile*, in *Riv. di dir. proc. civ.*, 1927, II, 222. Nella dottrina tedesca più recente: WACH, *Urteilsnichtigkeit. Ein Rechtsgutachten*, in *Rhein. Zeitschrift für Zivil- und Prozess. recht*, III (1911), pag. 373 e segg.; *Nochmals die Urteilsnichtigkeit*, ivi, IV (1912), pag. 509 e segg.; *Nachlese zur Urteilsnichtigkeit*, ivi, VI (1914), pag. 357 e segg.; FISCHER, *Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urteilen und Rechtsgeschäften*, München, 1912-1913; KROSCHER, *Die sogenannte absolute Nichtigkeit der Strafurteile*, in *Gerichtssaal*, 69, pag. 137; BALIGAND, *Zur Lehre von der absoluten Urteilsnichtigkeit*, in *Gerichtssaal*, 72, pag. 171; KOHLER, *Zivilprozessrecht und Konkursrecht*

possibilità dell'esecuzione come *vizio denunciabile* in relazione ai mezzi di gravame contro la sentenza esula dal campo del presente studio, dal quale volutamente si esclude (35); a noi interessa qui piuttosto vedere quale efficacia possa avere una simile sentenza allorchè sia passata in giudicato in senso formale, per esaurimento dei vari mezzi di impugnativa o per decorso dei termini concessi per impugnarla.

Si noti, a precisazione del concetto enunciato, che il problema in esame non sorge soltanto per la sentenza di condanna (ad una prestazione impossibile), sebbene per essa, e specialmente quando si tratti di prestazioni consistenti in un *facere*, più facilmente possa verificarsi il caso tipico della impossibile esecuzione; possono darsi sentenze impossibili di mero accertamento e sentenze impossibili di accertamento costitutivo, come anche sentenze impossibili dispositive (36).

Data una sentenza di questo genere, alla cui pratica attuazione si opponga una impossibilità fisica non temporanea ed obbiettivamente accertabile (retro, § 1), quali ne sono le conseguenze? Che

in HOLTZENDORFF-KOHLER, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, III, pag. 251 e segg.; SAUER, *Grundlagen des Prozessrechts*, 1919; KISCH, *Unwirksame Urteile*, in *Leipziger Zeitschrift*, 1923, col. 625; WÜRZER, *ivi*, 1924, fasc. 15-16.

(35) Ad ogni modo su questo argomento si veda quanto è detto oltre, alla nota 69.

(36) 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. È da notare qui una ipotesi molto notevole, e che pure è sfuggita agli scrittori: quella che una stessa sentenza sia contemporaneamente attuabile e inattuabile. Essa può verificarsi non solo in relazione ai diversi capi della sentenza come documento, i quali costituiscono altrettanti giudizi concepibili separatamente e quindi qualificabili diversamente; ma anche in relazione ad uno stesso capo, quando questo sia suscettibile di un frazionamento logico, come nel caso della sentenza di condanna, intesa come dichiarazione di un atto illecito, cioè della violazione di un obbligo (secondo la nota definizione del CARNELUTTI, in *Lezioni*, II, n. 73), a cui si aggiunga l'accertamento della norma secondaria diretta alla realizzazione della norma violata, in particolare nel caso di una condanna di natura costitutiva. Quanto segue nel testo riguarda naturalmente, in siffatta ipotesi, solamente quella parte della sentenza che si riconosca inattuabile; non riguarda invece la disposizione che non urta contro ragioni di pratica impossibilità, anche se la prima non è che una conseguenza della seconda.

essa sia insuscettibile di esecuzione è una conseguenza che discende dalla stessa posizione del problema: pura e semplice tautologia. Il quesito che dobbiamo proporci di risolvere non ha per oggetto nè la ricerca del modo di eseguirla nè la decisione sul se e quando si possa far valere l'ineseguibilità; talchè non si possono non ritenere semplicistiche la impostazione e la soluzione del SIOTTO-PINTOR (37), il quale conclude che l'ineseguibilità si deve far valere nel procedimento di esecuzione.

La questione è più complessa e più fondamentale: si tratta di vedere se la sentenza impossibile, costituente cosa giudicata in senso formale, possa costituire cosa giudicata anche in senso materiale, sia atta cioè a precludere ogni ulteriore giudizio sul rapporto controverso alla cui decisione era diretta, a vincolare, nei limiti che l'ordine giuridico assegna agli effetti della cosa giudicata, lo stesso giudice e gli altri giudici. Si tratta, in altri termini, di indagare l'efficacia della sentenza impossibile non già nel campo del giudizio di esecuzione, per il quale la soluzione è intuitiva, ma nei riguardi invece dei processi di cognizione futuri.

7. - In relazione al problema della validità delle sentenze, contro le quali la legge non consenta o non consenta più l'esperimento di impugnative, la dottrina del processo ha elaborato tre concetti (sentenza inesistente, sentenza nulla assolutamente, sentenza annullabile), che però non sono nè tutti accettati pacificamente, nè sempre intesi nello stesso senso. Se non vi è discussione sulla configurabilità delle categorie delle sentenze annullabili (viziate da manchevolezze che il difetto di reclamo è sufficiente a sanare) e delle sentenze inesistenti (o non sentenze, prive degli stessi elementi essenziali del concetto di sentenza e pertanto inidonee a diventar valide anche in caso di acquiescenza della parte gravata), è molto controverso invece se, nel diritto moderno (38), si possa tuttora parlare di nullità assolute del giudicato,

(37) *Scr. cit.*, pag. 227.

(38) Nel diritto romano si conoscevano delle sentenze *nullae* o *nullius momenti*, improduttive di effetti, senz'uopo di gravami; tali la sentenza pronunciata da un giudice incompetente, quella riguardante persone inesistenti o non parti in causa, quella emanata senza osservanza delle norme processuali fondamentali, o contraria alla norma legale, o ad una *res iudicata*, o disponente una prestazione impossibile.

nè si può dire che il concetto di sentenza inesistente sia stato completamente e definitivamente precisato (39).

Secondo il CHIOVENDA (40) si ha il caso dell'inesistenza della sentenza quando questa è emanata da chi non è giudice, o non contiene una pronuncia, o non è scritta o non pubblicata; ma si deve poi ammettere una categoria di sentenze esistenti ma nulle in senso assoluto, la cui nullità può farsi valere dal convenuto con una azione di accertamento negativo o facendo opposizione agli atti esecutivi, dall'attore riproponendo la domanda senza temere l'eccezione di cosa giudicata. A questa categoria egli ascrive: la sentenza pronunciata da un giudice mancante di giurisdizione (in particolare la sentenza di un giudice speciale in materia di competenza del giudice ordinario), la sentenza pronunciata contro chi è esente dalla giurisdizione, o contro un soggetto inesistente, la sentenza costitutiva che crei una condizione di cose impossibile, la sentenza di contenuto indeterminabile o contraddittorio, la sentenza di accertamento o di condanna relativa ad una prestazione impossibile giuridicamente, moralmente o fisicamente.

