

MAURO BOVE

ANCORA SUL CONTROLLO
DELLA MOTIVAZIONE IN CASSAZIONE*

SOMMARIO: 1. Questione di fatto e questione di diritto nel giudizio di cassazione. – 2. Su alcune premesse indispensabili. – 3. Impostazione del problema. – 4. Norme sul metodo della valutazione probatoria. – 5. Il sindacato sull'uso delle massime di esperienza nel dibattito della dottrina. – 6. *Segue*: proposta ricostruttiva. – 7. Struttura del sindacato indiretto. – 8. Conclusioni.

1. *Questione di fatto e questione di diritto nel giudizio di cassazione.*
– Il ricorso per cassazione è un mezzo di impugnazione e, quindi, come tale esso è dato al soccombente per tentare di modificare il giudizio a lui risultato sfavorevole nel grado precedente. Tuttavia esso ha la peculiarità di essere condizionato dalla funzione alla quale assolve la Corte di cassazione a cui è proponibile, ossia la funzione c.d. di nomofilachia, che consiste nella razionalizzazione e unificazione dell'incessante formarsi del diritto vivente. Qui emergono i due volti dell'istituto complesso che si denomina Cassazione, il cui studio comprende il mezzo di impugnazione e l'organo deputato a conoscerne, in altre parole l'attenzione all'interesse individuale del soccombente che cerca una rivincita e l'attenzione all'interesse generale del sistema che esige la detta razionalizzazione. Invero, il primo interesse può trovare soddisfazione solo se allo stesso tempo si soddisfa il secondo e questo è il motivo per cui il

* Relazione presentata all'Incontro di studio su "Le novità in materia di impugnazioni", svoltosi a Firenze il 12 aprile 2013 per iniziativa dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile e del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Firenze.

ricorso per cassazione è concesso per far valere ogni possibile violazione di norma di diritto, mentre è preclusa la sindacabilità della *quaestio facti*: la C.S. può rilevare che nella soluzione della questione di diritto si annida un errore che causa l'ingiustizia della sentenza impugnata, mentre non può dire altrettanto in riferimento alla soluzione della questione di fatto¹. Insomma, il ricorso per cassazione è propriamente un mezzo d'impugnazione e non certo uno strumento che l'ordinamento attribuisce al singolo per sfruttare l'interesse individuale al solo fine di perseguire un interesse generale. Ma esso deve pur fare i conti con quell'interesse generale e questa è la ragione della sua delimitazione al *de iure*.

Questo assunto, direi ormai certo, esigerebbe, per la verità, due precisazioni, ossia la risposta a due domande: 1) come si può distinguere nella soluzione della causa la *quaestio iuris* dalla *quaestio facti*? 2) qual è il limite dell'insindacabilità (diretta) della *quaestio facti*, a fronte della distinzione tradizionale tra *errores in iudicando* ed *errores in procedendo*?

La ricerca delle risposte richiederebbe un lungo discorso che qui non è possibile svolgere. In ordine alla prima domanda dobbiamo in questa sede accontentarci di rilevare come, ancorché in modi diversi, tutti riconoscano la sussistenza di un'area di insindacabilità diretta denominata *quaestio facti*². In ordine alla seconda domanda possiamo pure limitarci

¹ A mio parere la convivenza tra l'interesse particolare e l'interesse generale gioca un ruolo solo quando si tratta di delineare i limiti del sindacato della C.S., non avendo invece essa alcun ruolo nella delimitazione dell'oggetto del giudizio di cassazione e dei suoi possibili esiti, insomma della struttura del mezzo d'impugnazione, che a me sembra avvicinarsi ad un gravame similmente all'appello, caratterizzato, quindi, dall'effetto devolutivo ancorché ancorato alla denuncia di censure che, lungi dall'essere tipiche, devono solo essere specifiche. A tal proposito, non potendo qui approfondire, vedi, se vuoi, BOVE, *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, in *Riv. trim.*, 2004, 947 ss. Ma la dottrina tradizionale, pur oggi viva sulle orme di Calamandrei, non la pensa allo stesso modo, ricorrendo ancora alla nozione di azione d'impugnativa o mezzo d'impugnazione in senso stretto sostanziato da motivi "tipici". Vedi, a tal proposito, tra gli ultimi G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2013, 52 ss.; AMOROSO, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 2012, 13, 174-175.

² Sul problema della distinzione tra questione di fatto e questione di diritto mi permetto di rinviare al mio *Il sindacato della Corte di cassazione. Contenuto e limiti*, Milano, 1993, 25 ss., 65 ss., in cui, sposando la teoria teleologica (proposta in Germania per la prima volta da SCHWINGE, *Grundlagen des Revisionsrechts*³, Bonn, 1960, 52 ss.) in contrapposizione a quella logico-concettuale, sono giunto ad equiparare la questione di fatto alla c.d. questione del caso singolo, che si ha quando il giudice si limita ad un mero accertamento fattuale o quando egli opera una sussunzione giuridica che non può avere una valenza che va oltre il caso deciso, ravvisando, invece, una questione di di-

a rilevare che quanto andremo dicendo in seguito non riguarda l'area dei c.d. *errores in procedendo*, se si accetta l'idea tradizionale secondo la quale per questi la C.S. sarebbe giudice anche del fatto, mentre si dovrebbe giungere alla conclusione opposta ove, al contrario, si ritenesse che anche per gli *errores in procedendo* si erga il limite del sindacato della C.S. alla sola questione di diritto³.

ritto solo quando nell'interpretazione della norma di diritto ovvero nella sua applicazione la C.S. ha l'occasione di enunciare un principio interpretativo ovvero individuare un caso tipico (ossia ripetibile, dati i suoi caratteri strutturali) che dia contenuto ad un concetto giuridico indeterminato. Sulla costante, quanto inconsapevole, adesione della nostra giurisprudenza alla teoria teleologica in riferimento alla sindacabilità dell'uso dei concetti giuridici indeterminati rinvio all'ampia rassegna di AMOROSO, *op. cit.*, 246 ss., 289 ss.

³ A mio parere la distinzione nel testo è un'altra di quelle ideologie sulla Cassazione dovute all'opera di Calamandrei (*Sulla distinzione tra «error in iudicando» ed «error in procedendo»*, ora in *Opere giuridiche*, VIII, Napoli, 1919, 285 ss.; *La Cassazione civile*, II, Milano-Torino-Roma, 1920, 245, 278), certamente magistrale al suo tempo, ma forse non del tutto attuale ai nostri giorni, con le quali prima o poi bisognerebbe, per così dire, fare i conti. La distinzione tra *errores in procedendo* ed *errores in iudicando*, pur cogliendo l'operatività nel giudizio di norme diverse, è tuttavia da superare sia perché essa è insufficiente sia perché la ragione del distinguere, ossia che la C.S. sarebbe giudice del fatto per i primi, non ha basi del tutto ragionevoli. Sull'insufficienza torneremo. Sulla detta irragionevolezza sia consentito un accenno. Tutto nasce dalla teoria di Calamandrei sui destinatari delle norme giuridiche: le norme processuali avrebbero come destinatario il giudice e la loro violazione si risolverebbe in una inesecuzione ad opera del giudice, che qui sbaglierebbe come qualsiasi cittadino che non rispetti le norme a lui rivolte; le norme sostanziali, invece, avrebbero come destinatari i cittadini e il giudice le violerebbe solo come norme sul giudizio, necessitate per il medio della norma che impone al giudice di giudicare *secundum ius*. Questa differenza imporrebbe alla C.S. di sindacare nell'ambito degli *errores in procedendo* anche la questione di fatto, dovendo essa in questo ambito assicurare la legalità dell'esercizio del potere giurisdizionale, mentre lo stesso non varrebbe nell'ambito degli *errores in iudicando*, in quanto qui la C.S. dovrebbe limitarsi alla sola garanzia della corretta ed uniforme interpretazione ed applicazione della legge. Questa costruzione (ben salda nella nostra giurisprudenza: cfr. l'accurata rassegna di AMOROSO, *op. cit.*, 216 ss.) a mio sommo avviso è criticabile per diverse ragioni. In primo luogo non regge la distinzione basata sui destinatari, perché anche le norme processuali sono rivolte pure all'azione dei privati che operano nel processo e anche le norme sostanziali sono rivolte pure al giudice quali criteri di un suo operare, ossia il giudizio. In secondo luogo si rileva come l'esigenza di garantire la legalità vi sia pure in riferimento all'applicazione delle norme sostanziali, come l'esigenza di garantire l'uniformità del diritto vivente vi sia anche in riferimento all'applicazione delle norme processuali. In terzo luogo, se una distinzione più comprensiva va fatta tra norme che presiedono al giudizio e norme strumentali che presiedono all'attività, ossia al percorso per giungere al giudizio (distinzione sulla quale vedi BOVE, *Il sindacato della*

