

**Federica Porcelli**

**Il Sindacato della Corte di cassazione sulla otivazione della sentenza : una comparazione tra Francia e Italia**

---

PORCELLI Federica. *Il Sindacato della Corte di cassazione sulla otivazione della sentenza : una comparazione tra Francia e Italia*, en cotutelle sous la Frédérique Ferrand, Université Jean Moulin (Lyon 3) et Bruno Nicola Sassini, Université Roma Tor Vergata (Rome). Thèse soutenue le 05/04/2016.

Disponible sur : [www.theses.fr/2016LYSE3010](http://www.theses.fr/2016LYSE3010)

---



Document diffusé sous le contrat Creative Commons « Paternité – pas d'utilisation commerciale - pas de modification » : vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer, l'adapter ni l'utiliser à des fins commerciales.



N°d'ordre NNT : 2016LYSE3010

**THESE de DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE LYON**  
opérée au sein de  
**Université Jean Moulin Lyon 3**  
**en cotutelle avec l'Université Roma « Tor Vergata »**

Ecole Doctorale de Droit N° 492

**Doctorat de droit comparé**  
**Dottorato di ricerca in Diritto e Tutela**  
**Spécialité : Droit processuel civil**

Soutenue publiquement le 5/04/2016, par :  
**Federica Porcelli**

---

**Il Sindacato della Corte di cassazione sulla motivazione della sentenza : Una comparazione tra Francia e Italia**

---

Devant le jury composé de :

DIRECTEURS DE RECHERCHE

**Chiar.ma Mme Frédérique FERRAND**  
Professeur à Université Jean Moulin –  
Lyon 3

**Chiar.mo M. Bruno Nicola SASSANI**  
Professeur à l'Università Roma Tor  
Vergata

Chiar.ma Mme Corinne BLÉRY  
Maître de conférences à l'Université de Caen

Chiar.ma Mme Cécile CHAINAIS  
Professeur à l'Université Panthéon – Assas Paris 2, membre prerapportrice

Chiar.mo M. Remo CAPONI  
Professeur à l'Università degli Studi di Firenze

Chiar.mo M. Bruno CAPPONI  
Professeur à l'Università Luiss Guido Carli, membre prerapporteur

Coordinateur: Chiar.mo Prof. Pietro Masi

**UNIVERSITA DEGLI STUDI DI ROMA TOR VERGATA**  
AA 2015/2016

## INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	VI
-------------------	----

### CAPITOLO PRIMO

#### PREMESSE E QUADRO DELLA RICERCA

1. <i>Crisi della giustizia civile e vizio di motivazione: posizione del problema.</i> .....	9
1.1. Inquadramento della riforma dell'art. 54, comma 1°, lett. b), d.l. n. 83/2012 nel panorama legislativo italiano. ....	12
1.2. Le riforme del giudizio di cassazione francese: deflazione e salvezza delle garanzie.....	19
2. <i>Le complessità della comparazione.</i> .....	25
3. <i>Tecnica e obiettivi del controllo sulla motivazione: diversità dei problemi legati al vizio di motivazione in Francia e in Italia.</i> .....	36
3.1. La portata giuridica ambigua del vizio di omesso esame circa un fatto decisivo che è stato oggetto di discussione tra le parti. ....	42
3.2. Il problema dell'uso politico del <i>défaut de base légale</i> .....	53

### CAPITOLO SECONDO

#### IL CONTROLLO DELLE CORTI SUPREME SULLA MOTIVAZIONE DELLE SENTENZE

<b>SEZIONE I: L'OGGETTO DEL CONTROLLO</b> .....	<b>63</b>
1. <i>L'obbligo di motivazione.</i> .....	63
1.1. Il fondamento dell'obbligo di motivazione. ....	68
1.2. La funzione della motivazione.....	75
2. <i>Natura e contenuto dell'obbligatorietà della motivazione.</i> .....	80
2.1. Norma di forma, norma di sostanza.....	85
2.2. La razionalità e la sufficienza della motivazione.....	87
3. <i>Un controllo concernente i motivi di fatto.</i> .....	93
3.1. Giudizio di fatto e giudizio di diritto. ....	97
3.2. Delimitazione della ricerca al vizio di insufficiente motivazione e del <i>défaut de base légale</i> . ....	100
<b>SEZIONE II: I LIMITI DEL CONTROLLO</b> .....	<b>104</b>
1. <i>La moltiplicazione delle ipotesi di inammissibilità del ricorso per cassazione nel codice di procedura civile italiano.</i> .....	104
1.1. L'art. 360 <i>bis</i> c.p.c.....	105
1.2. L'art. 366, comma 1°, n. 6, c.p.c.: la codificazione del principio di autosufficienza del ricorso per cassazione. ....	108
1.3. L'art. 348 <i>ter</i> , commi 4° e 5°, c.p.c. ....	111
2. <i>La creazione giurisprudenziale di limiti al controllo: un fenomeno tutto italiano.</i> .....	113

2.1.	Il divieto di formulazione congiunta dei motivi di ricorso di cui all'art. 360, comma 1°, nn. 3 e 5, c.p.c. ....	114
2.2.	La riduzione del controllo ai vizi di motivazione che si trasformano in violazione di legge.....	116
3.	<i>La crisi del diritto delle parti ad ottenere una decisione motivata.</i> .....	120
3.1.	Certezza del diritto e motivazione. ....	121
3.2.	Motivazione e giurisdizione. ....	123
<b>SEZIONE III: LA TECNICA DEL CONTROLLO.....</b>		<b>124</b>
1.	<i>Il rapporto tra fatto e norma: una creazione della Corte di cassazione francese..</i>	124
1.1.	Un controllo sulla sufficienza degli elementi di fatto necessari all'applicazione della norma: un <i>vice de fond</i> .....	130
1.2.	La differenza tra <i>défaut de base légale</i> e vizio di violazione di legge.....	135
1.3.	La differenza tra <i>défaut de base légale</i> e <i>défaut de motifs</i> .....	137
1.4.	La funzione normativa del <i>défaut de base légale</i> .....	138
2.	<i>Condizioni di applicazione del motivo di ricorso avente ad oggetto il défaut de base légale.</i>	142
2.1.	Un motivo di diritto: divieto di conoscere del <i>fond des affaires</i> .....	142
2.2.	Un vizio da apprezzare con riguardo alle contestazioni e conclusioni delle parti. ....	143
3.	<i>Il controllo indiretto del giudizio di fatto per il tramite delle massime di esperienza: l'elaborazione della Corte di cassazione italiana.</i> .....	145
3.1.	L'influenza della Corte di cassazione francese sulla tecnica di cassazione italiana.....	148
3.2.	Il controllo della sufficienza e della logicità della motivazione. ....	151
3.3.	Sintomo e causa del vizio di motivazione.....	156
3.4.	Inerenza del controllo di logicità alla funzione di cassazione e sua funzione normativa. Cenni.....	158

## CAPITOLO TERZO L'OMESSO ESAME DEI FATTI

<b>SEZIONE I: UN'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE FRANCESE CON RIGUARDO AD UNA FACETTE DEL DIFETTO DI BASE LEGALE.....</b>		<b>162</b>
1.	<i>Insufficienza dei motivi di fatto con riguardo alle déductions delle parti: i presupposti di applicazione</i> .....	162
1.1.	Fatto allegato e rappresentato dalle prove.....	167
1.2.	La nozione di fatto secondario.....	169
2.	<i>Similitudini e differenze con il vizio di défaut de motifs par manque de réponse à conclusions</i> .....	171
2.1.	<i>Moyens e arguments</i> .....	173
2.2.	Criteri della distinzione. ....	174
3.	<i>Una sanzione del dovere di decidere causa cognita</i> .....	176
3.1.	La non corrispondenza tra fatti acquisiti e contenuto della decisione. ....	177
3.2.	Una garanzia del diritto alla valutazione di tutti i fatti e delle prove. ....	178
<b>SEZIONE II: UN'INVOLUZIONE DEL LEGISLATORE ITALIANO. LA MODIFICA DELL'ART. 360, COMMA 1°, N. 5, C.P.C. ....</b>		<b>179</b>
1.	<i>La posizione della dottrina italiana.</i> .....	179
1.1.	Il delicato problema del controllo di logicità della motivazione in fatto.....	183

1.2.	Fatto decisivo, omesso esame e possibilità di censurare le massime di esperienza.....	185
1.3.	Il presunto riconoscimento positivo del <i>défaut de base légale</i> .....	187
1.4.	La capacità attrattiva del nuovo n. 5 dell'art. 360 c.p.c.....	189
1.5.	Prova e fatto decisivo.....	190
2.	<i>La posizione della Corte di cassazione italiana</i> .....	194
2.1.	La definizione di fatto decisivo: un fatto storico esistente, principale o secondario.....	200
2.2.	L'impossibilità di censurare l'omessa valutazione di una prova.....	202
2.3.	La confusione con il vizio di omessa pronuncia su eccezione e violazione di legge. 205	

**SEZIONE III: NECESSITÀ DI CONDURRE L' ESAME (RAZIONALE) CIRCA IL FATTO DI CUI SI DISCUTE SECONDO LE REGOLE DEL GIUDIZIO DI FATTO DI CUI ALL'ART. 115 C.P.C. .... 207**

1.	<i>Brevi considerazioni su ubac del défaut de base légale, omesso esame circa un fatto decisivo e incompletezza dell'iter del giudizio di fatto</i> .....	207
1.1.	La tecnica del controllo.....	208
1.2.	Il sintomo del vizio: la mancata corrispondenza tra motivazione della decisione e materiale probatorio.....	209
1.3.	Un rimedio posto a presidio della violazione del dovere di decidere <i>causa cognita</i> . 210	
2.	<i>Possibilità di assimilare il vizio di cui all'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. all'ubac del défaut de base légale</i> .....	211
2.1.	Una soluzione derivante dall'identità dell'oggetto del controllo del <i>défaut de base légale pour omission de tenir compte des faits dans le débat</i> e dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. 212	
2.2.	Una soluzione derivante dalla violazione dei medesimi principi.....	213
3.	<i>I vizi di motivazione denunciabili ai sensi del nuovo art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c.</i> 214	
3.1.	La nozione di fatto decisivo.....	215
3.2.	Il parametro per la constatazione dell'omesso esame del fatto.....	218
3.3.	Proposta interpretativa.....	221

CAPITOLO QUARTO

**LA CORTE DI CASSAZIONE FRANCESE E L'USO DEL DIFETTO DI BASE LEGALE QUALE TECNICA DI POLITICA GIURISPRUDENZIALE**

1.	<i>Evoluzione giurisprudenziale nell'interpretazione dei concetti giuridici indeterminati</i> . 223	
1.1.	Il fatto di forza maggiore esclusivo dell'obbligo di risarcimento: l' <i>arrêt Desmares</i> .....	225
1.2.	La riduzione della clausola penale.....	226
1.3.	Il licenziamento per motivi economici.....	227
2.	<i>La cassazione per défaut de base légale, tecnica di anticipazione di un revirement de jurisprudence</i> .....	228
2.1.	La legge straniera: dalla giurisprudenza <i>Bisbal</i> all'applicazione d'ufficio della legge straniera. Rinvio.....	232
2.2.	Garanzia dei <i>vices cachés</i> e difetto di conformità della cosa venduta. ....	235

