

ROBERTO POLI

Professore ordinario nell'Università degli Studi di Cassino e del Lazio meridionale

LOGICA DEL GIUDICE E TRAVISAMENTO DELLA PROVA (a proposito di Cass. 29 marzo 2023, n. 8895) (*)

SOMMARIO: 1. Il contrasto nella giurisprudenza di legittimità sul travisamento della prova come motivo di ricorso per cassazione. – 2. La logica del giudice nella ricostruzione del fatto. – 3. I diversi passaggi logico-cognitivi nell'attività di valutazione delle prove e le possibili forme di travisamento. – 4. La percezione del segno con funzione probatoria. – 5. La interpretazione o percezione proposizionale del segno. – 6. La valutazione del segno in senso stretto. – 7. Il sindacato in Cassazione sulla valutazione della prova in senso stretto.

1. – Com'è noto, si è formato un contrasto tra le sezioni semplici della Suprema Corte in ordine alla configurabilità del “travisamento della prova” come motivo di ricorso per cassazione; contrasto che è sfociato nella recentissima richiesta di rimessione della questione alle Sezioni Unite¹.

Per l'ammissibilità di tale censura si è anzitutto osservato, con riferimento al testo dell'art. 360 c.p.c. anteriore alla riforma del 2012, che l'ipotesi del travisamento della prova “implica, non una valutazione dei fatti, ma una constatazione o un accertamento che quella informazione probatoria, utilizzata in sentenza, è contraddetta da uno specifico atto processuale. Ricorre tale ipotesi quando il ricorrente lamenta il vizio di travisamento delle risultanze processuali e chiede alla Corte di cassazione di esaminare l'atto specificamente indicato perché si accerti che l'informazione probatoria riportata ed utilizzata dal giudice per fondare la decisione sia diversa ed inconciliabile con quella contenuta nell'atto e rappresentata nel ricorso o addirittura non esista nell'atto”².

(*) Il presente testo, qui aggiornato alla luce della più recente giurisprudenza della Suprema Corte, ed in particolare dell'ordinanza interlocutoria n. 8895/23, mi è servito di base per la relazione su “Logica del giudice di merito nella ricostruzione del fatto e controllo di legittimità”, tenuta il 14 marzo 2023 al convegno dal titolo “*Errare Humanum ... Travisare Diabolicum*”. La questione del travisamento nel ricorso per cassazione”, organizzato nell'Aula Magna della Suprema Corte dalla Struttura di formazione decentrata della Corte di cassazione.

¹ Cass. 29 marzo 2023, n. 8895.

² Cass. 25 maggio 2015, n. 10749, la quale, richiamata in motivazione Cass. 24 maggio

Più di recente, seguendo un percorso argomentativo diverso – ma sempre nel senso dell’ammissibilità del travisamento della prova come motivo di ricorso –, si è affermato che “mentre l’errore di valutazione in cui sia incorso il giudice di merito – e che investe l’apprezzamento della fonte di prova come dimostrativa, o meno, del fatto che si intende provare – non è mai sindacabile in sede di legittimità, l’errore di percezione, cadendo sulla ricognizione del contenuto oggettivo della prova, qualora investa una circostanza che ha formato oggetto di discussione tra le parti, è sindacabile ai sensi dell’art. 360, co. 1, n. 4), c.p.c., per violazione dell’art. 115 del medesimo codice, norma che vieta di fondare la decisione su prove reputate dal giudice esistenti, ma in realtà mai offerte”³.

Questo orientamento è stato seguito da numerose diverse pronunce della Corte⁴. In aperto e consapevole dissenso si è invece posta Cass. 3 novembre

2006, n. 12362 (secondo cui “il travisamento della prova implica non una valutazione, ma una constatazione od accertamento che quella specifica informazione probatoria utilizzata in sentenza, è contraddetta da uno specifico atto processuale”), aggiunge che “in sostanza il giudice di legittimità non è chiamato a valutare la prova, ma ad accertare il travisamento, ossia per l’esistenza di un dato probatorio non equivoco e insuscettibile di essere interpretato in modi diversi ed alternativi. Insomma, l’informazione probatoria indicata in sentenza e valutata dal giudice mancherebbe del tutto nell’atto, che ne conterrebbe una diversa, onde il ragionamento svolto dal giudice di merito senza l’informazione travisata risulterebbe vanificato ed illogico. Vi sarebbe, perciò, una contraddittorietà tra il dato esistente in atti e quello preso in considerazione dal giudice”. Nel caso di specie, ove poi la Corte ha ritenuto infondata la censura per difetto di decisività, “il documento probatorio rilevante, parzialmente trascurato dal giudice di appello, sarebbe costituito dalla Relazione del CTU, il quale, nel suo elaborato, che pure sarebbe stato formalmente fatto proprio dal Giudice distrettuale (ma senza rilevarne il vero portato), si sarebbe palesato come sostanzialmente difforme da quello esposto nella sentenza impugnata”. Negli stessi termini v. anche Cass. 14 febbraio 2020, n. 3796.

³ Cass. 12 aprile 2017, n. 9356 (nel caso di specie, concluso con l’accoglimento del motivo, i ricorrenti lamentavano che la Corte di appello avesse ritenuto di trarre la prova dello *status quo ante* dell’immobile danneggiato fraintendendo alcune fotografie prodotte dagli stessi danneggiati, le quali ritraevano le condizioni dell’immobile dopo l’allagamento, e non prima).

⁴ V., tra le molte, Cass. 19 luglio 2018, n. 19293 (nel caso di specie, è stata ritenuta nulla la sentenza di merito che aveva respinto la domanda volta ad ottenere l’indennità di accompagnamento senza motivare il disaccordo rispetto alle conclusioni di segno opposto formulate dal perito); Cass. 24 ottobre 2018, n. 27033 (la Corte la S.C. ha cassato la sentenza per mancata ammissione di un capitolo di prova – ritualmente dedotto in primo grado e reiterato in appello – riguardante il rispetto della clausola di contingentamento, quale requisito prescritto per la legittima apposizione del termine ad un contratto di lavoro, avendo riferito la deduzione della società datrice all’esclusiva esistenza delle esigenze giustificatrici); Cass. 21 gennaio 2020, n. 1163 (ove il principio è dalla Corte solo *obiter dictum*); Cass. 27 marzo 2020, n. 7578 (nel caso di specie, ove il motivo è stato accolto, “il giudice di merito ha ritenuto contraddittoria la versione dei fatti narrata nell’atto di citazione, dove si legge che la «caduta a terra sarebbe dovuta ad una sorta di cedimento strutturale di una o più delle assi in legno del ponte dello scivolo», mentre nella denuncia-querela il fatto sarebbe stato descritto in modo diverso e contraddittorio rispetto a quello di cui alla citazione, ossia nel senso di «una caduta dovuta ad un inciampo in una delle assi di legno non fissate perfettamente alla struttura del gioco» (p. 7

2020, n. 24395, la quale, con ampia motivazione, ha concluso nel senso che il c.d. travisamento della prova, con riguardo all'attuale testo dell'art. 360 c.p.c., non sia mai deducibile come motivo di ricorso per cassazione.

Nelle parti essenziali di questa pronuncia la Corte osserva: a) se è vero che, nel vigore del testo dell'art. 360 c.p.c., n. 5 precedente alla riforma del 2012 un residuo controllo in sede di legittimità veniva ammesso qualora il travisamento delle prove avesse messo capo ad un vizio logico di insufficienza di motivazione, del tutto diversa dev'essere ora la conclusione, non essendo più consentita la possibilità di censurare per cassazione l'insufficienza o contraddittorietà della motivazione se non quando il vizio risulti dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali, e dovendo piuttosto il vizio di cui all'art. 360 c.p.c., n. 5 necessariamente tradursi nell'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, nel senso che, se esaminato, avrebbe determinato un esito diverso della controversia (giusta la consolidata giurisprudenza della Corte); b) è precisamente l'insussistenza di alcun giudizio a rendere possibile il rimedio della revocazione e a segnare, in parallelo, la differenza rispetto al giudizio errato sulla sussistenza o insussistenza di un fatto: nell'un caso, infatti, su quel dato fatto non vi è tecnicamente giudizio, perché viene erroneamente supposto come vero o non vero, mentre tale non è secondo le incontroverse risultanze di causa; nell'altro caso, che presuppone naturalmente che le risultanze probatorie siano controverse, su quel fatto ci sarà sempre un giudizio, che potrà essere errato o meno e dunque censurabile secondo la legge propria dei mezzi d'impugnazione predisposti per gli errori di giudizio; c) proprio per ciò non può logicamente ammettersi, come invece ritenuto da

della sentenza)". In realtà, "il giudice di primo grado ha ritenuto non provato il fatto sulla base di una contraddizione tra la narrazione contenuta nelle sommarie informazioni e la narrazione contenuta nella citazione, ma, per come risulta dal testo della prima delle due, riportato a pagina 18 del ricorso, anche nelle sommarie informazioni si fa riferimento al fatto che le assi di legno della pedana non erano ben fissate"; Cass. 14 febbraio 2020, n. 3796 (la sentenza impugnata non aveva riconosciuto la protezione internazionale avendo ritenuto non credibile la minaccia derivata da una "confraternita" che aveva costretto alla fuga il richiedente, il quale aveva invece parlato di un "esponente politico di spicco" nigeriano); Cass. 28 settembre 2020, n. 20347 (che, riaffermato il principio, ha ritenuto non sussistente il travisamento della prova nel caso di specie); Cass. 16 ottobre 2020, n. 22571 (che, riaffermato il principio, ha ritenuto inammissibile il motivo); Cass. 10 giugno 2021, n. 16382 (che, riaffermato il principio, dichiara inammissibile il motivo); Cass. 18 agosto 2021, n. 23079 (che riconduce il travisamento "al profilo dell'omesso esame di un fatto decisivo, ossia l'avvenuta produzione in copia autentica, nella fase di opposizione L. n. 89 del 2001, ex art. 5 ter dei documenti richiesti, corredati dell'attestazione di conformità della cancelleria di Forlì"); Cass. 6 dicembre 2021, n. 38499 (dichiara inammissibile il motivo, dopo aver riaffermato il principio).

Cass. n. 9356 del 2017, la censurabilità per cassazione di un errore di percezione su un fatto controverso: una volta stabilito che l'errore di percezione si risolve in un contrasto antitetico tra due rappresentazioni del medesimo oggetto, l'una contenuta nella sentenza e l'altra risultante dai documenti di causa, la configurabilità di un errore di percezione su un fatto controverso presupporrebbe l'esistenza di "prove chiare" o, peggio ancora, che esista un "fatto" distinto dal giudizio di fatto, cioè al di fuori dalla sola interpretazione giuridicamente rilevante di quel fatto, che è quella propria del giudice di merito. La qual cosa, com'è noto, è ciò che la nozione di "travisamento" storicamente sottintendeva, al fine di indurre il giudice di legittimità ad un più ampio riesame del fatto oggetto della controversia, ma che non è più possibile ammettere senza surrettiziamente trasformare questa Corte in un giudice di merito di terza istanza⁵.