Dando, quindi, per presupposto che esista un'area denominata *quaestio facti* in sé non direttamente sindacabile nel giudizio di cassazione, si rileva come essa sia sempre stata poi, nella prassi, ritenuta sindacabile indirettamente per via del c.d. vizio di motivazione o vizio logico, di cui all'art. 360, 1° comma, n. 5 c.p.c. Questa prassi, spesso tacciata dalla dottrina⁴ di essere abusiva rispetto al compito "puro" della C.S., sembrerebbe dover trovare una battuta d'arresto nel d.l. n. 83/2012, convertito in l. n. 134/2012, col quale si sono apportate due limitazioni. Con la prima si è esclusa l'utilizzabilità del citato n. 5 dell'art. 360 c.p.c. nel caso della c.d. doppia conforme, che si ha quando nel giudizio di appello si sia confermata la soluzione che della *quaestio facti* abbia dato il giudice di primo grado, ipotesi nella quale, tuttavia, resta pur sempre la ricorribilità per violazione di legge. La seconda limitazione emerge dal mutamento della formula contenuta nel citato n. 5 dell'art. 360 c.p.c., che oggi non rinvia più alla possibilità di lamentare l'«omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio», bensì alla possibilità di impugnare la sentenza «per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti».

A fronte di questo evidente tentativo di restringere il sindacato indiretto della C.S. in ordine alla questione di fatto, utilizzando una formulazione del citato n. 5 che molto si avvicina a quella che era contenuta nell'originario codice processuale del 1940⁵, le domande che si devono porre sono le seguenti: possiamo dire che oggi sia sparito il sin-

Corte di cassazione, cit., 226 ss.), non si vede perché non si dovrebbe per tutte mantenere il limite dell'insindacabilità della *quaestio facti*, derivante dallo scopo di nomofilachia a cui assolve la C.S. Infine, non si può affermare che una norma è violata anche quando essa è applicata ad un fatto inesistente o non è applicata ad un fatto esistente (peraltro la C.S. è stata spesso ondivaga, non comprendendosi se il "fatto" a cui si possa estendere il sindacato sia solo quello processuale, ossia accaduto nel processo, ovvero anche quello extraprocessuale: sul problema vedi da ultimo le riflessioni di BALENA, *Questioni processuali e sindacato del «fatto» in Cassazione*, in questa *Rivista*, 2012, 837 ss.) e poi utilizzare un simile concetto solo quando si tratta di sindacare gli *errores in procedendo*, perché esso o vale sempre o non vale mai. Se i limiti del sindacato della C.S. sono segnati dal compito della nomofilachia, ciò deve valere sempre, per cui non sembra ragionevole che si apra il sindacato della questione di fatto in riferimento agli *errores in procedendo*.

⁴ Si rinvia ad un momento successivo per citazioni.

⁵ Il quale prevedeva la possibilità di cassare la sentenza «per omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti».

dacato sulla motivazione così come lo abbiamo tradizionalmente conosciuto? E, se la risposta sarà negativa, qual è il contenuto di un simile sindacato?

2. *Su alcune premesse indispensabili*. – Il discorso da svolgere necessita di alcune premesse.

Innanzitutto si rileva come il c.d. vizio logico, quale strumento di sindacato indiretto della questione di fatto, sia stato elaborato dalla giurisprudenza della C.S. sotto il vigore del codice di rito del 1865, che prevedeva, non un apposito motivo a tale riguardo, ma, accanto ad altre censure, il generico motivo della nullità della sentenza, via attraverso la quale, mettendo in gioco la violazione della norma processuale che imponeva ai giudici di motivare le loro decisioni, emerse appunto anche la categoria del vizio logico. Ora, si deve riconoscere che se il codice Grandi, nel formulare l'originario tenore dell'art. 360 n. 5 c.p.c., aveva inteso sposare in pieno la critica che Calamandrei aveva rivolto a quella prassi della C.S.⁶, è anche vero che in questa prassi, nel brevissimo periodo di vigenza di quella formulazione, nulla cambiò, mantenendosi in vita il vecchio sindacato indiretto della questione di fatto attraverso la via del n. 4 dell'art. 360 c.p.c., collegato agli articoli 132 e 156 c.p.c.⁷.

⁶ CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., 371, lamentando che il vizio di omessa motivazione si fosse trasformato in vizio di difettosa motivazione, aveva affermato: «molte volte i giudici di cassazione, messi dinanzi ad una decisione di merito che sia corretta nella risoluzione della questione di diritto, ma che appare evidentemente ingiusta nella risoluzione del fatto, usano annullare per vizio di motivazione quella sentenza che non hanno il potere di disapprovare o di riformare come ingiusta», denunciando quindi che «l'abuso di ricorsi e dei conseguenti annullamenti per vizio di motivazione allontana in misura sempre più impressionante la Cassazione dal suo scopo istituzionale». A fronte di questa denuncia si poneva proprio la relazione Grandi di accompagnamento al codice di rito del 1940 nel dire: «durante i lavori preparatori si era manifestata un'autorevole tendenza a eliminare del tutto dal giudizio di cassazione quel motivo di difetto di motivazione, al quale la pratica giudiziaria aveva dato, com'è noto, una estensione così esorbitante e così lontana dalle sue origini testuali. Ma piuttosto che sopprimerlo, si è preferito conservarlo ristretto e precisato nella nuova formulazione, che lo ammette non nella quasi illimitata ampiezza alla quale la pratica era arrivata nell'adattamento delle norme del codice del 1865, ma nei limiti precisi di un omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio del quale le parti avevano discusso» (in MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice di procedura civile*, Roma, 1940, 26).

⁷ Sulla giurisprudenza formatasi nel brevissimo periodo della sua vigenza vedi, se vuoi, BOVE, *Giudizio di fatto e sindacato della Corte di cassazione: riflessioni sul «nuovo» art. 360, n. 5, c.p.c.*, in questa *Rivista*, 2012, 677 ss.

In secondo luogo, a me non sembra proficuo prendere le mosse dall'attuale formulazione dell'art. 360 n. 5 c.p.c., il cui ambiguo tenore, se non si pone prima la norma in un contesto sistematico, può fornire in un primo momento solo certezze in negativo. Rinviando quindi il compito alla fine del nostro dire, al momento, visti i principi ricavabili dal codice di rito e da giurisprudenza costante della C.S., si può in negativo affermare che il "nuovo" n. 5 dell'art. 360 c.p.c.: 1) non ha nulla a che fare con una sorta di errore revocatorio, quantomeno perché esso si riferisce ad un fatto che è stato controverso tra le parti, mentre l'ipotesi prevista dall'art. 395 n. 4) c.p.c. si riferisce al contrario ad un fatto che non è stato controverso tra le parti, differenze queste che fanno emergere nel primo un errore di giudizio e nel secondo solo un errore di percezione⁸; 2) non ha nulla a che fare con l'omessa pronuncia su una questione, insomma con la violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (art. 112 c.p.c.), che è tipico vizio di attività da denunciare ai sensi dell'art. 360 n. 4 c.p.c.⁹; 3) non può essere inteso come omessa valutazione di una prova in ordine ad un fatto decisivo per il giudizio¹⁰, perché, posto che può essere decisivo ogni fatto rilevante direttamente o indirettamente¹¹, un simile modo di intendere la censura significherebbe avere la possibilità di denunciare che il giudice ha affermato o negato un fatto sulla base di alcune risultanze istruttorie, quando invece altra risultanza istruttoria avrebbe al contrario portato a negare o affermare quel medesimo fatto; ma ad una simile interpretazione osta (giustamente) l'idea, pacifica nella giurisprudenza della C.S., secondo la quale il giudice non deve dare conto di tutte le prove raccolte, ma solo delle prove che fondano la sua decisione, dovendosi ritenere implicitamente disattese quelle non esplicitamente considerate¹².

⁸ Sul senso, direi pacifico, dell'errore revocatorio, vedi, per tutti, LUIO, *Diritto processuale civile. II. Il processo di cognizione*, Milano, 2011, 492. In giurisprudenza Cass. 21 febbraio 2011, n. 4205.