A conclusioni conformi giungeva in Germania il WACH (41); e la tesi è stata ripresa in Italia dal CALAMANDREI, con un'accurata

Dig. 49. 8. *Quae sententiae sine appellatione rescindantur*. Cod. 7, 48. *Si non a competenti iudice iudicatum esse dicatur*; 7. 64. *Quando provocare necesse non est*. Confr. VASSALLI, *L'antitesi ius factum nelle fonti giustiniane*, in *Annali di Perugia*, 1914, 12; SKEDL, *Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtlichen Entwicklung*, Leipzig 1886; SCIALOJA, *Proc. civ. rom.*, Roma 1894, pagg. 266-267; BERTOLINI, *Proc. civ. rom.*, Torino 1914, II, § 30; WENGER, *Istitutionen des römischen Zivilprozessrechts*, § 19, pagg. 201 e segg.; § 21, pag. 220; § 30, pag. 298.

Per il diritto intermedio consulta: CALAMANDREI, *La teoria dell'error in iudicando nel diritto italiano intermedio*, in *Riv. crit. sc. soc.* 1914, n. 8 e segg. e in *Studi*, I, 53 e segg.

(39) Se è questo lo stato della dottrina più autorevole, non può meravigliare che gli autori minori diano esposizioni assolutamente confuse e insufficienti, come il BELLAVITIS, *Linee per la classificazione delle forme di accertamento nella esecuzione*, in *Studi per Chiovenda*, pagg. 61-63.

(40) *Op. e loco cit.*

(41) Negli scritti citati, in polemica con il FISCHER. Ammettono tale categoria anche PLANCK, KOHLER, PLÖSZ, STEIN, SEUFFERT, MENDELSSOHN-BARTHOLDY, SINTENIS, NUSSBAUM, HEIN, SAUER. L'accoglie inoltre il KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlino, 1910, § 27, pag. 233 e segg., con specifico riferimento alla impossibilità, tanto nelle sentenze quanto negli atti amministrativi.

analisi dei varî vizi possibili della sentenza e con un'impostazione assai acuta del problema, partendo cioè dall'ipotesi di un sistema processuale affatto privo di mezzi di gravame ed esaminando quali effetti potrebbero avere in un simile sistema i vizi della sentenza sulla sua validità (42). Definita la sentenza inesistente come quella cui manchino gli elementi essenziali, senza i quali vien meno lo stesso concetto di sentenza, il CALAMANDREI vi contrappone il caso di una sentenza che, pur essendo esistente e persino priva di difetti dal lato della costruzione processuale, abbia però un contenuto affatto inidoneo a produrre la certezza sul rapporto controverso, ossia a conseguire lo scopo della tutela giurisdizionale e dà ad essa il nome di sentenza nulla. A porre in maggiore rilievo la contrapposizione aggiunge: " Se la sentenza inesistente non può mai dirsi nata, la sentenza nulla è nata, ma non è vitale. La inesistenza è negazione assoluta del soggetto sentenza, la nullità è invece un attributo, sia pur negativo, del soggetto formalmente esistente. „

8. — L'argomento principale che viene portato contro l'ammissibilità della categoria delle sentenze esistenti ma assolutamente nulle è quello, già accennato dal BUELOW (43), ripetuto poi da altri (44) e ripreso ultimamente dal CARNELUTTI (45), della predisposizione dei mezzi di gravame, concessi appunto per far rilevare i vizi della sentenza, e della conseguente validità della sentenza viziata quando

(42) *Vizi della sentenza ecc.*, cit. Nella dottrina germanica ha aderito recentemente ad essa il KISCH, *Unwirksame Urteile*, citato; egli parla di sentenza inesistente per difetto di un elemento essenziale (*Nichturteil*), di sentenza nulla per nullità del contenuto (*materiell nichtiges Urteil*) e di sentenza annullabile (*anfechtbares Urteil*) distinguendo poi tra *Anfechtbarkeit materielle* e *formelle*. È notevole che il KISCH stesso riconosce la scarsa elaborazione dottrinale dell'argomento della invalidità delle sentenze.

(43) *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, in *Arch. f. civ. Praxis.* 62, 75.

(44) KROSCHER, *op. cit.*; LESSONA, *op. cit.*; STRUCKMANN-KOCH; PETERSEN; NEUKAMP; WEISMAN; HELLWIG; SCHMIDT; KLEINFELLER; FISCHER; MICHEL; la più recente critica a tale categoria di sentenze assolutamente nulle (*materiell nichtige Urteile*) si è avuta nella dottrina tedesca con lo scritto citato del WURZER, in *Leipziger Zeitschrift*, 1924, il quale pure nega l'esistenza di un termine di transizione fra *das materiell anfechtbares Urteil* e *das Nichturteil*.

(45) *Op. cit.*, n. n. 389 e 392.

la parte gravata non si sia servita del mezzo concessole. Secondo il CARNELUTTI, che ogni difetto di requisiti di una sentenza esistente si risolva in un motivo di annullabilità si ricava dall'ordinamento della cassazione, in quanto, se la legge dispone un mezzo per far valere la nullità della sentenza senza distinzioni (art. 517, n.n. 1, 2, 4, 5), ne deriva che essa tratta ogni difetto del processo e della sentenza come causa di annullabilità; ogni tentativo di distinguere tra motivo e motivo di nullità urta contro la disposizione generica dell'art. 517 che caratterizza il nostro sistema, perchè o il difetto è tale che la sentenza non esiste, o è tale che la acquiescenza della parte lo può riparare. Questo sistema risponde del resto alle esigenze supreme della certezza del diritto e rappresenta una conseguenza dell'assorbimento della *querela nullitatis* nel mezzo di gravame.

Non mi pare che questo argomento sia stato superato definitivamente dal CALAMANDREI, il quale, nello scritto citato, afferma più che non dimostri la censurabilità delle sentenze in questione, non potendosi certo considerare come una sufficiente dimostrazione la esposizione degli inconvenienti cui simili sentenze danno luogo.

A mio parere si impone una distinzione netta fra i due significati che sono troppo spesso promiscuamente attribuiti ai termini di *vizi* o *difetti* (46). Essi si usano infatti indifferentemente per designare due obbiettivi ben distinti: una mancanza di qualità o di regolarità ed una mancanza di efficacia, un attributo criticabile e una limitazione degli