Si tratta di una ricostruzione del sistema che è stata però sottoposta a critica, in particolare dalla Terza Sezione della Corte. Di seguito i passaggi fondamentali del ragionamento esibito in replica: *a*) si rileva anzitutto come l'orientamento restrittivo conduca ad esiti non agevolmente conciliabili con il principio che, attraverso il disposto di cui all'art. 115 c.p.c., impone al giudice di porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti (oltre ai fatti non specificamente contestati), rendendo paradossalmente non più contestabile, in sede di legittimità, proprio il caso dell'avvenuta utilizzazione, da parte del giudice di merito, di informazioni probatorie che non esistono nel processo e che tuttavia comunque sostengono illegittimamente una decisione assunta (non già, o non tanto, in base a una motivazione viziata, bensì) in violazione di un parametro d'indole legislativa; *b*) una simile decisione – proprio in quanto utilizza (e dunque non trascura) i fatti probatori travisati su cui la stessa è fondata e sui quali le parti hanno avuto modo di discutere –, sfuggirebbe, tanto all'ambito di applicabilità dell'art. 360 c.p.c.,

⁵ Così Cass. 3 novembre 2020, n. 24395; questa pronuncia è richiamata in senso apparentemente adesivo da Cass. 24 marzo 2022, n. 9673, ove, a proposito del travisamento della prova, si afferma che si tratta di “errore sul significante, che si traduce nell'utilizzo di un elemento di prova inesistente (o incontestabilmente diverso da quella reale), e non sul significato della prova. Manifestandosi anche le prove in enunciati linguistici, il travisamento concerne il misconoscimento dei dati linguistici, e dunque il livello percettivo che precede la valutazione. Quest'ultima interviene in una fase successiva, quando, delimitato il campo semantico, si aprono le diverse opzioni valutative” (negli stessi termini, v. Cass. 15 febbraio 2023, n. 4681). Per questa distinzione (significante/significato), ricorrente in ambito penale, v. F. Zacchè, *Prova travisata e poteri della Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, 2562 ss., § 4.; nella giurisprudenza penale, tra le molte, Cass. pen., sez. II, 25 agosto 2021, n. 32113. Nega di recente il travisamento della prova, come motivo di ricorso per cassazione civile, Cass. 17 marzo 2023, n. 7845; Sempre in senso restrittivo v. anche Cass. 27 febbraio 2023, n. 5807; Cass. 24 febbraio 2023, n. 5799; segnala il contrasto Cass. 24 febbraio 2023, n. 5778, con richiami in senso restrittivo successivi a Cass. n. 24395/20.

n. 5 (trattandosi di fatti il cui esame non fu omissivo), quanto al limitato spazio di incidenza del (l'estremo) rimedio di cui all'art. 395 c.p.c., n. 4 (trattandosi di un fatto su cui il giudice si è espressamente pronunciato), finendo con consolidare un'inemendabile forma di patente illegittimità della decisione; c) se pertanto alla parte è totalmente sottratta la possibilità di discutere, in sede di legittimità, del modo attraverso il quale il giudice di merito ha compiuto le proprie valutazioni discrezionali di carattere probatorio (segnatamente, in ordine ai contenuti informativi selezionati tra i diversi significati in astratto ricavabili dai mezzi di prova acquisiti al giudizio), alla stessa parte deve tuttavia ritenersi conservata (in relazione all'art. 115 c.p.c.) la possibilità di denunciare la illegittima utilizzazione, da parte del giudice di merito, di prove inesistenti, ossia di prove (e dunque di giudizi di congruità rappresentativa), non solo riferite a fonti mai dedotte in giudizio dalle parti (un testimone che non è mai stato addotto o sentito; un documento mai depositato agli atti del processo, etc.), ma altresì a prove che, pur riferendosi a fonti che appartengono al processo (uno specifico documento ritualmente depositato, un testimone regolarmente escusso, etc.), si sostanziano nella elaborazione di contenuti informativi che a dette fonti in nessun modo si lasciano ricondurre, neppure in via indiretta o mediata, nella loro più larga estensione rappresentativa; ossia di informazioni probatorie delle quali risulti preclusa alcuna possibile o immaginabile connessione significativa con le fonti o i mezzi di prova cui il giudice ha viceversa inteso riferirle; d) l'indicata facoltà della parte di ricorrere al giudice di legittimità al fine di denunciare la violazione di legge consistita nell'avvenuta decisione della causa sulla base di prove inesistenti (art. 115 c.p.c.), in tanto sarà esercitabile, in quanto la parte interessata abbia assolto, non solo all'onere di prospettare, sul piano argomentativo, l'assoluta impossibilità logica di ricavare, dagli elementi probatori acquisiti al giudizio, i contenuti informativi che da essi il giudice ha ritenuto di poter trarre; ma altresì all'onere di specificare in che modo la sottrazione al processo dei contenuti informativi utilizzati dal giudice si converta in un percorso argomentativo necessariamente destinato a condurre a una decisione favorevole alla parte istante: ciò che si traduce nel carattere sicuramente decisivo dell'errore commesso dal giudice, ossia nei caratteri di un errore in assenza del quale la decisione del giudice di merito sarebbe stata diversa, non già in termini di mera probabilità, ma in termini di assoluta certezza⁶.

⁶ Cass. 26 aprile 2022, n. 12971, che ha dichiarato inammissibile il motivo per difetto dei requisiti da ultimo richiamati nel testo. Negli stessi termini v. poi Cass. 4 marzo 2022, n. 7187 (nel caso di specie la Corte ha ritenuto ammissibile il motivo con cui si contestava l'oggettivo travisamento, a causa di un errore percettivo, del contenuto di una missiva, alla quale

A quest'ultimo orientamento, che sembra consolidarsi, non senza ulteriori contrasti, nella successiva e più recente giurisprudenza della Suprema Corte⁷, aderisce, con articolata motivazione, anche Cass. 21 dicembre 2022, n. 37832, la quale premette che in vista della fissata udienza pubblica, il Procuratore Generale ha depositato conclusioni scritte chiedendo la rimessione della causa al Primo Presidente per l'assegnazione alle Sezioni Unite sui seguenti due quesiti: a) “se l'errore che ricade sulla ricognizione del contenuto oggettivo della prova (ossia del risultato probatorio nella sua obiettività, che viene erroneamente percepito o ricevuto o evidentemente travisato), può dar luogo, se del caso, esclusivamente a revocazione *ex art.* 395 c.p.c., n. 4, ovvero sia ancora sindacabile in sede di legittimità”; b) “ove si dia risposta positiva al primo quesito, quale sia il corretto specifico rimedio con cui far valere tale specifico vizio: l'*error in procedendo* *ex art.* 360 c.p.c., co. 1, n. 4 per violazione del divieto, desumibile dall'art. 115 c.p.c. di fondare la decisione su prove non offerte dalle parti, ovvero il vizio motivazionale *ex art.* 360 c.p.c., comma 1, n. 5”⁸.

la Corte d'appello aveva attribuito una valenza confessoria circa il riconoscimento di pretesi difetti di beni che, in realtà, non erano mai stati consegnati all'acquirente); Cass. 3 maggio 2022, n. 13918 (che ha dichiarato inammissibile il motivo per difetto dei requisiti da ultimo richiamati nel testo); Cass. 24 agosto 2022, n. 25310 (nel caso di specie, alcuni fax, ritenuti genuini dalla Corte d'appello che aveva dichiarato nullo il licenziamento sulla loro base, erano stati invece accertati come falsi nel processo penale che aveva coinvolto la lavoratrice licenziata); Cass. 6 settembre 2022, n. 26209 (nel caso di specie la Corte di appello aveva errato mancando di attribuire alle deposizioni testimoniali e alle risultanze documentali l'unico e palese significato, ineludibile pena il loro completo travisamento, che esse avevano in ordine al manifestato dissenso alla trasfusione); Cass. 7 febbraio 2023, n. 3647 (nel caso di specie la Corte di appello aveva travisato le risultanze di una consulenza tecnica di parte stragiudiziale); Cass. 9 febbraio 2023, n. 3955 (che ha dichiarato inammissibile il motivo, dopo aver riaffermato i richiamati principi).

⁷ Tra le più recenti che ammettono il travisamento della prova come motivo di ricorso v., oltre alle pronunce richiamate nella nota precedente, Cass. 16 marzo 2023, n. 7640; Cass. 6 marzo 2023, n. 6593; Cass. 3 marzo 2023, n. 6431 (che lo ammette in astratto, ma non “nell'ipotesi in cui ricorra l'ipotesi di c.d. doppia conforme, stante la preclusione di cui all'art. 348-ter c.p.c., u.c.”); Cass. 21 febbraio 2023, n. 5388 (sia pure dando atto del contrasto sul punto); Cass. 15 febbraio 2023, n. 4681; Cass. 15 febbraio 2023, n. 4675; Cass. 9 febbraio 2023, n. 4016; Cass. 27 dicembre 2022, n. 37821; in senso contrario v. però, con ulteriori richiami in senso restrittivo, Cass. 24 febbraio 2023, n. 5778.

⁸ Cfr. Cass. 21 dicembre 2022, n. 37832, nella cui motivazione, oltre a considerazioni di carattere generale sulla prova, si riporta lo “statuto” del travisamento della prova e della estensione del suo sindacato in sede di legittimità, riprendendo e sviluppando quanto detto nella motivazione di Cass. 3 maggio 2022, n. 13918. Ecco i passaggi essenziali: “la prova è la traccia che un fatto lascia nella memoria degli uomini ovvero nella materialità del mondo fisico e della cui percezione il giudice si avvale per l'accertamento di quel fatto: in altri termini, è prova un qualsiasi dato dimostrativo e conoscitivo di fatti, che sia idoneo a fondare, anche da sé solo, il convincimento del giudice nel momento della decisione. In quanto tale, il termine prova è suscettibile di essere utilizzato in una pluralità di accezioni, ben note alla dottrina processual-penalistica: tema di prova è il fatto che si intende provare (l'ipotesi che si deve verificare);

fonte di prova è la persona (parte, teste, ecc.), la cosa o il documento o un qualsiasi fenomeno idoneo a produrre una conoscenza rilevante per il processo; elemento di prova è il dato acquisito dalla fonte di prova, senza il contraddittorio tra le parti, al di fuori del processo; mezzo di prova è lo strumento mediante il quale, nel contraddittorio tra le parti, si utilizza la fonte di prova per affermare o negare in sede processuale l'esistenza del fatto; infine, risultato della prova è l'esito del percorso argomentativo compiuto dal giudice nel valutare le prove acquisite. Orbene, per quanto qui rileva, il giudice di merito, attraverso l'osservazione e la valutazione, trae dall'elemento di prova e/o dal mezzo di prova informazioni che, in misura più o meno diretta, porrà a fondamento della conferma, positiva o negativa, circa la sussistenza (o insussistenza) del fatto decisivo in contestazione. Il giudice di merito, quindi, nell'esprimere in sentenza il risultato della prova, è chiamato a selezionare da ogni elemento o mezzo di prova, ritualmente assunto, uno specifico contenuto informativo che, alla luce delle informazioni desunte dagli altri elementi e mezzi disponibili, utilizzerà nel comporre il ragionamento probatorio, in cui si articola la decisione. Orbene, è indubbio che l'attività di selezione di un dato informativo tra tutti i dati informativi astrattamente desumibili da un elemento o da un mezzo di prova, in quanto espressione del prudente apprezzamento del giudice di merito, è attività riconducibile in via esclusiva al sindacato del giudice di merito ed è estranea al sindacato della Corte di legittimità, con la conseguenza che non è denunciabile come vizio della decisione di merito. Parimenti indubbio è che la parte interessata non può più, una volta esaurito il corso dei giudizi di merito, ridiscutere in sede di legittimità le modalità attraverso le quali il giudice di merito ha valutato, dopo averlo selezionato, il materiale probatorio ai fini della ricostruzione dei fatti di causa. Tuttavia, in sede di legittimità, la parte interessata – oltre a poter denunciare l'omesso esame (da parte del giudice di merito) di specifici fatti (di ordine principale o secondario e comunque di carattere decisivo), che siano stati oggetto di contraddittorio processuale – può denunciare l'inesistenza di una informazione probatoria, che, proprio perché inesistente, illegittimamente è stata posta a fondamento della decisione di merito. La verifica di tale inesistenza (la verifica, cioè, dell'inesistenza di una qualsivoglia, reale connessione giuridicamente significativa del singolo dato probatorio, ritenuto in concreto decisivo, con l'elemento o con il mezzo di prova dal quale il giudice ha inteso ricavarlo) si risolve in una operazione di raffronto tra l'elemento o il mezzo di prova utilizzato e il dato probatorio da esso desunto e, pur risentendo in ogni singolo caso della natura della prova in concreto acquisita (se libera o legale, dichiarativa o documentale, ecc.), non può rimanere estraneo al giudizio di legittimità. Il punto è che l'errore di percezione della prova esclude in radice, sul piano processuale, la stessa "esistenza" di un giudizio (tanto è vero che deve essere rilevato, qualora non abbia costituito "punto controverso", dallo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza: cfr. art. 398 c.p.c., comma 1), mentre l'errore di valutazione della prova dà luogo ad un giudizio errato, che deve essere denunciato al giudice dell'impugnazione (sempre che la relativa disciplina lo consenta). Osserva, pertanto, il Collegio, in conformità con quanto anche di recente affermato da questa stessa Corte (il riferimento è alla sentenza ed alle ordinanze sopra richiamate), che i dati informativi riferibili a fonti mai dedotte in giudizio dalle parti (un testimone che non è mai stato dedotto o, pur essendolo stato, non è stato mai sentito; un documento che non è mai stato richiamato o che, pur essendo stato richiamato, non è mai stato prodotto, ecc.), ovvero i dati informativi che si riferiscono a fonti appartenenti al processo (uno specifico documento, in concreto ritualmente depositato; un determinato testimone, in concreto regolarmente escusso, ecc.), ma che si sostanziano nell'elaborazione di contenuti informativi che non si lasciano in alcun modo ricondurre, neppure in via indiretta o mediata, alla fonte alla quale il giudice di merito ha viceversa inteso riferirle, non possono essere legittimamente posti a fondamento di una decisione di merito. Se ciò avviene, va riconosciuta alla parte interessata, una volta esaurito il corso dei giudizi di merito, la possibilità di farne denuncia a questa Corte. Diversamente opinando, in sede di legittimità, del tutto paradossalmente, sarebbe non censurabile la sentenza del giudice di merito che abbia utilizzato informazioni probatorie che non esistono nel processo: una simile decisione, infatti, sfuggirebbe all'ambito di applicabilità sia dell'art. 360

Per provare a rispondere ai richiamati quesiti occorre approntare un discorso che tenga conto della struttura del giudizio di fatto, ed in particolare della struttura della valutazione delle prove libere, con attenzione alle sue componenti logico-cognitive.