⁹ Cfr., fra le altre, Cass. 10 marzo 2011, n. 5701. Sul punto e per ulteriori citazioni di giurisprudenza vedi comunque AMOROSO, *op. cit.*, 230 ss.

¹⁰ Così invece G.F. RICCI, *op. cit.*, 187.

¹¹ È rilevante direttamente il fatto che rientra nella fattispecie del diritto fatto valere, dal lato positivo (fatti costitutivi) o dal lato negativo (fatti impeditivi, modificati, estintivi). È rilevante indirettamente il fatto dal quale può essere costruito, per inferenza logica, un ragionamento presuntivo.

¹² Cass. 6 aprile 2011, n. 7921; Cass. 16 giugno 2011, n. 13177; Cass. 21 febbraio 2013, n. 4346.

In terzo luogo, si deve ricordare come sia pacifica l'affermazione per cui un sindacato indiretto tramite la via del difetto di motivazione sia configurabile solo in relazione alla questione di fatto e non anche in riferimento alla questione di diritto. Ma, se ciò è vero, se ne deve anche ricavare la conseguenza, non sempre chiaramente emergente, secondo la quale quel difetto non può riferirsi alla violazione dell'obbligo propriamente processuale di motivare, insomma, per intenderci, l'obbligo sancito dall'art. 111, 6° comma, Cost. e dall'art. 132 n. 4 c.p.c., perché questo di per sé non può non riferirsi sia alla questione di fatto sia alla questione di diritto.

Scopo dell'obbligo processuale di motivare è far capire quali siano le ragioni del decidere, per cui esso, in chiave puramente strumentale, non implica un dovere di ragionare bene, ma solo l'obbligo di esporre le ragioni del decidere¹³. L'imposizione di questo obbligo ha due finalità. La prima attiene alla stessa forma democratica dello Stato e si sostanzia nell'esigenza che l'esercizio del potere giurisdizionale avvenga in modo trasparente a fronte di quel popolo nel cui nome la giustizia è amministrata (art. 101, 1° comma, Cost.)¹⁴. La seconda attiene all'esigenza di rendere effettivo il diritto del soccombente di impugnare la sentenza, quindi, da questo punto di vista, di rendere effettivo il diritto di agire e di difendersi di cui all'art. 24 Cost.¹⁵. Da entrambi i punti di vista è evidente come l'obbligo di rendere conto, all'opinione pubblica ed ai singoli litiganti, riguardi ogni parte della decisione.

Ma, allora, si ripete, se la classica accezione del c.d. vizio logico o difetto di motivazione, quale censura riportabile all'art. 360 n. 5 c.p.c., è sempre stata riferita esclusivamente alla parte della sentenza che risolve la *quaestio facti*, come via da percorrere per ottenere dalla C.S. un suo sindacato indiretto, evidentemente un simile sindacato indiretto nulla ha a che fare con il detto obbligo processuale o formale di motivare.

¹³ CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., 374; ID., *La crisi della motivazione*, ora in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 664 ss.; CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*², Padova, 1964, 172-173; CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando in corte di cassazione*, in *Studi di diritto processuale*, Padova, 1925, 367 ss., spec. 381 ss.; IACCARINO, *Studi sulla motivazione*, Roma, 1933, 43, 50-51, 88, 115 ss., 119-120.

¹⁴ Nella manualistica vedi, per tutti, LUIO, *op. cit.*, I, 42. Sulla funzione extraprocessuale della motivazione vedi classicamente TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, 374 ss.; EVANGELISTA, *Motivazione della sentenza civile*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano 1977, 154 ss., spec. 158.

¹⁵ Così limpidamente e sinteticamente LUIO, *op. loc. ult. cit.*

L'ultima premessa, ma non certo la meno importante, sta nel mettere immediatamente in chiaro come un sindacato indiretto della questione di fatto non possa essere costruito al di fuori della categoria data dalla "violazione di una norma di diritto". Insomma, si deve respingere con forza l'idea che i motivi di ricorso per cassazione siano riconducibili tutti a casi di violazione di norme di diritto con l'eccezione del vizio di motivazione di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c.¹⁶, perché se così fosse si tradirebbe il modello stesso della Cassazione, come istituto complesso che nel suo ambito vede un mezzo di impugnazione delimitato, nelle sue potenzialità, dalla funzione nomofilattica dell'organo a cui esso è rivolto.

In realtà tutti i possibili motivi di un ricorso per cassazione, che certo non è rimedio a critica vincolata più di quanto non lo sia l'appello¹⁷, sono, devono essere, riconducibili sempre alla violazione di una norma di diritto. Anche il percorso per giungere a delineare un sindacato indiretto della questione di fatto deve essere costruito ancorandosi a questo principio, quindi elaborando pur sempre un caso di violazione di norme giuridiche.

Questa è la ragione per la quale il discorso che ci occupa assume un'impostazione metodologica corretta solo se, evitando facili abbagli, si immagina un art. 360 c.p.c. che si limiti ad ammettere il ricorso per cassazione unicamente e genericamente «per violazione o falsa applicazione di una norma di diritto»¹⁸.

3. *Impostazione del problema.* – Quando tradizionalmente la C.S. afferma che la questione di fatto non è sindacabile a meno che il ragionamento svolto dal giudice non risponda ai canoni della logica e della correttezza giuridica¹⁹, evidentemente essa ritiene che esista un metodo nella soluzione di detta questione, scandito da norme giuridiche, la cui errata utilizzazione consente un suo sindacato indiretto. Il nostro com-

¹⁶ Questa idea è diffusissima. Vedi da ultimo AMOROSO, *op. cit.*, 173 ss., 279 ss.

¹⁷ L'affermazione per cui il ricorso per cassazione sarebbe un mezzo a critica vincolata è un'altra ideologia che ci viene dall'opera di Calamandrei ed è la conseguenza dell'idea di questi intorno all'oggetto del giudizio di cassazione quale azione di impugnativa sostanziata da motivi tipizzati dal legislatore. Sulla critica a questa idea mi permetto di rinviare al mio già citato *La corte di cassazione come giudice di terza istanza*. Degno di menzione è anche il libro recente di COMASTRI, *Giudizio di cassazione e poteri officiosi in ordine alle questioni di merito*, Torino, 2012, 51 ss.

¹⁸ Come è previsto nei codici di rito francese (art. 604) e tedesco (§§ 545 e 546).

¹⁹ Tra le tante cfr. Cass. 18 marzo 2011, n. 6288.

pito allora è duplice: si tratta, per un verso, di individuare questa categoria di norme giuridiche e, per altro verso, di cogliere la struttura di un simile sindacato indiretto, ossia il suo contenuto ed in particolare il suo rapporto con la decisione, al fine soprattutto di smentire l'idea secondo la quale non si potrebbe configurare il sindacato su un metodo che non si trasformi in sindacato diretto sulla giustizia del giudizio di fatto²⁰.

Invero, il giudizio di fatto è qualcosa di complesso. Fermo restando il divieto di scienza privata, il giudice deve giungere alla fissazione dei fatti percorrendo un percorso presieduto da norme giuridiche, percorso che può essere più o meno articolato a seconda dei diversi mezzi di fissazione dei fatti utilizzati. Così la sua attività sarà meno complessa ove la fissazione non si avvalga di prove, come avviene in riferimento ai fatti notori ed ai fatti non contestati (art. 115 c.p.c.), mentre essa sarà più complessa ove al contrario il giudice utilizzi mezzi di prova o mezzi di presunzione, in particolare quando si tratti di assumere prove c.d. costituende, per le quali sia la fase di ammissione sia quella dell'assunzione (la costruzione della prova nel processo) sono presiedute da norme di attività la cui violazione pacificamente comporta un *error in procedendo* lamentabile in Cassazione.

A prescindere dalla maggiore o minore complessità strutturale dei diversi mezzi di fissazione dei fatti, in ogni caso spetta al giudice una loro valutazione, sulla cui base poi egli porrà appunto la fissazione dei fatti stessi, ossia formulerà delle affermazioni e delle negazioni che rappresenteranno la base fattuale a cui applicare la norma di giudizio.

