



Corso P16081

Nuovo giudizio di cassazione e giurisdizione di merito

Roma, Procura Generale presso la Corte di appello
Biblioteca "Vittorio Occorsio", 9-11 novembre 2016

La giustificazione della decisione di merito e il controllo di legittimità: vizio motivazionale riformato, regole del ragionamento probatorio, presunzioni e inferenze

Appunti a sostegno della relazione orale

dott. Franco De Stefano

Consigliere della Corte Suprema di Cassazione

SOMMARIO

I. PREMESSA

1. Il ruolo della motivazione nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo.
2. Il controllo di proporzionalità nella motivazione in tema di diritti fondamentali.
3. Cenni alla distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto.
4. La ricostruzione del fatto: regole di esperienza, logiche ed empiriche.
5. La sussunzione della fattispecie concreta entro quella astratta.
6. Cenni alla struttura, al ruolo ed alla funzione delle presunzioni.

II. IL VIZIO MOTIVAZIONALE RIFORMATO.

7. I *grands arrêts* delle Sezioni Unite del 2014 (SS.UU. 8054-8054 e 19881 del 2014)
8. La riduzione al «minimo costituzionale».
9. La mancanza assoluta sotto l'aspetto materiale e grafico.
10. La motivazione apparente.
11. Il contrasto irriducibile fra affermazioni inconciliabili.
12. La motivazione obiettivamente incomprensibile.
13. Il nuovo n. 5 come vizio di elaborazione del materiale istruttorio.
14. Il travisamento del fatto [parallelo con l'art. 606, lett. e), cod. proc. pen.].

III. «MINIMO COSTITUZIONALE» E MOTIVAZIONE INSUFFICIENTE

15. I vizi formali individuati dalle Sezioni Unite.
16. Vizi di applicazione di regole di esperienza, logiche ed empiriche, nel giudizio di fatto.
17. Ambito della controllabilità ex post di inferenze e presunzioni.
18. I vizi di sussunzione.
19. L'apoditticità delle conclusioni come non verificabilità dei passaggi logici intermedi.
20. La proporzionalità di matrice «convenzionale» in tema di diritti fondamentali.

SPUNTI BIBLIOGRAFICI MINIMI sulla riforma dell'art. 360, n. 5, cod. proc. civ.

- S. Alunni, Vizio logico di motivazione e controllo in Cassazione, in Riv. trim. dir. proc. civ., fasc. 4, 2015, p. 1243
- M. Bove, Giudizio di fatto e sindacato della Corte di Cassazione: riflessioni sul «nuovo» art. 360, n. 5 c.p.c., in Il giusto proc. civ., 2012, 679
- M. Bove, Ancora sul controllo della motivazione in Cassazione, in Il giusto proc. civ., 2013, 413 ss.
- B. Capponi, L'omesso esame del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. secondo la Corte di cassazione, in Riv. trim. dir. proc. civ., fasc. 3, 2016, p. 925
- C. Consolo, Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di «svaporamento», in Corr. giur., 2012, 1133
- S. Dalla Bontà, Le Sezioni Unite tornano su interpretazione ed applicazione del «nuovo» art. 360, 1° comma, n. 5, c.p.c. Notazioni critiche e prospettive future, in Dir. e prat. Trib., 2015, 4, 20730
- C. Di Iasi, Il vizio di motivazione dopo la L. n. 134 del 2012, in Riv. trim. dir. proc. civ., fasc. 4, 2013, p. 1441
- M. Fornaciari, Ancora una riforma dell'art. 360 n. 5: basta, per favore basta!, in www.judicium.it (19 agosto 2012)
- R. Frasca, Spigolature sulla riforma di cui al d.l. n. 83 del 2012, convertito, con modificazioni, nella l. n. 134 del 2012, in www.judicium.it (ultimo accesso 1 novembre 2016)
- C. Glendi, At ille murem peperit (nuovamente a proposito di un altro «non grande arresto» delle Sezioni Unite), in Corr. giur., 2014, 1248 ss.
- G. Monteleone, Il controllo della Corte Suprema sulla motivazione delle sentenze. Evoluzione storica, in Riv. dir. proc. 2015, fasc. 4-5, p. 871
- I. Pagni, Gli spazi per le impugnazioni dopo la riforma estiva, in L'appello e il ricorso per cassazione nella riforma del 2012 (d.l. 83/12, convertito, con modificazioni, in l. 134/12), in Foro it., 2012, V, 304
- Panzarola, in Commentario alle riforme del processo civile, a cura di R. Martino e A. Panzarola, Torino 2013, 686 ss.
- L. Passanante, Le Sezioni Unite riducono al “minimo costituzionale” il sindacato di legittimità sulla motivazione della sentenza, in Riv. trim. dir. proc. civ., fasc. 1, 2015, 179
- L. Piccininni, I motivi di ricorso in cassazione dopo la modifica dell'art. 360 n. 5 c.p.c., in Riv. dir. proc., 2013, 407 ss.
- R. Poli, Le riforme dei giudizi di appello e di cassazione nella giurisprudenza di legittimità, in Riv. trim. dir. proc. civ., fasc. 1, 2016, p. 43
- F. Porcelli, Le novità in materia di motivazione della sentenza, in Punzi, Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010-2013, Torino, 2013, p. 72
- F. Porcelli, Sul vizio di “omesso esame circa un fatto decisivo”, in Riv. dir. proc., fasc. 6, p. 1594
- A. Romano, Ammissibilità del ricorso per cassazione dopo le riforme del 2012 – recenti rigori in punto di ammissibilità del ricorso per cassazione dopo le riforme del 2012, in Giur. It., 2016, I, 1, 76

- B. Sassani, La logica del giudice e la sua scomparsa in cassazione, in Riv. trim. dir. proc. civ. 2013, 639-643;
- B. Sassani, Motivazione della sentenza e (in)controllabilità in cassazione, in Corriere giur. 2013, 849-861
- G. Tarantino, Come e quando è possibile denunciare il vizio di omesso esame di un fatto storico, in Diritto & Giustizia, fasc. 38, 2016, p. 8
- M. Taruffo, Addio alla motivazione?, in Riv. trim. dir. proc. civ., fasc. 1, 2014, p. 375
- G. Trisorio Liuzzi, Il ricorso in cassazione. Le novità introdotte dal d.l. 83/12, in www.judicium.it (5 marzo 2013)
- F. Valerio, Errore di fatto e vizio di motivazione: la sottile linea di confine tra istanza di revocazione e ricorso in cassazione, in Diritto & Giustizia, fasc. 30, 2015, p. 2

DA ALCUNI DEI TESTI MONOGRAFICI DEL SOLO 2016:

- 1) M. Di Marzio, F. Lazzaro, P. Vittoria, *Giudizio in Cassazione*, Collana pratica professionale - processo civile, Milano (Giuffrè ed.), 2016, pp. 337 ss.
- 2) G.F. Ricci, *Il giudizio civile di cassazione*, II ed., Torino 2016, pp. 170 ss.

CENNI BIBLIOGRAFICI MINIMI SULLA MOTIVAZIONE DELLA SENTENZA CIVILE IN GENERALE

- Acierno, M., La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2012, 437 ss.;
- Andolina, I.-Vignera, G., I fondamenti costituzionali della giustizia civile, II ed., Torino, 1997;
- Barbuto, M., La motivazione in fatto della sentenza civile, in Quaderni del CSM, 2001, n. 115;
- Borsellino, P., La motivazione della sentenza come contesto di argomentazione razionale, in La fabbrica delle interpretazioni, Atti del VII Convegno della Facoltà di Giurisprudenza. Università degli Studi di Milano - Bicocca (19-20 novembre 2009), Milano, 2012, 141 ss.;
- Bove, M., Giudizio di fatto e sindacato della Corte di cassazione: riflessioni sul «nuovo» art. 360, n. 5, c.p.c., in Giusto proc. civ., 2012, 677 ss.;
- Bove, M., Ancora sul controllo della motivazione in cassazione, in Giusto proc. civ., 2013, 431 ss.;
- Capponi, B., La motivazione della sentenza civile (Dopo la Cass., sez. un., 16 gennaio 2015, n. 642), in Questione Giustizia, articolo del 24 marzo 2015 (ultimo accesso 30 ottobre 2016)
- Di Benedetto, G., La motivazione della sentenza civile: dalla tradizione ai modelli innovativi, in Dir.e giust., 2004, n. 34, p. 56 ss. (inserto speciale);
- Di Benedetto, G., La motivazione della sentenza e le sentenze ex art. 281-sexies c.p.c. nel rito ordinario e nel nuovo rito societario, in www.judicium.it;
- Evangelista, S., Motivazione della sentenza civile, in Enc. dir., XXVII, Milano, 1977, 154 ss.;
- Fazzalari, E., voce Sentenza civile, in Enc. Dir., Milano 1989, p. 1260;

- Monteleone, G., Riflessioni sull'obbligo di motivare le sentenze (motivazione e certezza del diritto), in *Giusto proc. civ.*, 2013, 1 ss.;
- Monteleone, G., Il controllo della Corte Suprema sulla motivazione delle sentenze. Evoluzione storica, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 871 ss.;
- Natoli, G., Sentenza e struttura della motivazione, relazione tenuta nell'ambito dell'incontro di studio interdisciplinare su: "I modelli di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali: giudicare, motivare, comunicare", Palermo, 29-30 ottobre 2007;
- Oberto, G., La motivazione delle sentenze civili in Europa: spunti storici e comparatistici, in <http://www.giacomooberto.com/milano2008/sommario.htm> (ultimo accesso: 31 ottobre 2016);
- Raiti, G., La motivazione della sentenza civile: tradizionali profili sistematici e incerte prospettive di rinnovamento, in *Annali del Seminario Giuridico - Università di Catania*, IX, Milano, 2009, 441 ss.;
- Roselli, F., La motivazione della sentenza civile, in *Il Giusto processo civile*, 2, 2007;
- Rota, F., Motivazione [dir. proc. civ.], in *Diritto on line* (2015), Enc. Giur. Treccani, ultimo accesso 31 ottobre 2016
- Santangeli, F., L'interpretazione della sentenza civile, Milano, 1996;
- Santangeli, F., Commento agli art. 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c., in *Nuove leggi civ.*, 2010, 822 ss.;
- Sassani, B., La logica del giudice e la sua scomparsa in cassazione, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 639 ss.;
- Sassani, B., Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in cassazione, in *Corr. giur.*, 2013, 849 ss.;
- Scoditti, E., Ontologia della motivazione semplificata, in *Giust. civ.*, 2014, 677 ss.;
- Taruffo, M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975;
- Taruffo, M., *Motivazione*, in Enc. giur. Treccani, Roma, 1990;
- Taruffo, M., *Motivazione della sentenza civile (controllo della)*, in Enc. dir., Aggiornamento, III, Milano, 1999, 772 ss.;
- Taruffo, M., a cura di, *Il processo civile riformato*, Bologna, 2010;
- Taruffo, M., La riforma delle norme sulla motivazione della sentenza, in *Giur. it.*, 2011, 243 ss.; Taruffo, M., Addio alla motivazione?, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 375 ss.
- Vela, V., *La motivazione della sentenza civile*, in *Giust. Civ.*, 1992, II, p. 45 ss.

