

# LA LOGICA DEL GIUDICE ED IL CONTROLLO DI LEGITTIMITÀ NEL GIUDIZIO CIVILE

di

Luigi Lombardo

*(Testo della relazione svolta nell'Aula Magna della Corte Suprema di Cassazione, l'11 Aprile 2019)*

SOMMARIO: 1. Il pensiero di Guido Calogero. – 2. Il valore delle conclusioni di Calogero. – 3. Il ruolo del sillogismo "topico-dialettico". – 3.1. (*Segue*): a) le componenti non-logiche. – 3.2. (*Segue*): b) le componenti logiche. – 4. Il problema del controllo del ragionamento del giudice in sede di legittimità. – 5. Il sindacato sul giudizio di diritto. – 5.1. (*Segue*): l'applicazione delle norme elastiche. – 6. Il sindacato sul giudizio di fatto. – 6.1. (*Segue*): le norme cogenti che regolano il giudizio di fatto. – 6.2. (*Segue*): la valutazione delle prove. – 7. Il problema del controllo della motivazione in fatto. – 8. Considerazioni conclusive.

1. *Il pensiero di Guido Calogero.* – Il titolo dell'incontro di studio di oggi – "Logica del giudice e controllo di legittimità" – evoca l'immortale opera di Guido Calogero "*La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*", pubblicata nel 1937; un'opera che Guido Calogero ha ripubblicato intatta e ancora attualissima nel 1964, a distanza di quasi trent'anni e sotto una disciplina codicistica diversa: privilegio degli studiosi di teoria generale !

Calogero muove dal rilevare il carattere tautologico del ragionamento sillogistico, la sua inidoneità ad ampliare le conoscenze, per il fatto che la conclusione di esso ripete necessariamente – se il sillogismo è corretto – ciò che è già compreso nelle sue premesse.

Egli sottolinea come la natura strettamente logica della illazione sillogistica riguardi soltanto la deduzione della conclusione dalle premesse (e, perciò, inizia solo dopo che le premesse sono state poste), ma non sfiora la scelta delle premesse, che rimane fuori dalla logica sillogistica.

Calogero distingue, così, tra la *logicità formale* del ragionamento sillogistico, che consiste nella deduzione logicamente necessaria della conclusione dalle premesse poste; e la *logicità reale* del ragionamento, che dipende, invece, da quella attività di ricerca e di fissazione delle premesse, che sta a monte del sillogismo stesso. Secondo l'A., «*la vera e grande opera del giudice sta (...) proprio nel trovare e formulare le premesse*», ma tale opera «*si muove per intero in un ambito che (...) non è logico, ma anzi prelogico o estralogico*».

2. *Il valore delle conclusioni di Calogero.* – La critica mossa dal Calogero al sillogismo del giudice, che oggi può apparire scontata, è stata invece di grande rilievo nel periodo storico nel quale essa si inquadra (prima metà del '900).

Occorre ricordare che il "positivismo giuridico" – che pervase l'Europa nei secoli XVIII° e XIX° – fece della teoria del sillogismo giudiziale il suo emblema.

L'ideologia illuministica, infatti, propugnava una "concezione meccanicistica" del giudizio, che vedeva nell'applicazione della norma giuridica un'operazione automatica, logico-deduttiva, nella quale non residuava alcuno spazio di libertà per il giudice. Una visione – questa – che, com'è noto, si tradusse nell'adozione del "metodo esegetico" nell'interpretazione della legge, ridotta ad un procedimento logico-deduttivo e cogente.

Il modello del sillogismo giudiziale si attagliava appieno alla concezione meccanicistica del giudizio (come si attagliava appieno all'ideologia liberale della "neutralità" del giudice): il giudice deve sussumere ("*subsumere*") il fatto nella norma e null'altro; gli effetti giuridici scaturiscono automaticamente dalla sussunzione; egli deve solo dichiararli.

Questa concezione meccanicistica del giudizio, in realtà, non riguardava solo l'interpretazione della legge, ma investiva anche l'accertamento del fatto.

L'accertamento del fatto era concepito – secondo la visione positivista che pervadeva il pensiero scientifico dell'epoca – come un "accertamento tecnico" di natura empirica, fondato su evidenze e da compiersi mediante il metodo approntato dalla scienza: si supposeva che il "fatto", rilevante ai fini dell'applicazione del diritto, potesse essere fissato in modo tecnico, *oggettivo*.

Si trattava, dunque, di una visione della giurisdizione fondata su un vero e proprio "logicismo globale", che investiva tanto il giudizio di diritto quanto il giudizio di fatto.

Naturalmente, i giuristi dell'epoca, nell'adottare il sillogismo come modello del ragionamento del giudice, pensavano ad un sillogismo di tipo "apodittico", che è il sillogismo nel quale le premesse sono "certe" e "date": così venivano considerate "le norme di legge" (si concepiva, infatti, il diritto come un sistema positivo chiuso e completo, che non aveva che da essere letto); così venivano considerati i "fatti", il cui accertamento era visto come un'attività

tecnica, fondata su evidenze e sottratta alla logica del preferibile. Il ragionamento giudiziale risultava perciò interamente dominato dalla logica formale.

Si tratta di una concezione della giurisdizione che ha dominato il pensiero giuridico del XIX° secolo, ma che si può rinvenire ancora nella dottrina italiana dei primi del '900: nella teorica di Giuseppe Chiovenda (che tracciò un rigoroso dualismo tra ordinamento giuridico e giurisdizione e vide nella sentenza una mera dichiarazione della concreta *voluntas legis*); ma anche nel pensiero degli altri studiosi dell'epoca (da Rocco, a Calamandrei, a Carnelutti) che elevarono il "sillogismo giudiziale" a paradigma del ragionamento del giudice.