2.3.	La clausola limitativa della garanzia dei vizi nei rapporti tra professionisti della medesima specialità.....	239
2.4.	La nozione di <i>affectio societatis</i> .....	241
2.5.	<i>Le fait de la chose inerte</i> .....	243
2.6.	<i>Les troubles anormaux de voisinage</i> : la necessità di un nesso di causalità diretto. 248	
2.7.	<i>Le droit à l'expertise biologique</i> in materia di <i>status</i> e filiazione.....	252
2.8.	Il diritto alla prova.....	254
2.9.	<i>Communication des pièces</i> e rispetto del principio del contraddittorio : una nuova sfumatura de l' <i>office du juge</i> .....	260
3.	<i>Criteri comuni per l'anticipazione di un revirement de jurisprudence attraverso il vizio di défaut de base légale</i> .....	263
3.1.	Un uso incostante.....	264
3.2.	Importanza delle pronunce di rigetto.....	267
3.3.	Influenza della natura della questione giuridica oggetto di mutamento di giurisprudenza.....	268
3.4.	Presenza di un conflitto all'interno della stessa <i>chambre</i> o tra <i>chambres</i> differenti.....	269
3.5.	Volontà di sollecitare l'intervento dell' <i>Assemblée Plénière</i> .....	271
	<b>CONCLUSIONI</b> .....	<b>272</b>
	<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>279</b>

## INTRODUZIONE

Nel 1808 La Corte di cassazione francese annullava, per la laconicità e l'ambiguità dei motivi di fatto, una sentenza – arbitrare – censurando gli arbitri per non aver sufficientemente motivato «*sur la question de savoir si les habitants de ce lieu avaient été ses vassaux*» e per non aver potuto «*dans l'état d'indécision où ils ont laissé le point de fait, appliquer à la cause*»<sup>1</sup> la norma di diritto regolante il caso di specie (l'art. 8, l. 28 agosto 1972<sup>2</sup>).

In questo risalente arresto della allora giovane *Cour de cassation*, che creava il *cas d'ouverture* del *défaut de base légale*, era già chiara l'indispensabilità del controllo sulla sufficienza della motivazione in fatto della decisione impugnata per l'effettività della *fonction de cassation*.

Già più di due secoli or sono non vi erano quindi dubbi sulla circostanza che la possibilità di verificare l'esatta applicazione della legge era indissolubilmente legata alla presenza di una motivazione completa e sufficiente, tanto che autorevole dottrina affermava che il motivo di ricorso per cassazione volto a censurare l'insufficienza della motivazione costituiva «*la défense, "l'ouvrage avancé", ou comme on l'a dit le "paravent" du contrôle sur l'application de la loi*»<sup>4</sup>.

Analogamente, ai giorni nostri, la migliore dottrina rileva che «*l'ouverture du défaut de base légale est indispensable à la fonction de cassation pour éviter que le contrôle de la Cour régulatrice du droit ne soit qu'un vain simulacre: elle empêche les juges du fond de faire obstacle au contrôle de la Cour de cassation en dissimulant une illégalité derrière un silence ou une ambiguïté. Ce contrôle serait en effet vidé de toute substance si les juges du fond pouvaient s'y*

---

<sup>1</sup> Cass. civ. 26 oct. 1808, in *Bull. Cin.*, n° 142, in BORE J., BORE L., *La Cassation en matière civile*, Paris, 2015/2016, n° 78.05 s., p. 428; ma già LE BARS T., *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris, 1997, n° 90, p. 70; SASSANI B., *La logica del giudice e la sua scomparsa in cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 639 ss.

<sup>2</sup> Tale legge disciplinava la reintegrazione nel possesso dei beni posseduti antecedentemente lo spoglio effettuato dai signori.

<sup>3</sup> GARRAUD R., *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Paris, 1912-1919, p. 323, n° 1795.

<sup>4</sup> MARTY G., *La distinction du fait et du droit*, Paris, 1929, n°138, p. 283.

*soustraire en affirmant platoniquement, sans en justifier, que les conditions d'application de la loi sont réunies»<sup>5</sup>.*

Eppure, recentemente il legislatore italiano con l'art. 54, comma 1°, lett. b), d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134), ha trasformato il motivo di ricorso per cassazione dell'«*omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio*» di cui all'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. in quello di «*omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti*», ponendo pertanto il problema della possibilità di denunciare, ai sensi del nuovo art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c., il vizio di insufficiente motivazione in Cassazione.

A fronte della delicata questione relativa al significato e alla portata della Novella del 2012, la dottrina italiana ha offerto plurime soluzioni, evocando peraltro anche – sebbene con diversi fini – il *défaut de base légale*<sup>6</sup>.

Pertanto, se già l'intervento legislativo volto all'eliminazione del vizio di insufficiente motivazione rendeva opportuno volgere l'attenzione alle soluzioni sul punto offerte dalla giurisprudenza della Corte di cassazione francese in cui, come visto, il controllo sulla sufficienza della motivazione trova le sue origini, la chiamata in causa dell'istituto del *défaut de base légale* nel dibattito italiano sul nuovo art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. ha imposto la dimensione comparatistica dello studio del sindacato di legittimità sulla motivazione delle sentenze e ciò con particolare riguardo all'ordinamento italiano e all'ordinamento francese.

In particolare, l'indagine comparatistica è volta ad analizzare il modo, la tecnica e gli obiettivi con cui la Massima Giurisdizione francese garantisce – da più di due secoli – le parti litiganti contro l'esercizio arbitrario del potere giurisdizionale al fine di individuare, per un verso, una soluzione interpretativa che consenta di poter continuare a censurare l'uso – o meglio l'omessa considerazione – delle massime di esperienza ai sensi del nuovo art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. e, per altro verso, di individuare le analogie e le differenze tra la giurisprudenza della

---

<sup>5</sup> Così BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, cit., p. 428, n° 78.06.

<sup>6</sup> SASSANI B., *La logica del giudice*, cit., p. 640; ID., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in cassazione*, in *Corriere giur.*, 2013, 849 ss. Diversamente, cfr. BOVE M., *Giudizio di fatto e sindacato della corte di cassazione: riflessioni sul nuovo art. 360 n. 5 cpc*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012; BOVE M., *Ancora sul controllo della motivazione in cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, p. 432 ss.



Corte di cassazione francese e quella della Corte di cassazione italiana in ordine alla verifica dell'insufficienza della motivazione.

La ricerca si estende, peraltro, all'esame dell'obiettivo - di politica giurisprudenziale - con cui la Suprema Corte francese utilizza il *cas d'ouverture* del *défaut de base légale* al fine di modulare e anticipare i *revirements de jurisprudence*<sup>7</sup>, facendo di tal guisa evolvere il diritto sostanziale e processuale e facendo emergere le diverse sfumature applicative della norma.

A ben vedere, quindi, l'elaborazione della Corte di cassazione francese e l'analisi della tecnica di cassazione per *défaut de base légale* costituiscono l'ineliminabile punto di riferimento per stabilire la portata ed i limiti del nuovo n. 5 dell'art. 360 c.p.c. e al contempo rappresenta un tema di indagine necessario per stabilire il ruolo e la funzione assunti dal *défaut de base légale* nell'elaborazione del diritto al tempo della crisi della giustizia civile.

---

<sup>7</sup> FERRAND F., *Cassation française et Révision allemande*, Paris, 1990, n. 408, p. 314.

PREMESSE E QUADRO DELLA RICERCA

SOMMARIO: 1. Crisi della giustizia civile e vizio di motivazione: posizione del problema. - 1.1. Inquadramento della riforma dell'art. 54, comma 1°, lett. b), d.l. n. 83/2012 nel panorama legislativo italiano. - 1.2. Le riforme del giudizio di cassazione francese: deflazione e salvezza delle garanzie. - 2. Le complessità della comparazione. - 3. Tecnica e obiettivi del controllo sulla motivazione: diversità dei problemi legati al vizio di motivazione in Francia e in Italia. - 3.1. La portata giuridica ambigua del vizio di omesso esame circa un fatto decisivo che è stato oggetto di discussione tra le parti. - 3.2. Il problema dell'uso politico del *défaut de base légale*.

1. *Crisi della giustizia civile e vizio di motivazione: posizione del problema.*

Con l'art. 54, comma 1°, lett. b), decreto–legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, il legislatore italiano ha riaperto il dibattito – dottrinario e giurisprudenziale – sul controllo della motivazione delle sentenze.

Siffatta riforma ha peraltro avuto l'effetto di far volgere l'attenzione dell'interprete allo studio della tecnica e degli obiettivi con cui la Corte di cassazione francese già dagli inizi del XIX secolo censurava i vizi del ragionamento motivazionale che privavano la decisione della giustificazione razionale – *rectius* della base legale.

Difatti, a fronte della soppressione della «possibilità di verifica di quella miriade di giudizi la cui rappresentazione nella sentenza forma la base della piramide sulla quale si assidono ricognizione e interpretazione della norma»<sup>8</sup> la migliore dottrina ha prontamente denunciato la perdita della percezione del vizio – di matrice francese – del difetto di base legale<sup>9</sup>. Nozione, quest'ultima, poco conosciuta nel diritto italiano e ciò nonostante significativamente evocata dalla dottrina proprio per spiegare la tecnica con cui la Corte di cassazione italiana

---

<sup>8</sup> SASSANI B., *La logica del giudice e la sua scomparsa in cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 639 ss., spec. 640.

<sup>9</sup> SASSANI B., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in cassazione*, in *Corriere giur.*, 2013, 849 ss.

effettua – o meglio effettuava – il controllo sulla completezza e la coerenza logica della motivazione<sup>10</sup>.

Al contrario, altra parte della dottrina italiana ha letto nella Novella dell'estate 2012 il riconoscimento positivo del difetto di base legale da parte del legislatore<sup>11</sup>.

A ben vedere, quindi, il dibattito sorto in seno alla dottrina italiana all'indomani della modifica dell'art. 360, comma 1°, n. 5 c.p.c. ha assunto una dimensione non strettamente limitata allo studio del mero diritto nazionale. Difatti, se già l'intervento legislativo volto all'eliminazione del controllo sulla motivazione rendeva opportuno che lo studioso del diritto volgesse l'attenzione alle soluzioni sul punto offerte da altri ordinamenti ed in particolare da quegli ordinamenti aventi analoga tradizione e cultura giuridica in ordine al giudizio di cassazione, la chiamata in causa dell'istituto del difetto di base legale nel dibattito italiano sul nuovo art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. impone la dimensione anche comparatistica dello studio del sindacato di legittimità sulla motivazione delle sentenze e ciò con particolare riguardo all'ordinamento italiano e all'ordinamento francese (per le problematiche connesse alla comparazione v. *infra* n. 2).

Peraltro, la presenza di opinioni discordanti proprio in merito al rapporto tra il nuovo n. 5 dell'art. 360 e il vizio di difetto di base legale rende ancor più necessario analizzare la politica della Corte di cassazione francese in ordine a tale motivo di ricorso. E ciò al precipuo fine di comprendere i modi e gli obiettivi con cui la Massima Giurisdizione d'oltralpe garantisce – da più di due secoli – le parti litiganti contro l'esercizio arbitrario del potere giurisdizionale.