Prima di procedere in tal senso occorre ricordare che, da ultimo, la Sezione Seconda della Corte è tornata sull'argomento e, per mano dell'estensore della pronuncia che espressamente ha preso posizione per negare l'ammissibilità del travisamento della prova come motivo di ricorso, dopo aver confermato l'orientamento restrittivo, ha rimesso la causa alla Prima Presidente per l'eventuale assegnazione della questione alle Sezioni Unite⁹.

2. – Con riguardo al giudizio di fatto sono ricorrenti affermazioni come “logica del giudice”, “vizio logico della motivazione”, e “probabilità logica”; tuttavia non è affatto chiaro cosa esattamente si intenda in questi casi con il termine “logica”, o “logico”, attesa la nota polisemia di detti termini.

Per limitarci ai significati più comuni, basti pensare alla logica: *a*) dimostrativa, in cui le conclusioni sono vere; *b*) deduttiva, in cui le conclusioni sono certe; *c*) induttiva, in cui le conclusioni sono probabili; *d*) abduttiva, in cui, a parità di conclusioni probabili, si mira a conoscere la causa partendo dagli effetti; *e*) argomentativa, in cui le conclusioni sono ragionevoli; *f*)

c.p.c., n. 5 (trattandosi di fatti il cui esame non fu omesso) che dell'art. 395 c.p.c., n. 4 (trattandosi di fatti su cui il giudice di merito si è espressamente pronunciato).

⁹ Cass. 29 marzo 2023, n. 8895, con ampio richiamo ai precedenti conformi. In particolare, in questa pronuncia la Corte – in replica agli argomenti spesi da Cass. n. 12971/22, Cass. n. 13918/22 e Cass. n. 37382, dianzi richiamate quale dettagliata espressione dell'orientamento estensivo – insiste sulla reciproca esclusione tra l'errore di giudizio e l'errore di percezione del giudice di merito, e sulla deduzione del secondo esclusivamente come motivo di revocazione *ex art.* 395, n. 4, c.p.c.; mentre il travisamento della prova, se è frutto di un errore di giudizio, non è più deducibile a seguito della novella apportata all'art. 360, n. 5, c.p.c., che – come chiarito da Cass. S.U. n. 8053 del 2014 – ha reso inammissibile la censura per insufficienza o contraddittorietà della motivazione; e nemmeno è deducibile per violazione dell'art. 115 c.p.c., atteso il consolidato orientamento restrittivo della Corte sul punto. Da notare, tuttavia, che il discorso qui svolto dalla Corte è in più punti leggermente diverso rispetto a quanto contenuto nella motivazione di Cass. n. 24395/20, che ha inaugurato esplicitamente l'orientamento restrittivo. In quella sentenza la Corte contesta “che esista un «fatto» distinto dal giudizio di fatto, cioè al di fuori dalla sola interpretazione giuridicamente rilevante *di quel fatto*, che è quella propria del giudice di merito”; mentre qui, nell'ordinanza interlocutoria, si dice “cioè al di fuori della sola interpretazione giuridicamente rilevante *delle prove* e della loro idoneità o meno a dimostrare i fatti controversi», che è attribuita al giudice del merito (corsivi miei). Ed inoltre qui la Corte introduce per la prima volta la distinzione tra valutazione finalizzata all'identificazione del significato (obbiettivo) dell'elemento di prova e valutazione finalizzata ad attribuire al medesimo elemento idoneità dimostrativa in ordine alla esistenza o al modo di essere del fatto ignoto e controverso. Si tratta, in effetti, di due distinte valutazioni, di cui ci occuperemo rispettivamente nei §§ 5 e 6 di questo studio.

fuzzy, che tiene conto di elementi di incertezza nella percezione e nella elaborazione di informazioni; g) come coerenza, con riferimento al principio di non contraddizione; h) come qualità che assicura la correttezza del ragionamento; i) come qualità della argomentazione del giudice¹⁰.

¹⁰ Premesso che, come è noto, sussiste una serie sterminata di “logiche”, e lo stesso significato del termine “logica” (e del corrispondente aggettivo “logico”) è tutt’altro che univoco (v., in proposito, la voce “Logica” nel *Vocabolario on line* e nella *Enciclopedia on line* Treccani; v. anche la voce *Logica e processi cognitivi*, sempre nella *Enciclopedia on line* Treccani, nonché F. D’Agostini, *Le ali al pensiero*, Roma, 2015, 113 ss.) è interessante notare che sono almeno nove le accezioni in cui viene in considerazione il termine “logica” quando si parla comunemente e genericamente di “logica del discorso del giudice”: a) come coerenza, con riguardo al principio di non contraddizione in senso stretto ed al principio del terzo escluso; b) in quanto si sviluppa sulla base di elementi strutturali prestabiliti rigidi (si pensi, per metafora, agli elementi base delle costruzioni *Lego*), che formano concatenazioni semantiche e schemi di discorso necessitati; tuttavia, la mente opera anche per intuizioni ed attraverso sensazioni, emozioni che hanno una grammatica non prevedibile e flessibile, per cui gli sviluppi del processo cognitivo, quanto a forme e contenuti, non sono logicamente necessitati (si pensi alle influenze derivanti dagli stati inconsci della mente); c) come cogenza, nel senso di univocità e necessità sintattica e semantica del rapporto tra premesse e conclusioni del ragionamento; tuttavia, è più esatto discorrere di logica con riguardo al “grado di cogenza” di tale rapporto, giacché è possibile distinguere tra logica deduttiva, in cui la conclusione deriva necessariamente da determinate premesse, e logica induttiva, in cui la conclusione è solo probabile, perché la legge di esperienza che collega la premessa minore alla conclusione non è universale ma opera solo in un determinato numero di casi (c.d. legge statistica); d) come certezza, nel senso che la conclusione di un ragionamento logico è anche sicura, fondata, “vera”; ma anche qui è opportuno riferirsi al “grado di verità” di una conclusione, poiché possiamo distinguere tra logica dimostrativa, in cui la conclusione del ragionamento è sicuramente vera, e logica argomentativa, in cui la conclusione presenta un certo grado di probabilità di essere vera, in relazione al grado di plausibilità e di fondatezza che si riconosce alle ragioni che sono state poste a sua giustificazione; e) in quanto fondata su dati obiettivi, e quindi, da un lato, idonea a conseguire conclusioni del pari obiettive, dall’altro, sottoponibile ad un controllo pure parimenti obiettivo; in realtà, anche qui occorre distinguere, giacché all’interno del discorso inferenziale del giudice possiamo distinguere tra elementi strutturali oggettivi, come ad esempio i segni con funzione probatoria che debbono essere valutati dal giudice; ed elementi soggettivi, che caratterizzano quella valutazione, come le capacità cognitive, il sistema etico-valoriale, lo stile emozionale e le conoscenze di sfondo del giudice stesso; f) come qualità che rende l’inferenza del giudice valida, ovvero in grado di raggiungere pienamente il risultato per cui l’inferenza stessa è stata compiuta: nella logica classica aristotelica, essenzialmente binaria, il ragionamento logico valido porta a conclusioni “vere”, quello non valido a conclusioni “false”; nel discorso del giudice, invece, sono presenti elementi strutturali in considerazione dei quali la verità della conclusione non è certa, ma presenta un certo “grado di probabilità”; g) in quanto strutturata su proposizioni semanticamente precise, ben determinate, univoche; occorre però tener presente che molto spesso il discorso del giudice si basa su concetti e su termini dal significato non ben definito, dando luogo a ragionamenti semanticamente approssimati, secondo i canoni della logica *fuzzy*; h) con riferimento ad un sistema di regole formali chiuso, il cui controllo prescinde da un riesame del contenuto delle sue proposizioni; i) come rispondente ad un insieme convenzionale predefinito di regole e controlli razionali il cui rispetto assicura la correttezza del ragionamento. Su questi aspetti rinvio a R. Poli, *Logica e razionalità nella ricostruzione giudiziale dei fatti*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 515 ss.; Id., *Gli elementi strutturali del ragionamento presuntivo*, in *Il ragionamento presuntivo*, a cura di S.Patti e R. Poli, Torino, 2022, 26 ss.

In questa sede interessano le ultime due accezioni richiamate: I) logica come qualità che assicura la correttezza del ragionamento; II) logica come qualità della argomentazione del giudice.

Possiamo dire che il discorso del giudice sopra i fatti della causa – *id est*, il giudizio di fatto – è logico-razionale, nel senso che assicura la correttezza del suo ragionamento, quando è: *a*) corretto dal punto di vista linguistico (grammaticale, sintattico e semantico), altrimenti, ove non comprensibile, non è idoneo al suo scopo; *b*) completo, nel senso che prende in esame tutti gli elementi di prova legittimamente presenti agli atti di causa; *c*) rappresentativo, nel senso che non travisa gli elementi di prova presenti ed esaminati; *d*) attendibile, nel senso che il giudice deve aver verificato ed accertato l'attendibilità delle fonti di prova; *e*) plausibile, con riguardo alle premesse del suo ragionamento probatorio, alla regola di connessione (massima di esperienza, comune o tecnico-scientifica) tra premesse e conclusione, e alla stessa conclusione ritratta dalle premesse; ed è plausibile quando è conforme alle regole di strutturazione, organizzazione e funzionamento del mondo (LSOFM); *f*) coerente, con riguardo al principio di non contraddizione; *g*) congruo, ossia un discorso nel quale, sulla base di una considerazione anche olistica e non solo analitica delle prove e degli elementi di prova, le conclusioni, parziali e finale, sono adeguatamente sorrette dalle premesse, parziali e finale, in base ad una corretta concatenazione logica¹¹.

Per quanto riguarda, invece, la qualità logica dell'argomentazione del giudice sopra i fatti della causa, in particolare la qualità logica della inferenza probatoria, essa è: α) non dimostrativa, né deduttiva, salvo casi eccezionali; β) empirica, nel senso che prende le mosse da fatti del mondo (le tracce di passatità, i segni con funzione probatoria), per conoscere fatti del mondo (i fatti ignoti controversi), attraverso le LSOFM; γ) materiale, perché le LSOFM hanno natura materiale, concreta, e non formale, sintattica o simbolica; δ) induttiva, perché si fonda su premesse probabili e accede a conclusioni probabili; ϵ) abduttiva, perché spesso la ricostruzione dei fatti procede dall'effetto verso la causa; ζ) argomentativa, perché si fonda su "buone ragioni" e non su proposizioni la cui verità è assicurata da regole formali; η) dialettico-retorica, perché è rivedibile, aperta alla discussione e si forma lungo tutto il corso del processo nel contraddittorio delle parti; θ) opinativa, perché include numerose scelte di valore da parte del giudice¹².