Dal punto di vista del giudizio di Cassazione la distinzione accennata tra valutazione e fissazione del fatto è fondamentale. Questa è certamente insindacabile, nel senso che la C.S. non può verificare se le affermazioni e le negazioni compiute dal giudice siano erranee o meno, insomma se il giudizio sia ingiusto o meno: in ciò sta il cuore del concetto di insindacabilità del giudizio di fatto. Altro è, però, chiedersi, e quindi in ipotesi verificare, se il percorso argomentativo, ossia la giustificazione che fonda quelle affermazioni e negazioni, sia scandito da norme giuridiche. Se la risposta ad una simile domanda è positiva, si riesce ad

²⁰ Trattasi della nota idea di CALOGERO, che escludeva la possibilità di sindacare un metodo del giudizio senza sindacare il giudizio stesso nel merito e ciò anche quando la legge fornisce esplicitamente norme di metodo, come avviene per l'interpretazione dei contratti (*op. cit.*, 17, 24-25, 28-29, 102-103, 221-222).

individuare una categoria di norme sul metodo del giudizio di fatto, norme che non sono propriamente di attività, perché esse non disciplinano l'attività dell'ammissione ed assunzione dei mezzi di conoscenza del giudice, ma presiedono piuttosto alla valutazione del prodotto dell'attività compiuta, né sono, però, di giudizio, perché esse operano prima del giudizio sussuntivo, servendo a fissare la base fattuale di questo²¹.

4. *Norme sul metodo della valutazione probatoria.* – Alcune norme sul metodo del giudizio di fatto sono dettate dal legislatore in modo esplicito.

Si pensi innanzitutto alle norme sull'interpretazione dei contratti di cui agli articoli 1362 ss. c.c. Se la questione interpretativa di un contratto, ossia l'attribuzione di un significato alle dichiarazioni di volontà dei privati, sia essa compiuta al fine di fissare una fattispecie da riportare poi ad un norma giuridica di qualificazione sia essa compiuta al fine di individuare una regola negoziale, si risolve normalmente in una questione di fatto²², è pur vero che questa interpretazione va compiuta secondo un metodo legale scandito dalle norme sopra citate, insomma è pur vero che l'affermazione finale di significato deve essere il punto di approdo di un percorso argomentativo (giustificazione) da seguire secondo norme giuridiche. In questa area è pacifico che la C.S. non possa dire se l'interpretazione compiuta dal giudice sia giusta o sbagliata²³, ma

²¹ Su tali precisazioni vedi anche *infra*.

²² L'opinione è pacifica sia in dottrina sia in giurisprudenza. Sul punto sia, però, anche consentito il rinvio a BOVE, *Il sindacato della Corte di cassazione*, cit., 125 ss., dove, accogliendo la teoria teleologica, si affermava che la detta questione è insindacabile perché, a prescindere dal suo inquadramento logico-concettuale, essa non dà l'occasione alla C.S. di fissare direttive o esempi per il futuro, avendo normalmente il contratto una rilevanza limitata al caso singolo. Ciò non toglie, però, che, ove il contratto da interpretare abbia una rilevanza che trascende il caso singolo, la C.S. sia chiamata a sindacarne l'interpretazione, anche se la norma negoziale non possa con ciò essere assunta nel sistema delle fonti del diritto statale. Così in quella sede si proponeva di ammettere la sindacabilità dell'interpretazione di clausole negoziali tipiche, di condizioni generali di contratto, di clausole di contratti collettivi e di clausole contenute in statuti di persone giuridiche di grande rilevanza sociale. Questa tesi ha trovato poi conferma quando il legislatore ha aggiunto al n. 3 dell'art. 360 c.p.c. la sindacabilità della violazione di contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro, disposizione che, lungi dall'aver assunto simili atti normativi nel sistema delle fonti del diritto, ha semplicemente accolto la teoria teleologica nell'individuazione del concetto di norma di diritto dal punto di vista del giudizio di cassazione.

²³ Si ribadisce che il discorso si sta svolgendo guardando al momento del sindacato

solo rilevare come essa sia stata giustificata secondo un metodo valutativo in contrasto con una delle norme che lo scandiscono. In altri termini, qui la C.S. non può attribuire essa stessa il significato alle dichiarazioni di volontà in gioco, ma può certo rilevare che il significato attribuito nella sentenza impugnata è affetto da un sintomo di ingiustizia.

Ancora più esplicito e stringente è il legislatore quando fornisce criteri di fissazione formale. Sia in riferimento ai mezzi di fissazione che escludono la necessità della prova, quali il fatto notorio ed il meccanismo della non contestazione. Sia quando vincola la valutazione del giudice in base a principi c.d. di prova legale, ossia impone «vincoli normativi in ordine alla valutazione delle risultanze probatorie e alla formazione del proprio convincimento intorno alla questione di fatto»²⁴. Anche in questi contesti il legislatore fornisce un metodo legale di giustificazione delle affermazioni e negazioni nelle quali si conclude la soluzione della questione di fatto, ossia impone il rispetto di norme che scandiscono il percorso argomentativo, norme la cui violazione provoca un sindacato indiretto della *quaestio facti*, un sindacato che fa emergere, non l'ingiustizia, ma un sintomo di ingiustizia.

Tuttavia, non è dubbio che lo scenario veramente problematico si apre quando ci si trova di fronte al campo di operatività del c.d. principio del libero convincimento o prudente apprezzamento, da noi sancito nell'art. 116 c.p.c. Ma anche in questo campo tradizionalmente non si vuole che il giudice goda di una sorta di arbitrio, esigendosi piuttosto che la scelta tra più possibili, in cui sta il cuore del detto principio, avvenga nell'ambito di un "recinto" costituito da norme di metodo che limitano quel prudente o libero convincimento. Tra queste regole metodologiche, che significativamente la dottrina tedesca (ma non solo) ha elaborato avendo come riferimento normativo un sistema che per il ricorso in revisione ha sempre previsto il solo e generico motivo della violazione di norme di diritto²⁵, si pensi innanzitutto alle seguenti: 1) il

della C.S. in merito agli errori compiuti dal giudice inferiore. Altro sarebbe il discorso se ci si ponesse dal punto di vista della possibile decisione in merito della C.S., tema questo che fuoriesce dal campo della presente indagine.

²⁴ Sono parole di FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, 131.

²⁵ Si vedano in particolare: HAUEISEN, *Die freie Beweiswürdigung im sozialgerichtlichen Verfahren und ihre Grenzen*, in *Njw*, 1959, 1348 ss.; KUCHINKE, *Grenzen der Nachprüfbarkeit trichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz. Ein Beitrag zum Problem von Rechts – und Tatfrage*, Bielefeld, 1964, 200-207; HENKE, *Re-*

giudice ha il dovere di formarsi un libero ed autonomo convincimento, per cui egli sbaglia ove ritenga di essere vincolato ad accertamenti compiuti in altro processo, salvo ovviamente che una esplicita norma giuridica gli imponga il contrario, ovvero se egli recepisce passivamente quanto accertato dal giudice inferiore o riferito da testimoni o da un perito, dovendo egli, anche a fronte di una C.T.U., comunque ragionare con la propria testa, insomma fare proprio il responso del perito, perché in ogni caso la decisione è imputabile al giudice e non al perito²⁶; 2) il giudice ha il dovere di formare il proprio convincimento in base agli strumenti di conoscenza previsti dalla legge e acquisiti ritualmente al processo²⁷, per cui egli sbaglia se fonda la sua decisione su strumenti non acquisiti, violando così il divieto di scienza privata ovvero fonda la sua decisione su strumenti non idonei, quali ad esempio i c.d. argomenti di prova²⁸; 3) il giudice deve valutare in modo completo gli elementi di fatto risultanti dagli atti al fine del giudizio sussuntivo in riferimento ai concetti giuridici indeterminati, il quale, se è sindacabile direttamente quale questione di diritto solo se la C.S. ha nell'occasione la possibilità di esprimere un principio interpretativo del concetto (interpretazione definente) o di individuare un caso tipico che possa dare contenuto al concetto stesso (interpretazione esemplificativa), è in caso contrario sindacabile solo indirettamente, per mezzo del rilievo di un sintomo di ingiustizia che emerge appunto nell'eventualità che il giudice abbia svolto una valutazione su basi fattuali incomplete²⁹.

chtsfrage oder Tatfrage – Eine Frage ohne Antwort?, in ZZZP, (81) 1968, 373-374; GOTTWALD, *Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz*, Berlino, 1975, 146, 150-152.

²⁶ Su quest'ultimo principio e sui conseguenti obblighi di giustificazione della decisione del giudice vedi per il nostro sistema, se vuoi, BOVE, *Il sapere tecnico nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1431 ss., spec. per l'analisi della giurisprudenza 1445 ss.