Ma proprio nei primi anni del '900, la concezione meccanicistica del giudizio è stata posta in discussione dalle prime voci critiche che via via sono venute emergendo nella dottrina giuridica italiana (a partire da Francesco Ferrara e dallo stesso Piero Calamandrei, primo tra i processualisti a porre in luce – nel suo famoso studio "*La genesi logica della sentenza civile*" – i limiti del sillogismo giudiziale, da lui in precedenza senza remore adottato).

Queste critiche alla concezione logicistica del giudizio hanno dato luogo al c.d. "movimento antiformalistico" sviluppatosi nel dopoguerra (sulla base della "Nuova retorica" di Perelman, da un lato, e della "Logica deontica" di von Wright, dall'altro), influenzato anche dall'ermeneutica giuridica (Esser, Gadamer).

Per tale via si è presa consapevolezza del fatto che la sussunzione non può essere compiuta su base meramente logico-linguistica rispetto ai possibili significati dell'enunciato normativo.

Il cuore della sussunzione sta nella "selezione delle premesse", le quali non sono affatto precostituite rispetto all'interpretazione, ma possono scaturire solo da giudizi assiologici affidati al giudice.

Il giudice deve, dunque, compiere "giudizi di valore" per interpretare e applicare la norma giuridica; ed i giudizi di valore si contrappongono alla logica formale, in quanto riposano su un presupposto – il "valore" – non passibile né di controllo logico, né di verifica empirica: il valore si pone sul piano della "opinione".

Nel bellissimo studio *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica* (1954), Luigi Caiani vede appunto tutto l'ordinamento giuridico come il prodotto di una "dinamica assiologica"; come una serie di successive, continue valutazioni, che vanno da quelle fondamentali che costituiscono l'orizzonte ideologico-valutativo cui è

ispirato l'ordinamento nel suo complesso fino a quelle, via via più specifiche, che stanno alla base delle norme particolari.

L'atto costitutivo della norma giuridica è un atto di volontà del legislatore che è espressione di una data valutazione assiologica avente ad oggetto rapporti umani, che abbisognano di essere regolamentati.

Il diritto, in sostanza, non è altro che «*un complesso di giudizi di valore su conflitti di interesse*» (CAIANI); non è altro che la traduzione, nelle forme della giuridicità, di un regolamento dei rapporti individuali, dettato dai valori dominanti nella società.

Ma, se la legge è "portatrice" di valori, allora il giudice deve necessariamente fare i conti coi valori sottesi alla norma giuridica allorché è chiamato ad applicarla.

Il giudice deve far rivivere il giudizio di valore compiuto dal legislatore, renderlo attuale, applicandolo al caso sottoposto, e tradurre così la norma generale ed astratta in norma individuale, trasferendo in questa i valori fatti propri dal legislatore.

Per questo si può dire che il diritto non è il modo della certezza: è il mondo dell'opinione. L'opinione è alla base delle scelte del legislatore e a fondamento della legge; l'opinione è alla base delle scelte dell'interprete, chiunque esso sia, e del risultato dell'interpretazione della legge.

Così si spiega perché, nella seconda metà del '900, l'attenzione degli studiosi (da Capograssi, a Vocino, a Betti, a Carnelutti, a Redenti, fino a Satta) sia venuta rivolgendosi sempre più verso "il giudizio", percepito come il momento centrale dell'esperienza giuridica.

3. *Il ruolo del sillogismo "topico-dialettico"*. – L'acquisita consapevolezza del ruolo che hanno i giudizi di valore nell'interpretazione della norma non implica, tuttavia, il ripudio di ogni forma di logica. Essa vuol dire semplicemente ripudio del sillogismo di tipo apodittico-dimostrativo, della logica formale, del logicismo; ma non vuol dire affatto che la logica possa essere espulsa dal ragionamento del giudice.

Se è vero che la dinamica interna del giudizio non può essere conosciuta da alcuno (nessuno può sapere come il giudice ha ragionato; e, tutto sommato, non interessa a nessuno saperlo), è parimenti vero – tuttavia – che il controllo *ex post* del ragionamento del giudice, reso manifesto nella motivazione della sentenza, non può fare a meno dell'uso della logica.

All'interno del ragionamento giudiziale devono, perciò, trovar posto e convivere "logicità" e "opinabilità", i due profili che i positivisti hanno sempre ritenuto inconciliabili.

Quando si parla di controllo del ragionamento del giudice, ci si riferisce al controllo del ragionamento decisorio cristallizzato nella motivazione della sentenza, per così dire "*in posizione di quiete*"; ci si riferisce al c.d. "ragionamento giustificativo", che si risolve nell'esposizione delle ragioni della decisione.

Ed è proprio nell'ambito del ragionamento giustificativo, la dottrina più accorta (WRÓBLEWSKI, TARUFFO) ha distinto tra «giustificazione *esterna*», che consiste nella indicazione delle premesse e nella giustificazione della loro scelta sul piano della accettabilità; e «giustificazione *interna*», che consiste nella consequenzialità logica tra premesse e conclusione.

Oggi si è scoperto che il modello più adeguato a rappresentare il ragionamento del giudice è il modello sillogistico "topico-dialettico" (direi "retorico-dialettico", se troppo spesso la retorica non fosse stata confusa con l'arte oratoria, con l'arte di catturare il consenso anche su tesi razionalmente infondate): si tratta del sillogismo dei ragionamenti pratici, che riguardano le decisioni circa le azioni umane (c.d. "logica della ragion pratica").

Questo modello sillogistico si distingue da quello apodittico-dimostrativo per il fatto di muovere da premesse opinabili e per contenere al suo interno "componenti non-logiche" e "componenti logiche".

3.1. (*Segue*): a) *le componenti non-logiche*. – Le componenti non-logiche del sillogismo "topico-dialettico" sono costituite dalle premesse delle argomentazioni, la cui individuazione presuppone il ricorso alla topica e l'adozione di scelte fondate sull'opinione; presuppone la formulazione di giudizi di valore, fondati su massime d'esperienza.