(46) Se vi è un argomento in cui più sarebbe necessaria una terminologia rigorosa (e conseguentemente una netta distinzione di significati) ed in cui invece si fa più gravemente sentire la sua mancanza, è proprio questo dei vizi delle sentenze e, in genere degli atti statuali (e forse l'appunto potrebbe rivolgersi addirittura alla stessa teoria generale degli atti giuridici). Finchè non ci si metterà definitivamente d'accordo su certi concetti generali, e sulla loro precisa estensione, si correrà spesso il rischio di non intenderci reciprocamente e di lavorare a vuoto. La distinzione fra *Gültigkeit*, *Wirksamkeit*, *Zulässigkeit* e *Begründetheit*, posta chiaramente dal SAUER, *Grundlagen des Prozessrechts*, cit., § § 6, 22 e segg., alla quale si avvicina, limitatamente a taluni punti, questa nostra, avrebbe dovuto portare a ben maggiori frutti nella letteratura successiva. Ma esiste per ora probabilmente, o mi è parso, una certa soluzione di continuo fra le opere di teoria generale e quelle di carattere monografico, che impedisce che in queste siano convenientemente utilizzati i risultati delle prime; ed è certamente uno dei maggiori e più duraturi titoli di benemeranza che verso la scienza del diritto processuale può

effetti. Due obbietti ben distinti, si è detto; nettamente contrapponibili, si potrebbe dire. Il primo corrisponde a ciò che si pensa e si può fare *riguardo a una sentenza*, il secondo a ciò che si può fare *per mezzo di una sentenza*, o — soggettivando questa — a ciò che una sentenza può fare: il primo è essenzialmente formale, variabile nel tempo e nello spazio, dipendendo in modo assoluto dalla volontà della legge, la quale può moltiplicare come toglier di mezzo le qualifiche di vizio, donde il loro carattere prettamente giuridico; il secondo è materiale ed invariabile, o quanto meno indipendente dalla volontà della legge, che nulla può fare al riguardo, e di carattere decisamente pratico. Si chiamino *motivi di censura* i vizi nel primo senso, *cause di inidoneità* o *limiti di idoneità* i vizi nel secondo senso; si intenderà come i primi dipendano dalla legge nel loro sorgere e nel loro estinguersi, i secondi ne siano invece indipendenti. Si intenderà anche che i primi sono *sanabili*, poichè la legge, come li pone, così può determinarne l'estinzione subordinandola a date circostanze (per es., al decorso di un termine o ad una manifestazione di volontà di uno o più soggetti); che i secondi sono invece *insanabili* o almeno il loro venir meno non può ricollegarsi ad una manifestazione di volontà qualunque, ma soltanto — se mai — a delle modificazioni di fatto. Si intenderà infine che fra i primi ed i secondi può sussistere sì una relazione di interdipendenza, nel senso che i motivi di censura determinino cause di inidoneità e viceversa, ma soltanto nei limiti espressamente voluti dalla legge, la quale sola può avvicinare i due piani diversi: oltre quei limiti le due distinte figure non sono più l'una in funzione dell'altra, e non si può sostenere che la inidoneità reagisca sulla censurabilità, perchè una sentenza inidonea e tuttavia incensurabile è perfettamente concepibile (47).

vantare il CARNELUTTI quello appunto di aver saputo costruire il sistema del processo su salde fondamenta di teoria generale, raggiungendo così quella fusione cui s'accennava non solo per sè e per i fini della sua costruzione ma imponendola anche agli altri e facendosi inoltre apostolo in Italia di quelle tendenze al riavvicinamento e, direi quasi, alla assimilazione del diritto processuale alla teoria generale del diritto che hanno avuto contemporaneamente così notevoli affermazioni anche in Germania.

(47) Ciò tuttavia non impedisce che rimanga almeno inidonea, o piuttosto, come si sosterrà più oltre nel testo, inesistente, totalmente o parzialmente, come senten-

A prescindere però dall'argomentazione riferita, io non vedo piuttosto la convenienza della categoria delle sentenze assolutamente nulle, la cui caratteristica consisterebbe nella mancanza di un contenuto capace di decidere il rapporto controverso. Se, come mi riservo di dimostrare (48), statuizione inidonea e mancanza di statuizione (49) si equivalgono, come si può escludere la statuizione dal novero degli elementi costitutivi della sentenza?

Fra gli estremi processuali del concetto di sentenza, quello della decisione a me sembra, come già al CALDA (50), prevalente in confronto di tutti gli altri; mi pare, in ultima analisi, che il concetto stesso non implichi tanto l'idea di un'attività esplicata da un organo giurisdizionale quanto quella di un'attività che si esprime in una statuizione. Se posso ammettere quindi che non sia concettualmente sentenza la decisione pronunciata da chi non è giudice o da un giudice, ma non in confronto di due parti, tanto meno mi sembra tale la non decisione, sia pur mascherata da un documento sottoscritto da un giudice e diretto alle parti. La sentenza assolutamente nulla, si dice, sarebbe tuttavia priva di qualunque difetto dal punto di vista della costruzione processuale, a differenza dalla sentenza inesistente;

za. È quello che ha intuito, pur restando fermo nella sua posizione, il CARNELUTTI, quando, dopo aver affermato, con ragione rispetto alla censurabilità, che l'art. 517 tronca ogni discussione, ammette poi l'inesistenza della sentenza per un caso, quello della contraddittorietà, sebbene questo caso si trovi previsto proprio dall'art. 517 n. 7.

(48) Vedi oltre, al n. 10.

(49) Il significato in cui si adopera qui il termine di *statuizione* può essere chiarito soltanto in relazione al concetto della funzione giurisdizionale; vedi perciò oltre, sempre al n. 10.

(50) *Scr. cit.*, pag. 362. Tutte le diverse possibili sentenze di merito, egli dice (tanto quelle di rigetto quanto quelle di accoglimento della domanda), hanno una comune fondamentale destinazione che ne costituisce la tipica caratteristica; ed essa consisterebbe appunto nell'essere *destinate a costituire norme concrete di relazioni giuridiche, lex specialis*; ove sia assolutamente esclusa per la natura delle cose la possibilità di quella funzione viene meno il concetto di sentenza. A parte le riserve che possono farsi sulle espressioni del CALDA, e più (come oltre nel testo) sulla esclusione del caso della sentenza inattuabile dal novero di quelli in cui la funzione anzidetta non può compiersi (perchè non sarebbe lecito desumere dalla impossibilità dell'esecuzione del precetto del giudice l'impossibilità della funzione fondamentale della sentenza; *ivi*, pag. 363), mi pare che lo scrittore abbia colto il punto sostanziale del problema.

ma che vuol dire costruzione processuale? Se non si identifica tale concetto con quello della regolarità formale, io non credo che si possa negare che una sentenza priva di statuizione è ben difettosa anche dal lato della costruzione processuale, a meno di mettere in dubbio che la funzione del giudice sia quella di giudicare e che la sentenza rappresenti l'atto specifico di quella funzione. La statuizione del resto è pure un requisito formale della sentenza e, se non la sua censurabilità, certo la sua assenza e quindi la sua (equivalente) inidoneità colpiscono l'atto anche dal punto di vista meramente processuale. D'altra parte, praticamente, le conseguenze della distinzione fra sentenze inesistenti e sentenze assolutamente nulle consisterebbero nel fatto che non le prime ma le seconde svolgerebbero effetti nel processo in cui sono state pronunziate, sul quale punto per altro non tutti i sostenitori della distinzione concordano (51); questa differenza di efficacia meriterebbe però di essere dimostrata, tanto più se si imposta la questione come penso che debba essere impostata, e cioè prendendo anzitutto in considerazione una sentenza priva di una statuizione qualsiasi.