Il riferimento specifico alla politica della Corte di cassazione francese in ordine al difetto di base legale, piuttosto che al codice di procedura civile francese o all'ordinamento nel suo complesso, trova invero la sua ragion d'essere in due ordini di considerazioni: la prima afferente alla creazione in via giurisprudenziale

---

<sup>10</sup> ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, I, p. 852 ss.; BOVE M., *Il sindacato della Corte di Cassazione*, Milano, 1993; ID., *Giudizio di fatto e sindacato della corte di cassazione: riflessioni sul nuovo art. 360 n. 5 cpc*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012; ID., *Ancora sul controllo della motivazione in cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, p. 432 ss.; CALAMANDREI P., *La Cassazione civile*, Roma, 1920; TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975; EVANGELISTA S., *Motivazione della sentenza civile*, in *Enc. Dir.*, 1977, XVII, p. 154 ss.; MAZZARELLA F., «Fatto e diritto» in *Cassazione*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1974, p. 82 ss.; SASSANI B., *La logica del giudice*, op. loc. cit.; ID., *Riflessioni sulla motivazione*, op. loc. cit.

<sup>11</sup> BOVE M., *Giudizio di fatto e sindacato della corte di cassazione*, cit.; ID., *Ancora sul controllo della motivazione*, cit., p. 432 ss.

di tale vizio ad opera della stessa Corte Suprema francese; la seconda afferente al dato legislativo che se prescrive l'obbligatorietà della motivazione a pena di nullità della sentenza (artt. 455 e 458 CPC), non contiene l'espressa e specifica codificazione del vizio di difetto di base legale.

Per giunta, se si osserva che negli ultimi anni la crisi della giustizia civile attaglia anche l'ordinamento francese e che plurime sono state le proposte di riforma del processo civile informate alla logica della deflazione e della gestione efficiente dei flussi delle azioni in giustizia<sup>12</sup> (v. *infra* 1.2.); allora, la comparazione del giudizio di cassazione italiano e del giudizio di cassazione francese assume una dimensione ancor più pregnante. Vuoi perché la giustizia civile dei due ordinamenti ha problemi analoghi, sebbene di intensità diversa, vuoi perché le iniziative di riforma presentate in Francia son lungi dal paventare l'idea di sopprimere o di limitare il controllo della Corte di cassazione francese sulla base legale della decisione e ciò nonostante le stesse siano ispirate alla logica della deflazione.

Per non contare che, a differenza di quanto si osserva nel nostro ordinamento, la Suprema Corte francese non ha mai messo in dubbio la compatibilità del sindacato di legittimità sulla motivazione con la funzione di Cassazione. Se, infatti, la Corte di cassazione italiana ha di recente interpretato letteralmente il nuovo art. 360, comma 1°, n. 5 c.p.c. sulla base della pretesa esigenza di ristabilire il ruolo della Suprema Corte italiana quale giudice dello *ius constitutionis*<sup>13</sup>, limitando il sindacato di legittimità sul vizio di motivazione ai casi in

---

<sup>12</sup> Da ultimo si pensi alle proposte fatte dal ministro della giustizia Toubira in ordine alla modernizzazione della giustizia civile. Anche tali misure sono state varate al fine di aumentare l'efficienza della giustizia civile, ma concernono la facilitazione dell'accesso alla giustizia anche attraverso l'uso di portali telematici, la creazione presso i Tribunali di Grande istanza e le Corti d'appello di consigli sulla giurisdizione aventi il compito di interrogarsi sulle problematiche relative all'accesso democratico alla giustizia, la riduzione dei termini e la semplificazione dei ricorsi alla giustizia quale la procedura per l'azione di classe, l'incremento dei modi alternativi di risoluzione delle controversie, la messa in atto di un sistema di valutazione delle chances di successo delle azioni in giustizia, la riorganizzazione ed il rafforzamento delle strutture e del personale delle diverse giurisdizioni, nonché una serie di misure in materia di protezione dei soggetti deboli. Nondimeno già a fine 2013 erano stati presentati il rapporto Delmas-Goyon «*le juge du XXI siècle*» ed il rapporto Marchall «*les juridictions du XXI siècle*» che miravano ad introdurre misure di degiurisdizionalizzazione, a rinforzare l'uso della tecnologia ed a ricentralizzare la figura del magistrato senza però intaccare le garanzie fondamentali delle parti, né tantomeno l'indispensabile istituto del difetto di base legale.

<sup>13</sup> Cass. civ., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053, pronuncia segnalata da ARCADI A., *Osservatorio sulla cassazione civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, 1294 ss., spec. 1302 s. Per le prime osservazioni a questa sentenza cfr. PERROTTA G., *Il decreto crescita si applica anche alle liti tributarie*, in *Dir. e giustizia* 2014, 298 ss.; RUSSO A., *Ricorso per cassazione tributario soggetto allo stesso filtro del ricorso per cassazione dei giudizi*

cui tale vizio sia talmente grave da trasformarsi in violazione di legge si da determinare la nullità della sentenza per mancanza di motivazione ai sensi dell'art. 132, comma 2°, n. 4, c.p.c.; al contrario, la giurisprudenza francese difende e fa evolvere l'istituto del difetto di base legale.

A tal proposito, occorre rilevare che la Corte francese ricorre al difetto di base legale per far evolvere il diritto sostanziale e processuale. In particolare, la Suprema Corte d'oltralpe attraverso la censura dell'insufficienza della motivazione in fatto esplicita la concreta portata di una norma di legge, facendo peraltro emergere le diverse sfumature applicative di tali norme. Tuttavia, va constatato anche che la giurisprudenza di legittimità fa un uso strumentale del difetto di base legale al precipuo fine di modulare i *revirements de jurisprudence* secondo le esigenze di politica giurisprudenziale (v. *infra* n. 3.2.).

A ben vedere, quindi, l'elaborazione della Corte di cassazione francese costituisce l'ineliminabile punto di riferimento per stabilire la portata e i limiti del nuovo n. 5 dell'art. 360 c.p.c. (sulle questioni poste dalla formulazione legislativa di tale motivo v. *infra* n. 3.1.) e al contempo rappresenta un tema di indagine necessario per stabilire il ruolo e la funzione assunti dal difetto di base legale nell'elaborazione del diritto al tempo della crisi della giustizia civile.

#### 1.1. *Inquadramento della riforma dell'art. 54, comma 1°, lett. b), d.l. n. 83/2012 nel panorama legislativo italiano.*

La modifica dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. si inserisce in un contesto di riforme volte a soddisfare l'esigenza dell'efficiente gestione dei flussi dei ricorsi al precipuo fine di realizzare una politica di deflazione. In particolare il miglioramento dell'efficienza della giustizia civile è ormai divenuto il mezzo, nonché lo *sponsor*, per rilanciare l'economia e la crescita del Paese. Non è perciò un caso che la riforma delle impugnazioni civili sia stata inserita nel decreto legge n. 83/2012 contenente «misure per la crescita del Paese»; e ciò nonostante il fatto che non ricorresse affatto il requisito dell'urgenza in ordine alla riforma delle impugnazioni.

---

*civili*, in *Il fisco* 2014, 1682 ss. La sentenza è stata peraltro oggetto del commento di PORCELLI F., *Sul vizio di omesso esame circa un fatto decisivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1600 ss.; PASSANANTE L., *Le Sezioni unite riducono al «minimo costituzionale» il sindacato di legittimità sulla sentenza civile*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2015, p. 179 e ss. Nonché, cfr. Cass. civ., sez. un., 22 settembre 2014, n. 19881.

Nondimeno, il pur pregevole intento di ottimizzare l'amministrazione della giustizia rischia di confliggere con i diritti processuali delle parti litiganti qualora sia informato a una logica prettamente economica, che risponda unicamente a criteri di efficienza, rendimento e di profitto.

Difatti, laddove entrano in gioco diritti costituzionalmente garantiti – ed è questo il caso della materia delle impugnazioni in cui sono coinvolti il diritto all'azione, il diritto di difesa e il diritto al giusto processo – il criterio dell'efficiente distribuzione delle risorse deve essere necessariamente temperato con il principio dell'equità formale e sostanziale. Diversamente, si giungerebbe a legittimare la compressione di tali garanzie fondamentali ad opera di qualsiasi intervento del legislatore ordinario dettato e motivato da esigenze c.d. di bilancio e di efficienza. Per non contare che, come si avrà modo di approfondire qui di seguito, l'efficienza della giustizia civile non si ottiene limitando il diritto di azione delle parti litiganti né tantomeno privando le stesse delle garanzie fondamentali<sup>14</sup>, quanto piuttosto aumentando il personale, le strutture, le risorse economiche e razionalizzando<sup>15</sup>.

Diversamente ha tuttavia agito il legislatore della c.d. Crescita che nel bilanciamento dei valori e degli interessi contrapposti ha fatto nettamente prevalere il criterio dell'efficienza e la logica della deflazione del contenzioso<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Si pensi ad esempio all'impossibilità, secondo il dettato della legge, di impugnare l'ordinanza che dichiara inammissibile l'appello per non ragionevole probabilità di accoglimento (art. 348 *bis* c.p.c.) o all'impossibilità di censurare i vizi della motivazione (art. 348 *ter*, comma 4° e 5° e art. 360, comma 1°, n. 5 c.p.c.) qualora la decisione di secondo grado si fondi sulle stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto, su cui si è fondata la decisione di primo grado. Il nocumento al diritto di difesa è evidente.

<sup>15</sup> In senso analogo cfr. IMPAGNATIELLO G., *Crescita del Paese e funzionalità delle impugnazioni civili: note a prima lettura del d.l. 83/2012*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012.

<sup>16</sup> Sul punto in dottrina vi è uniformità di vedute sia con riguardo all'intento puramente deflazionistico che ha ispirato l'intervento del legislatore, sia con riguardo alla posizione critica nei confronti della riforma. Al contrario l'allora Primo Presidente della Corte di cassazione Ernesto Lupo sembrava aver accolto con favore la riforma, e ciò con particolare riguardo alla modifica dei motivi di ricorso per cassazione. In particolare quest'ultimo nella Relazione dell'anno 2012 sull'amministrazione della giustizia ha affermato che «L'intento, del tutto condivisibile, dell'intervento normativo, è evidentemente di restringere l'ambito del controllo esercitabile in Cassazione sui vizi di motivazione dell'accertamento dei fatti compiuto dal giudice del merito. Lo strumento opportunamente predisposto dal legislatore dovrà certamente essere utilizzato in conformità, non tanto con la *voluntas legislatoris* in sintonia con gli auspici che larga parte di teorici e pratici hanno da tempo espresso, quanto con la *ratio legis*, fatta palese dai termini utilizzati. Né è prevedibile, e tanto meno auspicabile, che possa ripetersi quanto avvenne nel vigore del codice di procedura del 1865 (che non prevedeva uno specifico motivo di ricorso) e di quello del 1942, e cioè che, sotto la spinta delle parti che chiedono di rimettere in discussione il giudizio di fatto, si formarono orientamenti di giurisprudenza che, andando oltre una rigorosa interpretazione del

L'esigenza della deflazione dei giudizi permea, infatti, l'intero tessuto della riforma delle impugnazioni civili effettuata con l'art. 54 d.l. n. 83/2012 e non contraddistingue solo quanto previsto in materia di modifica dei motivi di ricorso per cassazione.