La nozione di massima d'esperienza è molto ampia. Essa comprende tutte le "regole non giuridiche", tratte dal patrimonio conoscitivo della collettività sociale, di cui il giudice si serve per porre in essere i suoi giudizi.

Rientrano così tra le massime d'esperienza le regole di carattere semantico, che sono portatrici delle convenzioni sociali presupposte dal linguaggio (BELVEDERE, SCARPELLI); sono poi massime d'esperienza le regole di carattere probabilistico, fondate sull'*id quod plerumque*

*accidit*, di cui il giudice si serve, essenzialmente nell'ambito del giudizio di fatto, per valutare la ricorrenza di eventi empirici o l'attendibilità delle prove; sono infine massime d'esperienza anche i c.d. *standards* valutativi, cui il giudice fa ampio ricorso tanto nel giudizio di fatto quanto nell'applicazione delle norme elastiche (TARUFFO).

Questo complesso di elementi di conoscenza, di criteri di cui il giudice può e deve servirsi quali premesse da cui muovere per formulare il proprio giudizio, costituisce quella che è stata denominata la "scienza ufficiale" del giudice (ALLORIO). Si tratta di quei criteri di giudizio, tratti dalla comune esperienza umana, che fanno parte della cultura dell'uomo medio e che, proprio per tale ragione, da un lato possono essere utilizzati dal giudice – rappresentante idealtipico della società e della cultura alle quali appartiene – senza che ne sia fornita la prova, dall'altro sono suscettibili di essere sottoposti a controllo.

Proprio perché le premesse sono opinabili e vengono scelte sulla base di giudizi di valore, l'argomentazione risulta connotata da *soggettività*: una soggettività che prende il posto della *obiettività* propria del modello positivistic. Ma soggettività non vuol dire soggettivismo. La soggettività dell'argomentazione topico-dialettica è incontro di soggettività diverse, è cioè "*intersoggettività*".

Intersoggettività delle premesse vuol dire, in primo luogo, che queste devono essere reperite, non nel limitato pensare individuale del singolo giudice, ma – grazie al ricorso alla topica – nell'ambito del "senso comune" (*sensus communis*), della "cultura media", dell'opinione (maggiormente) condivisa nell'intera comunità sociale.

Tale comunità corrisponde alla "comunità civile" quando si tratta di accertare o di valutare una situazione di fatto; corrisponde, invece, alla "comunità dei giuristi" quando si tratta di interpretare e determinare il significato della norma (VIOLA – ZACCARIA).

Può distinguersi così una "topica comune", costituita dalle regole sociali, dai giudizi di valore, dai punti di vista, costituenti il patrimonio culturale dell'uomo medio e del corpo sociale cui esso appartiene; ed una "topica giuridica", costituita dai principi e dagli argomenti di cui si servono i giuristi nei loro discorsi, quale emerge dagli studi della dottrina e dalle raccolte di giurisprudenza.

In questo senso, può dirsi che l'argomentazione giuridica si fonda sul "sapere collettivo", in quanto essa è espressione del fenomeno giuridico che è strumento di convivenza sociale. E la topica costituisce

il presupposto della "prudenza" del giudice, della fondatezza e della condivisibilità dell'argomentazione: essa è il fondamento della stessa *prudentia iuris*.

Intersoggettività delle premesse vuol dire anche, in secondo luogo, che il ragionamento del giudice può essere sottoposto al controllo di quello che Perelman chiama "uditorio". Tale uditorio è costituito innanzitutto dalle parti della causa, cui si rivolge la sentenza, e dalla stessa collettività sociale; ma, nei sistemi giuridici evoluti, è costituito anche da organi giurisdizionali tecnici, al cui vertice – di norma – si colloca una Corte suprema.

3.2. (*Segue*): *b) le componenti logiche*. – Le componenti logiche costituiscono la condizione minima (la *condicio sine qua non*) della razionalità del discorso; esse sono costituite dalla struttura sillogistica del ragionamento e dal suo incedere, dal suo articolarsi in vari momenti che devono essere logicamente collegati tra loro, osservando le regole della logica, la più importante delle quali è il "principio di non contraddizione".

Il "principio di non contraddizione" impone che, una volta poste le premesse, il giudice deve inferire la conclusione del suo ragionamento mediante una illazione necessitata, di tipo deduttivo. Lo svolgersi dell'argomentazione deve essere logicamente coerente con ciascuna delle premesse poste: altrimenti l'argomentazione risulta "auto-contraddittoria" e, quindi, erronea e tale da dover essere ripudiata.

Occorre tuttavia avvertire che il "principio di non contraddizione" opera, nell'argomentazione giuridica, *in funzione essenzialmente confutatoria*, costituisce cioè un criterio di verità con funzione meramente "negativa". Infatti, la violazione del principio di non contraddizione – che si risolve nella contraddizione tra le premesse e la conclusione – è certamente segno della falsità dell'argomentazione. Tuttavia, l'osservanza del principio in questione (ossia l'assenza di contraddittorietà) non assicura la verità della proposizione, la quale va cercata altrove, precisamente nella condivisibilità delle premesse da cui muove l'argomentazione.

Col sillogismo topico-dialettico, dunque, non è possibile pervenire ad una "verità assoluta" (come quella promessa dal sillogismo apodittico); è possibile pervenire solo ad una "verità relativa", fondata sull'opinione dei più. Proprio in ragione del carattere opinabile delle premesse, che devono essere accettate e condivise, il ragionamento del giudice non è mai dimostrativo, non mostra il vero

e il falso: la conclusione cui perviene il giudice non supera il piano della ragionevolezza e della condivisibilità assiologica.