²⁷ Sulla inutilizzabilità delle prove irrualmente acquisite vedi da noi tradizionalmente ALLORIO, *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, 867 ss.; CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 1 ss., spec. 138 ss.; VERDE, *Prova (Teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 579 ss., spec. 590; CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 350-351, 359, 371, 402-403.

²⁸ Peraltro l'idea che il giudice non possa fondare la sua decisione sui soli argomenti di prova non è da noi pacifica, né in dottrina né in giurisprudenza. Sull'ampio dibattito vedi da ultimo, anche riassuntivamente, SCALAMOGNA, *L'efficacia probatoria degli argomenti di prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1161 ss.

²⁹ Qui siamo di fronte al nostro omesso esame di un fatto decisivo o a quello che

Tuttavia il problema più spinoso attiene al sindacato in ordine all'uso che il giudice abbia fatto delle massime di esperienza, posto che queste rappresentano gli strumenti fondamentali della libera valutazione probatoria, i criteri in virtù dei quali il giudice trae da un mezzo di prova o da una serie di indizi una certa affermazione (o negazione) e non un'altra³⁰. La domanda è: il malgoverno che il giudice abbia fatto delle massime di esperienza nella valutazione di una prova libera o nella costruzione di una presunzione è configurabile come una violazione di legge?

Qui arriviamo allo snodo centrale del discorso, al vero cuore del problema. Se la risposta è negativa l'errore non è sindacabile in Cassazione, quale che sia la formulazione (accidentale) di un ipotetico n. 5 dell'art. 360 c.p.c. Se la risposta è positiva, allora il relativo errore è sindacabile in Cassazione, ancora una volta a prescindere dalla formulazione del nostro n. 5 dell'art. 360 c.p.c. e direi anche in caso di sua totale eliminazione.

5. *Il sindacato sull'uso delle massime di esperienza nel dibattito della dottrina.* – La nostra dottrina ha molto discusso in ordine alla risposta da dare alla domanda sopra posta.

Secondo alcuni la C.S. non potrebbe sindacare l'uso delle massime di esperienza nell'ambito della valutazione probatoria per il semplice fatto che queste non sono norme giuridiche³¹.

Ora, se non si può mettere in dubbio il presupposto di tale teoria, tuttavia non si può dire che esso giustifichi di per sé la conclusione. Invero, si deve sempre verificare se le massime di esperienza, in sé non qualificabili come norme giuridiche ossia come criteri di valutazione prodotti dal sistema delle fonti del diritto statale, rilevino tuttavia come norme di diritto nel solo ambito della teoria della Cassazione ovvero se, rigettata questa idea, la denuncia del loro malgoverno sia tuttavia concepibile perché il loro corretto utilizzo risulta necessario al fine di applicare correttamente una norma di diritto che le recepisca.

la tradizionale dottrina francese chiamava *défaut de base legale*, sul quale vedi classicamente MARTY, *La distinction du fait et du droit*, Parigi, 1929, 281 ss., 348 ss.; BORÈ, *La Cassation en matière civile*, Parigi, 1980, 662 ss.; RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, 1966, 307 ss.

³⁰ Su ciò restano fondamentali: CARNELUTTI, *La prova civile*², Roma, 1947, 75-76; ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzanwendung*³, Heidelberg, 1963, 67; CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 1 ss., spec. 5-6.

³¹ CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., II, 294, 368.

A mio parere la prima, possibile, idea non è sostenibile. È vero che nella teoria della Cassazione va assunto un concetto di «norma di diritto» diverso da quello che ci fornisce il diritto costituzionale, in particolare dovendosi in chiave teleologica ritenere norma di diritto ogni criterio di qualificazione necessario per il giudice, cioè per esso vincolante, in quanto tratto dal sistema delle fonti del diritto o comunque dalle regole da questo riconosciute, purché esso abbia una sufficiente portata sociale³². Ma è anche vero che le massime di esperienza da utilizzare nella valutazione probatoria non rientrano neanche in questo concetto teleologico di «norma di diritto». Ciò per due ragioni.

La prima direi logica che deriva dal rilievo per cui spesso queste massime di esperienza non consistono neanche in regole di condotta, quanto piuttosto in criteri di valutazione tratti dalla scienza o dalla tecnica. Insomma come si potrebbe logicamente concepire di attribuire la qualificazione di norme di diritto a proposizioni dell'essere e non del dover essere?

La seconda ragione si sostanzia nel rilievo per cui non si vede quale dovrebbe essere, in ipotesi³³, la norma statale di riconoscimento, ossia la norma statale che fungerebbe da norma di autorizzazione, da fonte della loro vincolatività, cosa che ad esempio avviene per i contratti con l'art. 1372 c.c.

Tuttavia, se non si possono assumere le massime di esperienza che presiedono alla valutazione probatoria nell'ambito del concetto di norme di diritto, il discorso non è perciò concluso. Invero esse, se non sono regole giuridiche in sé riconosciute, possono tuttavia avere rilievo come criteri di valutazione recepiti nell'ambito di un concetto giuridico indeterminato, in ipotesi contenuto in una norma sul metodo del giudizio di fatto³⁴. Se così fosse il malgoverno delle massime di esperienza nella valutazione probatoria sarebbe censurabile in Cassazione, non per violazione delle massime di esperienza in sé, ma per violazione della norma giuridica contenente quel concetto indeterminato, perché non vi è dubbio che, se la comprensione di un concetto giuridico indeterminato tra

³² Su tale concetto sia ancora concesso il rinvio a BOVE, *Il sindacato della Corte di cassazione*, cit., 176 ss.

³³ Ossia superando il primo ostacolo, che però francamente mi pare insuperabile.

³⁴ Sulla differenza tra riconoscimento di una regola di comportamento extragiuridica e recezione di criteri di valutazione vedi BOVE, *Il sindacato della Corte di cassazione* cit., 30 ss., 158 ss.

quelli che vengono individuati nel campo del diritto sostanziale³⁵ passa dall'applicazione di massime di esperienza, queste sono appunto recepite nella legge e la loro errata comprensione è errata comprensione della legge³⁶.

Alcuni hanno ritenuto che addirittura la recezione delle massime di esperienza da utilizzare nella valutazione probatoria avvenga nella stessa norma sostanziale di giudizio. Si è detto, così, che il sindacato in Cassazione dell'uso di quelle massime sarebbe sia possibile sia necessario. Possibile perché, nonostante i limiti strutturali del giudizio dinanzi alla C.S., qui si tratterebbe pur sempre solo di una questione astratta. Necessario perché una loro violazione comporterebbe un errato accertamento dei fatti e quindi, finendosi per applicare una norma ad un suo presunto presupposto di fatto in realtà inesistente ovvero per non applicare una norma ad un suo presupposto invece esistente, esso si risolverebbe in una falsa applicazione di legge³⁷.

Ma, se si accettasse una simile teoria, perderemmo completamente ogni distinzione tra questione di fatto e questione di diritto. Utilizzare un simile concetto di «falsa applicazione della legge» significherebbe concedere alla C.S. il potere di censurare l'intero giudizio di fatto, senza per la verità neanche aver bisogno di isolare il solo caso del malgoverno delle massime di esperienza nella valutazione probatoria.

Al fine di trovare quella norma di recezione ben altro pregio ha l'i-

³⁵ Si pensi, ad esempio, alla «concorrenza sleale», «buon costume», «giusta causa», «non scarsa importanza dell'inadempimento».

³⁶ STEIN, *Das private Wissen des Richters*, Lipsia, 1893, 119 ss.; CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, I, Padova, 1930, 29-35; ID., *La Cassazione civile*, cit., II, 292-293; ID., *Massime di esperienza in Cassazione. Rigetto del ricorso a favore del ricorrente*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, II, 126 ss.; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, (rist.), Napoli, 1965, 396; CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando*, cit., 373-377; OERTMANN, *Rechtsordnung und Verkehrs-sitte*, Lipsia, 1914, 365 ss., 507, 518-519; MANIGK, *Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen*, in *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgericht*, VI, Berlino e Lipsia, 1929, 94 ss., spec. 131; MANNHEIM, *Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße im Strafverfahren*, Berlino, 1925, 68 ss.; PHOLE, *Revision und neues Strafrecht*, Lipsia, 1930, 48 ss.; MARTY, *op. cit.*, 206 ss.; TARUFFO, *op. cit.*, 240-242, 249 ss., 256, 502-503.