Tale logica si riscontra anzitutto nell'art. 348 *bis* c.p.c. – introdotto sempre dall'art. 54 d.l. n. 83/2012 – che inserisce un filtro di ammissibilità degli atti di appello che non abbiano ragionevoli probabilità di accoglimento. Peraltro, la citata ordinanza viene dal legislatore definita «non impugnabile». Sicché la parte nei confronti della quale è resa vede irrimediabilmente compromessa la possibilità di ottenere dal giudice di appello una nuova pronuncia interamente sostitutiva di quella impugnata, non potendo a ciò supplire l'impugnazione della sentenza di primo grado con ricorso per cassazione<sup>17</sup>.

Analoga logica di deflazione si riscontra anche nella modifica degli artt. 342 e 434 c.p.c. in materia di motivi specifici di impugnazione, e ciò in quanto la novella mirerebbe a trasformare il giudizio di appello da mezzo di gravame a mezzo di impugnazione in senso stretto. Di fatto restringendo, nell'un caso e nell'altro, l'accesso al giudizio d'appello di guisa da diminuire il carico di lavoro delle oberate Corti di appello<sup>18</sup>.

---

dettato normativo, hanno consentito, ancor prima delle modifiche introdotte nel 1950, il sindacato sul vizio logico e sull'insufficienza della motivazione. L'entità della domanda, e la dimensione della pendenza, in particolare dell'arretrato, uniche nel panorama europeo delle corti di ultima istanza, sono corpose ragioni che debbono spingere ad adottare una interpretazione della nuova disposizione coerente con le esigenze sistematiche e funzionali che dovrebbero riportare la Corte a sviluppare le sue funzioni di nomofilachia, depresse o quanto meno fortemente ridotte dall'enorme numero dei ricorsi». Sul punto, anche per riferimenti, cfr. TRISORIO LIUZZI G., *Il ricorso in Cassazione: le novità introdotte dal d.l. 83/2012*, in [www.judcium.it](http://www.judcium.it), 2013; l'Autore evidenzia che anche il Consiglio Superiore della Magistratura si è mostrato di avviso favorevole alla riforma, specialmente per quel che concerne le modifiche dei motivi di ricorso per cassazione.

<sup>17</sup> Tale nocumento deriva, da una parte, in conseguenza della natura di mezzo di impugnazione a critica vincolata del giudizio di cassazione con cui le parti – a differenza di quanto è previsto per l'appello – possono far valere solo i vizi della decisione corrispondenti ai motivi d'impugnazione tassativamente previsti dalla legge e tra i quali non rientrano motivi attinenti al fatto; e dall'altra parte, in conseguenza del carattere rescindente del giudizio di cassazione, che a differenza dell'appello e salvo le particolari ipotesi dell'art. 384, commi 2° e 4°, c.p.c., non si conclude con una pronuncia sostitutiva di quella impugnata, bensì con una pronuncia di mero annullamento.

<sup>18</sup> In argomento cfr. BUFFONE G., *Processo civile: le novità dopo il "Decreto sviluppo"*, in *Il civilista*, 2012; CAPONI R., *Contro il nuovo filtro in appello e per un filtro in cassazione*, in [www.judcium.it](http://www.judcium.it), 2012; ID., *La riforma dei mezzi di impugnazione*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), 2012; CAPPONI B., *Dialoghi a margine dell'art. 54 d.l. 83/2012*, testo pubblicato nel 2012 in versione digitale all'indirizzo: [www.judcium.it](http://www.judcium.it), 2012; CARRATTA A., *Giudizio di cassazione e nuove modifiche legislative: ancora limiti al controllo di legittimità*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it), 2012; CONSOLO C., *Lusso o necessità nelle impugnazioni civili in* [www.judcium.it](http://www.judcium.it), 2012; ID., *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di «svaporamento»*, in *Corriere giur.*, 2012, 1139 ss.; ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 2a ed. agg., Torino 2013, vol.

Al tetro panorama disegnato dalla riforma si aggiunge poi la previsione di un'ipotesi di inammissibilità dei ricorsi per cassazione proposti per il motivo di cui al nuovo n. 5 dell'art. 360 c.p.c. in caso di «doppia conforme»: ossia nelle ipotesi in cui l'ordinanza di inammissibilità *ex art. 348 bis* sia «fondata sulle stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto, poste a base della decisione impugnata» (art. 348 *ter*, comma 4°, c.p.c.) e nelle ipotesi in cui «la sentenza d'appello (...) conferma la decisione di primo grado» (art. 348 *ter*, comma 5°, c.p.c.). Si tratta di due previsioni fortemente lesive del diritto di difesa delle parti, in quanto entrambe privano le parti del diritto ad ottenere dal giudice di merito una decisione correttamente motivata in punto di fatto. È infatti appena il caso di osservare che tutte le volte in cui il giudice di primo grado ometta di tener conto di un fatto decisivo ai fini della risoluzione della *quaestio facti* ed il giudice di secondo grado dichiara inammissibile l'appello proposto o confermi la pronuncia di primo grado, continuando ad omettere l'esame del fatto decisivo già ignorato dal giudice di prime cure, le parti vedrebbero irrimediabilmente compromessa la possibilità di censurare tale vizio in cassazione e di conseguenza non vedrebbero garantito il loro diritto di ottenere dal giudice di rinvio una nuova motivazione della sentenza impugnata per vizio di motivazione.<sup>19</sup>

Non va poi dimenticato che già il d.d.l. A.S. 15 marzo 2011, n. 2612 (c.d. d.d.l. Alfano) tendeva ad introdurre misure volte a deflazionare i giudizi di appello

---

III, 416 ss., spec. 418 s.; COSTANTINO G., *Gli effetti sul giudizio di cassazione della riforma dell'appello*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), 2012; ID., *La riforma dell'appello*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 29 ss.; DALFINO D., *Premessa, in L'appello e il ricorso per cassazione nella riforma del 2012 (d.l. 83/12, convertito, con modificazioni, in l. 134/12)*, in *Foro it.*, 2012, V, 282; DE CRISTOFARO M., *Appello e cassazione alla riprova della ennesima «riforma urgente»: quando i rimedi peggiorano il male (considerazioni di prima lettura del d.l. n. 83/2012)*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012; DE SANTIS F., «Filtro in appello», «doppia conforme» e «ridotta» censura in Cassazione per vizio della motivazione nei procedimenti fallimentari, in *Il fallimento*, 2013, 393 ss.; DIDONE A., *Note sull'appello inammissibile perché probabilmente infondato e il vizio di motivazione in cassazione dopo il decreto legge c.d. «sviluppo»*, in *Giur. It.*, 2012, 12, IV; FRASCA R., *Spigolature sulla riforma di cui al d.l. n. 83 del 2012, convertito, con modificazioni, nella l. n. 134 del 2012*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2013; GALLETTO T., «Doppio filtro» in appello, «doppia conforme» e danni collaterali, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012; GROSSI D., *Il diritto di difesa ed i poteri del giudice nella riforma delle impugnazioni*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012, 1 ss.; IMPAGNATIELLO G., *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 755; MONTELEONE G., *Il processo civile in mano al governo dei tecnici*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012; PAGNI I., *Gli spazi per le impugnazioni dopo la riforma estiva*, in *L'appello e il ricorso per cassazione nella riforma del 2012 (d.l. 83/12, convertito, con modificazioni, in l. 134/12)*, in *Foro it.*, 2012, V, 304; PANZAROLA A., *Tra «filtro» in appello e «doppia conforme»: alcune considerazioni a margine della l. n. 134 del 2012*, in *Giusto proc.*, 2013, 89 ss.; VERDE G., *Diritto di difesa e nuova disciplina delle impugnazioni*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012.

<sup>19</sup> Per approfondimenti cfr. PANZAROLA A., *I commi 4 e 5 dell'art. 348-ter c.p.c.: l'incensurabilità del vizio di motivazione*, in MARTINO R., PANZAROLA A., *Commentario alle riforme del processo civile dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Torino, 2013, 686 ss.



e di cassazione<sup>20</sup>. Disegno di legge quest'ultimo che non è andato a buon fine, contrariamente a quanto è invece avvenuto con il disegno di legge concernente le misure in materia di inibitoria, le quali sono anch'esse contrassegnate dalla medesima logica di deflazione.

A tal proposito e in sintonia con la generale tendenza di cui sopra, la legge 12 novembre 2011, n. 183, ha dato al giudice la possibilità di condannare – con ordinanza non impugnabile e revocabile con la sentenza che definisce il giudizio – la parte che abbia proposto un'istanza di sospensione dichiarata inammissibile o manifestamente infondata ad una pena pecuniaria – non inferiore a 250 euro e fino ad un massimo di 10.000 euro – (art. 283, comma 2°, c.p.c.); con una scelta connotata da un innegabile carattere sanzionatorio volto a colpire l'utilizzo a scopo dilatorio degli strumenti processuali messi a disposizione delle parti dal legislatore.

Siffatto intento sanzionatorio si può riscontrare anche nella limitazione dell'accesso al giudizio di cassazione nei casi di doppia conforme<sup>21</sup>, nonché nella modifica dei motivi di ricorso per cassazione. In quest'ordine di idee, la pronuncia di inammissibilità, che consegue alla proposizione di un ricorso per vizio di insufficiente motivazione o che consegue alla proposizione di un ricorso per omesso esame circa un fatto decisivo avverso una sentenza d'appello conforme a quella di primo grado, ben potrà essere qualificata come sanzione contro il presunto esercizio a scopi dilatori del potere di impugnazione e più in generale del diritto di azione in giudizio.

Al di là delle possibili interferenze con la controversa categoria dell'abuso del diritto<sup>22</sup>, in questa sede preme piuttosto porre l'accento sul contesto legislativo in cui si inserisce la novella dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. E ciò in quanto l'analisi di tale disposizione legislativa e delle connesse problematiche non può prescindere dalla comprensione delle scelte di strategia e di politica delle riforme

---

<sup>20</sup> Tendeva peraltro a introdurre l'istituto della motivazione breve. La motivazione avrebbe dovuto contenere l'elencazione de «i fatti rilevanti, le fonti di prova ed i principi di diritto su cui la decisione è fondata anche con esclusivo riferimento a precedenti conformi ovvero a contenuti specifici degli scritti difensivi o di altri atti di causa».

<sup>21</sup> V. *infra* in questo paragrafo.

<sup>22</sup> Per un *excursus* sull'argomento e con particolare riguardo al diritto processuale cfr. CORDOPATRI F., *L'abuso del processo*, Padova, Cedam, 2010.

adottate dai *conditores legum*, non fosse altro perché, tra i canoni per l'interpretazione della legge, l'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale del codice civile contempla quello della ricerca dell'intenzione del legislatore.

Se quindi la Novella del 2012 in materia di motivi di ricorso per cassazione si inserisce – armonicamente – nel solco tracciato dalla logica della deflazione e del contingentamento dei tempi di definizione delle controversie, altrettanta coerenza non si riscontra in ordine alla congruità della scelta di modificare il n. 5 dell'art. 360 c.p.c. al fine di snellire il ruolo della Suprema Corte di cassazione italiana.