In questo modo, nel sillogismo topico-dialettico, "logicità" e "opinabilità" del ragionare giuridico possono convivere: la conclusione del sillogismo è corretta se le inferenze osservano le regole della logica e se – al tempo stesso – le sue premesse hanno carattere "intersoggettivo", e perciò condiviso e non arbitrario.

Naturalmente, il sillogismo topico-dialettico può essere mutuato nel capo dell'argomentazione giudiziaria, non certo in funzione descrittiva (per comprendere come ragiona effettivamente il giudice), ma *in funzione prescrittiva*, come modello che serve a stabilire i requisiti di logica minimi che deve presentare il ragionamento decisorio del giudice.

Questo modello sillogistico rappresenta non tanto uno strumento per motivare (bene), quanto uno *strumento per controllare* la razionalità dei ragionamenti decisorii svolti nella motivazione delle sentenze: uno *strumento di analisi* che serve a portare alla luce e mettere a fuoco le premesse dei discorsi, a controllarne le fondamenta e le applicazioni e a verificare la congruità logica tra premesse e conclusioni.

4. *Il problema del controllo del ragionamento del giudice in sede di legittimità.* – Una volta stabilito che, nel ragionamento del giudice, hanno un ruolo centrale i giudizi di valore, non tutti i problemi sono risolti; soprattutto quando si tratta di stabilire i limiti del controllo di legittimità.

Il giudizio di legittimità, com'è noto, si contrappone al giudizio di appello, destinato al completo riesame della controversia (giudizio di gravame). Mentre il giudice del gravame è un giudice di merito, che può sindacare ogni profilo del giudizio di primo grado e può, quindi, ripetere e rinnovare ogni giudizio di valore; non così è per il giudice di legittimità, che deve arrestarsi al controllo della legalità della sentenza e non può sindacare la scelta opinativa compiuta dal giudice di merito.

Ma se – come si è veduto – ogni elemento costitutivo del giudizio è impregnato di "giudizi di valore", può apparire problematico stabilire quale sia lo spazio entro il quale può svolgersi il controllo di legittimità.

A mio parere, l'ambito del sindacato della Corte di cassazione va tracciato tenendo presente che non tutti i giudizi di valore sono



eguali: alcuni giudizi di valore – la maggior parte di quelli sottesi alla norma giuridica – sono compiuti “direttamente dal legislatore”; altri, invece, devono essere compiuti “dal giudice su delega del legislatore”, ciò che ricorre ogni volta che la norma giuridica contenga una “*clausola generale*”, ossia un concetto che rinvia a regole morali, sociali e di costume, in genere, a regole d’esperienza.

Nel primo caso, il giudice si trova dinanzi ad una regola giuridica compiuta e vincolante, di modo che la trasgressione di essa configura senz’altro una violazione di legge; nel secondo caso, invece, il giudice si trova dinanzi ad una norma elastica, incompiuta, che ha bisogno di essere completata dal giudice caso per caso col ricorso alle regole d’esperienza.

Vedremo come tale criterio può aiutarci a cogliere i confini del sindacato di legittimità.

In proposito, va avvertito fin d’ora come risulti “rozzo” e superato il criterio tradizionale fondato sulla distinzione tra *quaestio iuris* e *quaestio facti*, secondo il quale la *quaestio iuris* è sempre e comunque sindacabile in cassazione e che la *quaestio facti* non lo è mai.

In realtà, tutto dipende dalla esistenza o meno di regole giuridiche di volta in volta vincolanti ovvero dalla necessità per il giudice – in ragione della presenza di una *clausola generale* – di far ricorso a regole non giuridiche, tratte dal *sensus communis*, rimesse all’opinione del giudicante.

Ciò premesso, esaminiamo partitamente i vari segmenti del giudizio, sia pur nei ristretti limiti consentiti in questa sede.

5. *Il sindacato sul giudizio di diritto.* – Il giudizio di diritto implica innanzitutto la fissazione della premessa maggiore del c.d. sillogismo giudiziale, ossia della norma da applicare al fatto.

Si tratta prima di individuare la norma da applicare e poi di interpretarla.

La “individuazione” della norma è suggerita dal fatto accertato; ma dipende anche dal significato che si riconnette alla norma, ossia dall’esito della “interpretazione”.

Esiste un circolo ermeneutico tra fatto-norma-interpretazione, che conduce alla fissazione della premessa maggiore.

La norma, infatti, non preesiste all’interpretazione, ma ne costituisce il prodotto; essa è il risultato di una complessa attività esegetica che si svolge sul testo della disposizione legislativa, inteso come l’insieme degli enunciati linguistici adoperati dal legislatore.

La ricerca del significato della disposizione normativa deve essere svolta anzitutto sul piano della "interpretazione letterale", che è il piano semantico, logico e sintattico.

Ma oltre all'interpretazione letterale (di carattere di carattere semantico e logico-sintattico), è necessario – come traspare dalla disposizione dell'art. 12, primo comma, delle preleggi – che il giudice ricerchi lo "spirito" della norma (la c.d. «intenzione del legislatore»).

A tal fine, egli deve scavare nel cuore della disposizione di legge per scoprirne la *ratio* recondita; deve apprendere i giudizi di valore che ne sono stati all'origine e rinnovarli rispetto al caso concreto (BETTI). L'interpretazione della norma è, dunque, (anche) un giudizio assiologico e teleologico (ASCARELLI).

In questo campo – seppure connotato dal carattere opinabile delle premesse – la Corte di cassazione può muoversi agevolmente perché il suo controllo sul giudizio di diritto si muove nel solco vincolante della norma giuridica.

Il giudizio di diritto è poi anche "applicazione della norma al fatto"; ed anche in tale campo la Corte di cassazione può muoversi agevolmente.

Com'è noto, per applicazione della norma si intende sia la qualificazione del fatto alla stregua della fattispecie normativa (c.d. sussunzione del fatto nella norma) sia la determinazione delle conseguenze giuridiche che devono regolare la vicenda fattuale: si tratta, rispettivamente, della "premessa minore" e della "conclusione" del sillogismo giudiziale.