Vedremo più innanzi quali sono più precisamente i requisiti per l'esistenza di una sentenza, e come quei casi che vengono fatti rientrare nella categoria delle sentenze nulle dalla dottrina che ammette questa categoria rientrino per molta parte nel concetto di sentenza inesistente. Quello che premeva rilevare subito era la inopportunità della costruzione del tipo delle sentenze assolutamente nulle. Esso ci appare prodotto di una commistione dei due concetti di *causa di inidoneità* e di *motivo di censura* che sono eterogenei e non interdipendenti se non fino ad un certo punto. Se poi ad esso si ascrivono tutte le ipotesi prospettate dal CHIOVENDA, si nota agevolmente la mancanza di ogni elemento comune alle varie figure, di ben diversa natura (quale carattere comune presentano i casi della sentenza emessa da un giudice speciale in materia riservata alla giurisdizione ordinaria, o della sentenza pronunciata contro chi è esente dalla giurisdizione, con i casi della sentenza a

(51) Lo affermano il CHIOVENDA, ed il CALAMANDREI, ai luoghi citati: ma lo nega, ad esempio, il BALIGAND, *Op. cit.*, pag. 244, secondo il quale fra le sentenze inesistenti e quelle nulle non corre alcuna diversità di effetti, salvo la non esperibilità di gravami contro la prima.

contenuto indeterminato, o incomprensibile, o inattuabile? Nei primi la sentenza è difettosa per la *forma*, per il modo in cui si è prodotta, e il vizio riflette direttamente i suoi presupposti di validità e indirettamente, se mai, i suoi effetti; nei secondi essa è difettosa per la *sostanza*, per il modo in cui opera nel mondo giuridico, ed il vizio riflette direttamente i suoi effetti, indirettamente la sua validità formale), e se ne trae un nuovo argomento, sistematico, contro la convenienza e l'utilità scientifica del raggruppamento, congerie di ipotesi diverse piuttosto che *categoria*.

9. - Sulla configurabilità delle sentenze inesistenti (non sentenze) non vi è grande dissenso (52); ma sorge quando si tratta di riconoscere i vari casi della figura, perchè non si è concordi nella determinazione dei requisiti necessari perchè una sentenza possa dirsi esistente.

Di questi requisiti, o *elementi essenziali, caratteri costitutivi del concetto di sentenza*, non ci dà alcuna enumerazione il CALAMANDREI, a parere del quale essa non si può nemmeno fare in modo generale e astratto, ma solo in relazione a ciascun ordinamento processuale positivo; logica conseguenza della sua adesione alla tesi del BALIGAND (53), che quegli elementi debbano ricercarsi soltanto nei requisiti esteriori e formali della sentenza. Io non sono persuaso della bontà di questo punto di partenza, e meno che mai di quella della tesi del KROSCHER (54), che la presenza di un organo giurisdizionale rappresenti l'unico carattere costitutivo della sentenza. Questa tesi potrebbe convincere chi si limitasse a tener conto del lato formale e soggettivo nella classificazione e identificazione delle varie funzioni dello Stato (55); ma se ci interessa invece il lato sostanziale, anche il concetto di sentenza deve essere costruito in relazione allo scopo della funzione giurisdizionale ed al contenuto è da attribuire l'importanza massima. E il contenuto è appunto la statuizione.

(52) L'ammettono infatti diversi avversari della categoria delle sentenze assolutamente nulle, come HELLWIG, KLEINFELLER, MICHEL, WURZER.

(53) *Scr. cit.*, pag. 182.

(54) *Scr. cit.*, pag. 163.

(55) Da questo punto di vista non c'è dubbio che la pronuncia di un giudice è un atto giurisdizionale in senso soggettivo e formale, come è legge formale la manifestazione di volontà del potere legislativo.

Da questo punto di vista considera il problema il CARNELUTTI, il quale ci dà una enumerazione dei requisiti di esistenza della sentenza (56), necessari e sufficienti a costituire quel *quid*, rispetto al quale il contegno della parte possa considerarsi come acquiescenza. Poichè questa presuppone anzitutto la notificazione, e quindi qualche cosa capace di esser notificata, cioè un *documento*, egli nota che la sentenza verbale è inesistente e che la rappresentazione documentale della sentenza è un primo requisito indefettibile per l'esistenza di essa. Afferma poi che il documento deve rappresentare o contenere una dichiarazione di volontà, che abbia forma di sentenza, cioè rappresenti un *giudice che statuisce in una controversia fra le parti*. Se manca l'indicazione del giudice, o delle parti, o di una fra esse, o la disposizione, non esiste una sentenza perchè quel qualchecosa che esiste non è tale che possa sommarsi con l'acquiescenza della parte gravata per costituire una sentenza valida, mancando lo stimolo della reazione e la conseguente possibilità che il difetto di reazione possa configurarsi come acquiescenza. Ritengo che questo sia il modo più opportuno di impostare il problema e che gli elementi costitutivi del concetto di sentenza, dal lato sostanziale che ci interessa, si debbano identificare proprio in questi tre termini: giudice, parti, disposizione o statuizione. Escludiamo volutamente dal nostro esame i primi due, su cui il CARNELUTTI pure si sofferma (57) e vediamo piuttosto ciò che egli dice dell'ultimo: deve emergere — osserva — che il giudice decide una lite fra le parti, o in altri termini costituisce, modifica o accerta un rapporto giuridico fra di esse. Vengono qui specialmente in considerazione i requisiti di determinatezza o di determinabilità di contenuto del rapporto. Perciò è inesistente piuttosto che nulla la sentenza, la quale dispone in modo incom-

(56) *Op. cit.*, n. 389. Molto simile è l'enumerazione che ne dà il WURZER, *scr. cit.*: decisione che conclude la controversia (rispetto al grado dell'esame), pronunciata in tedesco in un processo per sentenza, in confronto di due parti, da un giudice rivestito di giurisdizione.

(57) Un caso interessante di sentenza di cassazione inesistente (a mio parere) per mancanza sul documento della sottoscrizione del presidente del Collegio, deceduto dopo la deliberazione di essa, è stato deciso dalla Cassazione con sentenza 21 marzo 1926 (*Riv. dir. proc. civ.*, 1927, II, 8, con nota contraria del MUSATTI, il quale pure ritiene inesistente una sentenza simile, mentre la Corte desunse dall'impossibilità del reclamo la validità di essa).

prensibile o incoerente (contraddittorio); manca in questo caso infatti un documento dal quale si possa intendere come la lite sia stata decisa. Del pari è inesistente la sentenza, se dal documento non appare determinato o determinabile il rapporto giuridico costituito, modificato o accertato; se, per esempio, ne risulti che il giudice si è limitato a dichiarare che A è debitore di B senza indicarne nè la causa nè l'oggetto. Invece la inutilità o l'inattuabilità della disposizione potrà essere, caso mai, cagione di nullità, non di inesistenza.

Soltanto la comprensibilità e la determinatezza (almeno potenziale) sarebbero dunque per il CARNELUTTI gli attributi che la statuizione deve presentare per dar luogo ad una sentenza esistente; non così invece l'attuabilità, o possibilità di esecuzione.