Difatti, ben si può dubitare, come la più attenta dottrina ha da subito rilevato<sup>23</sup>, dell'effettività di tale misura o comunque del raggiungimento dei risultati sperati. E ciò in quanto, da una parte, è fortemente in dubbio che siano iscritti al ruolo generale della Corte di cassazione italiana ricorsi proposti per il solo vizio di motivazione – che al contrario per prassi consolidata viene di solito prospettato anche in relazione ai vizi di omessa pronuncia su eccezione (n. 4 art. 360 c.p.c.) e violazione o falsa applicazione di norme di diritto (n. 3 art. 360 c.p.c.)<sup>24</sup> – e dall'altra parte, la classe forense già si è adoperata al fine di far rifluire lo scomparso vizio di motivazione negli altri motivi di ricorso per cassazione, e ciò con particolare riguardo proprio ai motivi di cui ai nn. 3 e 4 dell'art. 360 c.p.c. Sicché, a ben vedere, è scarsamente probabile che il numero dei ricorsi per cassazione possa diminuire grazie a questa modifica<sup>25</sup>.

Per non contare che gran parte del carico della Suprema Corte di cassazione italiana deriva dalla garanzia costituzionale del ricorso straordinario in cassazione per violazione di legge avverso i provvedimenti aventi natura di sentenza, di cui all'art. 111, comma 7° , Cost.<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Il rilievo è di IMPAGNATIELLO G., *Pessime nuove in tema di*, cit., p. 755 ss.; PICCININNI L., *I motivi di ricorso in Cassazione dopo la modifica dell'art. 360 n. 5*, in *Riv. Dir. proc.*, 2013, 407 ss.; TRISORIO LIUZZI G., *Il ricorso in Cassazione*, cit.

<sup>24</sup> Sull'importanza della possibilità di censurare la sentenza con il cumolo dei motivi di cui ai nn. 3 e 5 dell'art. 360 c.p.c. si veda SASSANI B., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza*, cit., p. 849 ss.

<sup>25</sup> Diversa è l'opinione del Consiglio Superiore della Magistratura secondo il quale i risultati della riforma potranno essere concretamente apprezzati tra dieci o dodici anni. Cfr. Parere 5 luglio 2012 del CSM.

<sup>26</sup> Molte sono state infatti le critiche opposte alla scelta legislativa di mantenere la garanzia del ricorso straordinario in cassazione, che peraltro per effetto della riforma del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, non è più limitata alla violazione di legge in senso stretto, ma si estende all'intera gamma dei

A ben vedere, poi, un altro sintomo dell'incoerenza della riforma si rinviene nella previsione dell'impugnabilità con ricorso per cassazione della sentenza di primo grado avverso la quale sia stato proposto appello poi dichiarato inammissibile per irragionevole probabilità di accoglimento (art. 348 *ter*, comma 3°, c.p.c.). Misura quest'ultima destinata ad aumentare il carico di lavoro della Suprema Corte e ad ingombrarne il ruolo, piuttosto che ad alleggerirne il carico di lavoro.

Alla luce di tali considerazioni sembra pertanto che la modifica dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. nel concreto miri non tanto a diminuire il numero dei ricorsi, quanto piuttosto a fornire al Supremo giudice un agile strumento – ma sarebbe più opportuno dire un'arma impropria – per dichiarare l'inammissibilità dei ricorsi<sup>27</sup>.

Sicché, si potrebbe ritenere che la deflazione del contenzioso se formalmente viene attuata *ex ante* dal legislatore per il tramite dell'eliminazione del controllo sulla sufficienza della motivazione, nella sostanza è invece posta in essere – solamente – *ex post* dalla Corte di cassazione italiana attraverso le dichiarazioni di inammissibilità, di cui peraltro già si hanno ampi esempi.

Tuttavia, non si può non osservare che di tal fatta si fuoriesce dalla vera e propria logica della deflazione – che per definizione dovrebbe essere attuata e

---

motivi di ricorso di cui all'art. 360 c.p.c. (cfr. art. 360, ult. co., c.p.c.) Su cui SASSANI B., *La logica del giudice*, cit., p. 639 ss., spec. 641; ID., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza*, cit. L'Autore evidenzia la schizofrenia del legislatore, che, in un primo tempo e al fine di impedire discriminazioni sul piano dei motivi di ricorso per cassazione proponibili con il ricorso ordinario e straordinario, ha introdotto l'ultimo comma dell'art. 360 c.p.c. al precipuo fine di reintrodurre il controllo sulla motivazione, impropriamente espunto dall'alveo del ricorso straordinario per cassazione per effetto della pronuncia Cass. civ., sez. un. 16 maggio 1992, n. 5888; per poi in un secondo momento eliminare proprio quel controllo sulla sufficienza della motivazione che si era voluto garantire anche nella sfera del ricorso straordinario. Per non contare che l'esclusione del controllo di logicità da tale settore aveva alimentato la sensazione di disuguaglianza di trattamento, ma di certo non aveva ridotto o rallentato il flusso dei ricorsi – anche straordinari – a cui invece mirava l'intervento delle sezioni unite del 1992.

Vi è addirittura chi ha sostenuto che la «garanzia del ricorso in cassazione sempre possibile» urti contro il principio di eguaglianza e del giusto processo, dovendo invece l'effetto vincolante della regola della ricorribilità in cassazione poter cedere «all'effetto di conformazione derivante dalla garanzia del giusto processo». Fermo restando comunque che tale operazione ermeneutica potrebbe essere posta in essere solo dal Giudice delle leggi. Cfr. CAPONI R., *La modifica dell'art. 360, 1° comma n. 5, c.p.c.*, cit.

<sup>27</sup> È stato di fatto questo l'esito delle prime applicazioni della riforma. Cfr. Cass. civ., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053, pronuncia segnalata da ARCADI A., *op. loc. cit.*. Per le prime osservazioni a questa sentenza cfr. PERROTTA G., *op. loc. cit.*; RUSSO A., *Ricorso per cassazione tributario*, cit., p. 1682 ss. La sentenza è stata peraltro oggetto del commento di PORCELLI F., *op. loc. cit.*; PASSANANTE L., *op. loc. cit.* Nonché, cfr. Cass. civ., sez. un., 22 settembre 2014, n. 19881.

posta in essere *ex ante* – per entrare invece nell’attigua sfera del criterio della diminuzione del carico di lavoro della Corte; essendo evidente che una decisione di inammissibilità è più snella e meno laboriosa, anche in punto di motivazione, di una decisione di rigetto o di cassazione.

La scelta del legislatore appare quindi già – e senza scendere nel merito – frutto di un cattivo uso della tecnica legislativa e di una scarsa osservazione della realtà pratica del processo civile. Si è peraltro osservato che essa è nondimeno tacciata di incongruenza rispetto alla decantata logica dell’efficienza e della deflazione cui sarebbe informata la riforma. Sicché, a nostro avviso, la strategia e la politica legislativa di siffatta riforma paiono invero trovare spiegazione nella logica della visibilità, che da qualche anno contraddistingue l’intervento normativo in materia di processo civile.

Se la crisi della giustizia civile è stata ritenuta una delle cause del mancato investimento estero in Italia e della fuga dei capitali all’estero; dal canto suo il legislatore ha cercato di sfatare e privare di fondamento siffatta convinzione adottando misure volte – illusoriamente e solo apparentemente idonee – ad aumentare l’efficienza della giustizia civile, a diminuire i tempi di risoluzione delle controversie e a deflazionare il contenzioso civile. Fermo restando che ciò che è visibile non sempre è ciò che pare e che come si è visto la modifica dell’art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. inciderà certamente sul diritto delle parti ad ottenere dal giudice di merito una sentenza correttamente motivata ed inciderà molto meno sul numero dei ricorsi per cassazione iscritti al ruolo della Suprema Corte italiana.

#### *1.2. Le riforme del giudizio di cassazione francese: deflazione e salvezza delle garanzie.*

Come visto, quindi, il legislatore italiano ha eliminato il controllo sulla sufficienza logica della motivazione a motivo dell’esigenza di snellire il ruolo della Suprema Corte di cassazione francese, di porre fine alla pratica abusiva dei ricorsi per cassazione censuranti un vizio di motivazione al solo fine di ottenere una nuova valutazione dei fatti ed in ragione della presunta non attinenza del controllo indiretto sulla motivazione alla funzione di cassazione.

Ora, va rilevato che anche la Corte di cassazione francese ha un ruolo carico e di un’ingente mole di lavoro, sebbene di livello comunque inferiore a quello che affligge la Suprema Corte italiana. E va rilevato altresì che anche in Francia è

diffusa la prassi di promuovere un ricorso per cassazione fondato sul vizio di motivazione al solo fine di ottenere una nuova valutazione dei fatti di causa<sup>28</sup>. Si tratta, a ben vedere, di un problema che dovrebbe essere arginato ed estirpato dalla Corte di cassazione stessa e non tanto dal legislatore. Difatti, sarebbe sul punto sufficiente una decisione di inammissibilità del ricorso fondato su un motivo di fatto – improponibile in cassazione – per porre fine a tale prassi abusiva.

Il legislatore francese, al contrario di quello italiano, è ben conscio di siffatta realtà, come pur anche dell'indispensabilità del controllo indiretto sul giudizio di fatto per l'effettività della funzione di cassazione. Tanto è vero che le plurime riforme che hanno interessato il giudizio di cassazione francese dagli anni '50 ad oggi – e che hanno fatto sostenere ad alcuni che la Corte Suprema francese è in crisi perenne – non hanno mai coinvolto il difetto di base legale.

A ben vedere, infatti, l'esigenza di accelerare i tempi di definizione delle controversie in cassazione e quella di snellire il ruolo della Corte di cassazione francese è stata avvertita sin dal 1947, quando la legge del 23 luglio razionalizzò l'organizzazione interna della Suprema Corte d'oltralpe aumentando il numero delle Sezioni civili e sopprimendo la *Chambre des requête*<sup>29</sup>. La stessa legge snellì la procedura da seguire innanzi alla Giurisdizione Suprema francese, prevedendo termini a pena di decadenza e termini di durata più corti. Disciplinò peraltro una specifica procedura d'urgenza in materia di divorzi, separazione personale, pensioni alimentari, incidenti sul lavoro e ciò senza incidere sulla gamma dei motivi di ricorso proponibili di fronte alla Corte di cassazione francese, né tantomeno prevedendo ipotesi di inammissibilità.

---

<sup>28</sup> LE BARS T., *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris, 1997.

<sup>29</sup> In particolare la *chambre des requetes* – aveva il compito di esaminare preliminarmente i ricorsi al fine di stabilirne la ricevibilità e la fondatezza. Tale procedura tuttavia imponeva il doppio esame dei ricorsi dichiarati ammissibili, comportando l'allungamento dei tempi di definizione delle controversie.