¹¹ Per un più ampio discorso rinvio a R. Poli, *Logica e razionalità*, cit., 533 ss.

¹² Per maggiori informazioni al riguardo v. R. Poli, *op. ult. cit.*, 533 ss.

3. – Questa “logica” viene utilizzata dal giudice di merito nella valutazione delle prove libere, la quale è strutturata nelle seguenti fasi logico-cognitive, strettamente collegate fra di loro:

a) percezione del segno o fatto probatorio (c.d. percezione semplice e c.d. percezione oggettuale): documento, foto, dichiarazione, indizio, ecc.; b) interpretazione del segno probatorio (c.d. percezione proposizionale); c) valutazione in senso stretto del segno o fatto probatorio, a sua volta composta da: c1) assegnazione del valore probatorio al segno; c2) individuazione della regola di connessione (massima d’esperienza, comune o tecnico-scientifica) tra premesse probatorie e conclusione probatoria; c3) assegnazione della forza del nesso di consequenzialità tra premesse probatorie e conclusione; c4) presa di decisione e fissazione dei criteri nella motivazione della sentenza¹³.

Come vedremo con maggiore dettaglio nei prossimi due paragrafi, il travisamento della prova, che è stato oggetto di ampia indagine nel contesto del processo penale¹⁴, può essere determinato: (i) da una svista materiale, un

¹³ Diffusamente in proposito in R. Poli, *La valutazione delle prove: tra cognitivismo ed ermeneutica*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 881 ss.

¹⁴ Per G. Ubertis, *Sistema di procedura penale*, II, *Persone, strumenti, riti*, Milano, 2020, 794, ricade “nel vizio di motivazione sia il *travisamento degli atti*, il quale si ha quando il giudice di merito ha motivato la propria decisione sulla base di un atto processuale mai venuto ad esistenza (cioè ha fondato il proprio convincimento su una prova mai acquisita) o, viceversa, ha obliterato un atto (cioè ha escluso dal proprio convincimento una prova legittimamente acquisita), sia il *travisamento delle risultanze*, che si ha quando il risultato probatorio assunto come base argomentativa del discorso giudiziale è in contraddizione con l’elemento di prova, il cui significato risulta frainteso” (corsivo nell’originale). Secondo P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, 238, il travisamento della prova si verifica quando il giudice, nel decidere, si avvalga “di prove il cui contenuto non corrisponde a quello risultante dagli atti del processo”. Per G. Riccio, “Travisamento della prova” e *giudizio di legittimità*, in *Giust. pen.*, 2011, III, 513 ss., spec. 521, il travisamento della prova “*sanziona il cattivo uso degli elementi di prova quale effetto di evidenti alterazioni percettive e di non corretta applicazione delle regole di valutazione della prova*” (corsivo nell’originale). V. anche F. Cordero, *Commento all’art. 606 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1992, 726, il quale, oltre a richiamare, con esemplificazioni, i casi di prove omesse e prove inventate, ricorda che il travisamento della prova si avvera anche nel caso della prova non valutata correttamente, vale a dire quando i motivanti stravolgono gli enunciati contro elementari regole ermeneutiche; A. Costanzo, *Anomia della illogicità manifesta*, in *Cass. pen.*, 2019, 1308 ss., § 3, per il quale il travisamento della prova “consiste in una divergenza fra la valutazione a base dell’argomentazione del giudice e il significato [del] dato valutato, tale da determinare un errore che disarticoli l’intero ragionamento e renda illogica la motivazione per il suo contrasto con la forza dimostrativa del dato travisato”. Nei prossimi paragrafi vedremo come in realtà sia necessario distinguere tra, da un lato, interpretazione del contenuto informativo obbiettivo dell’elemento di prova e, dall’altro, valutazione della prova in senso stretto. Nel senso che occorre distinguere tra (a) travisamento della prova, nel quale il giudice, prima ancora di esporne la valutazione, dà conto di una prova acquisita riferendo in modo scorretto del suo esito e comporta infedeltà della motivazione; e (b) erronea valutazione della prova, che riguarda l’incidenza del dato obbiettivamente ricostruito (ad es., il puro evento linguistico,

errore di percezione, che comporta l'erronea considerazione di un elemento di prova al posto di un altro (documento, fotografia, testimonianza, ecc., nel senso che il giudice prende in esame un elemento di prova diverso da quello che ritiene di considerare: travisamento sostitutivo); (ii) da una svista materiale, un errore di percezione che ricade sopra un aspetto formale dell'elemento di prova e comporta un'alterazione del significato obbiettivo dello stesso (nel senso che il giudice basa la sua argomentazione su di una informazione probatoria che non esiste: travisamento negativo; od omette di considerare una informazione probatoria che esiste: travisamento affermativo); (iii) da una erronea interpretazione del contenuto informativo dell'elemento di prova, che del pari comporta un'alterazione del significato obbiettivo dello stesso (nel senso che dalla decisione risulta un contrasto tra l'informazione probatoria presente agli atti e l'informazione probatoria posta alla base della argomentazione del giudice: travisamento interpretativo)¹⁵.

4. – Con la “percezione semplice”, il giudice semplicemente *percepisce un qualche oggetto*; percepisce *di o qualcosa* (ad es., genericamente qualcosa con le sembianze di una foto). Con la “percezione oggettuale” il giudice *percepisce essere*, cioè vede qualcosa essere in un certo modo: non vede semplicemente una foto, ma vede una foto con determinate caratteristiche, determinate proprietà (dimensioni, forme e colori), vale a dire, ad esempio, che ritrae un muro con un punto scuro nella parte alta in cui incontra un altro muro. In sintesi, con la percezione il giudice prende coscienza della fonte di prova nei suoi elementi formali essenziali.

A questo primo stadio di relazione tra giudice e fonti di prova il travisamento può consistere, anzitutto, in una svista materiale sulla stessa fonte di prova – o sull'elemento di prova, nel caso ad es. di una dichiarazione testi-

nel caso di una testimonianza) ai fini del convincimento del giudice nel giudizio di colpevolezza e comporta illogicità della motivazione, v. A. Capone, *La contraddittorietà tra motivazione e atti in Cassazione*, in *Dir. pen. e processo*, 2006, 1522 ss. V. anche il passaggio di Cass. 24 marzo 2022, n. 9673, riportato *retro*, all'interno della nota 4.

¹⁵ Nel processo penale si ritiene che “tre sono le figure di patologia della motivazione riconducibili al vizio in esame: la mancata valutazione di una prova decisiva (travisamento per omissione); l'utilizzazione di una prova sulla base di un'erronea ricostruzione del relativo “significante” (cd. travisamento delle risultanze probatorie); l'utilizzazione di una prova non acquisita al processo (cd. travisamento per invenzione)” (così Cass. pen., sez. V, 8 luglio 2022, n. 26455; v. anche Cass. pen., sez. I, 9 dicembre 2021, n. 45209: “Il vizio di travisamento della prova consiste nell'utilizzazione di un'informazione probatoria inesistente, o nella pretermissione di un'informazione viceversa presente in atti, o nella sua falsificazione, intesa come alterazione del suo contenuto estrinseco, quando il dato probatorio rivesta peso decisivo nella motivazione”).

moniale –, per quanto dovrebbe trattarsi di casi assai rari. Il giudice ad esempio potrebbe per errore, ed in particolare per una svista materiale, prendere in esame alcune foto presenti agli atti, ma diverse da quelle su cui la parte ha fondato le proprie argomentazioni e che ha indicato al giudice come relativa fonte di prova¹⁶.

Il travisamento potrebbe poi consistere in una erronea percezione degli elementi formali della fonte di prova, correttamente individuata (forma, dimensione, misura, qualità, disegno, colore, posizionamento dei vari elementi, caratteristiche grafiche, scritte vere e proprie, dichiarazioni, ecc.). Ove l'erronea percezione dovesse incidere sul risultato della singola prova, saremmo in presenza di un travisamento della prova, dovuto ad una svista materiale e non ad un errore di giudizio che, ove decisivo nei termini indicati dalla Suprema Corte, sarebbe idoneo ad alterare la soluzione della controversia¹⁷.

In questi casi, sembra condivisibile il rilievo della Corte laddove osserva che l'orientamento restrittivo conduce ad esiti non agevolmente conciliabili con il principio che, attraverso il disposto di cui all'art. 115 c.p.c., impone al giudice di porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti (oltre ai fatti non specificamente contestati), rendendo paradossalmente non più contestabile, in sede di legittimità, proprio il caso dell'avvenuta utilizzazione, da parte del giudice di merito, di informazioni probatorie che non esistono nel processo e che tuttavia comunque sostengono illegittimamente una decisione assunta (non già, o non tanto, in base a una motivazione viziata, bensì) in violazione di un parametro d'indole legislativa.

La più robusta obiezione in proposito, contenuta nell'ordinanza interlocutoria di Cass. 29 marzo 2023, n. 8895, è la seguente: «la possibilità di configurare un «errore di percezione» su un «fatto controverso» postula invece implicitamente (ma inevitabilmente) che ci possano essere «prove chiare» e, più ancora, che possa esistere processualmente un «fatto» distinto

¹⁶ È quanto peraltro sembra essere accaduto nella vicenda poi decisa da Cass. 12 aprile 2017, n. 9356, ove, come abbiamo visto (*retro*, all'interno della nota 2) i ricorrenti lamentavano che la Corte di appello avesse ritenuto di trarre la prova dello *status quo ante* dell'immobile danneggiato fraintendendo alcune fotografie prodotte dagli stessi danneggiati, le quali ritraevano le condizioni dell'immobile dopo l'allagamento, e non prima).

¹⁷ Si pensi al caso deciso da Cass. 14 febbraio 2020, n. 3796, nel quale la sentenza impugnata non aveva riconosciuto la protezione internazionale avendo ritenuto non credibile la minaccia derivata da una «confraternita» che aveva costretto alla fuga il richiedente, il quale aveva invece parlato di un «esponente politico di spicco» nigeriano. Si consideri anche il caso deciso da Cass. 4 marzo 2022, n. 7187, in cui la Corte ha ritenuto ammissibile il motivo con cui si contestava l'oggettivo travisamento, a causa di un errore percettivo, del contenuto di una missiva, alla quale la Corte d'appello aveva attribuito una valenza confessoria circa il riconoscimento di pretesi difetti di beni che, in realtà, non erano mai stati consegnati all'acquirente.

dal giudizio di fatto, cioè al di fuori della sola interpretazione giuridicamente rilevante delle prove e della loro idoneità o meno a dimostrare i fatti controversi, che per costante giurisprudenza di questa Corte è attribuita al giudice di merito”.

Il rilievo è indubbiamente assai acuto, e tuttavia è forse ugualmente rintracciabile lo spazio per il travisamento della prova come motivo di ricorso. Si deve tenere presente, in primo luogo, che il «fatto controverso» che qui rileva è il «fatto probatorio», normalmente controverso in ordine alla sua efficacia probatoria in senso stretto (efficacia rappresentativa di significante in chiave epistemica) e non il fatto storico ignoto che, del pari controverso, deve essere accertato sulla base di quel medesimo fatto probatorio (v. chiaramente Cass. n. 12971/22, che discorre di “fatti probatori travisati”); in secondo luogo, e proprio per ciò, ben può accadere che il giudizio di fatto sul fatto storico ignoto (e controverso, ma ora questo non rileva) si basi su di un aspetto dell’elemento di prova travisato a causa di un errore di percezione dello stesso elemento di prova.

A questo riguardo non rileva la postulazione di «prove chiare», perché, anche quando il fatto probatorio è controverso (in ordine alla sua efficacia probatoria in senso stretto), non viene qui in gioco la valutazione della sua idoneità rappresentativa di significante, bensì la considerazione del suo aspetto «morfologico» o fisionomico, che certamente può essere chiaro ed al contempo, in un suo determinato aspetto, erroneamente percepito: si pensi ad una registrazione di una conversazione tra presenti, tutt’altro che chiara quanto ad efficacia probatoria in senso stretto, ma chiarissima nel suo contenuto verbale, che viene in parte travisata dal giudice per un errore di percezione (visivo se scritta, o uditivo, ma non cambia nulla): la parte dice “non ero andato”; il giudice percepisce, per una svista materiale, “ero andato”, o viceversa. Qui il giudice pone alla base del suo ragionamento inferenziale, per valutarne l’idoneità dimostrativa, l’informazione probatoria travisata (ovvero un contenuto informativo che è impossibile ricondurre al mezzo di prova da cui il giudice pretende di averla derivata)¹⁸.