Corrispondentemente, la «falsa applicazione» della norma consiste o nel riferire una norma, correttamente interpretata in astratto, ad un fatto diverso da quello che essa regola oppure nel determinare in concreto una regolamentazione giuridica del rapporto sostanziale difforme rispetto a quella prevista dalla norma applicata (CHIOVENDA).

Non sempre però l'applicazione della norma al fatto è incondizionatamente sindacabile in cassazione. Vi è un ambito nel quale il sindacato di legittimità è alquanto limitato.

È il campo dell'applicazione delle norme elastiche, tema che è stato oggetto, anni orsono, di una bella monografia del presidente Roselli (*Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983).

5.1. (*Segue*): *l'applicazione delle norme elastiche*. – Vi sono casi in cui il legislatore, tramite il ricorso a clausole generali, richiede al giudice un intervento integrativo della norma da porre in essere sulla base di criteri extragiuridici, di natura assiologica, tratti dal senso comune.

Si tratta delle c.d. norme elastiche, che – com'è noto – sono quelle norme che includono “concetti giuridici indeterminati” o “clausole generali” (ad es. il concetto di “*diligenza del buon padre di famiglia*”, il concetto di “*danno grave*”) e che, per questo, richiedono un intervento integrativo del giudice, il quale viene chiamato ad una valutazione assiologica del fatto cui la norma deve applicarsi.

Tale valutazione assiologica deve compiersi sulla base di *standards* valutativi, di parametri di giudizio, variabili nel tempo e nello spazio, desumibili da regole morali, sociali e di costume; si tratta di parametri che fanno parte del *sensus communis* del corpo sociale e che rientrano, *lato sensu*, nella categoria delle regole d'esperienza.

Tali criteri non possono ritenersi recepiti nelle norme giuridiche, in un certo senso “giuridicizzati”, come vorrebbe certa dottrina (CALAMANDREI, CARNELUTTI); ritenere ciò significherebbe tradire la natura delle norme elastiche e la stessa ragion d'essere del rinvio alle regole del senso comune, compiuto dal legislatore. Il legislatore, infatti, si serve del rinvio alle regole morali, sociali e di costume quando intende mitigare la rigidità della norma giuridica con la flessibilità delle regole sociali.

Secondo la giurisprudenza tradizionale, il giudizio sussuntivo sotto norme elastiche costituirebbe una “*quaestio facti*”; ed è questa la ragione per cui esso non sarebbe sindacabile in cassazione se non per vizio della motivazione.

Oggi la giurisprudenza più recente (soprattutto della Sezione Lavoro) ha riconosciuto – sulla scia dell'opinione quasi unanime della dottrina – che anche l'applicazione delle norme elastiche costituisce giudizio di diritto; e tuttavia continua a ritenere l'applicazione delle norme elastiche sindacabile in cassazione in limiti alquanto ristretti (da ultimo, Cass., Sez. L, 23/03/2018, n. 7305).

La ragione di ciò, a mio avviso, sta nel fatto che si è in presenza di un segmento del giudizio non regolato dalle norme giuridiche, ma da criteri sociali (extragiuridici), che sono estranei al mondo del diritto.

Perciò, la valutazione assiologica del fatto compiuta dal giudice sulla base di tali criteri, qualunque essa sia, non può dar luogo a violazione di legge, neppure sotto il profilo della falsa applicazione, rimanendo così sottratta al sindacato di legittimità (in questo senso, Cass., Sez. L, n. 26010 del 17/10/2018; Cass., Sez. L, n. 21712 del 04/12/2012; ma anche, *ex plurimis*, Cass., Sez. 2, n. 8911 del 06/04/2017; Cass., Sez. 3, n. 18854 del 09/07/2008).

Quanto detto vale solo per il profilo elastico della norma, legato alla clausola generale.

Esistono, tuttavia, "limiti giuridici strutturali" che il giudice deve osservare nella valutazione assiologica del fatto richiesta dalla norma elastica.

Il giudice infatti:

1) deve interpretare correttamente la norma elastica in coerenza con la parte rigida di essa e col sistema normativo nel quale essa si colloca;

2) deve poi avvalersi di parametri valutativi realmente esistenti nel *sensus communis* della società (il criterio di valutazione adottato non deve essere una creazione del giudice, né deve valere solo per lui; ma deve corrispondere al patrimonio culturale della società, nel quale tutti si riconoscono);

3) deve, infine, verificare che la valutazione assiologica del fatto, integrativa della norma elastica, non collida con i principi generali dell'ordinamento giuridico e con i principi costituzionali (cfr. Cass., Sez. L, 23/03/2018, n. 7305, cit.).

Ove tali limiti giuridici risultino violati, l'applicazione delle norme elastiche darà luogo ad un vero e proprio *error iuris, sub specie* di falsa applicazione della norma, senz'altro sindacabile in cassazione.

6. *Il sindacato sul giudizio di fatto.* – Parlare di controllo del fatto in cassazione potrebbe apparire un "ossimoro"; ed in effetti, per certi versi, lo è.

Nel nostro sistema, la Cassazione non è propriamente un giudice in senso proprio, un giudice che conosce "fatto" e "diritto". Il giudizio di legittimità non è un terzo grado di giudizio, ma è limitato solo al controllo di legalità della sentenza.

Ciò vuol dire che, in via di principio, il sindacato di legittimità è escluso sulla questione di fatto.

Nonostante ciò, il campo del sindacato della Corte di cassazione sul giudizio di fatto è ampio, più di quanto non si creda.

6.1. (*Segue*): *le norme cogenti che regolano il giudizio di fatto.* – Innanzitutto va ricordato che diversi segmenti del giudizio di fatto (afferenti non solo all'attività processuale di istruzione probatoria, ma anche al giudizio di fatto propriamente detto) sono regolati da norme di legge imperative, la cui violazione dà luogo a violazione di legge, sindacabile all'art. 360 n. 3 cod. proc. civ.