PREMESSA

1.- Il ruolo della motivazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo.

Per comprendere quanto la motivazione del provvedimento giurisdizionale rilevi in un contesto sovranazionale, comune quindi a più ordinamenti giuridici che condividano quei valori comunemente definiti come quelli della civiltà giuridica moderna occidentale democratica, basti uno sguardo anche sommario alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

L'obbligo di motivazione è coesenziale al giusto processo disegnato dall'art. 6 CEDU, perché essa finisce col rappresentare «... lo strumento col quale il giudice risponde del modo di esercizio del suo potere, consentendo ai consociati di esercitare un diffuso controllo democratico sulla sua attività» e, così, rappresentando formidabile «garanzia contro l'arbitrio».

Tuttavia, l'obbligo di motivazione non impone affatto una risposta particolareggiata (purché sia comunque «debitamente» motivata) a ciascun argomento, bensì solo a quelli principali, soprattutto quando si tratta di decisioni di rito e non di merito: ciò che, con tutta evidenza, sposta la focalizzazione del problema su cosa davvero rilevi come principale ai fini della decisione e cosa non lo sia, sostanzialmente riversando la valutazione di idoneità o meno appunto a tale selezione, quand'anche solo implicita.

La Corte europea riafferma la sua giurisprudenza – « ancienne et constante » – secondo la quale non le appartiene di conoscere degli errori di fatto o di diritto eventualmente commessi da una giurisdizione interna, salvo che e nella misura in cui essi possono avere leso i diritti e le libertà fondamentali tutelati dalla Convenzione¹: perché solo in questo caso quegli errori possono dar luogo ad un difetto di equità della decisione, incompatibile con l'art. 6 della Convenzione.

Questa disposizione in effetti garantisce il diritto ad un giusto processo, ma non regola affatto l'ammissibilità delle prove o il loro apprezzamento, materia che compete in primo luogo al diritto interno ed alle giurisdizioni nazionali. In principio, questioni come il peso attribuito dai tribunali nazionali all'uno o all'altro elemento di prova o ad una o ad altra conclusione o valutazione dei primi e delle secondi sfuggono al controllo della Corte. Quest'ultima non è un giudice di quarta istanza e non rimette in causa, sotto l'angolo dell'art. 6 § 1, l'apprezzamento dei tribunali nazionali, salvo che le loro conclusioni possano valutarsi come arbitrarie o manifestamente irragionevoli².

La logica che sottosta a questa nozione di «errore manifesto di apprezzamento» (derivata dal diritto amministrativo francese), come impiegata nel contesto dell'art. 6 § 1 della Convenzione, è senza alcun dubbio che, nel caso in cui l'errore di fatto o di diritto commesso dal giudice nazionale è evidente al punto da qualificarsi come «manifesto» – nel senso (come opportunamente sottolinea e spiega, quasi didatticamente, la stessa

¹ CEDU, Gr. Ch., 5 febbraio 2015, ric. N. 22251/08, *Bochan c. Ukraine*, p. 61, ove riferimenti a CEDU, *García Ruiz c. Spagna* [Gr. Ch.], ric. n. 30544/96, § 28, e a CEDU, *Perez c. Francia*, ric. n. 47287/99, § 82.

² CEDU, 21 marzo 2000, *Dulaurans c. Francia*, ric. n. 34553/97, §§ 33-34 e 38; CEDU, 15 novembre 2007, *Khamidov c. Russia*, ric. n. 72118/01, §§ 170 e 174; CEDU, *Andelkovic c. Serbia*, 9 avril 2013, ric. n. 1401/08, §§ 24 e 27.

Corte) che nessun magistrato ragionevole avrebbe potuto commetterlo –, esso può aver nuociuto all'equità del processo.

Dunque, occorre che il carattere irragionevole della conclusione delle giurisdizioni nazionali sui fatti sia così «flagrante e manifesto» che la Corte possa stimare che la procedura denunciata dovrebbe essere qualificata come «grossolanamente arbitraria», ovvero in sostanza talmente sprovvista di base legale in diritto interno e priva di legami coi fatti stabiliti, il diritto applicabile o le questioni in causa, che essa rivesta un carattere arbitrario e si risolva in «diniogo di giustizia».

Altrettanto fermamente, la Corte europea rassicura i giudici nazionali ricordando come l'art. 6 esiga da loro che siano indicati in maniera sufficiente i motivi sui quali si basano le loro decisioni, ma senza pretendere una risposta dettagliata a ciascun argomento delle parti, perché l'obbligo di motivazione implica che la parte di una procedura giudiziaria possa attendersi una risposta specifica ed esplicita ai mezzi decisivi per la definizione della procedura in corso³.

2.- Il controllo di proporzionalità nella motivazione in tema di diritti fondamentali.

Peraltro, quando la controversia ha ad oggetto diritti fondamentali oggetto della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, la Corte di Strasburgo esige dai giudici nazionali una vigilanza scrupolosa e si ingerisce in modo evidente delle loro valutazioni di merito e, soprattutto, del c.d. controllo di proporzionalità da loro esercitato sul punto, prendendo visione dei fatti e, in particolar modo, della considerazione che di quella le autorità giudiziarie nazionali hanno in concreto operato; tanto va recepito anche dai giudici nazionali⁴, in virtù del meccanismo di interazione della giurisprudenza di quella Corte nel nostro ordinamento, come disegnato dalla nostra Corte costituzionale e di recente ribadito da Corte cost. n. 26 marzo 2015, n. 49.

Se la stessa Corte europea dei diritti dell'Uomo ammette certamente un margine (necessariamente elastico) di apprezzamento discrezionale in capo ai singoli Stati – e quindi ai giudici nazionali, che quei diritti sono chiamati in prima battuta a tutelare – nel modulare le risposte di tutela di quei diritti nelle fattispecie concrete, per adeguare le prime alle peculiarità delle seconde⁵, è però indispensabile che la risposta concreta regga ad un vaglio di proporzionalità e così di adeguatezza, nell'equilibrio raggiunto tra l'esigenza dell'interesse generale e la salvaguardia del diritto fondamentale⁶: in buona approssimazione tanto intendendosi per controllo del rispetto del principio di proporzionalità.

A questo riguardo, occorrerà allora fare riferimento non alla definizione generale – propria delle teorie classiche del diritto amministrativo d'Oltralpe e

³ CEDU, *Dulaurans c. France*, cit..

⁴ Sul tema v. Cass., ord. 22 settembre 2016, n. 18619.

⁵ È la teoria della “*marge [nationale] d'appréciation*”, fondamentale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e costantemente ribadita; riaffermata di recente, anche quanto all'art. 2 della Convenzione, da Corte eur. dir. uomo, Gr. Cam., 30 marzo 2016, ric. n. 5878/08, *Armani da Silva c/ Regno Unito*; in generale, tra le più recenti, Corte eur. dir. uomo, V sez., 30 giugno 2016, ric. n. 29151/11, *Duceau c/ Francia*; tra le più remote, v. Corte eur. dir. uomo, 21 febbraio 1975, ad. plen., *Golder c/ Regno Unito*, ric. n. 4451/70.

⁶ Come da sempre teorizzato: si veda, ad es., Corte eur. dir. uomo 7 agosto 1996, *Zuboni c/ Italia*, fino all'odierna Corte eur. dir. uomo, V sez., 12 luglio 2016, A.M. e aa. c/ Francia, ric. n. 24587/12.

internazionale – del principio di proporzionalità come esigenza di adeguatezza tra i mezzi impiegati e gli scopi perseguiti, ma a quella, più pregnante in quanto riferita al campo dei diritti fondamentali ed alla teoria generale del diritto, della esigenza di conciliazione tra due principi o norme generali che si trovano, in una determinata situazione o classe di situazioni, in posizione evidentemente antinomica, al fine di stabilire se e quali sacrifici imponere all'uno o all'altro in esito alla comparazione delle relative valutazioni assiologiche.

A questo fine, non interessano alla Corte europea dei diritti dell'Uomo, per valutare se la risposta è stata adeguata, i limiti procedurali interni dei sistemi giurisdizionali, nemmeno quando imperniati, come quelli di tradizione romanistica, sulla limitazione del controllo di ultima istanza alla sola legittimità delle decisioni dei pregressi gradi di merito: nel suo complesso, quindi, la risposta giurisdizionale alla richiesta di tutela del diritto fondamentale, non importa da quale organo interno al sistema giudiziario statale coinvolto sia stata resa, deve essere adeguata e proporzionata, secondo quanto emerge dalla motivazione adottata dai giudici nazionali⁷.

3.- Cenni alla distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto.

Tutto ciò premesso, è impossibile affrontare anche solo sommariamente la tematica del ruolo, della struttura e della funzione della motivazione del provvedimento giurisdizionale, sulla quale la letteratura giuridica – e non solo – è davvero – e da lungo tempo – sterminata; ai fini che qui interessano, deve bastare allora un cenno alla tradizionale distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto, ricordando che, generalmente, si accetta che la decisione rappresenta la sintesi dell'uno e dell'altro, per consentire la sussunzione – ovvero la riconduzione – della fattispecie concreta dedotta dalle parti entro quella astratta disegnata dalla norma.