¹⁸ Si deve ad ogni modo riconoscere, nell’ottica dell’ordinanza interlocutoria n. 8895/23, che è decisamente problematico ipotizzare un errore di percezione sullo specifico aspetto controverso del fatto probatorio – anche se astrattamente concepibile – atteso che su tale specifico aspetto controverso, proprio perché tale, non può mancare uno specifico giudizio. Si tratterà, allora, evidentemente, di un giudizio superficiale, non accurato (e probabilmente proprio per questo il travisamento della prova costituisce un’ipotesi di colpa grave del magistrato), giacché il giudice finisce con l’immaginare, a causa di una svista materiale, ciò che non è nella realtà delle cose: per un esempio di errore di percezione su di un punto controverso, v. Cass. pen., sez. V, 8 luglio 2022, n. 26455; per un’ipotesi di introduzione nell’iter argomentativo di una informazione rilevante su di un punto controverso, che in realtà non esiste nel processo, v. Cass. pen., sez. IV, 19 ottobre 2022, n. 39481.

Sulla base di queste considerazioni, sembra allora altresì condivisibile la classificazione delle forme di tutela che l'orientamento estensivo ora in parola prevede per ciascun vizio, in quanto coerente con il sistema dei rimedi adottato dalla stessa Corte ove considerato nel suo complesso¹⁹. Pertanto, se l'errore di percezione cade su di un fatto probatorio non controverso e decisivo, l'unico rimedio è la revocazione a norma dell'art. 395, n. 4. Se, diversamente, l'errore percettivo cade su di un fatto probatorio che è stato oggetto di discussione tra le parti, si aprono due possibilità: *a*) se l'errore percettivo integra l'omesso esame di un fatto decisivo, la sentenza è ricorribile per casazione ai sensi dell'art. 360, n. 5 c.p.c.²⁰; *b*) se, invece, l'errore percettivo si sostanzia nella elaborazione di contenuti informativi in alcun modo ricon-

¹⁹ È stato peraltro opportunamente sottolineato che “appare davvero paradossale che, nell'ordinamento giuridico unitariamente inteso, possano concepirsi rimedi risarcitori per reintegrare la vittima dell'errore commessi dal magistrato e non si diano rimedi che tali errori tendano a prevenire, non solo eliminando la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea, ma anche impedendo che si consolidino errori revocatori ovvero consistenti nel travisamento dei fatti e delle prove” (così F.A. Genovese, *Le modifiche alla responsabilità civile dei magistrati*, in *treccani.it.*, § 3.3, che richiama gli attenti rilievi di F. Auletta, G. Verde, *La nuova responsabilità del giudice e l'attuale sistema delle impugnazioni*, in *Corr. giur.*, 2015, 898 ss., spec. 903. In proposito v. anche R. Martino, *Colpa grave del magistrato, responsabilità dello Stato e limiti del sindacato sul provvedimento giurisdizionale*, in *Giust. civ.com.*, 3/2016; G.F. Ricci, *Il «travisamento» del fatto e della prova nella responsabilità del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1155 ss.).

²⁰ Di recente, Cass. 1 marzo 2023, n. 6126. Poiché si ritiene per consolidata giurisprudenza che rientri nell'ambito di applicazione della norma anche l'omesso esame di un fatto secondario, che è un fatto probatorio, per coerenza si deve ritenere compreso in detto ambito anche l'omesso esame di qualsiasi altro fatto probatorio (o di un suo aspetto, purché decisivo). In questa direzione parrebbe *prima facie* qui ascrivibile anche il caso deciso da Cass. 21 dicembre 2022, n. 37382, ove il giudice di secondo grado ha affermato, incorrendo nell'errore di percezione stigmatizzato dalla Corte: “Tornando al progetto architettonico controverso, la pluralità di elaborati sia di tipo descrittivo che grafico in cui esso consiste *non sembra* effettivamente contenere, come già correttamente rilevato dal primo giudice, alcuna previsione in merito alla ‘giusta quota’ di imposta della piscina”. Tuttavia, al riguardo, F.M. Iacoviello, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 409, correttamente distingue tra travisamento negativo ed omessa valutazione di una prova. In quest'ultima, “io ignoro l'esistenza della prova. Nel travisamento negativo io vado oltre: affermo che la prova non esiste [come nel caso di Cass. n. 37382/22, ora richiamata]. Se si travisa una prova, evidentemente non si omette di valutarla. Se si omette di valutarla, evidentemente non la si può travisare. La difesa fornisce un alibi e la motivazione lo ignora: omessa valutazione di una prova. La difesa fornisce un alibi e la sentenza dice che l'imputato non è stato in grado di fornire un alibi: travisamento della prova. Nel primo caso io non utilizzo nessuna informazione. Nel secondo caso io utilizzo una informazione errata (e cioè che l'imputato non è stato in grado di fornire alcun alibi)”. Va però tenuto presente che, dalla sola lettura della sentenza, non è sempre agevole comprendere se il giudice nella motivazione abbia omesso di richiamare espressamente una prova (*i*) perché, pur avendola correttamente percepita ed interpretata, l'ha ritenuta irrilevante, oppure (*ii*) perché l'ha ritenuta irrilevante in quanto ne ha travisato il contenuto.

ducibili a fatti/fonti appartenenti al processo (uno specifico documento ritualmente depositato, un testimone regolarmente escusso, un indizio, ecc.), e quei contenuti informativi risultano decisivi, la sentenza è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 4 c.p.c., per violazione dell'art. 115 c.p.c.²¹.

5. – Attraverso la interpretazione del segno probatorio, o percezione proposizionale, il giudice *percepisce che*, vale a dire, nell'esempio in discorso, percepisce che quella foto mostra una parete ed un soffitto, e mostra anche che quella parete e quel soffitto presentano una macchia all'altezza del loro punto d'intersezione; macchia causata con ogni probabilità da una infiltrazione proveniente dal piano superiore.

Qui è importante tenere presente che l'interpretazione (o percezione proposizionale) è un'attività per metà percettiva e per metà valutativa: qui la valutazione, il giudizio, certamente ci sono, anche se la determinazione del significato obbiettivo del segno non è controversa, e a maggior ragione se lo è. Ma l'aspetto davvero rilevante ai nostri fini è che la valutazione che entra in gioco nella interpretazione del segno o fatto probatorio non è la valutazione in senso stretto della prova. Si tratta infatti di una valutazione finalizzata a comprendere il significato oggettivo del segno, del tutto a prescindere dalla sua attitudine rappresentativa del fatto da provare (e che, pertanto, interviene in un momento anteriore alla individuazione della massima di esperienza da applicare a quel segno al fine di formulare l'inferenza probatoria).

Per usare le parole della Corte, l'interpretazione del fatto probatorio mira alla ricognizione del suo contenuto *obbiettivo*, alla ricognizione del dato o contenuto informativo *oggettivo* del segno con funzione probatoria. In effetti, la giurisprudenza non distingue, e parla genericamente di “ricognizione del contenuto obbiettivo della prova”; e tuttavia, all'interno di quest'attività occorre distinguere, anche se in taluni casi non è semplice, tra (*i*) un contenuto informativo che ci dice in che consiste oggettivamente il fatto probatorio, l'elemento di prova e (*ii*) un contenuto informativo inteso come “insieme degli elementi di conoscenza sulla esistenza del fatto ignoto”, che rappresenta il risultato della valutazione della prova in senso stretto²².

²¹ Se la sentenza che si fondi su prove inesistenti, nel senso di prove che non sono mai state offerte dalle parti, è ritenuta ricorribile *ex art.* 360, n. 4, per violazione dell'art. 115 c.p.c., lo stesso trattamento deve essere riservato, per analogia, alla sentenza che si riferisca a fatti/fonti appartenenti al processo, ma utilizzi informazioni probatorie non riconducibili in alcun modo a tali fatti/fonti.

²² La distinzione tra valutazione finalizzata all'identificazione del significato (obbiettivo) dell'elemento di prova e valutazione finalizzata ad attribuire al medesimo elemento idoneità dimostrativa in ordine alla esistenza o al modo di essere del fatto ignoto e controverso

Proviamo ad esemplificare: nella decisione di Cass. 31 agosto 2021, n. 23650 si è affermato che “ai fini dell'accertamento della *scientia decoctionis* il giudice può avvalersi di presunzioni semplici, come quella fondata sul fatto che, secondo l’*id quod plerumque accidit*, una notevole parte della popolazione (ivi inclusa quella che dirige o collabora all'attività d'impresa) sia solita consultare la stampa ed informarsi di quanto essa pubblica, comprese le notizie relative allo stato di dissesto della società poi fallita”.

A tale proposito, è chiaro che una cosa è la valutazione mirante a comprendere il contenuto oggettivo degli articoli di stampa considerati, altro è la valutazione che intende cogliere in che misura i medesimi articoli siano in grado di determinare, nell'imprenditore “dotato di struttura organizzativa in grado di recuperare le informazioni più aggiornate direttamente connesse con la sua attività” (così la Corte nella decisione n. 23650/21), la conoscenza dello stato d'insolvenza della società poi fallita²³.

Si pensi altresì al caso deciso da Cass. 29 settembre 2021, n. 26303, nel quale il tema di prova aveva ad oggetto la visibilità ecografica di una lesione tumorale da parte di un medico ragionevolmente provveduto sul piano tecnico. Anche qui, una cosa è la valutazione necessaria a descrivere obiettivamente le caratteristiche della ecografia, altro è la sua valutazione quale fatto probatorio della responsabilità del medico.

Si pensi, inoltre, ad un pezzo della targa di un'automobile ritrovato nei pressi di un incidente stradale: una cosa è la ricognizione mirante a determinare che quel segno è un pezzo della targa di un'automobile, con determinate caratteristiche grafiche (i numeri della targa), altro è la ricognizione delle informazioni che quel segno somministra in ordine al coinvolgimento della vettura cui la targa appartiene nel sinistro in considerazione.

È da notare, infine, che il travisamento per erronea interpretazione del significato obiettivo del segno può riguardare anche delle conversazioni, telefoniche, via sms o per altra via, e comunque frasi, testi e discorsi anche scritti, come dichiarazioni delle parti o testimoniali apparentemente chiare nel loro significato. E ciò non solo considerando che pure queste in generale sono assoggettate ad una interpretazione²⁴, ma altresì in relazione al fatto

appare per la prima volta nell'ordinanza interlocutoria: Cass. 29 marzo 2023, n. 8895.

²³ Aggiunge la Corte, nella richiamata sentenza, che “il giudice di merito dunque, nel valorizzare le fonti di conoscenza, non deve ragionare in termini astratti, ma deve tenere in considerazione le risultanze del caso concreto, ovvero, per quel che rileva in questa sede, deve valutare nello specifico le caratteristiche della campagna di stampa e più precisamente, il numero di notizie pubblicate, il loro carattere nazionale o meno, la descrizione della gravità della situazione ivi rappresentata e la dovizia dei particolari in esse contenuti, tutti argomenti idonei per determinare se l'*accipiens* sia venuto o meno a conoscenza della crisi dell'impresa”.

²⁴ Si è osservato che la rappresentazione discorsiva “è un prodotto semiotico e non

che in taluni casi si è in presenza di discorsi volutamente criptici: qui lo scarto tra significato obbiettivo, tutto da ricostruire, e significato probatorio, da assegnare in un momento successivo, è particolarmente chiaro²⁵.

In tutti questi casi il travisamento non deriva da un errore di percezione in senso stretto, da una svista materiale, bensì da una erronea determinazione (dovuta ad una erronea interpretazione) del significato obbiettivo del segno. Solo che l'errore non consiste nell'aver erroneamente considerato grave un elemento di prova che in concreto non è tale, o viceversa, bensì nell'aver erroneamente determinato il significato obbiettivo di quell'elemento di prova.