Debbo confessare di non comprendere la ragione di questa disparità. Non mi pare che essa possa trovarsi in una diversità di effetti pratici perchè, chi consideri con qualche attenzione la cosa, il motivo per cui si dovrebbe considerare inesistente la sentenza che disponga in modo incomprensibile o incoerente o indeterminato e indeterminabile non potrebbe essere che il seguente: l'impossibilità di ottemperare alla disposizione (58). “Manca un documento — dice testualmente il CARNELUTTI — dal quale si possa intendere come la lite sia stata decisa „. Orbene, che vuol dir ciò? A mio credere, che *non si sa che cosa si deve fare*; non certo che *non si sa che cosa abbia inteso di preferire il giudice*. Che l'incoerenza della disposizione sia indice della confusione di idee da cui fu turbato il processo logico della formazione della pronuncia non ci interessa e non ci può interessare; divenuta cosa giudicata formale la sentenza, che — come il CARNELUTTI insegna — è un comando pubblico, nessuna rilevanza giuridica si può riconoscere ai vizî del giudizio intellettuale.

D'altra parte, per lo meno nel maggior numero dei casi, si tratta — in qualunque delle ipotesi qui esaminate — di un errore di giudizio consistente nella violazione di una massima di esperienza, talchè non si può poggiare la disparità di trattamento neppure su una particolare diversità di causa.

(58) Impossibilità di ben diversa natura, come si intende, dall'impossibilità fisica: nel caso di questa vi è esteriormente una disposizione cui sembrerebbe di dover ottemperare (che essa sia poi una disposizione inidonea, quindi sostanzialmente una non disposizione, è quanto si dimostrerà più innanzi nel testo); nel caso di quella manca invece appunto una disposizione esteriore intelligibile.

Non è però a queste ragioni che sembra essersi richiamato il CARNELUTTI nella sua rapida trattazione dell'argomento; ma piuttosto al fatto che il concetto di impossibile sarebbe essenzialmente relativo, soprattutto nel tempo (59); ma sono forse assoluti i concetti di determinatezza e di comprensibilità? O non sono invece assai relativi e variabili, non solo in riferimento alle varie persone, come è ovvio (60), ma anche nel tempo? Egli dice che l'efficacia pratica del comando non è affatto un presupposto della sua validità: il comando è efficace giuridicamente quando sia idoneo ad obbligare nelle condizioni pratiche, in vista delle quali viene pronunziato; se o fino a che queste condizioni non esistono, la sua efficacia non si traduce in atto, ma ciò non vuol dire che non esista. Questa affermazione mi sembra sia troppo decisa, e che sia invece il caso di distinguere fra comando astratto e comando concreto e fra l'ipotesi che quelle condizioni pratiche possano esistere in seguito e l'ipotesi che il loro verificarsi debba essere escluso *a priori*, come nel caso di condanna a una prestazione di *species* distrutta o ad un *facere* impossibile in sè. In base poi a quali criteri si determini se si versa nell'una o nell'altra ipotesi si è già detto nel primo paragrafo di questo studio e non è necessario ripeterlo qui.

10. — La statuizione inattuabile e la statuizione incomprensibile o incerta non possono non essere considerate alla stessa stregua, e precisamente come non statuizioni; ma poichè la dimostrazione di questa tesi presuppone una precisazione del significato di *statuizione*, che non si può fare se non in relazione al concetto stesso della funzione giurisdizionale, sembra opportuno esaminare il problema dal punto di vista delle diverse concezioni di questa.

A) Il CARNELUTTI vede nella sentenza il comando concreto diretto alla composizione di una lite; ponendoci dal suo stesso punto di vista, concluderemo che, perchè esista una sentenza, occorre che

(59) Cfr. nota 23.

(60) Una persona almeno, e precisamente il giudice estensore di una sentenza, si persuaderà difficilmente della sua incomprensibilità. E poi io non saprei perchè non si potrebbe ripetere per la sentenza quello che il CARNELUTTI insegna riguardo alla incertezza della norma; che cioè non può essere che subbiettiva, e non mai obbiettiva, perchè nulla è obbiettivamente incerto, e vi sono soltanto degli uomini incerti (*Lezioni*, I, n. 43).

la statuizione rappresenti un comando concreto, complementare o autonomo non ci interessa qui, in grado di comporre il conflitto di interessi che risulta dal documento. Se nel documento non si trova un comando giuridico, o se esso non è in grado di comporre la lite, non si avrà quel *minimum* necessario e sufficiente a dar vita, quandochessia, ad una sentenza valida.

Se il comando giuridico è un *atto di volontà diretto a determinare la condotta altrui in vista della composizione di un conflitto di interessi mediante la minaccia di un male nel caso di disubbidienza*, se ne è l'obbietto la condotta imposta dal soggetto attivo al soggetto passivo, attraverso la quale ha luogo la *subordinazione di un interesse di questi ad un interesse altrui* (61), e quindi la composizione del conflitto fra i due interessi, io confido di poter riuscire a dimostrare:

a) che *la sentenza impossibile non è, almeno funzionalmente se non strutturalmente, un comando giuridico*;

b) che, *comunque, il comando in essa contenuto non serve alla composizione di un conflitto di interessi.*

Sub a) Anche per il concetto di *comando giuridico*, come per tanti altri aspetti della realtà giuridica, può essere usata con profitto la distinzione, cara al CARNELUTTI, fra funzione e struttura. Sotto il profilo della *funzione* ci si presenta in esso come nota prevalente la sua direzione ad uno o più soggetti passivi, la cui condotta viene determinata ed il cui interesse viene subordinato a quello di altri; sotto il profilo della sua *struttura*, ci si prospetta caratteristico l'elemento della sanzione. In presenza di un comando inteso a determinare una condotta ed a subordinare un interesse, ma non garantito da alcuna sanzione, si discute in dottrina se si sia di fronte ad un comando giuridico, sostenendosi bensì da molti che questo abbia come elemento indefettibile la coercibilità (62), da altri invece che la sua nota differenziale sia rappresentata dalla costituzione

(61) È questa appunto la definizione che dà il CARNELUTTI nelle sue *Lezioni*, I, n. 18.

(62) Così, fra gli altri, da JHERING, *Zweck im Recht*, I, 238; SCHULTZE, *Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung*; COVIELLO N., *Man. di dir. civ. it. - Parte gen.*, pag. 9; FADDA e Bensa, *Note alle Pandette del WINDSCHEID*, IV, pagina 65 e seg., Contro: HÖLDER, *Pandette*, § 4, pag. 18 e segg.; MERKEL, in SCHMOLLER's *Jahrbuch*, V.

di un diritto in contrapposizione all'obbligo (63), che val quanto dire dalla prevalenza accordata a un interesse mediante la subordinazione di un altro interesse. La dicotomia fra struttura e funzione ci dà, a mio parere, la soluzione: un comando del genere si proporrà la funzione, non avrà la struttura di un comando giuridico (64). Per converso, avrà la struttura e non la funzione del comando giuridico un comando che, senza poter determinare una condotta, sia per altro accompagnato da una sanzione (65); ma in questa ipo-

(63). Così WINDSCHEID, *Pandette*, II, e molti altri; da ultimo CESARINI-SFORZA, *Lez. di teoria generale del diritto*, Padova, 1929, 58.