In linea di estrema approssimazione ed accettando il rischio di eccessiva banalizzazione dei relativi concetti, può qui accettarsi che⁸:

- per fatto e giudizio di fatto deve intendersi tutto ciò che attiene all'accertamento o alla ricostruzione della verità o della falsità di dati empirici (fatti o atti) rilevanti per il diritto, fatta eccezione per le modalità di applicazione delle eventuali norme relative ad ammissibilità ed assunzione di prove, ovvero a prove legali;

- per diritto e giudizio di diritto si deve avere riguardo a tutto quanto attiene all'applicazione di norme e cioè:

all'individuazione o scelta della norma applicabile al caso concreto;

all'interpretazione di tale norma, sia con riguardo alla fattispecie astratta, sia con riguardo al comando;

alla sussunzione dei fatti, come ricostruiti, entro la fattispecie astratta;

all'individuazione o deduzione delle conseguenze da quella norma previste, con applicazione al caso di specie.

⁷ su tale secondo aspetto, implicante un penetrante controllo nel merito delle argomentazioni a giustificazione delle scelte dei giudici nazionali, per tutte e fra le più recenti, v. Corte eur. dir. uomo 23 giugno 2015, *Özçelebi c/ Turchia*, ric. n. 34823/05, § 48, ovvero Corte eur. dir. uomo 2 febbraio 2016, *Erdener c/ Turchia*, ric. n. 23497/05, § 30.

⁸ Cass., ord. 30 luglio 2014, n. 17402; Cass., ord. 29 aprile 2016, n. 8472. La distinzione si rifà all'autorità di M. Taruffo, *Il vertice ambiguo*, Bologna 1991, p. 118; ci si permette sommariamente un rinvio, per ulteriori riferimenti, a F. De Stefano, *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, Padova 1999, p. 5.

E con la precisazione che la distinzione conserva un valore relativo, attesa l'accresciuta sensibilità degli interpreti verso una considerazione più coesa dei due momenti, visti piuttosto, in luogo di due entità ontologiche distinte, come una coppia dialettica, funzionale ad ordinare un dato dell'esperienza, quale il giudizio, con cui si affronta un fenomeno del mondo esterno e cioè – nella specie – un fatto giuridico in senso lato.

In via meramente descrittiva e quasi atecnica, la giustificazione della decisione sta allora nel procedimento logico di ricostruzione del fatto, intesa come sua nuova rappresentazione in un tempo e in un contesto diversi da quelli del suo accadimento (il processo), in inscindibile e finalistica connessione con la valutazione di tale ricostruzione ai fini del collegamento ad esso delle conseguenze giuridiche volute dall'ordinamento al presentarsi di fattispecie astratte.

Ogni decisione di merito risente dell'inestricabile dell'interazione di tali due momenti: basti pensare all'influenza, quanto alla sussunzione, della prevalenza data all'uno o all'altro dei dati empirici, ovvero alla possibilità che la scelta della norma da applicare derivi da una certa ricostruzione dei fatti⁹.

Lo stesso ragionamento decisorio, reso palese dalla motivazione, tende a strutturarsi – come si vedrà, nonostante le riforme che tendono a svalutare la prima – in due fasi: la prima, definita *euristica* e comprendente l'esposizione dei fatti, la seconda, *giustificativa*, di esposizione dei motivi o delle ragioni a sostegno della decisione finale; entrambe con criteri logici e giuridici differenti, implicanti strategie razionali diverse ed un diverso atteggiamento del giudicante¹⁰.

4. La ricostruzione del fatto: regole di esperienza, logiche ed empiriche.

L'istruzione probatoria della causa civile può definirsi la preparazione di questa ai fini della decisione, mediante l'acquisizione degli elementi idonei a formulare i giudizi di fatto e di diritto e quindi a definire la controversia; e la prima attività da compiere è intuitivamente la ricostruzione del fatto.

Ricostruzione, rappresentazione, riproduzione sono tutti lemmi che sottolineano la alterità di tempo, spazio e contesto tra fatto oggetto del processo e sua verifica, la quale appunto ha luogo successivamente mediante un procedimento di figurativa nuova messa in scena da parte di un soggetto che, non avendovi preso parte, né assistito, deve peraltro accertarne l'esatta esistenza o dinamica come se lo avesse fatto, al fine di stabilire i precisi contorni della fattispecie concreta: è un'attività che un insigne Maestro ha equiparato a quella dello «storico»¹¹, sia pure con accese critiche della dottrina successiva¹².

Per tale attività il giudice deve acquisire tali elementi – e, compito ancor più delicato, valutare se acquisirli in base ad una prognosi della loro idoneità – e poi applicare ad essi massime di esperienza, che si sostanziano generalmente in regole logico-argomentative, tratte dalla realtà fenomenica o empirica e comunemente accettate,

⁹ M. Taruffo, *op. cit.*, p. 119.

¹⁰ M. Taruffo, *op. cit.*, p. 139, ove ulteriori riferimenti.

¹¹ P. Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, p. 1939 e poi in *Opere giuridiche*, Napoli 1965, pp. 393 ss.

¹² Per qualche indicazione ci si permette un rinvio a F. De Stefano, *op. cit.*, p. 6, nota 13.

in base alle quali, dato un fatto certo si può avere per certo un fatto altrimenti non conosciuto; insomma, applicata al fatto probatorio o probante – nel senso di idoneo a provarne altro – la massima di esperienza, discende la prova della esistenza di un altro fatto, diverso dal primo (e, ovviamente o in generale, sfornito di per sé di altra prova).

Dunque, per dare fondamento legale al suo ragionamento il giudice non potrà che fare riferimento a diversi e specifici strumenti conoscitivi. In questo senso strumento per eccellenza sono le « massime di comune esperienza » o « nozioni di comune esperienza », che configurano un insieme di cognizioni e criteri di giudizio, di ragionamento e di interpretazione generalmente condivise, il cui uso non è limitato al solo accertamento del fatto, ma può ricorrere anche nell'interpretazione normativa in presenza di concetti giuridici indeterminati¹³.

Se per il giudizio di diritto il sillogismo appena illustrato può dirsi esigere – secondo le teorie dell'argomentazione giuridica – una relazione di necessità, nel senso cioè che ad una determinata premessa deve necessariamente seguire sempre e solo una determinata conseguenza, per il giudizio di fatto la realtà è assai più diversa, attesa la tendenziale illimitata ampiezza delle sequenze causali alternative generate da un medesimo evento o ad esso variamente ricollegabili.

Sono queste massime di esperienza la chiave di volta del sistema moderno, fondato sulla giurisdizione responsabile: la quale, nel processo civile, deve verificare i fatti non in via arbitraria o capricciosa, ma secondo un apprezzamento che è definito, per ragioni storiche e culturali che non è qui il caso di approfondire, « prudente » (art. 116 cod. proc. civ., riferito appunto alla valutazione delle prove e salvi i casi, peraltro eccezionali, di prove legali); e, per precetto costituzionale poi ripreso e in ogni modo corrispondente a principi sovranazionali condivisi, deve poi dare giustificazione di cosa ha sorretto tale suo apprezzamento, in modo che possano – le parti e comunque la collettività nel cui nome egli sta amministrando la Giustizia – rendersi conto (se non si vuol dire controllare) che l'apprezzamento è stato appunto prudente.

A mano a mano che il giudizio induttivo si fa più ampio per la minore immediatezza del riferimento del fatto-provante al fatto-da-provare, proporzionalmente maggiore e più intensa deve essere la prudenza nella valutazione della sussistenza del nesso tra i due fatti: prudenza che, in buona sostanza, in difetto di canoni ermeneutici specifici¹⁴, potrebbe non esaurirsi in un concetto retorico, se solo si potesse ancorare ad una consonanza col più diffuso modo di argomentare della collettività generalmente intesa; sicché interprete prudente delle risultanze di fatto potrebbe definirsi colui che le esamina in applicazione di criteri ermeneutici o di massime di esperienza corrispondenti a quelli che adopererebbe la generalità – cioè la maggior parte – degli interpreti del suo tempo e del suo ambiente in una situazione analoga¹⁵.

¹³ Sul punto, v. S. Alunni, *Vizio logico di motivazione e controllo in Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1243, ove altri ampi riferimenti.

¹⁴ Per tutti, v. M. Taruffo, *La Valutazione delle prove. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, in *Documenti Giustizia* 1995, col. 927.

¹⁵ Ancora una volta ci si permette un rinvio a F. De Stefano, *op. cit.*, p. 26, dove si conclude nel senso di proporre per “prudenza nell'apprezzamento delle prove” l'applicazione di canoni fenomenologici dotati di validità scientifica generalmente riconosciuta, sicché, a mano a mano che il giudizio di inferenza si fa più ampio, la conclusione cui perviene il giudice-interprete deve farsi sempre più prudente.

In tale definizione, necessariamente elastica ma soprattutto di instaurazione con il (buon?) senso comune e cioè condiviso, sta probabilmente la giustificazione del potere conferito al giudice, anziché all'immotivata conclusione espressa dal verdetto (*vere dictum*) dei giurati, di stabilire da solo quali siano i fatti e quali ne siano i contorni rilevanti ai fini della decisione: ancora una volta può soccorrere la formula generale, forse generica, della Corte europea dei diritti dell'Uomo, non a caso chiamata ad individuare un minimo comune denominatore tra numerose civiltà giuridiche comunque diverse, quando icasticamente identifica la motivazione come una garanzia contro l'arbitrarietà.

La verifica del fatto, che deve essere oggetto del ragionamento probatorio, non deve mai essere, né tanto meno apparire, una arbitraria o capricciosa asserzione di un irresponsabile, ma deve essere una, benché non necessariamente meticolosa e neppure esaustiva di ognuna delle tesi o degli elementi contrari, attenta indicazione degli elementi principali in base ai quali è stata raggiunta la prova dei fatti integranti la fattispecie concreta.