Quanto all'istituzione delle camere civili, si osserva che il legislatore per prevenire il rischio di conflitti di giurisprudenza stabilì la specializzazione delle Camere rispettivamente nella materia civile, commerciale e finanziaria, e sociale. Istituì peraltro l'Assemblea Plenaria che aveva il compito di dirimere i conflitti insorti all'interno di una stessa camera o di più camere. In ultimo vennero ridotti i termini per la proposizione del ricorso, per il deposito della memoria di risposta e venne imposto un termine al cancelliere per la trasmissione del fascicolo al consigliere relatore. BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, Paris, 2015/2016, n.° 01.111, p. 16 s.;

L'aumento del numero dei ricorsi, legato all'aumento demografico della popolazione, indusse poi il legislatore del 1967 ad intervenire di nuovo, aumentando il numero delle sezioni civili da tre a cinque<sup>30</sup>. Appare, pertanto, evidente che l'obiettivo di rendere più rapido il processo di cassazione e quello di diminuire i tempi di risoluzione dei giudizi di cassazione è stato realizzato senza pregiudizio alcuno per le garanzie fondamentali delle parti litiganti, ma aumentando l'organico e le dotazioni della giurisdizione di legittimità d'oltralpe.

Ora, a nostro avviso, la differenza principale tra l'evoluzione legislativa italiana e quella francese in materia di ricorso per cassazione si riscontra nella riforma dei decreti del 20 luglio e 28 agosto 1972. Il legislatore francese, oltre ad eliminare la regola secondo cui «*nul ne se forçlot soi-même*»<sup>31</sup> e a consentire la proponibilità del controricorso incidentale per cassazione, aveva abrogato l'art. 7 legge 20 aprile 1810 al precipuo fine di ridurre drasticamente la possibilità di censurare i vizi di forma. Giova sul punto sottolineare che tale norma aveva nell'ordinamento francese un'importanza capitale, giacché da un lato imponeva l'obbligo di motivazione delle sentenze e, dall'altro, stabiliva siffatta forma a pena di nullità della sentenza. Garantiva, pertanto, le parti dall'esercizio arbitrario del potere giurisdizionale, essendo tale norma il frutto delle istanze rivoluzionarie. Ora, la sua abrogazione avrebbe senz'altro determinato l'impossibilità di censurare i vizi di motivazione. Tuttavia, dal canto suo il decreto 20 luglio 1972 aveva egualmente provveduto a reinserire la prescrizione dell'obbligatorietà della motivazione nel codice di procedura civile all'art. 455 CPC e a mantenere tale prescrizione a pena di nullità (art. 458 CPC).

Appare pertanto evidente che il legislatore francese, nonostante fosse guidato dall'esigenza di contenere il flusso dei ricorsi proposti per nullità del procedimento o della sentenza, ha comunque fatto esplicitamente salva la garanzia

---

<sup>30</sup> Tuttavia tale misura portava con sé l'effetto collaterale del rischio di perdita dell'unità dell'interpretazione del diritto interno alla Corte, sicché il legislatore si preoccupò anche di istituire una camera mista deputata a conoscere dei ricorsi per i casi in cui si presentavano questioni di principio rilevanti della competenza di due camere diverse. Peraltro, sostituì definitivamente alle camere riunite l'Assemblea Plenaria, che sarebbe stata formata dai delegati di ogni camera. A tale legge si affiancò il decreto n° 67- 1210 del 22 dicembre 1967 che, sempre nell'ottica di accelerare la procedura, ridusse i termini dell'istruttoria e modificò la lista degli affari urgenti. Al contempo creò una procedura di urgenza da applicare a discrezione del Primo presidente della cassazione secondo la valutazione delle circostanze del caso concreto. BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, n.° 01.113, p. 18 s.;

<sup>31</sup> In particolare, venne stabilito che il termine di decadenza per proporre ricorso per cassazione comincia a decorrere per entrambe le parti dal giorno della notificazione della sentenza di appello.

dell'obbligatorietà della motivazione. In particolare, si osserva che se le garanzie cosiddette non-fondamentali hanno ceduto il passo di fronte all'esigenza di alleggerire il ruolo della Suprema Corte di cassazione francese, essendo stata di fatto eliminata la possibilità di proporre ricorsi fondati su vizi di forma, le garanzie fondamentali non hanno subito alcun pregiudizio. Ed infatti, da un lato, le parti potevano ancora censurare la nullità della sentenza priva dei motivi con il ricorso per cassazione e, dall'altro lato, il carattere rescindente del giudizio di cassazione e quello rescissorio del giudizio di rinvio garantivano il diritto della parte ad ottenere dal giudice di rinvio una sentenza motivata.

I motivi di ricorso per cassazione, ed in particolare la possibilità di sanzionare l'insufficienza della motivazione, non furono poi toccati nemmeno dal decreto del 7 novembre 1979, che, oltre ad incorporare nel codice di procedura civile i testi relativi al giudizio di cassazione fino ad allora restati al di fuori del codice, operava modifiche sostanziali alla disciplina di tale mezzo di impugnazione attraverso misure calibrate sempre sulla logica dell'efficienza<sup>32</sup>.

È inoltre interessante notare che, sempre nel 1979, era intervenuta la legge 3 gennaio n.° 79-9, che, oltre ad aver modificato le condizioni di ricorso all'Assemblea Plenaria (art. L. 131-2 e 3 COJ), aveva istituito una formazione ristretta presso ogni sezione civile con il compito di rigettare i ricorsi irricevibili o manifestamente infondati (art. L. 131-2 COJ) ed aveva introdotto la decisione dei ricorsi nel merito per i casi in cui non sia necessario compiere ulteriori accertamenti di fatto (art. L. 131-5 COJ).

Si tratta a ben vedere, anche in questo caso, di misure volte ad accelerare la procedura e a smaltire più rapidamente i ricorsi, che ciò nonostante non hanno intaccato le garanzie fondamentali del processo, come quella del diritto alla motivazione.

Una particolare attenzione, per quanto qui interessa, deve poi essere rivolta al progetto di riforma della Corte di cassazione francese<sup>33</sup> avanzato nel 1981. Al

---

<sup>32</sup> Tale logica legislativa si rinviene, infatti, in tutte le misure adottate dal sopramenzionato decreto: nella riduzione del termine per proporre ricorso incidentale e nella modifica della forma con cui proporlo (artt. 614, 1010 CPC); nell'introduzione di un'ammenda per l'abuso del diritto di proporre il ricorso per cassazione (art. 628 CPC); nell'istituzione della notificazione diretta tra avvocati (art. 982 CPC); nella possibilità di riassumere il processo di fronte al giudice di rinvio tramite dichiarazione fatta al segretariato della giurisdizione di rinvio.

<sup>33</sup> BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, cit., n.° 01.114, p. 18 s.; BORÉ J., *La loi du 6 août 1981 et la réforme de la Cour de cassation*, in *D*, 1981, p. 299 s. In particolare quanto alla concezione

fine di diminuire il carico di lavoro della Suprema Corte, la commissione di riforma aveva proposto di trasferire il controllo sull'assenza e sulla contraddittorietà dei motivi alle corti d'appello, lasciando invece il controllo sul difetto di base legale alla Corte di cassazione d'oltralpe. Di là da ogni considerazione sull'opportunità – da escludere – di una tale proposta, che aveva l'effetto di dissociare il controllo sulla motivazione, di attribuire inopportuno al giudice di appello il duplice ruolo di controllore e controllato e che nondimeno comportava il rischio della proposizione simultanea dell'appello e del ricorso per cassazione; tale tentativo di riforma dimostra, tuttavia, la consapevolezza del legislatore francese intorno alla compatibilità e all'indispensabilità del controllo sulla motivazione (difetto di base legale) per le funzioni di cassazione, e ciò « *pour éviter que le contrôle de la Cour régulatrice du droit ne soit qu'un vain simulacre* ». Come appare evidente i *conditores legum*, nel frammentare il controllo sulla motivazione, non avevano minimamente considerato l'ipotesi di espungere il sindacato sul vizio di logicità dall'alveo della funzione della Suprema Corte di cassazione francese, laddove, al contrario, avevano suggerito l'esclusione del controllo sull'esistenza grafica dei motivi. Sicché anche in questo caso il controllo sulla motivazione sarebbe stato fatto salvo.

---

ampia della missione della Corte di cassazione, come includente sia la funzione giuridica che la funzione disciplinare cfr. GARSONNT E., CEZAR-BRU CH., *Précis de procédure civile et commerciale*, Paris, 1923, n° 923, p. 604 s.; MARTY G., *La distinction du fait et du droit*, Paris, 1929, p. 465. Sulla natura disciplinare dei vizi di motivazione si vedano, per tutti, ANCEL J.-P., *Le manque de base légale*, in *BICC*, 2010, avril, n° 719; BLONDEL P., *Le manque de base légale, son avenir*, in *Mélangés Ponsard*, Paris, 2003, p. 53 s.; BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, cit., n° 78.00 s., p. 427 s.; BORÉ L., *La motivation des décisions de justice et la convention européenne des Droits de l'Homme*, in *JCP G*, 2002, p. 121 s.; CADIET L., JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, Paris, 2013; COUCHEZ G., *Procédure civile*, Paris, 2014; CAPRON Y., *Cas d'ouverture. Violation de la loi. Défaut de base légale*, in *JCL Procédure civile*, fasc. 781, 1993; DRAGO R., *Le défaut de base légale dans le recours pour excès de pouvoir*, in *EDCE*, 1960, p. 27 s.; FOUSSARD D., *Le manque de base légale*, *BICC*, 2010, avril, n° 719; GARSONNT E., CEZAR-BRU CH., *Précis de procédure civile et commerciale*, Paris, 1923, n° 923, p. 604 s.; JONQUÈRES J., *Le contrôle des constatations de fait par le juge de cassation. (Aspects de droit civil)*, in *Journées de la Société de législation comparée*, 1980, vol. II, p. 117 s.; HÉRON J., LE BARS T., *Droit judiciaire privé*, Paris, 2012; LE CLECH J. -F., *De l'insuffisance des motifs, manque de base légale des décisions judiciaires*, in *JCP*, 1948, I, p. 690 s.; ID., *Manque de base légale et violation de la loi en matière civile*, in *JCP*, 1948, I, p. 720 s.; MARTY G., *La distinction du fait et du droit*, cit., p. 465; PERDRIAU A., *Distinction entre la violation de la loi et le manque de base légale*, in *JCP G*, 1990, n° 3468; ID., *Le rôle disciplinaire du juge du cassation*, in *JCP G*, 2002, *Étude*, I, n° 1150.



Analogamente, le riforme degli ultimi trenta anni, benché contraddistinte dalla logica della deflazione, non hanno inficiato il controllo indiretto sulla motivazione<sup>34</sup>.

Alla luce di tali brevi osservazioni sulle riforme che hanno coinvolto il giudizio di cassazione francese, si osserva che la crisi della giustizia di legittimità è stata affrontata grazie all'aumento dell'organico dei magistrati, dei magistrati addetti al servizio di documentazione, dei consiglieri e degli avvocati generali.

L'adozione di misure volte a rafforzare la struttura e l'organico dell'ufficio giudiziario della Suprema Corte d'oltralpe, da una parte, e la costante attenzione del legislatore francese alle fondamentali garanzie connesse al ricorso in cassazione – ed in particolare alla possibilità di censurare i difetti motivazionali – dall'altra parte, mettono ulteriormente in discussione l'operato del legislatore italiano, ben potendo la deflazione essere realizzata senza ledere la posizione soggettiva delle parti ed i diritti ad esse spettanti.