(64) Esempi di siffatte *leges imperfectae* si trovano anche nel diritto moderno; basti ricordare il precetto contenuto nella prima parte dell'art. 220 Cod. civ.

(65) La norma che statuisce la responsabilità di un animale (frequenti processi contro animali e anche cose si sono avuti nel Medio Evo; in Inghilterra anche più recentemente), o di un demente, o la c. d. responsabilità obbiettiva, la norma retroattiva (il passato è tutto necessario; cfr. retro n. 1.), ed in genere qualunque precetto che si dimostri essere stato ignorato o erroneamente inteso dall'obligato, costituiscono altrettanti esempi di comando inidoneo a determinare una condotta (per invalidità dei destinatari o insufficienza del mezzo di conoscenza) e tuttavia assistito da una sanzione. Su siffatti problemi si vedano ZANOBINI, *La pubblicazione delle leggi*, Torino, 1917; CONDORELLI, *La responsabilità senza colpa*, Catania, 1924; *Ignorantia iuris*, Catania, 1926 e la recensione di questo pubblicata dal CARNELUTTI in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, 307, nonchè CARNELUTTI stesso in *Foro Ven.*, 1917, 96. Servendosi della distinzione fra i due concetti di *funzione* e di *struttura* si può forse dare un contenuto nuovo e più vitale alla teorica imperativistica del diritto, contro la quale non sono mancati, da tempo, gli attacchi, recentemente intensificatisi. Si veda, da ultimo, la forte critica del PEKELIS, *Il diritto come volontà costante*, Padova, 1931, specialmente al § 23. Si può convenire — dal suo punto di vista — nella tesi che la concezione più rigorosamente critica del diritto debba vedervi *volontà di azione*, e che la posizione delle norme giuridiche consista nel volere un costante rapporto di causa ad effetto tra due fatti, la realizzazione di esse nel volerlo in concreto con riferimento ad un determinato caso (*ivi* § 12), e tuttavia dubitare che tali caratteri esauriscano compiutamente la nozione del fenomeno giuridico. Così può essere studiata e definita la *struttura* del diritto; ma così si lascia fuori completamente la sua funzione, e questa conseguenza, se può offrire qualche soddisfazione a chi affronti i problemi accennati al principio di questa nota, dando modo di superarne le difficoltà, priva d'altra parte di luce tutta un'altra serie di problemi che pure affiorano continuamente nello studio, scientifico e pratico, del diritto. Non si può escludere senz'altro dal concetto strettamente giuridico del fenomeno questo elemento della funzione, definendolo metagiuridico; è vero bensì che, se i fini ultimi della volontà di azione in cui si identifica strutturalmente il fenomeno giuridico appartengono alla politica ed alla

tesi è il concetto stesso di comando (a prescindere anche dalla qualifica di giuridico) che subisce una deformazione notevole, se per comando si deve intendere una manifestazione di volontà desti-

sociologia, vi è una zona di mezzo, un campo che unisce, separandoli, il fenomeno sociologico e quello giuridico, e che, tratta dal primo la propria ragion d'essere, costituisce a sua volta la ragion d'essere del secondo, dando alla volontà di azione (in cui vuol vedersi, strutturalmente, il diritto) un significato ed un fine, la *causa*. Isolando del tutto la realtà giuridica dalla funzione, la si vuota di ogni contenuto e non si riesce più, nonchè a giustificarla, a comprenderla. Se infatti può non interessarci e non ci interessa trovare una giustificazione etica od economica o anche semplicemente logica alla norma giuridica, talchè possiamo senza esitazioni concepire una norma immorale, dannosa e perfino capricciosa, ci preme invece, non fosse altro che ai fini della sua comprensione, e per ottenerne od evitarne l'applicazione, identificarne la funzione; e se questo elemento teleologico è necessario per l'applicazione, è giuridico ed essenziale alla nozione giuridica della norma, per sociologiche che possano essere le sue radici ultime.

I problemi additati sopra non tanto ci sembrano riguardare dei casi eccezionali o dei momenti accidentali della realtà giuridica, come da molti si è sostenuto ed il PEKELIS coerentemente nega (*ivi*, § 24; cfr. la bibliografia da lui citata), quanto dei casi in cui manca lo stesso concetto del diritto, dal lato funzionale, e si hanno invece degli atteggiamenti *di fatto*, rivestiti della sola struttura giuridica. Tanto è vero questo che, di fronte ad essi, si avverte quel senso di insoddisfazione e, diciamo pure, di sgomento che dà, anche se necessaria, una situazione di fatto non conforme ad un principio di diritto, e i tentativi che si sono fatti, anche autorevolmente, per ricondurli nel sistema giuridico non riescono a persuadere pienamente. Ma non per questo occorre rinunciare alla teoria imperativistica; è sufficiente invece distinguere fra struttura e funzione del diritto. Il PEKELIS si serve a un certo punto (pag. 11) di un esempio per mostrare come la forma causale caratterizzi il diritto e dice che il padre che tira uno scapaccione al figlio per dare sfogo al suo cattivo umore, agisce da despota, anche se si appiglia a qualche pretesto, e vuole veramente in forma spiritualmente inferiore; mentre, se esponesse una causa, causa unica e sufficiente, vera causa, manifesterebbe la volontà di un rapporto causale, porrebbe cioè una regola giuridica. Ma, nel caso esemplificato, il padre potrebbe pur dire "Picchio perchè sono di cattivo umore", ed enunciare il suo stato di umore come causa costante, ponendo — secondo il PEKELIS — una regola giuridica (nè per questo sarebbe meno dispotico); che dire in questo caso? Non sorgerebbe certo il senso di giustizia e di ordine; eppure la regola esisterebbe.

Bisogna rispondere che non si avrebbe che la struttura del fenomeno giuridico, (e, nel caso, precisamente una legge naturale, psicologica, rivestita di una forma giuridica); ma difetterebbe l'altro elemento del concetto di diritto, la sua funzione, essenziale per dare ad esso, pure inteso come volontà di azione, il carattere di una volontà certa, retta e diretta ad un fine, e per conservargli giustificazione e valore.

nata a costituire — mediante quella conformità di volizioni che è l'obbedienza (66) — il contenuto di un atto di volontà di un altro soggetto.

Si consideri ora il caso del comando diretto ad imporre una condotta impossibile.

L'impossibile si può desiderare, sperare forse (67), ma non volere (poichè l'unico oggetto reale della volontà non è che l'azione, e questa, come atto volitivo, deve essere non solo eseguibile ma eseguita), e quindi non comandare. *La possibilità dell'osservanza forma parte integrante dell'idea di comando*; un comando che impone una condotta inattuabile non ne impone alcuna; non è quindi un comando, tanto meno poi un comando giuridico. Ammesso infine che un comando non eseguibile possa avere la forma, la veste di un comando giuridico, soprattutto per l'elemento della sanzione (che però non agisce, si noti bene, come sanzione, ma solo come coazione), esso non ne ha nè può svolgerne la funzione.

Non sembra pertanto azzardato concludere che la sentenza inattuabile non è un comando giuridico, non contiene una disposizione, non è, infine, una sentenza.