A conclusione del suo ragionamento probatorio, per giurisprudenza fermissima¹⁶ il giudice del merito è sovrano nell'individuazione delle fonti del proprio convincimento, valutando le prove (e la relativa significazione), controllandone la logica attendibilità e la giuridica concludenza, scegliendo, fra esse, quelle funzionali alla dimostrazione dei fatti in discussione (salvo i casi di prove cd. legali, tassativamente previste dal sottosistema ordinamentale civile): ed è inammissibile (perché in contrasto con gli stessi limiti morfologici e funzionali del giudizio di legittimità) una nuova valutazione di risultanze di fatto (ormai cristallizzate *quoad effectum*) sì come emerse nel corso dei precedenti gradi del procedimento, non potendo darsi corso ad una surrettizia trasformazione del giudizio di legittimità in un nuovo, non consentito, terzo grado di merito, nel quale ridiscutere analiticamente tanto il contenuto, ormai cristallizzato, di fatti storici e vicende processuali, quanto l'attendibilità maggiore o minore di quella ricostruzione procedimentale, quanto ancora le opzioni espresse dal giudice di appello - non condivise e per ciò solo censurate al fine di ottenerne la sostituzione con altre più consone ai propri desiderata -, quasi che nuove istanze di fungibilità nella ricostruzione dei fatti di causa fossero ancora legittimamente proponibili dinanzi al giudice di legittimità.

5. La sussunzione della fattispecie concreta entro quella astratta.

Per la giurisprudenza di legittimità¹⁷, le espressioni violazione o falsa applicazione di legge, di cui all'art. 360 n. 3 cod. proc. civ., descrivono e rispecchiano i due momenti in cui si articola il giudizio di diritto, cioè quello concernente la ricerca e l'interpretazione della norma ritenuta regolatrice del caso concreto ed il secondo l'applicazione della norma stessa al caso concreto una volta correttamente individuata ed interpretata; in relazione al primo momento il vizio (violazione di legge) investe immediatamente la regola di diritto, risolvendosi nella negazione o affermazione erronea

¹⁶ Tra le innumerevoli: Cass. 27 ottobre 2015, n. 21776; Cass. Sez. Un., 12 ottobre 2015, n. 20412; Cass. 16 dicembre 2011, n. 27197; Cass. 18 marzo 2011, n. 6288; Cass. 26 marzo 2010, n. 7394; Cass. 23 dicembre 2009, n. 27162; Cass. sez. un., 21 dicembre 2009, n. 26825; Cass. 6 marzo 2008, n. 6064; Cass. 9 agosto 2007, n. 17477; Cass. 18 maggio 2006, n. 11670; Cass. 17 novembre 2005, n. 23286

¹⁷ Fra molte, v. Cass. 26 settembre 2005, n. 18782.

della esistenza o inesistenza di una norma, ovvero nell'attribuzione ad essa di un contenuto che non ha riguardo alla fattispecie in essa delineata; con riferimento al secondo momento il vizio (falsa applicazione di legge) consiste o nell'assumere la fattispecie concreta giudicata sotto una norma che non le si addice, perché la fattispecie astratta da essa prevista - pur rettamente individuata e interpretata - non è idonea a regolarla, o nel trarre dalla norma in relazione alla fattispecie concreta conseguenze giuridiche che contraddicano la pur corretta sua interpretazione.

Ora, una volta verificata – mediante la sua ricostruzione – la fattispecie concreta, il giudice deve sussumerla, cioè inquadrarla, entro la fattispecie astratta al fine di individuare le specifiche conseguenze da ricollegare alla prima: ciò in cui, in estrema approssimazione e chiedendo venia della banalizzazione o dell'imprecisione, può dirsi consistere l'applicazione della norma astratta.

Appunto tale passaggio, assai delicato, salda il giudizio di fatto con il giudizio di diritto, permettendo che una norma di diritto, correttamente individuata il contenuto ed il significato, sia poi legittimamente applicata ad una fattispecie concreta, in quanto altrettanto correttamente verificata nei suoi elementi costitutivi o di fatto.

Prescinde dalla correttezza della verifica e quindi dalla verità dei dati di fatto come tra di loro concatenati e accertati come realmente esistiti invece il c.d. vizio di sussunzione, il quale è una categoria della falsa applicazione della norma – censurabile in sede di legittimità¹⁸ – sotto la specie della mancata riconduzione alla fattispecie normativa astratta di quella concreta pur esattamente percepita o percepibile.

Il vizio di sussunzione è ipotizzabile naturalmente anche nel caso di norme che contengano clausole generali o concetti giuridici indeterminati ma, per consentirne lo scrutinio in sede di legittimità, è indispensabile, così come in ogni altro caso di dedotta falsa applicazione di legge, che si parta dalla ricostruzione della fattispecie concreta così come effettuata dai giudici di merito; altrimenti si trasmoderebbe nella revisione dell'accertamento di fatto di competenza di detti giudici¹⁹.

Pertanto e di norma, quando si contesta che i fatti siano stati bene ricostruiti e si adduce che altri o diversi essi sarebbero, si contesta il giudizio di fatto *sic et simpliciter*; quando si deduce che i fatti – pur essendo stati bene percepiti ed identificati – integrano una fattispecie diversa, si invoca un vizio di sussunzione.

A tanto può però farsi una cospicua eccezione, come si vedrà, quando oggetto della norma siano proprio i procedimenti logici di ricostruzione del fatto storico.

¹⁸ Fin da Cass. Sez. Un., 18 gennaio 2001, n. 5 (tra le molte altre, v. Cass. 28 novembre 2007, n. 24756), per la quale in tema di ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 360 n. 3 cod. proc. civ., il controllo di legittimità non si esaurisce in una verifica di correttezza dell'attività ermeneutica diretta a ricostruire la portata precettiva della norma, ma è esteso alla sussunzione del fatto, accertato dal giudice di merito, nell'ipotesi normativa.

¹⁹ Come si esprime, tra le ultime, Cass. 23 settembre 2016, n. 18715, pure ricordando che il vizio di sussunzione, sovente inteso come falsa applicazione di legge, si riferisce ad un momento successivo a quello concernente la ricerca e l'interpretazione della norma ritenuta regolatrice del caso concreto e che investe immediatamente la regola di diritto, risolvendosi nell'affermazione erronea dell'esistenza o dell'inesistenza di una norma, ovvero dell'attribuzione ad essa di un contenuto che non ha riguardo alla fattispecie in essa delineata (violazione di legge in senso proprio); la falsa applicazione consiste invece o nell'assumere la fattispecie concreta sotto una norma che non le si addice, perché la fattispecie astratta da essa prevista - pur rettamente individuata e interpretata - non è idonea a regolarla, o nel trarre dalla norma conseguenze giuridiche che contraddicano la pur corretta sua interpretazione..

6. Cenni alla struttura, al ruolo ed alla funzione delle presunzioni.

Le regole del ragionamento probatorio si fondano, come detto, sull'applicazione di regole di inferenza di grado diverso: procedendo dalle prove legali, che pure costituiscono autentiche eccezioni nel sistema moderno e che non lasciano alcuna libertà di apprezzamento, via via verso le prove storiche dirette, quelle indirette, le prove critiche, prime fra tutte le presunzioni, infine gli argomenti di prova, con una valenza probatoria sempre minore.

Un ruolo sempre maggiore è attribuito alle presunzioni, prove critiche per eccellenza, alle quali peraltro, benché sia riaffermato solennemente il principio dell'assenza di una gerarchia tra le fonti a fondamento della piena legittimità di una decisione fondata su di esse²⁰, la giurisprudenza di legittimità riserva un atteggiamento non sempre univoco: talora facendo leva sul plurale adoperato dal testo del codice per esigere più indizi gravi, precisi e concordanti, ma non mancando altra volta di accontentarsi di un solo elemento, purché dotato di quei requisiti ed inserito in un determinato contesto²¹ (ad esempio, anche di mancata specifica contestazione).

Quanto al legame tra fatto noto e fatto da provare, si esclude che occorra tra il fatto noto e quello ignoto un legame di assoluta ed esclusiva necessità causale, bastando che il fatto da provare sia desumibile dal fatto noto come conseguenza ragionevolmente possibile, secondo un criterio di normalità; occorre, al riguardo, che il rapporto di dipendenza logica tra il fatto noto e quello ignoto sia accertato alla stregua di canoni di probabilità, con riferimento ad una connessione possibile e verosimile di accadimenti, la cui sequenza e ricorrenza possono verificarsi secondo regole di esperienza²²; in altri termini, per la configurazione di una presunzione giuridicamente valida non occorre che l'esistenza del fatto ignoto rappresenti l'unica conseguenza possibile di quello noto, secondo un legame di necessità assoluta ed esclusiva (sulla scorta della regola della inferenza necessaria), ma è sufficiente che dal fatto noto sia desumibile univocamente quello ignoto, alla stregua di un giudizio di probabilità basato sull'*id quod plerumque accidit* (e cioè in virtù della regola dell'inferenza probabilistica), sicché il giudice può trarre il suo libero convincimento dall'apprezzamento discrezionale degli elementi indiziari prescelti, purché dotati dei requisiti legali della gravità, precisione e concordanza, mentre è da escludere che possa attribuirsi valore probatorio ad una presunzione fondata su dati meramente ipotetici²³.

Resta, invece, preclusa la prova di un fatto presunto sulla base di un altro fatto presunto²⁴.

²⁰ Cass. 4 marzo 2005, n. 4743.

²¹ Così, ancora di recente: Cass. 15 gennaio 2014, n. 656; in senso contrario: Cass. 31 ottobre 2008, n. 26331.

²² Cass. 31 ottobre 2011, n. 22656. Per Cass. 7 febbraio 2013, n. 2895, lo schema logico della presunzione semplice offre all'interprete uno strumento di accertamento dei fatti che può anche presentare qualche margine di opinabilità, visto che solo con la presunzione legale esso può essere escluso con la rigidità della previsione deduttiva.

²³ Cass. 5 febbraio 2014, n. 2632.

²⁴ Sia pure *a contrario*, ribadisce anche di recente che *prasumptum de prasumpto non admittitur* Cass. 28 maggio 2014, n. 11904.