E difatti la logica dell'efficienza e della deflazione non è necessariamente inconciliabile con il rispetto e la salvaguardia delle garanzie processuali. L'inconciliabilità deriva piuttosto dall'assolutizzazione di siffatta logica nel nome del massimo rendimento economico e a scapito dell'equità sostanziale. Sicché, non può che ribadirsi che l'efficienza della giustizia civile non si ottiene limitando il diritto di azione delle parti litiganti, limitando loro la possibilità di impugnare le decisioni, né tantomeno privando le parti stesse delle garanzie fondamentali;

---

<sup>34</sup> Ad esempio il decreto 20 luglio 1989 ha introdotto la sanzione dell'irricevibilità delle memorie difensive del convenuto non prodotte e non notificate entro il termine di tre mesi dalla notificazione della memoria della parte attrice (art. 982 CPC, siffatta previsione concerne le procedure con rappresentazione obbligatoria).

Nello stesso solco si inserisce il decreto del 26 febbraio 1999 ai sensi del quale è stato introdotto nel codice di procedura civile all'art. 611-1 il divieto di depositare e di proporre un ricorso per cassazione qualora la decisione attaccata non sia stata precedentemente notificata.

La tendenza ad accelerare i tempi del processo di cassazione riceve poi coronamento dalla legge 25 giugno 2001 che autorizza la Corte di cassazione a dichiarare – con una decisione non motivata – l'inammissibilità dei ricorsi irricevibili o non fondati su motivi di ricorso seri (Nonostante tale istituto possa evocare la soppressa *chambre des requête*, si osserva che non si tratta di una riedizione dell'antico istituto, e ciò in quanto la decisione di inammissibilità è resa dalle Camere civili e non da una camera distinta come avveniva prima del 1947).

In ultimo se il decreto n° 2004-836 del 20 agosto 2004 ha esteso la procedura con rappresentanza tecnica obbligatoria alla quasi totalità delle materie; dal canto suo il decreto 2008-484 del 22 maggio 2008 ha ridotto a quattro mesi il termine per il deposito delle memorie ampliative e a due mesi quello per il deposito delle memorie difensive.

quanto piuttosto tenendo salde le garanzie fondamentali ed aumentando il personale, le strutture, le risorse economiche e razionalizzando.

## *2. Le complessità della comparazione.*

Ciò premesso sul rapporto tra crisi della giustizia civile e vizio di motivazione, vanno ora affrontate le questioni che si pongono in relazione all'affermata esigenza di far riferimento all'elaborazione della Corte di cassazione francese in merito al difetto di base legale per risolvere il problema della portata giuridica del nuovo art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c.

Si delinea in particolare la questione dell'opportunità di ricorrere alla tecnica del controllo della motivazione della Corte di cassazione francese al fine di recuperare il controllo di logicità tra i vizi denunciabili di fronte alla Corte di cassazione italiana, essendo a tal proposito necessario stabilire se l'applicazione della summenzionata tecnica da parte della Suprema Corte italiana importi inevitabilmente la creazione per via pretoria di un nuovo motivo di ricorso o se invece tale applicazione possa essere intesa come metodo attraverso cui far confluire il vizio di logicità in uno dei motivi di ricorso per cassazione di cui all'art. 360 c.p.c. Nel primo caso si giungerebbe ad un risultato inaccettabile per l'ordinamento italiano, mentre nel secondo caso si approderebbe felicemente al rimedio contro l'eliminazione legislativa del controllo sulla sufficienza della motivazione.

Ne deriva, pertanto, l'esigenza di comparare il giudizio di cassazione italiano ed il giudizio di cassazione francese e di valutare se la diversa regolamentazione della procedura dinanzi alle due Supreme Corti di cassazione e la diversa politica delle Supreme Giurisdizioni in merito al vizio di motivazione sono di ostacolo alla comparazione.

Se infatti la circostanza che nel sistema processuale francese il ricorso per cassazione sia un mezzo di impugnazione straordinaria<sup>35</sup> mentre nel sistema del

---

<sup>35</sup> Se l'art. 527 CPC inquadra il ricorso per cassazione tra i mezzi straordinari di impugnazione insieme all'opposizione di terzo ed al ricorso in revisione (revocazione), l'art. 323 c.p.c. inquadra il ricorso per cassazione tra i mezzi ordinari di impugnazione. Si delinea quindi il problema della comparabilità del giudizio di cassazione francese con quello italiano.

In primo luogo, si rende necessario sottolineare che a differenza di quanto previsto nel sistema italiano, il mezzo straordinario di impugnazione non si identifica quale impugnazione proponibile avverso una sentenza già passata in giudicato formale.

---

Ed infatti, si osserva che nel sistema francese già le decisioni di primo grado acquistano l'autorità di giudicato senza peraltro che ciò sia di ostacolo all'impugnabilità della sentenza stessa in via ordinaria come invece si verifica nel sistema italiano. In particolare, se gli effetti del giudicato – quelli positivi come quelli negativi – sono anticipati al momento della pronuncia di prime cure, il coordinamento con il sistema delle impugnazioni non ostacola la censurabilità di questa sentenza con un mezzo di impugnazione ordinario – e sospensivo dell'efficacia esecutiva della sentenza – quale ad esempio l'appello. Nondimeno, nel diritto francese vi è un'ulteriore distinzione relativa alla formazione del giudicato, che, al contrario, non si rinviene nel diritto italiano. Si tratta dell'acquisto della forza di cosa giudicata, propria delle sentenze non più suscettibili di essere impugunate con mezzi d'impugnazione sospensivi dell'efficacia esecutiva, quali ad esempio l'appello (art. 500 CPC). Ne deriva che le sentenze emesse in grado di appello acquistano la forza di cosa giudicata e per l'effetto divengono esecutive (art. 501 CPC) senza che ciò sia di ostacolo all'impugnazione con i mezzi straordinari. Infine, le sentenze divengono irrevocabili quando non sono più suscettibili di essere sottoposte ad impugnazione ordinaria o straordinaria. A ben vedere, quindi, la differenza sostanziale con l'ordinamento italiano è che l'autorità di cosa giudicata non è per nulla condizionata dall'esercizio del potere di impugnazione.

Quanto alla natura straordinaria dell'impugnazione se, come visto, nell'ordinamento italiano è determinata dal passaggio in giudicato formale della sentenza (art. 323), nell'ordinamento francese è determinata dall'impossibilità di impugnare una decisione – resa «*en dernier ressort*» – con un mezzo sospensivo dell'efficacia esecutiva della sentenza (art. 579 CPC).

Peraltro, nel sistema francese i mezzi di impugnazione straordinari si distinguono da quelli ordinari per un'altra peculiarità, ossia quella determinazione *ex lege* delle condizioni di proponibilità dell'impugnazione (art. 580 CPC). A tal proposito la dottrina ha a ragione denunciato la confusione creata dall'art. 580 CPC, che – giova ribadirlo – fonda la natura straordinaria del mezzo di impugnazione nella proponibilità di tali mezzi nei soli nei casi previsti dalla legge (cfr. BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, cit., n° 01.27 e s., p. 6 s.). Tuttavia quello dell'art. 580 CPC non può ritenersi un vero carattere distintivo della natura straordinaria di un mezzo di impugnazione laddove si osserva che il legislatore stabilisce le condizioni di proponibilità di un mezzo di impugnazione per tutti i mezzi di impugnazione e non solo per i mezzi straordinari. Ben diverso è invece parlare di motivi di impugnazione invocabili con un mezzo di impugnazione ordinario o straordinario, essendo il carattere di impugnazione a critica vincolata il vero tratto distintivo tra impugnazioni ordinarie ed impugnazioni straordinarie, sempre per quanto riguarda il sistema francese. Nondimeno si rileva che tale limite all'accesso del mezzo di impugnazione è specificamente previsto dal legislatore francese per il giudizio di cassazione all'art. 604 CPC, ai sensi del quale il ricorso per cassazione tende a far censurare le sentenze non conformi alle regole di diritto.

Sicché anche sotto quest'ultimo profilo deve ritenersi che nessuna distinzione sussiste tra l'ordinamento processuale francese e quello italiano, qualificando entrambi il ricorso per cassazione quale mezzo di impugnazione a critica vincolata.

Pertanto, dalla classificazione del ricorso per cassazione quale mezzo di impugnazione straordinario ai sensi dell'art. 527 CPC non può quindi derivare un ostacolo alla comparazione con il ricorso per cassazione italiano, che, come visto, è un mezzo di impugnazione ordinario ai sensi dell'art. 323 c.p.c.: vuoi perché la distinzione tra mezzo di impugnazione ordinaria o straordinaria si fonda su due criteri – quello dell'effetto non-sospensivo dell'efficacia della sentenza impugnata per il sistema francese e quello del passaggio in giudicato per il sistema italiano – che non incidono sull'accesso al giudizio di cassazione quanto ai motivi proponibili; vuoi perché entrambi i codici attribuiscono al giudizio di cassazione il carattere di impugnazione a critica vincolata.

Un'ultima osservazione si impone – anche per dovere di completezza – con riguardo alla posizione della dottrina in ordine alla classificazione di cui all'art. 527 CPC. Parte della dottrina ha criticato tale suddivisione, facendo leva sul dato statistico: il ricorso per cassazione è infatti un ricorso molto più frequente dell'opposizione (HÉRON J., *Droit judiciaire privé*, Paris, 1991, n° 572). Peraltro l'Autore osserva anche che mentre l'appello ed il ricorso per cassazione sono mezzi di impugnazione generali, l'opposizione, l'opposizione di terzo e la revocazione sono mezzi d'impugnazione speciali, e ciò anche in virtù della forte somiglianza dell'articolato codicistico in materia di appello e in materia di ricorso per cassazione. A ciò si aggiunge la considerazione di ordine generale secondo il quale i mezzi di impugnazione più naturali sono quelli gerarchici, ossia proposti nei confronti del giudice superiore. Tuttavia, attualmente, tale voce rimane inascoltata dal legislatore, che ha mantenuto l'originaria classificazione del ricorso per cassazione quale mezzo di

codice di procedura italiano del 1940 è stato “trasformato” in mezzo di impugnazione ordinaria non è realmente un ostacolo alla comparazione, giacché il ricorso per cassazione si caratterizza – in entrambi gli ordinamenti – per la sua natura di mezzo di impugnazione a critica vincolata ai sensi rispettivamente dell’art. 604 CPC e dell’art. 360 c.p.c.; le due Supreme Giurisdizioni hanno tuttavia una diversa “politica” in ordine al principio della tassatività dei motivi di ricorso.

A tal proposito occorre rilevare che l’art. 604 CPC, a differenza dell’art. 360 c.p.c., non elenca tassativamente i motivi di ricorso per cassazione, ma si limita a prevedere che il ricorso per cassazione tende a censurare le decisioni non conformi alle regole di diritto. Peraltro, se l’art. 455 CPC impone l’obbligo di motivazione della sentenza e l’art. 458 CPC prevede – come già stabiliva l’art. 7, comma 2°, l. 20 aprile 1810 – la nullità della sentenza priva dei motivi; tuttavia, come visto, alcun testo legislativo ha mai fatto riferimento al difetto di base legale.