A titolo esemplificativo e solo per cenni, è sufficiente richiamare:

a) la mancata pronuncia del giudice sulla istanza di ammissione di una prova "decisiva": qui si è in presenza di una violazione del diritto alla prova ex art. 115 cod. proc. civ.;

b) la pronuncia emessa sulla base di prove non introdotte dalle parti, ma disposte d'ufficio dal giudice al fuori dei poteri a lui riconosciuti: anche qui vi è violazione dell'art. 115;

c) ancora, con riferimento all'art. 115 comma 1 cod. proc. civ., la violazione del principio di non contestazione;

d) la violazione delle varie norme sostanziali che ripartiscono gli oneri probatori tra le parti;

e) la violazione delle varie norme processuali (artt. 163, 167, 183, 246 cod. proc. civ.) e sostanziali (divieti di prova per testi e per presunzioni: artt. 2721 ss. e 2729 cpv. cod. civ) che regolano l'ammissibilità delle prove con carattere vincolante per il giudice (escluse, quindi, le norme che lasciano spazio al giudice per valutazioni discrezionali);

f) la violazione delle norme (artt. 2700 ss. cod. civ.), che dettano l'efficacia delle c.d. prove legali.

In tali casi, si è in presenza di vere e proprie violazioni di legge, seppure ricadenti nell'ambito del giudizio di fatto.

6.2. (*Segue*): *la valutazione delle prove.* – La peculiarità del giudizio di fatto, ciò che vale a distinguerlo dal giudizio di diritto, è tuttavia costituita dall'essere essenzialmente affidato a regole non giuridiche. È questa la ragione per la quale il controllo di legittimità su di esso è assai limitato.

Anche qui, al centro del giudizio di fatto, si rinviene una "clausola generale", quella del «prudente apprezzamento» delle prove contenuta nell'art. 116, comma 1, cod. proc. civ. (che è implicita nell'art. 192, comma 1, cod. proc. pen., laddove si impone al giudice di valutare le prove dando conto dei "criteri adottati").

Questa clausola generale del «prudente apprezzamento» non è un rinvio all'arbitrio del giudice; essa, al contrario, detta un vero e proprio "metodo giuridico" che il giudice deve osservare nella ricostruzione del fatto.

Dal metodo del «prudente apprezzamento» scaturiscono, infatti, due canoni fondamentali che il giudice deve osservare nel ragionamento in fatto: 1) la "validità logica", nel senso che la valutazione delle prove deve essere compiuta mediante inferenze che, per un verso, *ab interno*, osservino le regole della logica, per l'altro, *ab externo*, siano coerenti rispetto al *thema probandum* e al contenuto degli elementi di prova acquisiti; 2) la "ragionevolezza" secondo il *sensus communis* e le conoscenze umane generalmente riconosciute, nel senso che la valutazione delle prove non può essere arbitraria, ma deve osservare le c.d. "regole d'esperienza" generalmente accettate nell'ambito della cultura della collettività sociale.

In altri termini, il metodo del «prudente apprezzamento» implica che il giudice, nel valutare le prove, osservi due ordini di regole: a) le "regole della logica"; b) le "regole della comune esperienza".

Perciò, l'apprezzamento delle prove può dirsi "prudente" solo quando il ragionamento del giudice osservi le regole della logica (è cioè "logicamente valido") e le regole tratte dal senso comune (è cioè "ragionevole").

Al contrario, il metodo del «prudente apprezzamento» non è rispettato, si è in presenza quindi di "errori di metodo", quando il ragionamento del giudice è illogico, nel senso che viola il principio di non contraddizione e le altre regole della logica; oppure quando esso è irragionevole, nel senso che si pone contro le regole del senso comune, contro le regole d'esperienza.

Occorre tuttavia avvertire che, perché possa consentirsi il sindacato della Corte di cassazione, è necessario che la violazione delle regole della logica e delle regole d'esperienza sia "manifesta", tale cioè da non lasciare margini di opinabilità in qualunque uomo di buon senso; occorre, in altri termini, che ricorra o la "manifesta illogicità" o la "manifesta irragionevolezza" del ragionamento del giudice.

Molto opportunamente la lett. e) dell'art. 606 cod. proc. pen. prevede che il sindacato della Corte sia consentito solo per "manifesta illogicità" della motivazione, e non per mera illogicità; ed esattamente le Sezioni Unite Civili, con le sentenze gemelle nn. 8053 e 8054 del

2014, hanno ammesso il sindacato della Corte nel caso di "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili", formula equivalente alla "manifesta illogicità".

Parimenti, l'irragionevolezza, per essere sindacabile in cassazione, deve essere una "irragionevolezza manifesta", nel senso che nessun uomo di buon senso si servirebbe del criterio di valutazione adottato dal giudice. Ciò si verifica quando il giudice abbia posto a fondamento della sua decisione asserite regole d'esperienza in realtà "inesistenti" come regole sociali o, addirittura, "false" nel senso che sono contrarie all'esperienza o sono ripudiate dal *sensus communis* (si pensi alle false regole d'esperienza del tipo "l'acqua fredda scotta", "la persona miope vede bene a distanza", "il teste che sia cittadino europeo è più credibile del teste cittadino extraeuropeo"). L'irragionevolezza è "manifesta" solo quando il giudice è andato contro il *sensus communis* in modo macroscopicamente evidente e, soprattutto, non opinabile; sicché il ragionamento del giudice si ponga, per qualunque uomo di normale saggezza, "oltre il limite del plausibile".