II. IL VIZIO MOTIVAZIONALE RIFORMATO.

7. I *grands arrêts* delle Sezioni Unite del 2014 (SS.UU. 8054-8054 e 19881 del 2014)

Il contenuto delle prime e determinanti pronunzie delle Sezioni Unite del 2014 sul nuovo n. 5 dell'art. 360 cod. proc. civ. è noto e ad esso è stata dedicata una grande attenzione da parte degli interpreti, la cui valutazione può dirsi diversificata, oscillando tra coloro che ritengono che nulla sia sostanzialmente cambiato e coloro che paventano la soppressione di qualunque controllo da parte della Suprema Corte sulla motivazione in punto di fatto; e non mancando chi crudamente rimprovera alla Suprema Corte il completamento del lavoro sporco lasciato a metà dal legislatore, cioè la riduzione a quattro del numero dei motivi di ricorso per cassazione.

In estrema sintesi e senza pretesa di completezza, le tre sentenze – rese tutte all'esito della medesima udienza delle Sezioni Unite del giorno 11.3.14, ma con problematiche in parte diversa, tese come sono state le prime due a ribadire anche l'unicità del rito di legittimità pure per il processo tributario, ma con interessanti ricadute anche per le presunzioni, come si vedrà – hanno statuito che la riscrittura della norma, nel contesto dato, va letta in modo univoco come la riduzione al minimo costituzionale della tutela in tema di motivazione e, in buona sostanza, come una sorta di restaurazione sul punto della giurisprudenza formatasi in tema di ricorso straordinario prima della riforma dell'art. 360 (comma terzo) cod. proc. civ., mentre il nuovo vizio del n. 5 è inteso appunto in senso restrittivo, oltretutto assoggettato a specifici requisiti formali del ricorso.

I passaggi salienti comuni alle due pronunzie sono, com'è noto, i seguenti:

a) la riformulazione dell'art. 360 c.p.c., n. 5), disposta con il D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 54, convertito con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, secondo cui è deducibile esclusivamente l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti”, deve essere interpretata, alla luce dei canoni ermeneutici dettati dall'art. 12 preleggi, come riduzione al minimo costituzionale del sindacato sulla motivazione in sede di giudizio di legittimità, per cui l'anomalia motivazionale denunciabile in sede di legittimità è solo quella che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante e attiene all'esistenza della motivazione in sé, come risulta dal testo della sentenza e prescindendo dal confronto con le risultanze processuali, e si esaurisce, con esclusione di alcuna rilevanza del difetto di “sufficienza”, nella “mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico”, nella “motivazione apparente”, nel “contrasto irriducibile fra affermazioni inconciliabili”, nella “motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile”;

b) il nuovo testo dell'art. 360 c.p.c., n. 5), introduce nell'ordinamento un vizio specifico che concerne l'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo (vale a dire che se esaminato avrebbe determinato un esito diverso della controversia);

c) l'omesso esame di elementi istruttori non integra di per sé vizio di omesso esame di un fatto decisivo, se il fatto storico rilevante in causa sia stato comunque preso

in considerazione dal giudice, benché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie;

d) la parte ricorrente dovrà indicare - nel rigoroso rispetto delle previsioni di cui all'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 6), e art. 369 c.p.c., comma 2, n. 4), - il "fatto storico", il cui esame sia stato omesso, il "dato", testuale o extratestuale, da cui ne risulti l'esistenza, il "come" e il "quando" (nel quadro processuale) tale fatto sia stato oggetto di discussione tra le parti, e la "decisività" del fatto stesso;

Le prime due sentenze, peraltro, ai rispettivi punti 14.8 e 15.8, operano un'importante precisazione in tema di presunzioni, ma la cui portata è probabilmente estensibile all'intero ambito della ricostruzione del merito, sulla quale appunto si tornerà.

8. La riduzione al «minimo costituzionale».

Non è questa la sede per affrontare *funditus* la questione di un minimo costituzionale a presidio della motivazione, perché tanto comporterebbe la ben maggiore questione del contenuto, della funzione, del ruolo e della struttura della motivazione stessa.

Per mantenere i presenti appunti nell'ambito della mera esegesi del testo delle pronunzie, è chiaro che le Sezioni Unite postulano un minimo costituzionale garantito di sindacato di legittimità sulle motivazioni dei giudici del merito, che evidentemente, rifacendosi alle fondamentali pronunzie di legittimità in tema di ricorso straordinario dei primi anni Novanta del secolo scorso, collegano a vizi di gravità tale da inficiare la configurabilità stessa di una motivazione idonea ad essere definita tale; ed è altrettanto chiaro che è postulata la possibilità di isolare, nella pronuncia giurisdizionale, più livelli motivazionali, uno solo dei quali protetto dall'usbergo costituzionale e quindi certamente indefettibile, mentre gli altri si limitano ad essere accidentali od eventuali.

Con ragionamento *a contrario*, viene allora da ricostruire la motivazione minima in regola con la Costituzione come quella:

- che materialmente sussista sotto l'aspetto materiale e grafico;
- che non risulti meramente apparente e quindi tautologica o assertiva;
- che si fondi tra affermazioni tra loro contrastanti in modo irriducibile;
- che si fondi su argomentazioni obiettivamente comprensibili e non perplesse.

L'esito dell'operazione ermeneutica delle Sezioni Unite pare quindi univoco:

- il controllo sulla motivazione in generale rileva solo nei ristretti casi in cui può ricondursi alla violazione di legge appena indicati;

- il controllo sulla motivazione in fatto, venuto meno il riferimento del previgente n. 5 dell'art. 360 cod. proc. civ., è limitato alla nuova ipotesi di omesso esame.

Ne esce configurata una limitazione secca e notevole del sindacato di legittimità: ma probabilmente non è questo l'esito necessitato della riforma del 2012.

9. La mancanza assoluta sotto l'aspetto materiale e grafico.

Potrebbe trattarsi di un'ipotesi residuale, ma forse non del tutto impossibile nemmeno in tempi di disponibilità di sofisticati programmi di videoscrittura, attesa la statistica frequenza di errori di composizione di documenti complessi, si tratti di errori ostativi o di autentici errori-vizio.

In questo caso, la parte del documento-sentenza normalmente destinata all'esposizione od illustrazione delle ragioni a sostegno del dispositivo manca del tutto ed è ovviamente impossibile ricostruire da qualsiasi altro suo passaggio alcuno degli argomenti adoperati o sviluppati dal giudicante per giungere alla conclusione poi consacrata e riassunta nel dispositivo medesimo.

Al vizio in questione deve ricondursi verosimilmente anche la mancanza assoluta parziale, quando appunto investa passaggi decisivi dell'iter logico argomentativo del giudicante e renda impossibile la ricostruzione della concatenazione intrinseca di questo fino alla conclusione; con ogni verosimiglianza, al vizio può ricondursi anche l'ipotesi, che dovrebbe ormai essere di scuola ma non del tutto²⁵, dell'illeggibilità del documento vergato a mano.

10. La motivazione apparente.

È forse l'ipotesi di maggiore frequenza statistica, perché è a stretto confine con quella di motivazione insufficiente e presenta con essa ampie caratteristiche comuni: la concatenazione sillogistica o argomentativa pura, in termini di esposizione e sviluppo di premesse minori e maggiori, formalmente sussiste, ma è manifestamente ed immediatamente inidonea a dare conto delle conclusioni, rispetto alle quali manca quindi il nesso di consequenzialità necessaria senza bisogno di valutazioni assiologiche di validità dei parametri impiegati. È il caso delle motivazioni apodittiche o tautologiche (la domanda è fondata perché l'attore ha ragione; il convenuto deve essere condannato perché ha torto), ma anche di quelle prive di qualsiasi effettiva giustificazione («la domanda è documentalmente provata», senza però dire quali siano i documenti prodotti o, magari, che si aggiunga che si tratti di documenti non contestati o riscontrati con altri elementi e così via; «l'appello è infondato per l'inconsistenza delle doglianze proposte», senza però dire, nemmeno sommariamente, le ragioni dell'inconsistenza e così via).

Alla fattispecie dovrebbe ricondursi anche quella del giudice che si limiti a richiamare principi giurisprudenziali asseritamente acquisiti, senza tuttavia formulare alcuna specifica valutazione sui fatti rilevanti di causa e, dunque, senza ricostruire la fattispecie concreta ai fini della sussunzione in quella astratta; in una situazione di tal tipo, infatti, il sillogismo che distingue il giudizio finisce per essere monco della premessa minore e, di conseguenza, privo della conclusione razionale²⁶.

Apparente è pure la motivazione che si limiti ad un mero insieme di grafemi, semmai di stile, privi di riferimenti alla fattispecie (e non sotto il profilo dell'omissione alle generalità delle parti od al contenuto dei rispettivi atti, quanto della pretermissione della considerazione effettiva delle loro posizioni contrapposte) e quindi inidonei a dare conto di una disamina di quella; resta peraltro *quaestio facti* l'affermazione di un fatto notorio o di una massima di comune esperienza e, pertanto, la contestazione dell'uno o dell'altro, salvo che non abbia costituito oggetto di discussione tra le parti, può essere utilmente esperita soltanto con il rimedio della revocazione per errore di fatto, ove ne ricorrano tutti gli altri presupposti²⁷.

²⁵ Cass. 10 marzo 2016, n. 4683.

²⁶ Cass. 30 ottobre 2015, n. 22242.

²⁷ Cass. 18 maggio 2007, n. 11643. Ci si permette un rinvio a F. De Stefano, *Revocazione e opposizione di terzo*, Milano 2013, 173 ss.

11. Il contrasto irriducibile fra affermazioni inconciliabili.

L'ipotesi non può essere ricondotta ad unità, se non forse per il caso del paralogismo o falso sillogismo²⁸, in cui ad una premessa maggiore viene fatta una premessa minore nonostante l'incompletezza o la non verità della prima; ma l'inconciliabilità andrebbe ricercata anche nella materiale giustapposizione di elementi appunto non compatibili nella ricostruzione della premessa maggiore (o, se si vuole, della situazione di partenza o protasi).

12. La motivazione obiettivamente incomprensibile.

Anche questa è una categoria di difficile categorizzazione, ma – purtroppo – di non infrequente o almeno impossibile verifica, attesa la rarefazione della proprietà di linguaggio e l'incremento dell'impiego di sistemi di composizione dei documenti che troppo spesso presuppongono la mera collocazione di brani di motivazioni di altri provvedimenti di dubbia pertinenza o coerenza con il tessuto argomentativo proprio della sentenza da redigere, sempre ammesso che si sia in grado di individuarne uno originale²⁹. Il senso comune delle parole deve poi essere ricostruibile secondo le regole comuni.