Sub b) Serve essa almeno alla composizione di una lite mediante la *subordinazione di un interesse ad un altro*? Basta, per rispondere, proporsi il quesito: *quale sia l'interesse subordinato e quale il prevalente*. Se il concetto di interesse corrisponde ad un rapporto fra un bisogno ed un *quid* atto a soddisfarlo, nel caso di un comando di impossibile attuazione non si ha la prevalenza di un interesse e subordinazione di un altro, perchè, ammesso pure che possa parlarsi di bisogni (68), manca ad ogni modo — in quanto irraggiungibile — il bene atto a soddisfarli; e *il comando nè priva di soddisfazione*

(66) L'osservanza di un comando è l'adeguamento dello spirito come azione o volizione concreta con sè stesso come norma o volizione astratta. Cfr. CONDORELLI, *Ignorantia iuris*, pag. 32; CESARINI-SFORZA, *Op. cit.*, pag. 37.

(67) Lo ammise, fra gli antichi, ARISTOTELE, *Eth. Nicom.*, III, cc. 2-3, 1111-1113, distinguendo la propensione (*βούλησις*) dalla decisione (*προαίρεσις*) ed affermando che solo la prima, e non la seconda, possa dirigersi all'impossibile. Lo nega, fra i moderni, il CROCE, *Filosofia della pratica*, P. I, Sez. II, c. III, asserendo che l'impossibile, il contraddittorio, non è oggetto nemmeno di desiderio.

(68) Della correttezza del termine *bisogno* per designare l'aspirazione a ciò che non si potrà mai avere è ben lecito dubitare.

un bisogno del (presunto) soccombente nè offre alcuna soddisfazione al bisogno del (presunto) vincitore (69).

Di conseguenza, o non sussisteva la lite, perchè non doveva parlarsi di un vero conflitto di interessi, e in tal caso la sentenza è meno che mai una sentenza in senso materiale; o la lite sussisteva, e in tal caso nessuno degli interessi proprî in conflitto ha conseguito attraverso la sentenza la prevalenza, e quindi la lite non è stata composta e permangono tutti i danni conseguenti a questa situazione, come rimane insoddisfatto l'interesse alla composizione del conflitto.

Concludendo da questo punto di vista, la sentenza inattuabile, come la sentenza incerta, se anche può considerarsi incensurabile per essere passata in giudicato in senso formale, è per altro inidonea in senso sostanziale. Essa è veramente, giusta il responso di PAOLO, *nullius momenti* nei riguardi della lite.

B) Si consideri ora il problema in ordine alla concezione che ravvisa lo scopo caratteristico della funzione giurisdizionale nell'attuazione della volontà della legge, del diritto obbiettivo (WACH, CHIOVENDA, CALAMANDREI). Si può dire che una sentenza inattuabile corrisponda a questo scopo? Bisognerebbe dimostrare che in essa sia contenuto l'accertamento del diritto, e ciò è giustamente negato dal CALAMANDREI, il quale osserva che una sentenza che risolve una controversia in modo indeterminato o contrario alle umane possibilità lascia la stessa in uno stato di indecisione impedendo che si ottenga la certezza sul diritto controverso (70). Aggiungerei che, poichè è inconcepibile una norma giuridica — come tale — indeterminata o inattuabile, non si può immaginare come attuazione di essa una sentenza quali quelle qui esaminate, e che quindi una simile sentenza si qualifica da sè come priva dell'elemento costitutivo primo dell'atto giurisdizionale, anche sotto questo angolo visuale.

(69) Nel caso della sentenza inattuabile non si ha infatti propriamente un vincitore, nè un soccombente, perchè colui che formalmente può apparire vincitore, per la conformità della decisione alla sua domanda (sulla domanda impossibile vedi oltre § 3) in realtà non vince nulla, e colui che appare soccombente formalmente, sostanzialmente non perde nulla; talchè non è nemmeno prevedibile che, pur essendo nei termini, impugni una sentenza che non gli reca alcun nocumento.

(70) *Scr. cit.*, n. 9.

C) Se poi si desiderasse porre la questione da un punto di vista più generale, in ordine a quella definizione comprensiva della funzione giurisdizionale che mi parve l'unica idonea — a prezzo naturalmente del sacrificio di altri caratteri pure assai salienti — a farvi rientrare da un lato i tipi di *processo senza lite*, dall'altro quelli di *processo dispositivo*, e cioè alla concezione della giurisdizione come giustificazione concreta accordata dal giudice alla condotta di una parte, per la conformità di tale condotta ad una massima ritenuta di giustizia (71), non vi sarebbe che da ripetere quanto si è osservato finora. Anche sotto questo profilo la sentenza inattuabile non rappresenta neppure l'embrione di un atto giurisdizionale, perchè giustificare una condotta praticamente impossibile equivale a non giustificare alcuna condotta, e quindi a lasciare indecisa la questione sottoposta al giudice.

11. — L'esame della statuizione della sentenza impossibile, condotto secondo i varî profili sotto i quali si può considerare la funzione giurisdizionale, ci ha dimostrato che il contenuto di essa è assolutamente inidoneo a costituire persino l'embrione di una decisione giudiziaria, quel *quid* rispetto al quale il contegno della parte possa considerarsi come acquiescenza.

La mancanza dei mezzi di gravame, sufficiente a dare a simile sentenza l'attributo di cosa giudicata in senso formale, vale a porla al riparo da ulteriori impugnative estinguendo ogni *motivo di censura*, ma non può riuscire a sanare le sue *cause di inidoneità*; tanto varrebbe dare al suo contenuto un'estensione diversa e maggiore di quella che esso ha in sè. Di fronte a simile inidoneità assoluta, a tale non corrispondenza dell'atto ai suoi fini, non ci resta altra conclusione se non questa: che una statuizione del genere è una non

(71) Qualunque sia il valore e l'utilità che si ritenga di riconoscere a questa definizione, che io per il primo ammise bisognosa di ben più profonda meditazione e di più accurata rifinitura, e che mi decisi ad esporre anticipatamente nel mio libro su "*La riconvenzione nel processo civile* „ perchè lo studio di questo argomento mi sembrava esigere una impostazione unica per tutti i tipi di processo nei quali l'azione in riconvenzione può presentarsi, mi sono sentito tenuto — *ad abundantiam* — a esaminare il problema della sentenza inattuabile anche sotto quest'ultimo profilo, oltre che sotto quello delle concezioni autorevoli prima esposte.

statuizione (non comando, non accertamento, non giustificazione) e che quindi la sentenza è una non sentenza (*Nichturteil*) o, in altri termini, è una *sentenza inesistente*.

La sentenza inesistente non può produrre alcun effetto giuridico; ed è questo appunto il principio da adottare nei riguardi della sentenza inattuabile, e che risolve il quesito sulla sua idoneità a costituire cosa giudicata in senso materiale.

I tentativi per dare al quesito stesso un'altra soluzione non sono, a mio avviso, riusciti.