Ove si prescindesse dal carattere "manifesto" della illogicità e della irragionevolezza sarebbe facile scivolare nel merito. È per tale ragione che Guido Calogero – sotto il vigore del codice 1865 che prevedeva come motivo di ricorso il vizio di omissione della motivazione (art. 517, n. 2) e non quello della sua illogicità – criticava la prassi giurisprudenziale di allora che aveva allargato il sindacato sulla omissione della motivazione fino a comprendervi i vizi di logicità della stessa. Egli propendeva per una interpretazione restrittiva dell'art. 517 n. 2, tale da non consentire alla Corte di sindacare la motivazione (esistente, ma) semplicemente illogica.

In definitiva, deve ritenersi che, quando il ragionamento del giudice è "manifestamente illogico" o "manifestamente irragionevole", risulta violato il metodo giuridico posto dalla legge per la ricostruzione del fatto: si è in presenza, quindi, di un vero e proprio errore di diritto, come tale sindacabile dalla Corte di cassazione; al contrario, quando il ragionamento del giudice è immune da "manifesta illogicità" e da "manifesta irragionevolezza", quando esso cioè esso si è mantenuto entro l'ambito del plausibile, non può esservi errore di diritto: ogni critica al ragionamento del giudice si muove sul piano della opinabilità, del merito, che, per sua natura, è sottratto al controllo di legittimità.

Quanto detto vuol dire che la Corte di cassazione non è chiamata ad esercitare sul giudizio di fatto un controllo "in positivo"; non è chiamata cioè a condividere o meno il giudizio del giudice di merito.

Essa può esercitare solo un controllo "in negativo", volto a verificare la "non manifesta illogicità" e la "non manifesta irragionevolezza" del ragionamento del giudice, con esclusione di ogni forma di condivisione nel merito.

*7. Il problema del controllo della motivazione in fatto.* – Ho parlato fin qui di sindacato sul "ragionamento del giudice" e non di sindacato sulla motivazione, perché ritengo che si tratti di due espressioni equivalenti.

Non condivido, infatti, la contrapposizione costruita da taluna dottrina tra "ragionamento decisorio" e "ragionamento giustificativo", considerate come due entità diverse e distinte.

E infatti, il "ragionamento decisorio", inteso quale *iter* logico seguito dal giudice nel momento della decisione, è – per sua natura – ignoto e inattuabile, chiuso com'è nel segreto della coscienza del giudicante: nessuno potrà mai sapere come il giudice ha ragionato nel momento in cui ha deciso e nessuno, perciò, potrà mai dimostrare che il ragionamento svolto nella motivazione della sentenza è diverso da quello che il giudice ha seguito al momento della decisione.

Se così è, allora non serve – nel mondo del diritto (altra cosa è il campo della psicologia o della sociologia) – parlare di un ragionamento decisorio quale entità distinta dal ragionamento giustificativo. Per l'ordinamento giuridico conta unicamente il "ragionamento giustificativo" contenuto nella motivazione della sentenza, che è l'unico conoscibile; e tale ragionamento conta perché la legge presume che esso corrisponda al ragionamento decisorio (AMODIO).

Ora, è evidente a tutti che il controllo di legittimità sugli "errori di metodo" del giudizio di fatto non può compiersi se non attraverso l'esame della motivazione della sentenza. Solo la motivazione della sentenza rende manifesto il ragionamento decisorio del giudice e consente di verificare se esso sia manifestamente illogico o manifestamente irragionevole.

Non è questa la sede per soffermarsi a discutere sul nuovo testo dell'art. 360 n. 5 cod. proc. civ. e sulle sentenze gemelle delle Sezioni Unite nn. 8053 e 8054 del 2014 che lo hanno interpretato.



Mi preme solo rilevare che il passaggio dal vecchio al nuovo testo del n. 5 dell'art. 360 ha segnato un significativo passo in avanti sulla via del contenimento del sindacato della Corte di cassazione entro i limiti del controllo di legittimità.

L'abrogato testo dell'art. 360 n. 5 cod. proc. civ. – introdotto con la legge del 1950 – prevedeva come motivo di ricorso per cassazione la «*omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia*».

I tre vizi della motivazione previsti dalla norma erano, però, eterogenei tra loro. Infatti, mentre il vizio di omissione e quello di contraddittorietà della motivazione erano indubbiamente "errori di metodo", errori di diritto, senz'altro sindacabili in cassazione; non così era per il vizio di insufficienza della motivazione per come è stato interpretato dalla giurisprudenza, che lo aveva esteso fino a consentire alla Corte di sindacare la persuasività della motivazione, la sua condivisibilità sul piano opinativo e assiologico, finendo così per entrare nel merito della ricostruzione del fatto.

Si comprende allora perché il legislatore, con la novella del 2012, sia dovuto intervenire sul testo dell'art. 360 n. 5 cod. proc. civ.

Meno si comprende perché il legislatore abbia reintrodotta l'oscura formula del n. 5 prevista nel testo originario del codice (pur con un irrilevante diverso dettaglio); oscura formula il cui significato la giurisprudenza anteriore alla novella del 1950 non era riuscita affatto a chiarire: «*omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti*».

Tralasciando di esaminare il significato che assume tale formula secondo le note sentenze delle Sezioni Unite, si può dire che il nuovo testo si differenzia dal precedente essenzialmente sotto due profili:

a) la eliminazione del riferimento esplicito alla motivazione come oggetto del sindacato della Corte;

b) la limitazione del sindacato all'«*omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti*»

La eliminazione del riferimento alla motivazione ha un valore più simbolico che pratico.

Come si è detto, ogni sindacato su una sentenza non può svolgersi che attraverso l'esame della motivazione. Nella motivazione è reso palese il ragionamento decisorio del giudice e solo tramite la motivazione è possibile conoscerlo e controllarlo. Perciò, il sindacato della Corte di cassazione continua svolgersi sulla motivazione. Tuttavia, si può dire che oggetto del sindacato non è più la

motivazione in sé, quale entità a sé stante e distinta dal ragionamento decisorio; ma è il ragionamento decisorio stesso, il giudizio di fatto, reso manifesto nella motivazione.