13. Il nuovo n. 5 come vizio di elaborazione del materiale istruttorio.

Dunque, a partire dai ricorsi per cassazione avverso sentenze pubblicate a far tempo dal giorno 11.9.12, non si può più ricorrere, ai sensi del n. 5 del primo comma dell'art. 360 cod. proc. civ., per dolersi di «omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio», ma «per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti».

È evidente che, nell'intento del legislatore, questa sostituzione intende significare che, di quanto originariamente previsto come sindacato della motivazione e soprattutto di quella sul fatto, residua soltanto questo aspetto limitato; e così è stato postulato anche dalle richiamate pronunzie delle Sezioni Unite del 2014, che piuttosto si sono preoccupate di escludere che per omesso esame di un fatto possa intendersi quello di uno o più tra gli elementi istruttori, quando l'oggetto di essi sia stato, anche solo complessivamente o per implicito, stato preso in considerazione dal giudice nella ricostruzione dei fatti e nella definizione della controversia, sebbene egli non abbia dato atto o conto di ciascuna delle risultanze probatorie astrattamente rilevanti.

Quindi, secondo il legislatore, come interpretato dalle Sezioni Unite dal 2014: il controllo sulla motivazione – prima ammesso in tutti i casi di contraddittorietà (non solo in quelli di inconciliabile contraddittorietà) e soprattutto di insufficienza – confinato adesso al minimo costituzionalmente garantito per quei pochi gravissimi vizi formali e testuali più sopra individuati e ricondotti ad altre norme (i nn. 3 o 4 dello stesso art. 360),

²⁸ Da Enciclopedia Treccani *on line*: termine filosofico, riprodotto il greco παραλογισμός e perciò sinonimo di “sofisma”, nel senso generale di “ragionamento fallace”; dal sofisma il paralogismo viene peraltro di solito distinto in quanto non gli è attribuito quell'intento consapevole d'ingannare argomentando, che è invece considerato proprio del sofisma.

²⁹ Sulla diversa problematica dell'originalità della motivazione della sentenza, v. la fondamentale Cass. Sez. Un. 16 gennaio 2015, n. 642, in *Foro it.*, 2015, I, 1610, con nota di G. Grasso, *La mera riproduzione di un atto di parte nella sentenza civile: diritto senza letteratura*, ovvero in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1292, con nota di E. Bertillo, *Sulla motivazione riproduttiva degli atti di parte*.

mentre dell'originario sindacato vero e proprio sulla motivazione e per di più su quella esclusivamente relativa alla ricostruzione del fatto il sindacato è ristretto ad un vizio peculiarissimo, cioè la pretermissione di uno specifico fatto storico (principale o secondario, almeno questo non importa), che oltretutto deve rivestire la qualifica di decisivo, nel senso che il suo esame avrebbe comportato un esito diverso del giudizio.

Complessivamente ed in effetti, una riduzione sensibile e netta dell'area di tutela; ma forse la conclusione non sarà così netta al termine di questa sommaria disamina³⁰.

Cosa sia in positivo il nuovo vizio previsto dal n. 5 del primo comma dell'art. 360 cod. proc. civ. è presto detto: è qualcosa di nuovo, un vizio che prima non c'era, ma che, venuto meno ogni riferimento alla motivazione, consente - quasi con una eterogenesi dei fini - paradossalmente un controllo assai più penetrante sulla ricostruzione in fatto di quanto fosse possibile prima della riforma, sia pure limitatamente ad un aspetto ben circoscritto, cioè la totale pretermissione, nella formulazione del giudizio, di uno specifico elemento di fatto eppure risultante dagli atti e del quale le parti avevano invece discusso.

E tuttavia, l'omissione può essere involontaria – nel qual caso il vizio di nuova introduzione diviene assai simile ad un errore revocatorio, se non fosse per la sostanziale differenza dalla fattispecie dell'art. 395, n. 4, cod. proc. civ., consistente in ciò, che in quest'ultima l'errore cade su circostanza che *non* è stata oggetto di discussione tra le parti, per l'inconsapevolezza della formazione del convincimento del giudicante – ma, proprio perché attinente all'estrinsecazione del giudizio di fatto, essa può bene integrare l'effetto di una scelta consapevole del giudicante.

Deve cioè trattarsi di un omesso esame originario, che dipenda direttamente dalle scelte operate dal giudicante al momento in cui ordina il materiale per il giudizio di fatto e lo sottopone alle regole di esperienza proprie di esso; invero, se l'omissione dipendesse dalla valutazione di inammissibilità della sua allegazione o delle prove che lo hanno ad oggetto, l'omissione stessa dipenderebbe da altra attività, diversa da quella che si estrinseca nell'espressione del giudizio di fatto.

Invero, nel momento stesso in cui quel fatto fosse stato valutato come non esaminabile per determinate ragioni, logiche o giuridiche o empiriche, la sua mancata considerazione dipenderebbe da una valutazione o considerazione a sua volta logico-giuridica o di merito e quindi o ad un errore di diritto o di fatto e, quale ulteriore conseguenza, ad un errore suscettibile di essere denunciato ai sensi dei nn. 3 o 4 dell'art. 360 cod. proc. civ. oppure, risolvendosi nella valutazione del merito della controversia, di non essere denunciato affatto, siccome oggetto del complessivo apprezzamento e della complessiva ponderazione comparativa degli elementi istruttori ad opera del giudice del merito.

Tale nuovo vizio consente, a ben guardare, un controllo più penetrante che nel passato dei parametri adoperati dal giudice del merito e, soprattutto, della validità delle massime di esperienza applicate e dei sillogismi e delle inferenze esplicitate: proprio perché, molto più che con la sola – pur sofisticatissima – attrezzatura di attacco costituita dalla censura di insufficienza e contraddittorietà della motivazione elaborata dopo la

³⁰ Già B. Capponi, *L'omesso esame del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. secondo la Corte di Cassazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2016, 925, p. 4, evidenzia come la riforma abbia sostanzialmente scomposto il vizio previsto dal n. 5 previgente in più fattispecie, disciplinando alcuni profili nella nuova fattispecie.

riforma del 1950, abilita la Corte suprema a ripercorrere l'esame del fatto come in concreto sviluppato, per verificare che di quel fatto storico concreto sia stato tenuto, anche solo per implicito, un qualche conto dal giudice dal merito, come pure a sindacare la concreta incidenza, in termini di decisività, del fatto stesso nel complessivo impianto motivazionale.

14. Il travisamento del fatto [parallelo con l'art. 606, lett. e), cod. proc. pen.].

A maggior ragione dopo la novella del 2012 continua ad essere riservata al giudice del merito la potestà di porre a fondamento del proprio convincimento e della propria decisione una fonte di prova con esclusione di altre, come pure di privilegiare una ricostruzione circostanziale a scapito di altre, pur astrattamente possibili e logicamente non imprevedibili, col solo limite di indicare le ragioni del proprio convincimento, senza peraltro essere tenuto ad affrontare e discutere ogni singola risultanza processuale ovvero a confutare qualsiasi deduzione difensiva³¹.

Ecco che lo sviluppo delle linee dell'impugnazione nel diritto processuale civile segna un altro momento di divergenza rispetto a quelle del diritto processuale penale, visto che la riforma dell'art. 606 cod. proc. pen., con la modifica della sua lettera e)³², ha introdotto una seria possibilità di indagine sulla tenuta intrinseca della motivazione in punto di fatto e soprattutto di una sua coerenza con singoli elementi istruttori bene individuati³³.

Ma, ai fini che qui interessano, un fatto travisato è per ciò stesso stato esaminato e quindi non ci si può affatto dolere di un suo omesso esame; e ad analoga conclusione deve giungersi per un fatto valutato con esito non soddisfacente o contestato: ogniqualvolta vi sia valutazione, anche implicita, vi è stato per definizione esame; ed allora non si configura il vizio in esame; e meno mai vi è omesso esame ove si voglia prefigurare un omesso *attento* (evidentemente, nel senso di *più attento*) esame, come talvolta si legge nei ricorsi per cassazione che spesso tentano per questa via una nuova piena considerazione nel merito dei fatti di causa.

Va allora valutato se un fatto travisato e valutato in modo manifestamente illogico o del tutto incongruente con le risultanze di causa possa ancora rilevare quale vizio della sentenza, al limite senza preoccuparsi se della sua motivazione o del provvedimento in quanto tale.

³¹ Cass. 30 dicembre 2014, n. 27543; Cass. 9 giugno 2014, n. 12928. In precedenza, tra moltissime: Cass. 20 aprile 2012, n. 6260; Cass. 30 agosto 2004, n. 17365; Cass. 10 maggio 2000, n. 6023.

³² Dall'originaria previsione della «mancanza o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato», in virtù dell'art. 8, comma 1, lett. b), si è passati all'attuale previsione per la quale il ricorso per cassazione è dato in caso di «mancanza, *contraddittorietà* o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato *ovvero da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame*».

³³ Per tutti, v. P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, XVI ed., Milano 2015, pp. 936 ss., ove altri riferimenti; si parla, nel secondo caso, di «contraddittorietà processuale». I pochi casi massimati in Italggiure riguardano ipotesi di lettura di conclusioni peritali in senso opposto a quello risultante dagli atti. Conduce un parallelismo tra le due norme M. Marinelli, *Il «crepuscolo» della norma di legge*, in GT - Riv. giur. trib., 2014, 751 ss., prec. 752-3, che, nel rimarcare le difficoltà applicative cui il nuovo n. 5 dell'art. 360, 1° comma, c.p.c. andrà incontro, denuncia come già l'art. 606, lett. e) c.p.p., citato nel testo, sia norma di esegesi per nulla agevole.