E si tratta di ipotesi in cui non è possibile conoscere – perché dalla sentenza non traspare – l'esatta causa dell'errore: superficialità, ignoranza (degli aspetti tecnici da individuare e decodificare), distrazione, dolo del giudice? Certo è che questo errore si traduce nella alterazione del significato informativo oggettivo della fonte di prova²⁶.

l'espressione di una realtà oggettiva alla quale il discorso del soggetto corrisponde, anche se è spesso conveniente considerare come realtà ciò a cui il discorso si riferisce" (così P. Cossette, M. Audet, *Mapping of an idiosyncratic schema*, in *Journal of Management Studies*, 1992, 29, 3, p. 325 ss., spec. p. 328). Sul punto v. anche, molto chiaramente, P. Legrenzi, *Manuale di psicologia generale*, Bologna, 1994, 350-351, ove si evidenzia che la comprensione di una frase richiede non soltanto l'elaborazione del materiale fornito dal segmento linguistico o dal testo scritto, ma anche l'uso del nostro insieme di conoscenze del mondo, di informazioni ricavate dal contesto, nonché l'attivazione di processi inferenziali in grado di integrare l'informazione che non è presente nel materiale dato con la nostra conoscenza della realtà. Sull'iter psicologico-cognitivo di comprensione delle parole e delle frasi v. ora E. B. Goldstein, *Psicologia cognitiva*, Padova, 2016, 355 ss.

²⁵ Cfr. Cass. pen., sez. III, 21 gennaio 2022, n. 24412: "In materia di intercettazioni, l'interpretazione e la valutazione del contenuto delle conversazioni costituisce questione di fatto, rimessa all'esclusiva competenza del giudice di merito, il cui apprezzamento non può essere sindacato in sede di legittimità, se non nei limiti della manifesta illogicità ed irragionevolezza della motivazione. Il giudice di merito è libero di ritenere che l'espressione adoperata assuma, nel contesto della conversazione, un significato criptico, specie allorché non abbia alcun senso logico nel contesto espressivo in cui è utilizzata ovvero quando emerge, dalla valutazione di tutto il complesso probatorio, che l'uso di un determinato termine viene operato per indicare altro, anche tenuto conto del contesto ambientale in cui la conversazione avviene. Dunque, nell'interpretare i contenuti delle intercettazioni, siano esse conversazioni telefoniche ovvero sms, il giudice del merito deve dare mostra dei criteri adottati per attribuire un significato piuttosto che un altro. Tale iter argomentativo è certamente censurabile in cassazione, ma soltanto ove si ponga al di fuori delle regole della logica e della comune esperienza mentre è possibile prospettare una interpretazione del significato di una intercettazione diversa da quella proposta dal giudice di merito solo in presenza del travisamento della prova, ovvero nel caso in cui il giudice di merito ne abbia indicato il contenuto in modo difforme da quello reale, e la difformità risulti decisiva ed incontestabile" (v. anche Cass. pen., sez. III, 29 marzo 2022, n. 11313, §§ 5.7, 6.3, 7.3 e 12.5; Cass. pen., sez. III, 22 marzo 2022, n. 9740; Cass. pen., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 22471).

²⁶ Sussiste, per usare una terminologia corrente in ambito processualpenalistico, una con-

Si può ancora osservare, al riguardo, che in determinati casi l'oggetto delle due valutazioni – del significato oggettivo, da un lato, e del significato probatorio, dall'altro – tendono ad avvicinarsi, fino quasi a confondersi, nel senso che, una volta esaurita l'interpretazione obbiettiva del segno, la valutazione probatoria del significato così ricostruito è praticamente automatica o comunque di immediata determinazione: si pensi al contenuto di una lettera, o di una dichiarazione in uno spettacolo televisivo che si afferma diffamatoria in una causa di risarcimento danni per diffamazione²⁷; oppure ad una dichiarazione testimoniale avente ad oggetto chiaramente e direttamente un fatto principale.

In ogni caso, anche quando le due valutazioni – interpretativa del significato oggettivo e probatoria – tendono a sovrapporsi e a confondersi, esse restano distinguibili sul piano logico²⁸, non diversamente dai casi in cui l'oggetto delle due valutazioni è agevolmente distinguibile²⁹.

È ammissibile il sindacato in cassazione di queste ipotesi *sub specie* di travisamento della prova? Credo che la risposta, benché tutt'altro che scontata e sicuramente problematica, debba essere affermativa³⁰.

traddizione tra le proposizioni probatorie emergenti dagli atti di causa e “le proposizioni probatorie assunte come base argomentativa del discorso giudiziale” (così E. Amodio, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, 1977, 245-246; seguito, tra altri, da F. Zaccchè, *Prova travisata*, cit., 2562; v. anche F.M. Iacoviello, *La Cassazione penale*, cit., 407 ss., ove si parla di contrasto “tra le informazioni poste a base della motivazione e le informazioni esistenti nel processo”).

²⁷ V. Cass. 10 febbraio 2023, n. 4242, in cui si trattava di accertare se determinate espressioni utilizzate all'interno di una trasmissione televisiva integrassero (vale a dire, avessero il significato di) manifestazione del diritto di cronaca o di satira.

²⁸ Anche la dichiarazione testimoniale, dopo essere stata ricostruita nei suoi elementi oggettivi, deve essere apprezzata unitamente agli altri elementi di prova, insieme alla attendibilità del teste, per attribuirgli il suo valore probatorio in senso stretto.

²⁹ Si pensi alla interpretazione di complicatissime indagini molecolari, condotte al fine di individuare eventuali associazioni tra fumo di sigaretta e mutazioni genetiche: cfr. A. Roma, 7 marzo 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 1218 ss. Oppure, assai più semplicemente: una cosa è stabilire se alcune tracce trovate in un determinato luogo rappresentino le impronte digitali di X; altra cosa è valutare quanto quelle impronte digitali informino in ordine alla colpevolezza di X. Per dirla con P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., 337 (Appendice A), il travisamento della prova origina lungo la linea della percezione (inclusa la percezione proposizionale), l'erronea valutazione della prova origina lungo la linea epistemica.

³⁰ Per quanto *prima facie* assai difficile da accettare, mi pare l'unica soluzione pienamente conforme ai principi costituzionali del giusto processo e comunitari di effettività della tutela giurisdizionale. Decisamente contraria appare, invece, la giurisprudenza penale: Cass. pen., sez. V, 8 luglio 2022, n. 26455, la quale, dopo avere premesso che il vizio di travisamento della prova chiama in causa “le ipotesi di infedeltà della motivazione rispetto al processo e, dunque, le distorsioni del patrimonio conoscitivo valorizzato dalla motivazione rispetto a quello effettivamente acquisito nel giudizio”, precisa che tale vizio “vede circoscritta la cognizione del giudice di legittimità alla verifica dell'esatta trasposizione nel ragionamento del giudice di merito del dato probatorio, rilevante e decisivo, per evidenziarne l'eventuale, incontrovertibile e pacifica distorsione, in termini quasi di “fotografia”, neutra e a-valutativa, del

Il profilo determinante al riguardo mi pare consista nella circostanza che, anche in queste ipotesi – non meno rispetto a quelle considerate nel paragrafo precedente – la sentenza risulta fondata sopra una situazione di fatto relativa alla prova non corrispondente alla realtà. Se questo è vero, allora mi parrebbe che, anche a questo riguardo siano pienamente richiamabili le *rationes* poste dalla Corte a giustificazione della sindacabilità del travisamento della prova quando questo è provocato da un errore di percezione in senso stretto, vale a dire da una svista materiale³¹.

È vero che, così ragionando, si estendono i presupposti, le cause del travisamento della prova, nonché i poteri di controllo della Corte sul significato delle prove utilizzate (o trascurate) dal giudice del merito, ma nello stesso tempo non vi è dubbio sia che nell'ambito semantico del termine "travisamento" rientri anche l'alterazione della realtà che consegue ad una erronea interpretazione della medesima realtà oggetto di considerazione³², sia che il vizio in esame infici gravemente la sentenza che lo contenga.

D'altro canto, occorre altresì tenere presente che, in molti casi, può risultare particolarmente difficile stabilire se il travisamento è dovuto ad una svista materiale o ad un errore di interpretazione del segno con funzione probatoria³³; il che pure depone nel senso di guardare, come dato guida prevalente, alla medesima conseguenza, non accettabile, che segue ad entrambe

"significante", ma non del "significato", atteso il persistente divieto di rilettura e di re-interpretazione nel merito dell'elemento di prova". V. tuttavia Cass. pen., sez. I, 9 dicembre 2021, n. 45209, in motivazione, che sembrerebbe riconoscere rilievo ai casi in il giudice esorbiti "da una plausibile interpretazione del significato probatorio della dichiarazione in valutazione". Restrittiva, invece, anche Cass. pen., sez. II, 25 agosto 2021, n. 32113, che esclude la rilevanza di presunti errori eventualmente commessi nella valutazione del significato probatorio della dichiarazione da valutare, salva sempre la manifesta illogicità della valutazione stessa, sindacabile in sede di legittimità: Cass. pen., sez. II, 29 marzo 2022, n. 11313, § 7.3, con riferimento alle intercettazioni telefoniche).

³¹ V. *retro*, il precedente § 4.

³² Cfr. il termine "travisare" nel *Vocabolario on line Treccani*. V. anche F. Zacchè, *Prova travisata e poteri della Corte di cassazione*, cit., 2562: "Nell'accezione comune, travisare significa svisare, alterare e, in senso figurato, interpretare male". Con maggior approfondimento v. F.A. Genovese, *Le modifiche alla responsabilità civile dei magistrati*, cit., §§ 2.3 e 2.4. Al riguardo occorre tenere presente che il termine "travisamento" può essere riferito sia al fatto probatorio, all'elemento di prova (che viene alterato a seguito di una svista materiale o ad un'erronea interpretazione); sia al risultato probatorio, che del pari risulta alterato a seguito della stessa svista o della stessa erronea interpretazione (ed è questo il significato che pare attribuirgli la giurisprudenza della Corte, quando afferma che il giudice del merito deve porre a fondamento della decisione non solo gli elementi e/o i mezzi di prova, "ma i risultati della prova, intesi nella loro obiettività": v. Cass. 21 dicembre 2022, n. 37382); sia al fatto accertato, che risulta travisato in conseguenza dell'argomentazione basata sulla prova travisata.

³³ Si pensi al caso deciso da Cass. 21 dicembre 2022, n. 37382, già ricordato *retro*, all'interno della nota 13, nel quale il giudice di secondo grado ha affermato, incorrendo nell'errore di percezione censurato dalla Corte: "Tornando al progetto architettonico controverso, la plu-

le ipotesi considerate: una decisione che si basa sopra una situazione di fatto relativa alla prova non corrispondente alla realtà³⁴.

Secondo quanto espresso dalla restrittiva Cass. 3 novembre 2020, n. 24395, dianozi considerata, e ribadito dall'ordinanza interlocutoria n. 8895/23³⁵, si potrebbe obiettare che un sindacato sopra le ipotesi ora in esame, sia pure con le spoglie del travisamento della prova, è tradizionalmente estraneo ai compiti della Corte di legittimità. A questo proposito si devono però tenere presenti due aspetti: *a*) il primo è che qui stiamo ragionando di travisamento (indotto da erronea interpretazione del significato obiettivo) della prova, e non del fatto storico posto a fondamento della domanda; *b*) il secondo è che oggi non ha molto senso parlare di compiti istituzionali tradizionali della Corte di cassazione, e ancora meno richiamarsi all'idea calamandreiana di giudice di legittimità, perché attualmente la Suprema Corte esibisce un complesso di funzioni, poteri e caratteristiche di disciplina nuove ed impensabili al momento della sua istituzione: basti qui ricordare che oggi il ricorso per cassazione è un mezzo d'impugnazione costituzionalmente garantito per violazione di legge avverso tutti i provvedimenti aventi carattere decisorio e definitivo (art. 111 Cost.); che la Corte decide una questione di diritto della causa pendente davanti al giudice del merito in caso di rinvio pregiudiziale (art. 363 *bis* c.p.c.) e decide l'intera causa nel merito quando non sono necessari ulteriori accertamenti di fatto (art. 384 c.p.c.); che i provvedimenti della Corte sono ampiamente impugnabili (artt. 391 *bis*, *ter*, e *quater* c.p.c.).