Questo vuol dire che il sindacato della Corte, ai sensi del nuovo n. 5 dell'art. 360, non deve arrestarsi al controllo della motivazione in sé, ma – come hanno riconosciuto le Sezioni Unite – può estendersi alle risultanze degli atti processuali trascurati dal giudice di merito: il "fatto storico", il cui esame sia stato omesso, può risultare anche da un "dato extratestuale" rispetto alla sentenza.

Quanto all'ambito del sindacato della Corte sulla motivazione dopo la riforma del n. 5 dell'art. 360 cod. proc. civ. (e la sua riduzione ad «*omesso esame circa un fatto decisivo*»), come hanno spiegato le Sezioni Unite che «*la riforma del 2012 deve essere interpretata come riduzione al "minimo costituzionale" del sindacato di legittimità sulla motivazione. Pertanto, è denunciabile in cassazione solo l'anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante. Tale anomalia si esaurisce nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella "motivazione apparente", nel "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili" e nella "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile", esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di "sufficienza" della motivazione*».

Come si vede, le Sezioni Unite, con le sentenze gemelle nn. 8053 e 8054 del 2014, hanno ritenuto che, nonostante l'abrogazione del vecchio vizio di motivazione, rimane deducibile in cassazione sia la "omissione materiale" della motivazione (che include la motivazione, materialmente esistente, ma "apparente") sia la "contraddittorietà" o "manifesta illogicità della motivazione" (che le Sezioni Unite definiscono "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili").

Rimane fuori solo il vizio di insufficienza della motivazione, quel vizio che storicamente ha trascinato la Corte di cassazione nel sindacato di merito.

Quanto all'omesso esame di un fatto decisivo, occorre avvertire che esso non è altro che un caso di "manifesta illogicità" del ragionamento decisorio.

Per questo, a mio parere, è stato sicuramente irrazionale separare tale fattispecie di manifesta illogicità dalle altre; e prevedere un apposito motivo per un vizio che sarebbe comunque sindacabile – come gli altri innumerevoli vizi di "manifesta illogicità" – ai sensi del

n. 4 dell'art. 360 cod. proc. civ. (come ritiene la prevalente giurisprudenza) o ai sensi del n. 3, quale *error in iudicando*.

In conclusione, mi pare si possa dire che, col nuovo testo dell'art. 360 n. 5, non molto è mutato in ordine al sindacato della Corte di cassazione sulla motivazione in fatto.

Il giudizio di fatto è sempre sindacabile in cassazione ogni volta che la motivazione sia mancante, apparente o "manifestamente illogica" (contraddittoria). È escluso solo il sindacato sul vizio di insufficienza della motivazione.

Quello che è mutato è il veicolo di tali vizi: che non è più il n. 5, ma, secondo la giurisprudenza prevalente, è divenuto il n. 4 dell'art. 360 cod. proc. civ.

8. *Considerazioni conclusive*. – Per concludere, può dirsi che, per determinare i confini del sindacato della Corte di cassazione, va superato il tradizionale criterio secondo cui il sindacato della Corte è sempre consentito sulla "*quaestio iuris*" e non lo è mai sulla "*quaestio facti*".

In realtà, tutto dipende dalla natura delle regole che governano il segmento del giudizio preso in esame: dal fatto che il giudizio sia regolato da norme giuridiche ovvero debba essere compiuto sulla base di regole extragiuridiche (le regole d'esperienza) da individuarsi a cura del giudice; dipende, in altri termini, dal fatto che si tratti di un "giudizio vincolato" o di un "giudizio discrezionale".

E allora il criterio per determinare i confini del sindacato della Corte di cassazione si riduce alla distinzione tra "questione regolata da norma di diritto" e "questione non regolata da norma di diritto": la prima area del giudizio è per sua natura soggetta al sindacato della Corte suprema quale giudice della legittimità; la seconda invece è sottratta al sindacato della Corte.

Il sindacato della Corte di cassazione non può, peraltro, fare a meno dell'esame della motivazione della sentenza, nella quale sono espresse le premesse del ragionamento del giudice.

Come ho detto all'inizio di questa relazione, il cuore del ragionamento decisorio sta nella "selezione delle premesse", le quali non sono affatto precostituite, non sono "date", ma devono essere fissate dal giudice o facendo rivivere i "giudizi di valore" compiuti a suo tempo dal legislatore (così nella *quaestio iuris*) ovvero compiendo egli stesso i "giudizi di valore" che gli sono stati delegati tramite la tecnica delle clausole generali (così nella *quaestio facti* e, talora,

anche nella *quaestio iuris* quando si tratta di dare applicazione a norme elastiche).

Grande è il ruolo che hanno, nel ragionamento del giudice, le componenti non-logiche, le massime d'esperienza da selezionare sulla base dell'opinione.

La selezione delle massime d'esperienza non può essere sindacata in cassazione (se non nei limiti del controllo della loro reale appartenenza al "senso comune", della loro accettazione da parte della comunità sociale).

Ma la Corte di cassazione non può fare a meno di controllare l'osservanza delle regole della logica, la coerenza della conclusione rispetto alle premesse poste, che costituisce il *minimum* di ogni discorso, anche giuridico.

In questo senso può essere utile mantenere il modello del sillogismo, purché inteso come sillogismo di natura "topico-dialettica", fondato sul consenso e sull'opinione nella fissazione delle premesse.

Il sillogismo non è il modello secondo cui necessariamente ragiona il giudice (nessuno può sapere come il giudice ragiona); ma è un modello che può risultare utile per analizzare il ragionamento del giudice, per controllare la ragionevolezza delle premesse e per verificare la consequenzialità logica della conclusione rispetto ad esse.