III. «MINIMO COSTITUZIONALE» E MOTIVAZIONE INSUFFICIENTE

15. I vizi formali individuati dalle Sezioni Unite.

I vizi, gravissimi, individuati dalle Sezioni Unite nelle pronunzie del maggio e del settembre 2014 e che possono ben definirsi «capitali» o strutturali, affliggono la motivazione in modo tale da renderla del tutto inidonea a svolgere la sua stessa funzione e sono resi evidenti dalla stessa struttura del documento-sentenza ove essa dovrebbe essere (o meglio, avrebbe dovuto essere) esplicitata.

In effetti, si può convenire con la maggior parte dei commentatori che riconducono, tra i vizi disciplinati dal previgente testo del n. 5 dell'art. 360 cod. proc. civ., l'ipotesi dell'omissione della motivazione, ma pure quello della intrinseca e inconciliabile sua contraddittorietà e della illogicità manifesta, nel vizio – se non di nullità della sentenza, per violazione delle norme che regolano la sua formazione, comunque in quello – di violazione di legge: e tanto proprio in applicazione dell'elaborazione in tema di ricorso straordinario per Cassazione, al quale può allora bastare un mero rinvio³⁴.

Anche l'evidente vizio di sussunzione, se correttamente inteso (v. *supra*, p. 5), si riconduce *de plano* al n. 3 dell'art. 360 cod. proc. civ. e, quindi, non offre particolari difficoltà: come prima della novella, una fattispecie esattamente percepita e ricostruita nei suoi contorni fattuali viene ricondotta malamente ad una norma, anziché ad un'altra. In tal modo, il vizio od errore di giudizio sta tutto in diritto ed il sindacato, se correttamente impostato dal ricorrente, ha prognosi fausta pure dopo la novella del 2012.

16. Vizi di applicazione di regole di esperienza, logiche ed empiriche, nel giudizio di fatto.

La via maestra tentata dagli interpreti per neutralizzare, almeno in parte, l'indubbio impatto della novella del 2012 sull'ambito del controllo di legittimità sulla motivazione in fatto è stato il ricorso agli artt. 115 e 116 cod. proc. civ., configurando anche una motivazione afflitta da errori di applicazione di regole di esperienza, logiche od empiriche, come decisione conseguita ad un apprezzamento non prudente o presa senza aver posto a fondamento le prove proposte e quindi in violazione di quelle norme.

Ma l'applicazione delle regole di esperienza è sindacabile in modo assai limitato, come la teoria generale dell'argomentazione giuridica insegna: occorrendo prima di tutto l'accettazione come vera della regola e, poi, l'accettazione o l'accertamento della premessa, da cui far derivare, con un grado di inferenza variabile a seconda della regola individuata, la specifica conseguenza.

Se la regola di esperienza è stata correttamente individuata ed applicata, non si può mai lamentare l'esito del procedimento argomentativo, sol che questo esista e sia verificabile nella sua struttura; tanto è affermato dalle stesse pronunzie delle Sezioni Unite del 2014, sia pure prendendo lo spunto dalle presunzioni e dalla loro fondamentale

³⁴ Sulla quale è fondamentale la monografia di R. Tiscini, *Il ricorso straordinario in Cassazione*, Torino 2005, di un anno anteriore alla riforma del 2006. Per la giurisprudenza di legittimità, v. la basilare Cass., sez. un., 16 maggio 1992, n. 5888, annotata criticamente da C. Mandrioli, *Le sezioni unite limitano l'accesso al ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost.*, in *Corr. giur.*, 1992, 754 ss., nonché da C.M. Barone, in *Foro it.*, 1992, I, 1737 ss..

importanza nel processo tributario, ma con argomenti che rilevano per ogni ragionamento probatorio e che possono allora adeguatamente essere generalizzati.

Categorico, sul punto, è il *caveat* di Cass. Sez. Un. nn. 8053 e 8054 del 2014, che, ai rispettivi punti 14.8.3 e 15.8.3, ammoniscono come non possa darsi in alcun modo ingresso *«ad una surrettizia revisione del giudizio di merito, dovendosi tener per fermo, mutatis mutandis, il rigoroso insegnamento di questa Corte secondo cui: “in sede di legittimità il controllo della motivazione in fatto si compendia nel verificare che il discorso giustificativo svolto dal giudice del merito circa la propria statuizione esibisca i requisiti strutturali minimi dell’argomentazione (fatto probatorio - massima di esperienza - fatto accertato) senza che sia consentito alla Corte sostituire una diversa massima di esperienza a quella utilizzata (potendo questa essere disattesa non già quando l’in[ter]ferenza probatoria non sia da essa necessitata, ma solo quando non sia da essa neppure minimamente sorretta o sia addirittura smentita, avendosi, in tal caso, una mera apparenza del discorso giustificativo) o confrontare la sentenza impugnata con le risultanze istruttorie, al fine di prendere in considerazione un fatto probatorio diverso o ulteriore rispetto a quelli assunti dal giudice del merito a fondamento della sua decisione”»*.

Pure, un attimo prima (rispettivamente, ai punti 14.8.2 e 15.8.2), c’è quella che può dirsi la chiave di volta della lettura delle Sezioni Unite sul controllo sulla motivazione, anche in punto di fatto, delle sentenze di merito. Secondo tali pronunzie, sia pure con riferimento alle presunzioni semplici, *«poiché la sentenza, sotto il profilo della motivazione, si sostanzia nella giustificazione delle conclusioni, oggetto del controllo in sede di legittimità è la plausibilità del percorso che lega la verosimiglianza delle premesse alla probabilità delle conseguenze. L’implausibilità delle conclusioni può risolversi tanto nell’apparenza della motivazione, quanto nell’omesso esame di un fatto che interrompa l’argomentazione e spezzi il nesso tra verosimiglianza delle premesse e probabilità delle conseguenze e assuma, quindi, nel sillogismo, carattere di decisività: l’omesso esame è il “tassello mancante” alla plausibilità delle conclusioni rispetto alle premesse date nel quadro del sillogismo giudiziario»*.

17. Ambito della controllabilità *ex post* di inferenze e presunzioni.

Le stesse sentenze delle Sezioni Unite precisano pure che, in tema di presunzioni, *«... la peculiare conformazione del controllo sulla motivazione non elimina, sebbene riduca (ma sarebbe meglio dire, trasformi), il controllo sulla sussistenza degli estremi cui l’art. 2729 c.c., comma 1, subordina l’ammissione della presunzione semplice. In realtà è in proposito possibile il sindacato per violazione di legge, ai sensi dell’art. 360 c.p.c., n. 3. Ciò non solo nell’ipotesi (davvero rara) in cui il giudice abbia direttamente violato la norma in questione deliberando che il ragionamento presuntivo possa basarsi su indizi che non siano gravi, precisi e concordanti, ma anche quando egli abbia fondato la presunzione su indizi privi di gravità, precisione e concordanza, sussumendo, cioè, sotto la previsione dell’art. 2729 c.c., fatti privi dei caratteri legali, e incorrendo, quindi, in una falsa applicazione della norma, esattamente assunta nella enunciazione della “fattispecie astratta”, ma erroneamente applicata alla “fattispecie concreta”»*.

Pare questo lo strumento processuale del recupero del vizio del ragionamento probatorio o di fatto, quanto meno nei casi in cui il giudizio di inferenza è molto ampio; o, meglio, a mano a mano che la prudenza nell'apprezzamento cessa di essere una regola generale di giudizio e finisce con il qualificare necessariamente gli elementi costitutivi della fattispecie, tanto da inficiarne la concreta sua qualificazione e renderne non corretta quindi la sussunzione proposta.

Se violata è solo la regola generale dell'art. 115 cod. proc. civ., rileveranno solo quei vizi talmente macroscopici da rendere evidente che, a dispetto delle apparenze, nessuna effettiva giustificazione della conseguenza può dirsi operata nella specie; ad esempio, quelli:

- a) nell'individuazione della regola di esperienza (sia essa logica od empirica);
- b) nella costruzione della relativa inferenza, mediante l'avvalimento di una più o meno ampia discrezionalità a seconda dei postulati di quella regola.

Ci saranno, a questo riguardo, regole empiriche che ammettono più ampia discrezionalità, perché la conseguenza è legata alla premessa da un nesso meno stringente in termini di causalità o probabilità: sicché la valutazione della conseguenza dovrà essere più «prudente» e, quindi, sorretta da elementi di riscontro o anche soltanto da un contesto in cui l'elemento valutato come premessa può rilevare; ci saranno regole empiriche che quella più ampia discrezionalità invece non ammettono, escludendo anzi, se non in condizioni francamente eccezionali o residuali, che il risultato atteso possa divergere da uno schema bene sperimentato: sicché la valutazione della conseguenza potrà essere sostanzialmente automatica e, viceversa, molto più approfondita ed attenta ove volesse discostarsi dall'esito normalmente atteso della sequenza causale collegata.

Se violata è la regola più specifica della necessaria gravità, precisione e concordanza degli elementi da porre a base della presunzione, allora potrà essere verificata pure la concreta valutazione che di quei requisiti è stata operata dal giudice del merito, come appunto le viste sentenze delle Sezioni Unite ammettono.

18. I vizi di sussunzione.

Neppure può tacersi di un'interessante prospettazione di integrale recupero dell'errore di fatto entro il paradigma del n. 3 dell'art. 360 cod. proc. civ.³⁵, sotto il profilo di un mutamento dello strumento di tutela del ricorrente. Questi dovrebbe evidenziare l'insufficienza od inidoneità della ricostruzione del fatto decisivo o la contraddittorietà della sua ricostruzione, per poi argomentare che tanto ha portato il giudice di merito a compiere una violazione o falsa applicazione di norma di diritto, perché, se il fatto fosse stato ricostruito all'esito di una motivazione logicamente sufficiente o non contraddittoria, non sarebbe stato sussumibile sotto quella norma o lo sarebbe stato in modo diverso, cioè con diverse conseguenze applicative, oppure sarebbe stato riconducibile sotto altra norma: in tal caso si verificherebbe che l'insufficienza o la contraddittorietà logica circa la ricostruzione del fatto, ridondando in una erronea ricostruzione del fatto rispetto a come avrebbe dovuto essere ricostruito, si è risolta per tale diversità in un vizio di sussunzione, cioè in un *error iuris*.

³⁵ R. Frasca, *Spigolature sulla riforma di cui al d.l. n. 83 del 2012, convertito, con modificazioni, nella l. n. 134 del 2012*, in www.judicium.it (ultimo accesso 1 novembre 2016), § 6.