D'altro canto, possiamo considerare legittima una sentenza che si fonda su di una prova che in effetti non è presente agli atti del processo?³⁶ Si è

ralità di elaborati sia di tipo descrittivo che grafico in cui esso consiste *non sembra* effettivamente contenere, come già correttamente rilevato dal primo giudice, alcuna previsione in merito alla 'giusta quota' di imposta della piscina". Sul punto vi è infatti anche chi dubita della possibilità di distinguere tra errore valutativo in senso stretto, errore di interpretazione del significato obiettivo del segno ed errore percettivo (F. Zacchè, *Prova travisata e poteri della Corte di cassazione*, cit., §§ 3 e 4, con interessanti esemplificazioni; ma v. altresì quanto osservato in proposito da A. Capone, *La contraddittorietà tra motivazione e atti in Cassazione*, cit., 1522 ss., spec. nel testo all'altezza delle note 60-63).

³⁴ Occorre altresì riconoscere che non è facile nemmeno distinguere, secondo quanto prospettato dall'orientamento estensivo, tra il caso in cui il giudice di merito abbia effettivamente selezionato una specifica informazione tra quelle astrattamente ricavabili dal mezzo di prova acquisito agli atti dal caso in cui, invece, la sua decisione si basi su un'informazione che è impossibile ricondurre al mezzo di prova da cui il giudice pretende di averla derivata: v. Cass. 26 aprile 2022, n. 12971.

³⁵ V. entrambe *retro*, all'interno del § 1.

³⁶ Per l'affermazione, con l'indicazione delle relative argomentazioni, secondo cui non vi sono dubbi che il vizio di travisamento della prova appartiene, "non all'avvenimento probatorio in sé considerato, ma al *libero convincimento del giudice* [oggetto e modi di quel con-

giustamente ricordato che la discrezionalità del giudice non può mai sconfinare in arbitrio³⁷. E qui non varrebbe obiettare, mi sembra, nel senso della non sindacabilità del travisamento della prova, che diversamente opinando il controllo sulla discrezionalità del giudice non finirebbe mai, dovendo poi porsi il problema con riguardo alla discrezionalità esercitata dalla Corte sulla ricognizione del significato obbiettivo della prova³⁸. L'obiezione in effetti prova troppo, perché allora il problema dovrebbe sussistere anche con riferimento alla discrezionalità esercitata dalla Corte nella valutazione delle questioni di diritto. In realtà, il controllo sulla discrezionalità del giudice nello svolgimento del giudizio di fatto termina – deve terminare, al pari di quello sul giudizio di diritto – proprio nel giudizio davanti alla Corte, come testimonia anche l'art. 360, n. 5, c.p.c. (mentre non sembrano sussistere valide ragioni per escluderlo in tale sede).

In sintesi e per concludere: alla luce di quanto osservato fino a questo momento, ma anche tenuto conto di quanto si dirà nell'ultimo paragrafo, a proposito dei poteri di controllo del giudizio di fatto in senso stretto oggetto del giudizio di legittimità³⁹, sembrano sussistere ragioni sistematiche e di opportunità in grado di giustificare la sindacabilità innanzi alla Suprema Corte della erronea ricognizione del significato obbiettivo della prova, c.d. travisamento o alterazione del significato obbiettivo della prova, sia nel caso in cui tale erronea ricognizione dipenda da un errore di percezione in senso stretto, sia nel caso in cui dipenda da una erronea interpretazione del significato obbiettivo della prova stessa⁴⁰.

vincimento], che, essendo un procedimento legale è intraneo al concetto di «legittimità», comunque si presenti» (corsivo nell'originale), v. G. Riccio, “Travisamento della prova” e giudizio di legittimità, cit., 515 ss., ove si ribadisce altresì che le diverse forme di travisamento della prova non rappresentano “meri vizi di motivazione ma vere e proprie violazioni di legge processuale per essere la prova diversa da quella acquisita” (corsivo nell'originale).

³⁷ Così il consigliere M. Dell'Utri, estensore della sentenza n. 12971/22, nel corso dell'incontro tenutosi nell'Aula magna della Corte il 14 marzo 2023, che ha occasionato questo lavoro.

³⁸ Così il consigliere L. Cavallaro, estensore della sentenza n. 24395/20, nell'ambito del medesimo incontro richiamato nella nota precedente.

³⁹ Se sicuramente “oggetto del controllo in sede di legittimità è la plausibilità del percorso che lega la verosimiglianza delle premesse alla probabilità delle conseguenze” (Cass., sez. un., 7 aprile 2014, nn. 8053 e 8054), a maggior ragione deve essere riconosciuto alla Corte il potere di controllare che le premesse probatorie poste alla base del ragionamento inferenziale siano riconducibili al mezzo di prova da cui il giudice pretende di averle derivate.

⁴⁰ Cfr. G. Riccio, “Travisamento della prova” e giudizio di legittimità, cit., 518: “In definitiva, a noi sembra di poter tranquillamente riconoscere che la verifica sul «travisamento della prova» attiene alla correttezza e alla completezza della motivazione non come dato strutturale della sentenza, ma quale conseguenza di erronea valutazione delle risultanze acquisite; e questo è sindacato di legittimità che deve spingersi alla verifica della *incontrovertibile diversità oggettiva dell'effettivo risultato della prova ottenibile in assenza di travisamento* [...],

Per evitare distorsioni e abusi la Corte ha opportunamente introdotto dei requisiti/presupposti per l'ammissibilità di siffatto sindacato: "Il travisamento della prova, per essere censurabile in cassazione, ai sensi dell'art. 360, n. 4 c.p.c., per violazione dell'art. 115 c.p.c. postula: a) che l'errore del giudice di merito cada non sulla valutazione della prova (*demonstrandum*), ma sulla ricognizione del contenuto oggettivo della medesima (*demonstratum*), con conseguente, assoluta impossibilità logica di ricavare, dagli elementi acquisiti al giudizio, i contenuti informativi che da essi il giudice di merito ha ritenuto di poter trarre; b) che tale contenuto abbia formato oggetto di discussione nel giudizio; c) che l'errore sia decisivo, in quanto la motivazione sarebbe stata necessariamente diversa se fosse stata correttamente fondata sui contenuti informativi che risultano oggettivamente dal materiale probatorio e che sono inequivocamente difformi da quelli erroneamente desunti dal giudice di merito; d) che il giudizio sulla diversità della decisione sia espresso non già in termini di mera probabilità, ma di assoluta certezza"⁴¹.

Alla Corte è affidato il compito di gestire con adeguato equilibrio, nella prassi, questo importante strumento di tutela delle parti litiganti.

Un'ultima considerazione: ove si ritenga non censurabile in sede di legittimità *sub specie* di travisamento della prova l'ipotesi in esame – vale a dire l'alterazione del significato obbiettivo dell'elemento di prova – in quanto frutto di un'erronea valutazione (sia pure del suo significato obbiettivo) e non di un'erronea percezione (svista materiale), ne segue all'evidenza che, proprio in quanto ritenuta erronea valutazione della prova, l'ipotesi in esame sarà censurabile in sede di legittimità alla stregua di ogni altro vizio di valutazione della prova, nei termini chiariti *infra*, nel § 7. La scelta fra l'una e l'altra opzione può però incidere sull'individuazione delle ipotesi di colpa grave del magistrato⁴².

essendo di natura patologica l'uso delle «regole logiche» su cui si fonda il libero convincimento» (corsivo nell'originale). Più restrittivamente orientato appare F.M. Iacoviello, *La Cassazione penale*, cit., 410: la "prova travisata è frutto di un errore di percezione del giudice" (corsivo nell'originale).

⁴¹ Così Cass. 21 dicembre 2022, n. 37382. Per i requisiti di ammissibilità del motivo di ricorso fondato sul travisamento della prova in sede penale v., tra le molte, Cass. pen., sez. III, 29 marzo 2022, n. 11313, § 13.3 e 21.3; Cass. pen., sez. III; 22 marzo 2022, n. 9740; Cass. pen., sez. VI, 19 marzo 2021, n. 10795.

⁴² Sul punto v. R. Martino, *Colpa grave del magistrato, responsabilità dello Stato e limiti del sindacato sul provvedimento giurisdizionale*, cit., nel testo all'altezza della nota 33, per il quale nel travisamento della prova, quale ipotesi di colpa grave del magistrato, rientrano anche gli errori di valutazione; v. altresì G.F. Ricci, *Il «travisamento» del fatto e della prova nella responsabilità del giudice*, cit., § 6, il quale pure ritiene che il travisamento consiste in un errore di interpretazione delle prove; nonché F. Auletta, G. Verde, *La nuova responsabilità del giudice e l'attuale sistema delle impugnazioni*, cit., 899-903, ove si rimarca come "la di-

6. – La valutazione della prova in senso stretto, come abbiamo visto, consiste nelle seguenti attività, strettamente correlate: *a*) assegnazione del valore probatorio al segno; *b*) individuazione della regola di connessione (massima d'esperienza, comune o tecnico-scientifica) tra premesse probatorie e conclusione probatoria; *c*) assegnazione della forza del nesso di consequenzialità tra premesse probatorie e conclusione; *d*) presa di decisione e fissazione dei criteri nella motivazione della sentenza⁴³.

Qui interessa anzitutto distinguere tra ricognizione del significato obiettivo del segno, di cui abbiamo detto nel paragrafo precedente, e assegnazione del valore probatorio al medesimo segno, che ricomprende le attività di individuazione della regola di connessione (massima d'esperienza, comune o tecnico-scientifica) tra premesse probatorie e conclusione probatoria e di assegnazione della forza del nesso di consequenzialità tra premesse probatorie e conclusione.

L'assegnazione del valore probatorio consiste nell'apprezzamento della idoneità gnoseologica del segno con funzione probatoria rispetto alla esistenza o al modo di essere del fatto ignoto. Consiste, in altre parole, nella individuazione, nella ricognizione del contenuto informativo, del dato informativo della prova, inteso però come insieme degli elementi di conoscenza sulla esistenza o sul modo di essere del fatto ignoto (e non come significato obiettivo della prova, che viene previamente determinato, come abbiamo visto).

Il contenuto informativo della prova, nella prospettiva ora in considerazione, si pone su tre livelli, distinti ma fra loro strettamente collegati: gravità, precisione e concordanza. Si tratta dei presupposti che la legge pone espressamente come requisiti di validità del ragionamento presuntivo, ma che valgono per qualsiasi ragionamento probatorio e che fondano le basi logico-cognitive della credenza in generale e, per quanto ora ci interessa, del convincimento del giudice sul fatto ignoto e controverso⁴⁴.

stinzione tra errori di percezione ed errori di valutazione è un'operazione non meno difficoltosa di quella che pretende di separare il fatto dal diritto”.

⁴³ V. *retro*, § 3.

⁴⁴ In effetti, possiamo osservare che i tre requisiti di legittimità della presunzione semplice, di cui all'art. 2729 c.c., corrispondono, nella interpretazione offerta da dottrina e giurisprudenza, alle basi logico-cognitive della credenza: «cosa credo» = gravità; «perché credo» = precisione; «quanto credo» = concordanza. In più precise parole, si può dire che le caratteristiche di gravità, precisione e concordanza fondano, rispettivamente, gli aspetti logico-cognitivi della credenza, del libero convincimento del giudice: cosa credo in termini di probabilità di B dato A, perché lo credo e quanto lo credo. E giustamente il legislatore si esprime in termini qualitativi, ché non vi è altro modo per tradurre in linguaggio e comunicare il contenuto di una rappresentazione mentale, ed in particolare di una credenza. Per un dettagliato discorso

La “gravità” indica l’intensità con cui possiamo ritenere l’elemento di prova A fonte di conoscenza della esistenza di B, fatto ignoto da provare. In termini maggiormente tecnici, quanto B sia associabile ad A, ovvero, ancora diversamente, la probabilità di B dato l’elemento di prova A. Qui viene in considerazione l’attività di scelta della massima d’esperienza che il giudice ritiene di applicare, di senso comune o tecnico-scientifica, e la determinazione della forza del nesso di consequenzialità che lo stesso giudice riconosce al rapporto tra le premesse del suo ragionamento (elemento di prova, da un lato, massima d’esperienza, dall’altro) e la conclusione raggiunta in ordine alla affermazione della probabilità di B dato A⁴⁵.