³⁷ Così BETTI, *Sulla prova degli atti interruttivi o estintivi della perenzione e sul suo controllo in sede di cassazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, II, 255 ss., spec. 257-258; CHIOVENDA, *op. cit.*, 1027-1029.

dea che questa sia da riscontrare nella disposizione che impone al giudice l'obbligo di motivare le sue sentenze. Questo tentativo, che risale a Bigiavi, si fonda sostanzialmente sempre sullo stesso rilievo di partenza, ossia che una motivazione manca, non solo quando la carenza è materiale, ma anche quando essa è giuridica. Ed una mancanza giuridica si avrebbe appunto ove la motivazione contenga la violazione di una regola della logica o dell'esperienza³⁸.

Questa teoria ha il pregio di comprendere come il sindacato in Cassazione sull'uso che il giudice abbia fatto delle massime di esperienza nella valutazione probatoria non possa fondarsi in sé, dovendo esso ancorarsi al più ad una norma di legge, che non può essere però la norma (solitamente sostanziale³⁹) dalla cui applicazione si trae il giudizio, dovendosi invece trattare di una norma che opera solo all'interno del processo. Ma, a mio sommo avviso, questa teoria sbaglia nell'ancorarsi alla norma istitutiva dell'obbligo di motivare. Ciò in virtù delle considerazioni che abbiamo già svolto sopra in ordine alla funzione e quindi al contenuto del detto obbligo di motivare. Invero questo è un obbligo formale, di carattere strumentale, il cui assolvimento si pone, per così dire, a monte del problema che abbiamo ora di fronte. Con esso non si impone al giudice di ragionare bene, ossia secondo un metodo ritenuto attendibile in un certo momento storico, ma solo gli si impone di spiegare le sue ragioni. In altri termini esso è violato quando dalla motivazione non si comprende il ragionamento compiuto dal giudice⁴⁰, per cui non risulta possibile un controllo sul metodo, ossia un controllo sull'attendibilità del percorso argomentativo assunto, insomma sulla giustificazione della decisione.

³⁸ BIGIAVI, *Il controllo di logicità da parte della Corte di cassazione*, in *Foro it.*, 1940, IV, 33 ss. Tale idea è oggi ripresa da alcuni commentatori della recente riforma, nel tentativo di salvare il sindacato del vizio logico nonostante la nuova formulazione del n. 5 dell'art. 360 c.p.c., essenzialmente attraverso il combinato disposto degli articoli 132 e 360 n. 4 c.p.c. Cfr. in tal senso CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di "svaporamento"*, in *Corr. giur.*, 2012, 1133 ss., spec. 1140; FORNACIARI, *Ancora una riforma dell'art. 360 n. 5 cpc: basta, per favore, basta!*, in *www.judicium.it*, 2012, § 4; DE CRISTOFARO, *Appello e cassazione alla prova dell'ennesima "riforma urgente": quando i rimedi peggiorano il male*, in *www.judicium.it*, 2012, §1.1.

³⁹ Non ci addentriamo nella distinzione tra processo ad oggetto sostanziale e processi ad oggetto processuale.

⁴⁰ E la contraddittorietà è una delle sue ipotesi.

Insomma la norma processuale che prevede l'obbligo formale di motivare, che attiene alla costruzione della sentenza come atto e non al metodo del giudizio di fatto, non può comprendere la recezione delle massime di esperienza necessarie alla valutazione probatoria. Quando Bigiavi faceva l'esempio del giudice che avesse fondato l'affermazione della buona fede di Tizio per il fatto che questi firmò una carta tenendo la penna tra l'indice e il pollice, ipotizzando quale massima di esperienza quella per cui tutti coloro che firmano in tal modo sono in buona fede, in realtà egli faceva il caso, non di un giudice che viola l'obbligo di esporre le proprie ragioni (obbligo formale di motivare), bensì di un giudice che svolge un ragionamento assurdo.

Del resto, la distinzione tra obbligo formale di motivare e obbligo di giustificare la soluzione della questione di fatto sulla base delle comuni regole della logica e dell'esperienza è reso evidente dalla nostra C.S. sia quando essa nega, giustamente⁴¹, la sindacabilità indiretta della questione di fatto posta a base di un lodo, che è annullabile solo quando è appunto violato l'obbligo formale di motivare⁴², sia quando essa, prima del d.lgs. n. 40 del 2006, negava, ingiustamente⁴³, che il precedente vizio di motivazione di cui all'art. 360 n. 5 c.p.c. rientrasse nel concetto di violazione di legge di cui all'art. 111, 7° comma, Cost., sull'assunto che in questo rientrasse solo la violazione dell'obbligo formale di motivazione.

Allora, l'interprete che voglia fondare un sindacato in Cassazione sull'uso delle massime di esperienza nella valutazione probatoria, deve individuare un'altra norma che consenta la recezione delle regole della lo-

⁴¹ Vista la tassatività dei motivi di impugnazione del lodo, che ben il legislatore ordinario può scegliere, i quali non sono genericamente riconducibili ad ogni violazione di legge, come invece, alla luce dell'art. 111, 7° comma, Cost., deve accadere per il ricorso per cassazione. Quindi dalla previsione dell'annullabilità del lodo in virtù della mancanza del requisito formale della motivazione (cfr. l'art. 829, 1° comma, n. 5 che rinvia, fra l'altro, all'art. 823 n. 5 c.p.c.) giustamente non si può ricavare anche l'annullabilità del lodo per violazione di norme sul metodo del giudizio di fatto.

⁴² Cass. 15 maggio 2009, n. 11301; Cass. 8 ottobre 2008, n. 24785; Cass. 17 luglio 1999, n. 7588, in *Riv. arb.*, 2000, 285.

⁴³ Questa interpretazione fu inaugurata dalla C.S., cambiando la sua precedente e quarantennale interpretazione, con sentenza del 16 maggio 1992, n. 5888, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1671. Che l'interpretazione fornita dalla C.S. fosse ingiusta emergerà nel prossimo paragrafo. Invero, se è corretto distinguere l'obbligo formale di motivare dall'obbligo di giustificare la decisione in fatto, è anche vero che pure questo obbligo ha il suo fondamento in norme di legge, per cui esso non poteva, né potrebbe oggi, essere espunto dal campo di operatività dell'art. 111, 7° comma, Cost.

gica e della comune esperienza, quindi che fondi l'obbligo del giudice di giustificare la sua decisione in fatto sulla base di quelle regole.

6. Segue: *proposta ricostruttiva*. – Se il malgoverno che il giudice abbia fatto delle massime di esperienza nella valutazione probatoria non è sindacabile in sé, ma solo per mezzo della censura della violazione di una norma di legge che le recepisca, questa norma non può che essere quella istitutiva dello stesso principio del libero o prudente apprezzamento: nel nostro sistema l'art. 116, 1° comma, c.p.c.

Questo principio, sulla cui base gli ordinamenti moderni hanno veramente effettuato una grande apertura di credito al giudice, non implica l'attribuzione al giudice di un potere arbitrario, ma consiste solo in una libertà da regole predeterminate e rigide dettate *a priori* del caso singolo dal legislatore. Insomma, fondandosi su quel principio i legislatori hanno inteso percorrere una sorta di via di mezzo tra un sistema rigido di prova legale ed un sistema che si abbandonasse al soggettivismo del giudice. Il giudice, pur nell'ambito di operatività del suo prudente o libero apprezzamento, resta pur sempre soggetto a quei criteri di valutazione tratti dalla logica e dall'esperienza, che, se non sono canonizzati in modo esplicito dalla legge, sono tuttavia recepiti nel concetto stesso di "prudente apprezzamento" contenuto nel citato art. 116 c.p.c. La qual cosa poi implica che quella scelta tra più possibili, nella quale si risolve la valutazione probatoria che porta il giudice ad affermazioni e negazioni in fatto, può avvenire nell'ambito di un recinto delimitato da confini. Invero, se la scelta deve avvenire tra "possibili", è evidente come i confini siano dati proprio dalle regole della comune esperienza, dalle regole insomma che tracciano il confine tra ciò che è possibile e ciò che non lo è o almeno non è ritenuto tale in un certo momento storico dalla comunità degli uomini in cui opera il giudice.

Qui non si fa altro che riprendere i dettami della dottrina classica in materia di interpretazione ed applicazione dei concetti giuridici indeterminati. Come il concetto giuridico sostanziale si concretizza attraverso l'uso di massime di esperienza, che vengono da esso recepite, per cui un errato utilizzo di queste comporta la violazione della norma che contiene quello, così il concetto giuridico contenuto nella norma sul metodo del giudizio di fatto (l'art. 116 c.p.c.) necessita di massime di esperienza per essere interpretato ed applicato, per cui violare una regola di comune esperienza è motivo di censura in Cassazione, non perché que-

ste sono in sé norme giuridiche, ma perché attraverso la loro violazione si viola appunto quell'art. 116 c.p.c. che le recepisce⁴⁴.