Vi è chi ha sostenuto che la sentenza inattuabile dovrebbe avere per effetto giuridico quello di escludere ogni diverso regolamento del rapporto controverso (funzione negativa di cosa giudicata) (72). A questa opinione hanno risposto esaurientemente il WACH (73) ed il CHIOVENDA (74), osservando che essa cade nell'arbitrario, deformando la volontà del giudice e la stessa natura della sentenza, che — dettata a tutt'altro fine — acquisterebbe invece sempre e soltanto l'efficacia di una sentenza di rigetto (75). Nè può negarsi che tale teorica che attribuisce alla sentenza un effetto indiretto, quale è quello di costituire cosa giudicata in senso negativo, ammette per altro, e la pone quasi come premessa, una conclusione affatto contraddittoria riconoscendo l'inidoneità della sentenza a produrre il suo effetto diretto.

Convienne aggiungere però altri rilievi. La funzione negativa della cosa giudicata non è che una conseguenza della sua funzione positiva. In tanto lo Stato vuole che una controversia non sia nuovamente decisa in quanto essa è già stata decisa: se non è stata decisa, se la lite, o l'incertezza che dir si voglia, permane, cessa quella funzione, non essendo adempiuta questa. Non si possono capovolgere questi termini, non si può identificare la funzione positiva con quella

(72) CALDA, *Op. cit.*, Cap. III; LESSONA, *Op. cit.*, n. XI.

(73) *Op. cit.*, pag. 406.

(74) *Op. cit.*, pag. 900, nota 1.

(75) Le riserve che si potrebbero fare sulla rilevanza di simile deformazione della volontà del giudice, in ordine al fatto che tale volontà subbiettiva non può venir più in considerazione quando è obbiettivata nella sentenza, debbono valutarci tenendo presente che nel nostro caso è proprio della volontà obbiettivata che si parla, non delle ragioni del comando, ma del comando stesso, che costituisce il contenuto essenziale dell'atto giurisdizionale.

negativa senza cadere in una petizione di principio, i cui pericoli si possono mettere in maggiore evidenza portando la tesi all'assurdo, e cioè estendendola, come è lecito e, per ragion di coerenza, doveroso, a tutti i casi di inidoneità.

Un comando (più ancora una certezza) è o non è: urta contro il nostro senso giuridico l'ipotesi di un comando diretto ad imporre una condotta, che non funziona in questo senso, non opera cioè come comando, ma riesce tuttavia a funzionare, operando come comando, in senso diverso, imponendo una condotta diversa da quella espressamente comandata; come l'ipotesi di una certezza, rispetto a un dato rapporto, che non è certezza nel senso manifestato, ma è certezza invece in senso affatto diverso.

Trovarei poi opportuno chiarire ed approfondire il significato della formula "*la sentenza inattuabile esclude ogni diverso regolamento del rapporto controverso* ... Che cosa si vuole intendere per rapporto controverso? È quello sottoposto al giudice o quello deciso con la sentenza inattuabile? Ma, allorchè la sentenza è divenuta cosa giudicata formale, non si possono più distinguere i due termini perchè, se è vero che *sententia debet esse conformis libello*, non è men vero che, da quel momento, la domanda passa decisamente in seconda linea (76).

Vengono perciò qui in considerazione i principî sulla identificazione delle azioni, in ordine ai quali debbono qualificarsi diverse due controversie aventi oggetti diversi; talchè la funzione di cosa giudicata negativa che la sentenza inattuabile dovrebbe esercitare secondo la tesi del CALDA e del LESSONA consisterebbe nell'impe-
dire ogni altra decisione sul rapporto controverso ad oggetto impossibile, non già invece un'altra decisione sullo (apparentemente) stesso rapporto presentato però con un oggetto possibile. Ma allora la tesi perde ogni significato pratico ed anche ogni pretesto di giustificazione teorica, perchè il divieto di ogni altra decisione sul rapporto controverso ad oggetto impossibile non ha senso di fronte al divieto, che dimostreremo oltre (§ 3), di ogni decisione su un rapporto controverso ad oggetto impossibile.

(76) Il tenore della domanda non ha che un valore interpretativo per la delimitazione del contenuto del giudicato, quando il testo della sentenza permette il dubbio. Cfr. CARNELUTTI, *Lezioni*, IV, n. 383.

Assai più degno di considerazione è il tentativo, ricordato sopra, del CARNELUTTI per salvare l'idoneità della sentenza inattuabile, attribuendole una efficacia potenziale, destinata a tradursi in atto al momento in cui si verificassero le condizioni pratiche necessarie. Questo potrebbe dirsi per le ipotesi che le leggi fenomeniche — note al giudice attraverso le corrispondenti regole di esperienza — facciano prevedere possibile, anche in tempo remoto, il verificarsi di quelle condizioni (77); ma allorchè ciò si debba escludere, sia pure non assolutamente ma relativamente allo stato delle conoscenze umane, allorchè si debba porre *all'infinito* quella possibilità, bisogna convenire che un comando destinato ad attuarsi all'infinito equivale ad un comando destinato a non attuarsi mai e cioè, secondo le premesse già poste, ad un non comando (78).

12. — Concepita la sentenza inattuabile come una sentenza inesistente, se pure incensurabile, non vi è luogo a ricercare i rimedi da sperimentare contro di essa; quando si è detto che essa è idonea a vincolare tanto le parti quanto il giudice, tanto il giudice che l'ha pronunciata quanto gli altri giudici, si è rilevato ciò che può maggiormente importare ai fini teorici e pratici. Che all'interessato possa soccorrere un'azione di mero accertamento (negativo) per far dichiarare la inesistenza della stessa è certo innegabile (79); ma tale azione sarà nelle maggior parte dei casi affatto superflua.

Come nel caso di una pronuncia proveniente da un privato (sentenza inesistente per difetto del giudice) le parti dovranno sottoporre di nuovo la controversia, ma ad un giudice, e come nel caso di mancanza di una parte (sentenza inesistente per difetto di una parte) la controversia sarà riproposta con l'intervento della parte stessa: così nell'ipotesi di una sentenza incerta o incomprensibile o inat-

(77) Quando si tratti cioè di *impossibile temporaneo*, giusta la distinzione formulata al § 1, n. 5.

(78) Con la conseguenza ulteriore, sempre nell'orbita del pensiero carneltiano, della prevalenza dell'interesse destinato a rimanere subordinato e della subordinazione dell'interesse che avrebbe dovuto prevalere.

(79) Concordi, su questo punto, CHIOVENDA, *Op. e loc. cit.*; WACH, *Op. cit.*, pag. 401; CALAMANDREI, *Op. cit.*, pag. 185.

tuabile (sentenza inesistente per difetto della disposizione), si potrà in un successivo processo richiedere allo stesso giudice nei confronti della stessa parte la disposizione idonea che è mancata nel primo.

È questa l'unica soluzione che assicuri al processo il raggiungimento del suo risultato.*

NICOLA JAEGER

(*) La pubblicazione della seconda ed ultima puntata del saggio (§ 3. *La domanda impossibile*. - § 4. *La prova dei fatti impossibili*. - § 5. *Conclusioni: l'impossibile e la causa come requisito dei comandi giuridici*) avrà luogo nel fascicolo successivo della rivista.