La “precisione” indica l’idoneità rappresentativa dell’elemento di prova, e quindi la sua idoneità strutturale a generare il convincimento che il giudice si forma in ordine ai fatti ignoti. Vengono qui in considerazione le caratteristiche morfologiche e semantiche dei segni con funzione probatoria, ma anche le modalità della loro percezione e quindi del loro apprezzamento (diretto o indiretto). La valutazione sotto questo profilo ha ad oggetto le caratteristiche strutturali dell’elemento di prova che, dal punto di vista della sua capacità rappresentativa, condiziona le scelte del giudice in punto di grado di correlabilità dell’elemento di prova A rispetto al fatto da provare B⁴⁶.

La “concordanza” esprime la numerosità, coerenza, coesione ed univocità degli elementi di prova, nel senso il giudice sarà tanto più convinto di una certa correlazione tra elemento di prova A e fatto ignoto B quanto più i segni con funzione probatoria deporranno verso un unico ed univoco senso ricostruttivo. Il giudice può essere più o meno convinto di una certa correlazione tra elemento di prova A e fatto ignoto B a seconda del numero e della tipologia di prove, della maggiore o minore univocità della loro portata semantica, e della presenza o meno di elementi di prova in grado di affievolire,

in proposito, v. R. Poli, *La valutazione delle prove: tra cognitivismo ed ermeneutica*, cit., 900 ss.

⁴⁵ Cass. 5 luglio 2017, n. 16502, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 889 ss., con nota di L. Ruggiero, *La Cassazione riapre al sindacato sul vizio logico di motivazione*, la quale, a proposito della scelta e del governo delle massime d’esperienza (regole empiriche) osserva che 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, per l’elevata probabilità della conseguenza ipotizzata; 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”.

⁴⁶ Si pensi a registrazioni audio o video poco comprensibili, o a radiografie danneggiate.

contrastare o annientare il significato probatorio ritraibile dagli elementi di prova a favore di tale correlazione.

Si tratta di valutazioni – quelle in punto di gravità, precisione e concordanza dell'elemento di prova – ben distinte dalla valutazione che mira alla ricognizione del significato obiettivo del medesimo elemento di prova, di cui ci siamo occupati nel paragrafo precedente.

7. – Il sindacato in Cassazione della valutazione delle prove in senso stretto non appare meno controverso di quello sul travisamento della prova. Per un verso torreggia il noto insegnamento della Suprema Corte, secondo cui la valutazione delle prove costituisce un'attività riservata in via esclusiva all'apprezzamento discrezionale del giudice di merito, e non è sindacabile in sede di legittimità, se non per vizio di motivazione (ma non più per motivazione insufficiente, dopo la riforma del 2012) o per omesso esame circa un fatto decisivo, *ex art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c.*⁴⁷.

Per l'altro verso, quando si vanno ad esaminare nel dettaglio le pronunce della Corte, ci si avvede che le possibilità di sindacato del giudizio di fatto appaiono senz'altro soddisfacenti anche nel giudizio di cassazione. In effetti, con riferimento, in particolare, agli errori che riguardano la valutazione in senso stretto, le Sezioni Unite hanno precisato che è possibile il sindacato per violazione di legge anche quando il giudice “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”⁴⁸.

Ed è chiaro, per ineludibili ragioni di coerenza dell'intero sistema, che lo stesso tipo di controllo non può essere diverso quando si tratti della gravità, precisione e concordanza di un elemento di prova vera e propria (anziché di un elemento indiziario), nel qual caso la norma di legge violata sarà quella che disciplina lo specifico mezzo di prova considerato, unitamente all'art. 116 c.p.c., benché sia proprio a questo riguardo che la Corte afferma continuamente – ma contraddittoriamente, per le ragioni appena viste – la non censurabilità in Cassazione dell'apprezzamento del giudice di merito

⁴⁷ Tra le più recenti ed eloquenti in proposito, v. Cass. 2 febbraio 2022, n. 3119, V. altresì, sostanzialmente negli stessi termini, anzitutto la stessa ordinanza interlocutoria 29 marzo 2023, n. 8895; nonché, tra le molte, Cass. 23 marzo 2023, n. 8375; Cass. 3 marzo 2023, n. 6374; Cass. 20 febbraio 2023, n. 5249; Cass. 14 febbraio 2023, n. 4513; Cass. 27 dicembre 2022, n. 37821; Cass. 2 agosto 2022, n. 23961; Cass. 25 marzo 2022, n. 9786; Cass. 2 marzo 2022, n. 6799; Cass. 24 febbraio 2022, n. 6103; Cass. 14 febbraio 2022, n. 4727.

⁴⁸ Cass., sez. un., 7 aprile 2014, nn. 8053 e 8054.

(salvo però sempre il vizio di motivazione).

A quest'ultimo riguardo, peraltro e per quanto concerne, specificamente, la posizione delle premesse, la scelta e l'applicazione delle massime d'esperienza, le stesse Sezioni Unite hanno affermato che “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”⁴⁹; e successivamente, la Corte ha confermato che il controllo deve sussistere: “quanto alla verifica della correttezza del percorso logico tra premessa-massima di esperienza-conseguenza, cioè di esattezza della massima di esperienza poi applicata, come pure alla verifica della congruità – o accettabilità o plausibilità o, in senso lato, verità – della premessa in sé considerata; in mancanza di tale congruenza o plausibilità, la motivazione sul punto resterà soltanto apparente”⁵⁰.

Restano in piedi alcune domande fondamentali: può essere riconosciuto alla Suprema Corte un effettivo e quindi penetrante controllo sulle ragioni del giudizio di fatto? E quanto questo controllo finisce per sconfinare nel giudizio di merito? E tale eventuale sconfinamento deve essere difeso o evitato?

Vale a mio avviso a questo riguardo quanto abbiamo osservato a proposito della sindacabilità innanzi alla corte del vizio di travisamento della prova: possiamo considerare legittima una sentenza che si fonda su di una massima di esperienza del tutto implausibile o comunque non condivisa dalla comunità nel cui nome è esercitata l'attività giurisdizionale?⁵¹ Anche

⁴⁹ Cass., sez. un., 7 aprile 2014, nn. 8053 e 8054.

⁵⁰ Cass. 5 luglio 2017, n. 16502, cit., i cui principi sono poi stati ripresi, sia pure talvolta *a contrario*, nelle motivazioni di Cass. 6 luglio 2020, n. 13872; Cass. 11 febbraio 2020, n. 3298; Cass. 24 gennaio 2020, n. 1688; Cass. 17 dicembre 2019, n. 33444; Cass. 18 luglio 2019, n. 19449; Cass. 19 giugno 2019, n. 16443; Cass., sez. un., 28 marzo 2019, n. 8675; Cass. 7 dicembre 2018, n. 31765; Cass. 8 ottobre 2018, n. 24743; Cass. 27 luglio 2018, n. 20010; Cass. 20 aprile 2018, n. 9906; Cass. 25 gennaio 2018, n. 1854. V. anche Cass. 9 febbraio 2021, n. 3128.

⁵¹ V. Cass. 5 luglio 2017, n. 16502, cit., sulla necessità che le massime di esperienza utilizzate dal giudice siano adeguatamente verificate o comunque condivise dalla comunità di riferimento. Nel processo penale è consolidato l'orientamento secondo cui, in tema di sindacato del vizio di motivazione, il compito del giudice di legittimità è quello di stabilire se i giudici di merito abbiano esaminato tutti gli elementi a loro disposizione, se abbiano fornito una corretta interpretazione di essi, dando esaustiva e convincente risposta alle deduzioni delle parti, e se abbiano esattamente applicato le regole della logica nello sviluppo delle argomentazioni che hanno giustificato la scelta di determinate conclusioni a preferenza di altre. Nel momento del controllo della motivazione, la Corte di cassazione non deve stabilire se la decisione di merito proponga la migliore ricostruzione dei fatti, né deve condividerne la giustificazione, ma deve limitarsi a verificare se questa giustificazione sia compatibile con il senso comune e con i limiti di una plausibile opinabilità di apprezzamento (di recente, tra le molte, Cass. pen., sez. IV, 2 agosto 2022, n. 30395; altre massime lascerebbero intendere – ma così

a questo specifico riguardo si può ricordare sia che la discrezionalità del giudice non può mai sconfinare in arbitrio, sia che il controllo di tale discrezionalità può e deve terminare proprio innanzi alla Suprema Corte, sia, infine, che la Corte è in grado di gestire con opportuno buon senso ed adeguato equilibrio lo strumento di tutela ora in esame.

In conclusione: per le ragioni che sono emerse anche in questo studio, e già ricordate⁵², l'odierna Corte di cassazione, che per espressa previsione di legge decide la causa nel merito e comunque entra a piene mani nel giudizio di fatto (basti pensare al controllo sull'omesso esame circa un fatto decisivo) – e quindi una Corte che ormai ha ben poco a che vedere con quella immaginata da Piero Calamandrei – è tenuta a norma dell'art. 111 Cost. ad un penetrante controllo delle ragioni poste a fondamento del giudizio di fatto. Infatti, tale norma, da un lato, prevede l'obbligo costituzionale di motivazione, e non certo di una motivazione apparente⁵³, dall'altro la generalizzata censurabilità in Cassazione della violazione di legge, tra cui rientra sicuramente sia la violazione dell'art. 115 c.p.c., che impone al giudice del merito di fondare la decisione sulle prove effettivamente acquisite al giudizio, sia la violazione dell'art. 116 c.p.c., che impone al giudice di valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, e quindi nel rispetto della “logica delle cose del mondo”, vale a dire, con maggior precisione, nel rispetto delle leggi di strutturazione, organizzazione e funzionamento del mondo (LSOFM)⁵⁴.

fortunatamente non è – che la Suprema Corte penale ritenga legittime anche sentenze di merito poco persuasive, inadeguate, non rigorose e approssimative: “In sede di ricorso di legittimità, non sono deducibili censure attinenti a vizi della motivazione diversi dalla sua mancanza, manifesta illogicità o contraddittorietà su aspetti essenziali e tali ad imporre una diversa conclusione del giudizio. Pertanto, risultano inammissibili tutte le doglianze che “attaccano” la persuasività, l'inadeguatezza, la mancanza di rigore o di puntualità, la stessa illogicità quando non manifesta, così come le deduzioni volte a sollecitare una differente comparazione dei significati probatori da attribuire alle diverse prove ovvero ad evidenziare ragioni in fatto per giungere a conclusioni differenti sui punti dell'attendibilità, della credibilità e dello spessore della valenza probatoria del singolo elemento”: così Cass. pen., sez. III, 29 marzo 2022, n. 11313).

⁵² V. *retro*, § 5.

⁵³ V. ancora Cass. 5 luglio 2017, n. 16502, cit., la quale, a proposito del “controllo sulla congruità della motivazione ancora possibile da parte di questa Corte sulla motivazione in fatto anche dopo la novella del 2012”, osserva che “se violata è solo la regola generale dell'art. 115 c.p.c., 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 nell'individuazione della regola di esperienza (sia essa logica od empirica), ovvero quelli nella costruzione della relativa inferenza, mediante l'avvalimento di una più o meno ampia discrezionalità a seconda dei postulati di quella regola”.

⁵⁴ Cfr. F.M. Iacoviello, *La Cassazione penale*, cit., 409: “Con il motivo di travisamento della prova si vuole garantire la *correttezza delle informazioni rilevanti*. Con il motivo di omessa valutazione della prova si vuole garantire la *completezza delle informazioni rilevanti*. In entrambi i casi si vuole garantire la *corrispondenza della motivazione al processo*. Una

volta garantite la correttezza e la completezza delle informazioni rilevanti, rimane da fare il giudizio di logicità” (corsivo nell’originale). Sul controllo di logicità ad opera della Suprema Corte, che inevitabilmente ma legittimamente affonda lo scandaglio nel merito del giudizio di fatto, v. *Id.*, *op. cit.*, 64-65, nonché, in particolare, capitolo 7, sezioni 7-10.