Se questo è vero, francamente diventa irrilevante la formulazione che il legislatore voglia dare all'art. 360 n. 5 c.p.c. Anzi, direi che diventa irrilevante che questo vi sia o meno. Certo, prima del d.l. n. 83/2012 non vi era dubbio che il sindacato in ordine all'uso delle massime di esperienza nella valutazione probatoria passasse attraverso quel n. 5⁴⁵. Ma oggi, modificata la formulazione di questa disposizione, non si vede come si potrà escludere comunque quel sindacato, se non si vuole arrivare a sostenere che vi siano dei casi di violazione di legge non censurabili in Cassazione, con ciò giungendo a violare l'art. 111, 7° comma, Cost.⁴⁶.

⁴⁴ Semmai il problema pratico più rilevante sta nell'individuare quali siano le massime di esperienza che il giudice non può fare a meno di considerare nella valutazione probatoria. Invero, dire che esse consistono in conoscenze riconosciute con certezza dalla comunità generale degli uomini in cui il giudice opera in un dato momento storico è affermazione tanto vera quanto generica, tale da lasciare un grande, ma inevitabile, spazio di valutazione alla C.S., sia nella loro individuazione sia nella delineazione dei loro diversi valori, visto che le diverse massime di esperienza possono esprimere relazioni di necessità, relazioni di probabilità o relazioni di possibilità. Su queste tematiche restano fondamentali le riflessioni di SCHWELING, *Die Revisibilität der Erfahrung*, in *ZStW*, (83) 1971, 435 ss.; KUCHINKE, *op. cit.*, 187 ss., 207 ss.; GOTTWALD, *op. cit.*, 172-173. Vedi, se vuoi, anche BOVE, *Il sindacato della Corte di cassazione*, cit., 215 ss.

⁴⁵ Tra le tante vedi da ultimo Cass. 13 dicembre 2010, n. 25127.

⁴⁶ Né l'emergenza in cui vive da anni la C.S. potrà cambiare le cose, come pur paventano alcuni tra i primi commentatori (tra gli altri vedi TRISORIO LIUZZI, *Il ricorso in cassazione. Le novità introdotte dal D.L. 83/0112*, in *www.judicium.it*, 2012, § 8) ed auspica il Primo Presidente Lupo nella Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012, il quale, riferendosi alla norma in parola, così ha detto: «L'intento, del tutto condivisibile, dell'intervento normativo, è evidentemente di restringere l'ambito del controllo esercitabile in Cassazione sui vizi di motivazione dell'accertamento dei fatti compiuto dal giudice del merito. Lo strumento opportunamente predisposto dal legislatore dovrà certamente essere utilizzato in conformità, non tanto con la *voluntas legislatoris* in sintonia con gli auspici che larga parte dei teorici e pratici hanno da tempo espresso, quanto con la *ratio legis*, fatta palese dai termini utilizzati. Né è prevedibile, e tanto meno auspicabile, che possa ripetersi quanto avvenne nel vigore del codice di procedura del 1865 (che non prevedeva uno specifico motivo di ricorso) e di quello del 1942, e cioè che, sotto la spinta delle parti che chiedono di rimettere in discussione il giudizio di fatto, si formarono orientamenti di giurisprudenza che, andando oltre una rigorosa interpretazione del dettato normativo, hanno consentito, ancor prima delle modifiche introdotte nel 1950, il sindacato sul vizio logico e sull'insufficienza della motivazione. L'entità della domanda e la dimensione della pendenza, in particolare dell'arretrato, uniche nel panorama europeo delle corti di ultima istanza, sono corpose ragioni che debbono spingere ad adottare una interpretazione della nuova disposizione coerente con le

7. *Struttura del sindacato indiretto.* – Individuate le norme ed i principi giuridici che presiedono al metodo del giudizio di fatto, bisogna ora, per un verso, descrivere la struttura del sindacato indiretto che la C.S. può operare in ordine alla questione di fatto, appunto censurando la violazione che di quelle norme e di quei principi il giudice abbia commesso, e, per altro verso, riportato ad unità il vizio che emerge nell'ambito di codesto sindacato, inquadrandolo meglio nel sistema degli *errores* denunciabili in Cassazione.

Ora, se si vuole convenzionalmente, possiamo raggruppare l'insieme delle descritte norme sul metodo del giudizio di fatto in un'unica categoria concettuale, affermando che la loro vigenza fonda l'obbligo del giudice di giustificare su corrette basi giuridiche le sue conclusioni in fatto. Insomma, sembra concesso all'interprete che voglia riportare a sistema l'insieme delle dette regole di individuare un unitario obbligo di ragion sufficiente, che però, oltre a trovare il suo fondamento, se così si può dire prima della legge, nella logica e nell'esperienza, ha un saldo ancoraggio nella legge stessa che recepisce appunto le elaborazioni tratte dalla logica e dall'esperienza. In altre parole il detto obbligo di corretta giustificazione giuridica, che, non ci stanchiamo di ripetere, nulla ha a che fare con l'obbligo formale di motivare, è un obbligo derivante dalle legge, la cui violazione, quindi, comporta una violazione di legge.

Vista la sua sostanza, possiamo dare all'errore giuridico anche un nome, che, ancora una volta, se si vuole, convenzionalmente, possiamo denominare "difetto di base legale", espressione questa che, come pur ho accennato prima⁴⁷, non è certo né originale né da me inventata, risalendo essa alla tradizionale e risalente dottrina francese quale strumento di sindacato indiretto del giudizio di fatto in riferimento essenzialmente all'omesso esame di un fatto decisivo, quale violazione di una regola di

esigenze sistematiche e funzionali che dovrebbero riportare la Corte a sviluppare le sue funzioni di nomofilachia, depresse o quanto meno fortemente ridotte dall'enorme numero dei ricorsi». Il "grido" del Primo Presidente va assolutamente raccolto (vedi, se vuoi, le mie proposte in *Giudizio di fatto e sindacato della Corte di cassazione*, cit., 689-690). Ma le dette esigenze non potranno mai portare ad una riduzione delle vie di accesso alla C.S. nel senso di escludere tra queste alcune violazioni di legge. E se il Primo Presidente ha ragione nel rilevare l'abuso interpretativo che si è fatto dell'obbligo di motivazione (in verità più da parte degli avvocati che da parte dei giudici della C.S.), egli però non valorizza il dovere del giudice di giustificare la sua decisione in fatto, dovere che pur si fonda su una norma di legge: l'art. 116 c.p.c.

⁴⁷ Vedi *retro* alla nota 29.

completezza nella sussunzione giuridica avente come referente un concetto giuridico indeterminato. Con questa espressione, allora, andando anche al di là del caso a cui essa era riferita in origine, possiamo individuare il tipo di vizio giuridico di carattere generale censurabile in Cassazione che si riferisce alla *quaestio facti*, inquadrando in esso ogni censura riportabile al sindacato indiretto di detta questione.

Una simile categorizzazione unitaria, sviluppando meglio spunti già emersi in precedenza, può essere utile per delineare la struttura del sindacato in parola e, allo stesso tempo, inquadrare il detto vizio nel sistema degli errori denunciabili in Cassazione, facendo emergere a tal proposito l'insufficienza della classica dicotomia tra *errores in iudicando* ed *errores in procedendo*.

Ho già riconosciuto come questa dicotomia abbia al fondo la giusta idea che nel processo operino norme di diverso tipo⁴⁸. Ma essa è certamente insufficiente nel momento in cui non riesce a spiegare quello che qui si è proposto di chiamare difetto di base legale. E ciò non perché, come qualche critico potrebbe dire, un simile *error* non è configurabile, essendo esso solo il frutto di una fantasia, ma perché in virtù di quella classica dicotomia non si riesce a trovare una collocazione alle norme giuridiche la cui violazione causa il difetto di base legale.

Il difetto di base legale non è classificabile come un *error in procedendo*, perché esso non consiste in un vizio di attività, in quanto la norma metodologica che si assume essere stata violata opera *dopo* l'attività compiuta per acquisire il materiale istruttorio, servendo essa alla valutazione di questo materiale.