In altri termini, dovendo ricondursi il vizio di sussunzione all'ambito del modo di deduzione della violazione e falsa applicazione di una norma di diritto, ricondurre il fatto storico decisivo come doveva essere ricostruito sotto la fattispecie di una norma piuttosto che sotto quella di un'altra o addirittura sotto nessuna norma è certamente attività di applicazione della norma o dell'assenza di norme (come quando l'ordinamento non preveda una norma di tutela di una situazione) e, dunque, riconducibile ad una "falsa applicazione": e tanto purché si consenta che la norma dell'art. 360 n. 3 cod. proc. civ. non rileva solo in astratto, ma anche come norma relativa al caso concreto.

Un'applicazione può rinvenirsi nella considerazione congiunta dei motivi, ancora formulati con congiunto o disgiunto richiamo ai nn. 3 e 5 dell'art. 360 cod. proc. civ., con specifica menzione dell'alternativa dell'inammissibilità: in sostanza, «ripescando» il mancato esame di fatti, purché obiettivamente tale (cioè, coi requisiti sopra indicati e quindi come totale pretermissione di fatto storico, non nell'ipotesi di esame di questo ma con esito diverso da quello auspicato dalla parte), ovvero assorbendolo nel vizio di falsa applicazione della norma che si è invocata applicabile alla fattispecie, in quanto le due censure prospettino o possa intendere prospettino un vizio di ricostruzione della fattispecie concreta e, quindi, sostanzialmente un vizio di sussunzione, altrimenti risolvendosi le relative doglianze formulate ai sensi del n. 5 dell'art. 360 cod. proc. civ. in una censura ormai inammissibile avverso la valutazione complessiva dei fatti e degli elementi probatori, preclusa in radice dopo la novella del 2012³⁶.

19. L'apoditticità delle conclusioni come non verificabilità dei passaggi logici intermedi.

Come in ogni ragionamento, ogni motivazione a sostegno può dirsi articolata e sviluppata attraverso una concatenazione di argomenti e di sillogismi, in cui - tendenzialmente e in linea di grande approssimazione - la conclusione raggiunta con uno di questi rappresenta la premessa maggiore del successivo; tanto che la caducazione di uno di questi anelli intermedi di tale concatenazione è idonea di norma ad inficiare la verità - od accettabilità - del risultato finale, culminante nel dispositivo, che rappresenta la sintesi appunto di quelle ragioni giustificatrici.

Inoltre, si è visto come, nonostante ogni conato di riforma, da un punto di vista funzionale resista tenace il principio costituzionale (con adeguati riscontri anche nel diritto sovranazionale) della necessità di una motivazione effettiva, sia pure limitata a dare conto dell'esercizio in concreto della potestà giurisdizionale e delle ragioni che hanno determinato l'autorità in uno piuttosto che in altro senso.

Si dovrebbe poter arguire che, anche dopo la novella del 2012, nelle motivazioni in fatto le regole di esperienza, logiche ed empiriche, concretamente applicate devono allora poter essere verificate come effettivamente seguite, a partire da premesse vere e verificate: senza una parossistica loro riproduzione, né una pedissequa o sovrabbondante esposizione, ma in modo sufficientemente chiaro ed equilibrato, in grado di dar conto di quali siano state le premesse e quali siano stati i passaggi intermedi sviluppati.

È certo sufficiente che l'esposizione dei motivi di fatto vi sia, che non sia apparente e che non sia meramente apodittica; ma occorre anche che non sia

³⁶ Cass. Sez. Un., 31 maggio 2016, n. 11381.

manifestamente apodittica o tautologica od incongrua, cioè in contrasto con le regole d'esperienza empiriche e logiche normalmente applicate a tutti i ragionamenti probatori, ma neppure con quelle eventuali regole di giudizio più stringenti e specifiche in relazione alla particolare – cioè maggiore – ampiezza del giudizio di inferenza probabilistica richiesto per la natura dello strumento probatorio impiegato (come nella presunzione semplice, dove ben minore è l'efficacia probatoria in termini di possibilità di esistenza del fatto-da-provare).

Se invece

la motivazione in fatto risulti (sempre dal testo stesso della sentenza impugnata)

a) manifestamente apodittica o tautologica

oppure

b) incongrua, nel senso cioè che sia in contrasto con le regole d'esperienza empiriche e logiche normalmente applicate a tutti i ragionamenti probatori,

oppure ancora

c) in violazione di quelle eventuali regole di giudizio più stringenti e specifiche in relazione alla particolare – cioè maggiore – ampiezza del giudizio di inferenza probabilistica richiesto per la natura dello strumento probatorio impiegato,

allora

sembra di poter concludere che, sia pure a prezzo di confermare un indiscutibile – e criticato³⁷ – ampio margine di apprezzamento, la Corte di legittimità potrà, se adita in modo corretto da un ricorrente attento e diligente, occuparsi ancora una volta, come ha sempre fatto (prima e soprattutto dopo la riforma del 1950; e, sostanzialmente, da quando è esistita), della correttezza e della logicità della motivazione in punto di fatto.

Il caso delle presunzioni preso in considerazione da Cass. Sez. Un. nn. 8053 e 8054 del 2014 è emblematico: si afferma solennemente che è vizio di falsa applicazione di legge (ai sensi del n. 3 dell'art. 360 cod. proc. civ.) avere ritenuto provato per presunzione un fatto in presenza di indizi che non siano gravi, precisi e concordanti, pur precisando subito dopo che tanto non significa impingere nel giudizio di fatto, perché occorre limitarsi al riscontro formale della sussistenza dei requisiti strutturali minimi dell'argomentazione (fatto probatorio - massima di esperienza - fatto accertato) senza che sia consentito alla Corte sostituire una diversa massima di esperienza a quella utilizzata (potendo questa essere disattesa non già quando l'in[ter]ferenza probatoria non sia da essa necessitata, ma solo quando non sia da essa neppure minimamente sorretta o sia addirittura smentita, avendosi, in tal caso, una mera apparenza del discorso giustificativo) o confrontare la sentenza impugnata con le risultanze istruttorie.

Anche nel caso delle presunzioni il controllo è quindi pur sempre ammesso per verificare se l'inferenza probatoria non sia minimamente sorretta o perfino esclusa dalla massima di esperienza e quindi sia illogico o erroneo il sillogismo applicato; ma si tratta di principio di portata generale, applicabile ad ogni regola di esperienza³⁸.

³⁷ Aspramente, ad es., da F. Luiso, *Diritto processuale civile*, Vol. II, Milano, 2013, p. 435: per l'illustre A. la verità è che « la Corte fa quello che vuole, decidendo lei stessa l'ampiezza e la profondità del controllo sulla motivazione dei provvedimenti impugnati ».

³⁸ Di difetto di base legale parla espressamente M. Bove, *Ancora sul controllo della motivazione in Cassazione*, in *Il giusto proc. civ.*, 2013, 431 ss., quale categoria intermedia tra il giudizio di fatto e quello di diritto, di espressa ispirazione all'elaborazione giurisprudenziale d'Oltralpe. Questa, con l'istituto del «défaut de base légale» - quale motivo di ricorso per Cassazione di creazione pretoria - ha sopperito, in un contesto

Tuttavia, elementari regole della logica esigono che sia possibile la verifica della verità della premessa e quindi, appunto, la *valutazione* della stessa gravità, precisione e concordanza: ciò che, per un indizio, è inevitabilmente ed esclusivamente un giudizio di mero fatto, soprattutto nei non rari casi in cui è ritenuto sufficiente uno solo di essi in rapporto ad un contesto anche extraprocessuale.

20. La proporzionalità di matrice «convenzionale» in tema di diritti fondamentali.

Al «minimo costituzionale» elaborato più sopra non può farsi a meno però di aggiungere, visto che a tanto è possibile giungere in via di mera interpretazione e che è quindi possibile applicare il meccanismo già più su ricordato al § 2 da Corte cost. n. 26 marzo 2015, n. 49, che, se la controversia ha ad oggetto diritti fondamentali tutelati dalla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, la motivazione non può sottrarsi inoltre neppure a quel minimo richiesto dalla Corte di Strasburgo, cioè il controllo di «proporzionalità» in concreto della tutela accordata a quel diritto fondamentale, in modo tale che la motivazione stessa sia adeguata e, benché non necessariamente analitica o meticolosa, dia risposta alle principali richieste delle parti ed escluda ogni apparenza di grossolana arbitrarietà.

All'obiezione che tanto integra una clausola manifestamente aperta e quindi generica ed indeterminata varrà replicare che si tratta di concetti ampi ed elastici e pertanto necessariamente rimessi alla valutazione del singolo interprete, allo stesso modo del resto in cui l'apparenza della motivazione è eretta dalla giurisprudenza di legittimità nazionale a parametro di costituzionalità per la sua sindacabilità in Cassazione.

È così quindi che il «minimo costituzionale» del controllo sulla motivazione del giudice del merito da parte della Corte di cassazione, in virtù del ricordato meccanismo peculiare di recepimento dell'ordinamento della Convenzione europea, si arricchisce – quanto meno nei casi in cui la controversia ha ad oggetto i diritti fondamentali protetti dalla Convenzione stessa – di profili regolati direttamente dalla Convenzione e, quindi, di un «minimo convenzionale», di cui dovranno farsi necessariamente carico, con ampia discrezionalità ma altrettanta responsabilità, i giudici del merito.

normativo incentrato sulla violazione di legge, fin dal XIX secolo ad analoghe esigenze, individuandolo come un vizio di merito della sentenza che, per le carenze – assenza o insufficienza – della motivazione in fatto, non mette in grado la Corte di legittimità di esercitare il suo controllo sulla corretta applicazione delle regole di diritto, sia sotto il profilo dell'esattezza della qualificazione e dell'imputazione, sia sotto quello della coerenza del ragionamento probatorio del giudice. Per tutti, v. la monografia di T. Le Bars, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris 1997, oppure il testo di J.-P. Ancel, *Le manque de base légale*, in https://www.courdecassation.fr/IMG/File/Texte_M_%20Ancel_manque_base_lgale_031209.pdf.