Ma in quel difetto non è neanche riscontrabile un *error in iudicando*, perché la norma metodologica che si assume essere stata violata non è la norma di giudizio, ossia quella da cui si trae il giudizio che fonda il dispositivo della sentenza: la norma sul metodo del giudizio di fatto opera *prima* del giudizio e serve a fissare la base fattuale a cui *poi* sarà applicata la norma di giudizio.

La netta differenza tra il difetto di base legale e gli *errores in iudicando* si comprende anche analizzando la struttura del sindacato indiretto, ossia, per essere più precisi, la valutazione di causalità che lo contraddistingue. Nella censura di un errore di giudizio, derivante dalla violazione della norma del giudizio, quel sindacato è, se così si può dire,

⁴⁸ Vedi *retro* alla nota 3.

reale, in quanto la C.S. rigetta il ricorso, nonostante la fondatezza in ipotesi della censura, ove riscontri che la sentenza sia tuttavia giusta per altri motivi giuridici⁴⁹. Insomma, la denuncia di un *error in iudicando* apre alla C.S. la via per valutare in definitiva, anche al di là del motivo fatto valere dal ricorrente, se la sentenza è o meno giusta *in iure*. Ma, evidentemente, ciò non può essere ammesso a fronte del riscontro del difetto di base legale, perché se qui la C.S. operasse una valutazione di causalità del tipo descritto, essa sindacherebbe la giustizia della sentenza *in facto*, andando così oltre il suo compito. Questa è la ragione per cui a fronte della denuncia di un difetto di base legale la valutazione di causalità non può che essere, per così dire, virtuale: la questione di fatto non può essere sindacata come ingiusta, ma la decisione del giudice può essere cassata ove si fondi su una ricostruzione dei fatti che sia il punto di arrivo di una valutazione nella quale si riscontri la violazione di una regola che presiede al suo metodo, ossia un sintomo di ingiustizia, che indirettamente fa sospettare della sua possibile ingiustizia. Insomma, la C.S. qui non cassa perché la decisione è ingiusta (in fatto), ma solo perché essa potrebbe essere ingiusta⁵⁰.

8. *Conclusioni.* – Se quanto detto finora è convincente, a me sembra francamente che sia del tutto irrilevante attardarsi nello sforzo di interpretare l'art. 360 n. 5 c.p.c. nella sua nuova formulazione. Se proprio lo si volesse fare, la mia proposta interpretativa appare ormai chiara: quella formula enuncia una delle regole sul metodo del giudizio di fatto, ossia quella che attiene ad un'esigenza di completezza nel giudizio sussuntivo avente come referente un concetto giuridico indeterminato. Ovviamente ciò nella misura in cui una simile operazione sussuntiva non sia sindacabile direttamente, la qual cosa accade quando la C.S. ha nel caso singolo l'occasione per fissare un principio interpretativo del concetto giuridico ovvero un caso tipico, ossia, date le sue caratteristiche strutturali, ripetibile in altre vicende umane.

Ma quella formulazione non può ridurre il sindacato indiretto della

⁴⁹ Il discorso sull'istituto della correzione della motivazione ci porterebbe troppo lontano. Sia concesso un rinvio a BOVE, *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, cit., 970 ss.

⁵⁰ Quanto vado dicendo nel testo a me sembra che sia sufficiente per respingere l'idea di Calogero (vedi *supra* alla nota 20) secondo la quale non sarebbe possibile un sindacato (indiretto) sul metodo che non trascenda nel sindacato (diretto) nel merito del giudizio stesso.

quaestio facti solo a questa regola metodologica, perché anche tutte le altre sono pur sempre fondate sulla legge. E, se questo è vero, il legislatore potrebbe anche eliminare il detto n. 5, ma non per questo cambierebbe qualcosa.

Certo in questo ambito l'interprete non potrà che riconoscere alla C.S. uno spazio di valutazione che è ineliminabile. Ciò non tanto a fronte del sindacato delle regole metodologiche che abbiamo visto essere esplicitate dalla legge, quanto piuttosto a fronte del sindacato delle regole della logica e dell'esperienza, recepite dalla legge nell'art. 116 c.p.c. Ma la presenza di questo spazio di valutazione⁵¹ non deve far pensare che sia concepibile la sparizione in Cassazione del sindacato attinente all'utilizzazione di un'intera categoria di norme giuridiche, quelle che danno contenuto all'obbligo di fondare la decisione in fatto su basi giuridicamente corrette. Almeno fino a quando esisterà una disposizione di rango superiore, quale l'art. 111, 7° comma, Cost., che concede il ricorso per cassazione a fronte di ogni violazione di legge, senza distinguere tra violazioni di legge censurabili e violazioni di legge incensurabili.

Abstract

Prendendo spunto dalle ultime modifiche attinenti al giudizio di cassazione, l'autore torna sul classico tema del sindacato indiretto operato dalla Corte suprema in ordine al giudizio di fatto. Egli a questo proposito distingue tra l'obbligo di motivazione in senso formale e l'obbligo di motivazione quale esigenza di fondare le affermazioni in fatto su basi giuridicamente corrette, date da un insieme di norme e principi che il legislatore impone al giudice di osservare nel suo percorso di giustificazione delle soluzioni scelte. Quindi l'autore tende a dimostrare come il potere-dovere della C.S. di sindacare il corretto uso di dette norme e principi non sia modificabile in virtù dei diversi tenori che il legislatore possa dare all'art. 360 n. 5 c.p.c., stante l'invalidabile limite emergente dall'art. 111, 7° comma, Cost., ai sensi del quale la C.S. è sempre chiamata a sindacare ogni violazione di norma di diritto.

Moving from the latest reforms of the trial in front of the Supreme Court,

⁵¹ Che, si ripete, è inevitabile e non solo in questo ambito. Per fare solo i due esempi più eclatanti, forse che non si deve fare i conti con uno spazio di valutazione della C.S. quando questa sceglie quali giudizi sussuntivi sindacare direttamente e quali invece sindacare indirettamente? O quando sceglie tra la decisione nel merito ed il rinvio?

the Author deals about the indirect judgment on the facts operated by the Corte di Cassazione.

He distinguishes between the duty of "formal motivation" and the duty to verify the juridical accuracy in the given motivation about facts. That is if the previous judge has correctly observed laws and principles he is obliged to refer to.

So, the Author shows that the Supreme Court's power-duty to syndicate the right use of rules and principles, applied by the judge to justify his decision, is not modifiable on the basis of the different meanings that the legislator may give to art. 360, n. 5, c.p.c., as the Cassazione must syndicate any violation of legal rules in force of art. 111, 7 co, Cost.

ENZO VULLO

LA COMPETENZA PER TERRITORIO NEL PROCESSO DI SEPARAZIONE GIUDIZIALE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il momento determinante della competenza. – 3. I criteri per individuare il giudice competente per territorio. – 4. L'eccezione d'incompetenza.

1. *Premessa.* – Tra le numerose riforme che durante gli ultimi anni hanno riguardato il processo civile, particolare interesse assume quella relativa alla separazione giudiziale: tale novella, che si è concretata in vari provvedimenti legislativi¹, mentre da una parte ha restituito efficacia alle norme del codice di rito dedicate a tale istituto², dall'altra ne ha modificato significativamente la disciplina originaria.

¹ La riforma dei processi di separazione e di divorzio si è concretata in vari provvedimenti: innanzitutto nel d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con ampie modificazioni, dalla l. 14 maggio 2005, n. 80, nella successiva l. 28 dicembre 2005, n. 263, e, ancora, nella l. 8 febbraio 2006, n. 54 (*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*).

² Tali norme sono, al momento, gli artt. 706-709 *bis* c.p.c. La novella del 2005 ha dunque posto fine alla situazione transitoria che si era verificata all'indomani dell'entrata in vigore della l. 74/1987, quando, in forza dell'art. 23 di tale normativa, la disciplina processuale della separazione giudiziale era soggetta alle regole dettate dall'art. 4 l. div. (seppure nei limiti della clausola di compatibilità e «fino all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura civile»), con l'effetto di determinare, per opinione pressoché unanime, l'abrogazione per incompatibilità (secondo alcuni totale, per altri, invece, solo parziale) degli artt. 706-709 c.p.c.; una situazione transitoria, conviene rammentarlo, che secondo la *communis opinio* non sarebbe mutata nemmeno per effetto delle parziali riforme del codice di rito attuate nel 1990 e nel 1995 (per riferimenti, vedi se vuoi VULLO, *Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, I, Bologna, 2011, spec. 1-8, e ivi anche l'illustrazione del dibattito sulla questione relativa al-