Ora, il silenzio del dato normativo – di allora – non impedì alla Suprema Corte francese di andare al di là del mero vizio di forma della sentenza sprovvista di motivi e di enucleare il *cas d’ouverture à cassation* del difetto di base legale, facendolo confluire nell’alveo del vizio di violazione di legge quale *species* del *genus* della non conformità a diritto della decisione impugnata.

A tal riguardo, si osserva già che la creazione giurisprudenziale di un motivo di ricorso per cassazione sarebbe considerato, nell’ordinamento italiano, un intollerabile eccesso di potere. E ciò in quanto i motivi di ricorso per cassazione sono positivamente e tassativamente stabiliti dall’art. 360 c.p.c. e non sono suscettibili di essere ampliati in via interpretativa pena la violazione del principio di legalità e la negazione del carattere stesso di impugnazione a critica vincolata che contraddistingue il ricorso per cassazione. Tanto è vero che quando si è trattato di voler espandere la gamma dei motivi invocabili avverso le sentenze impuginate con ricorso straordinario per cassazione è, come si è visto, intervenuto il legislatore<sup>36</sup>. L’ordinamento italiano non ha quindi dato ingresso all’operazione esegetica che fa leva sull’interpretazione in senso ampio del vizio di violazione di

---

impugnazione straordinario, classificazione che era stata recepita nel codice di procedura del Regno d’Italia del 1865 e successivamente abbandonata dal codice del 1940.

<sup>36</sup> Il riferimento è al citato d.lgs n. 40/2006.

legge al fine di parificare, quanto ai motivi proponibili, il ricorso straordinario al ricorso ordinario per cassazione.

Ne deriva, quindi, che l'ordinamento processuale italiano non ammette l'esegesi in senso ampio del vizio di violazione di legge al fine di creare un nuovo motivo di ricorso; operazione esegetica che, al contrario, l'ordinamento francese ammette, elevandola peraltro a strumento duttile per favorire l'evoluzione del diritto processuale francese.

A tal riguardo è, peraltro, particolarmente significativa la giurisprudenza delle due Corti Supreme in merito all'impugnabilità delle proprie decisioni, e ciò in quanto anche in questo caso si riscontra un'attitudine divergente delle due Giurisdizioni Supreme.

Come noto, il dogma dell'assoluta intangibilità delle decisioni del Giudice Supremo si affermò in Francia ben prima che l'istituto della cassazione fosse delineato negli attuali termini<sup>37</sup> e venne recepito negli ordinamenti di matrice francese, tra cui quello italiano.

Purtuttavia, la Corte di cassazione francese ha nel tempo rimesso in discussione tale dogma e per via interpretativa ha ammesso l'impugnabilità delle sue pronunce.

A ben vedere è per via pretoria che la Corte Suprema francese ha prima creato e poi ammesso la *requête en rabat d'arrêt* in virtù della quale la Corte

---

<sup>37</sup> Già con riguardo alle sentenze del *Conseil des parties*, il Regolamento 28 giugno 1938 escludeva che le pronunce di rigetto e le pronunce di merito rese dal *Conseil des parties* potessero essere impugnate con un'altra *demande en cassation* (Parte I, Titolo IV, art. 39). La prassi interpretò estensivamente questo divieto fino a farvi rientrare indistintamente tutte le sentenze emesse dal *Conseil des parties*. Peraltro, ed indipendentemente dalla circostanza che il *Conseil des parties* non fosse un organo giurisdizionale, ma essendo un'articolazione del *Conseil d'Etat*, tale principio rimase saldo anche dopo la caduta dell'*ancien régime*, e nonostante lo stesso non fosse stato riprodotto nei successivi testi legislativi che istituivano il *Tribunal de cassation* e che lo trasformavano nella *Cour de cassation*, né tantomeno nel codice di procedura civile del 1806 che al suo interno non contemplava la disciplina del giudizio di cassazione.

La dottrina in particolare sottolinea che il problema dell'impugnabilità delle sentenze emesse in ultimo grado si poneva con riguardo all'istituto della revocazione, che si configurava come garanzia ultima contro le più gravi violazioni del contraddittorio; e ciò in quanto una volta ammessa l'impugnabilità delle sentenze di appello davanti al *Conseil des parties* prima e alla *Cour de cassation* dopo, le sentenze di appello non sarebbero state più qualificabili come sentenze di ultima istanza e si sarebbe di conseguenza dovuto ammettere la revocazione delle sentenze di cassazione. Si preferì, invece, mantenere fermo il divieto di impugnabilità delle sentenze di cassazione e si continuò ad ammettere la proponibilità della «*requête* contro la sentenza d'appello, in concorso cumulativo con la *demande en cassation*» IMPAGNATIELLO G., voce *Decisioni della cassazione (impugnazione delle)*, Digesto, Cedam, 2010. Cfr. anche, per la dottrina francese, GUINCHARD S., FERRAND F., CHAINAIS C., *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 2013; BORÉ J., *La Cassation en matière civile*, Paris, 1980; BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, cit.

medesima – d’ufficio, su ricorso del Procuratore generale presso la Corte di cassazione o più raramente su ricorso di una parte diretto contro la parte a favore della quale la sentenza è stata resa – può “revocare” una sua decisione in ragione di un errore di procedura imputabile alla Corte o ai servizi della Corte<sup>38</sup>.

Sempre in via giurisprudenziale la Corte di cassazione francese ha ammesso la possibilità di rettificare l’errore materiale commesso in una delle sue decisioni<sup>39</sup>, nonché la revocazione di queste ultime per *non-petita* e *ultra-petita* ai sensi degli artt. 463 e 464 CPC<sup>40</sup>. E ciò nonostante il fatto che la revocazione sia un mezzo di

---

<sup>38</sup> In argomento BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, cit., n° 123.61 e s., p. 690 s., il quale sottolinea che la dottrina è stata da subito ostile a questa procedura, in quanto si temeva il rischio che tale ricorso potesse supplire alla mancata diligenza della parte incorsa in decadenze. Egualmente, anche le sezioni civili della Corte di cassazione vedevano con sfavore tale prassi ed evitavano di darvi seguito rifugiandosi in un espediente interpretativo. Cass. civ., 22 dicembre 1965, *Bull. Civ. II*, n°1075 e Cass. civ., 2ème, 18 maggio 1967, *Bull. Civ. II*, n. 181, (citare da BORÉ J., BORÉ L., *op. loc. cit.*) consideravano non-contraddittorio il provvedimento di inammissibilità reso per intervenuta decadenza della parte, sicché avverso tale provvedimento sarebbe stato possibile proporre il ricorso in opposizione – allora ancora proponibile avverso le pronunce della Suprema Corte –. Tale giurisprudenza venne però abbandonata in tutti i casi in cui la decadenza fosse incolpevole e dopo poco la Sezione sociale accolse la *requête en rabat d’arrêt* di una parte incorsa in decadenza a causa della produzione di una memoria ampliativa del ricorso, che era stata inserita dal cancelliere in un altro fascicolo (Cass. soc., 12 novembre 1969, *Bull. Civ. V*, n. 604). In ultimo, l’Assemblea Plenaria ha definitivamente riconosciuto l’esistenza positiva del ricorso in *rabat d’arrêt* con la decisione Cass. Ass. Plen., 30 giugno 1995, n° 94–20.302, *Bull. Ass. plen.*, n. 4; D, 1995, p. 513, note Drago.

Quanto alla definizione ed ai caratteri di tale impugnazione si osserva che l’errore di procedura deve essere stato causato dalla Corte o dai Servizi della Corte stessa, ma non dalle parti. Si deve peraltro trattare di un errore di procedura di natura materiale quale quello di una decadenza dichiarata a motivo del mancato deposito di un documento per errore inserito in un altro fascicolo. Tuttavia, si deve rilevare che ultimamente la Corte ammette anche la censurabilità delle sue decisioni quando l’errore è di diritto, e ciò con particolare riguardo a decadenze dichiarate qualora sussistessero difficoltà relative all’individuazione del *dies a quo* di decorrenza di un termine (Cass. co., 10 maggio 1988, n° 88–10.551, citate da BORÉ J., BORÉ L., *op. loc. cit.*). Nondimeno l’errore deve aver avuto influenza decisiva sulla decisione nel senso che in assenza dello stesso la decisione sarebbe stata diversa.

Occorre infine sottolineare che oramai la Corte Suprema procede esclusivamente d’ufficio, ritenendo la *requête en rabat d’arrêt* una mera facoltà rimessa alla sua discrezione, stante l’assenza di una specifica previsione sul punto nel codice di procedura civile. Fermo restando che le parti hanno comunque la possibilità, se ritengono la decisione della Suprema Corte lesiva dei loro interessi, di scrivere – per mezzo dell’avvocato – al Presidente della camera che ha emesso la decisione viziata, domandandogli di procedere al *rabat d’arrêt*.

<sup>39</sup> Si veda già Cass. civ., 2ème, 8 luglio 1960, *Bull. Civ. II*, n° 459, citata da BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, cit., n° 123.81 e s., p. 693 s. La richiesta di correzione può essere fatta dal Procuratore generale presso la Corte di cassazione o dalle parti e deve rispettare una duplice condizione. Si deve infatti trattare di un errore o di un’omissione commessa dalla Corte di natura meramente materiale quale espressione inesatta della volontà correttamente formatasi in capo al giudice di legittimità. Quanto alla procedura si applica pacificamente l’art. 462 CPC, essendo lo stesso applicabile davanti a tutte le giurisdizioni dell’ordine giudiziario, e ciò in quanto la Corte di cassazione è essa stessa una giurisdizione – *rectius* la massima giurisdizione – dell’ordinamento giudiziario.

<sup>40</sup> In particolare, è interessante osservare che la Corte di cassazione francese specifica accuratamente che la rettificazione (revocazione) per omessa pronuncia o per *ultra-petita* avverso le

impugnazione tradizionalmente non ammesso contro le sentenze della Corte di cassazione. Tale operazione ermeneutica è stata possibile in virtù di quanto previsto dall'art. 749 CPC ai sensi del quale le disposizioni del libro I – in cui rientrano gli art. 462, 463, 464 CPC – si applicano a tutte le giurisdizioni dell'ordine giudiziario. Ora, la Suprema Corte francese, facendo leva sul dato secondo cui essa stessa è una *jurisdiction* – o meglio la massima giurisdizione – dell'ordine giudiziario, ha considerato applicabili gli artt. 462, 463 e 464 CPC anche per la correzione delle proprie pronunce; e ciò a prescindere dal dato letterale del codice di procedura civile francese che non contiene alcuna statuizione espressa in ordine all'impugnabilità delle sentenze della Corte di cassazione.

Analogamente, anche il ricorso per l'interpretazione delle sentenze della Corte di cassazione considerate oscure o ambigue è stato ammesso, sin dal 1812<sup>41</sup>, dalla Suprema Corte d'oltralpe in via pretoria, fatto salvo il rispetto della cosa giudicata.

Ora, nell'ordinamento italiano se con riguardo alla correzione delle sentenze della Suprema Corte per errori materiali e di calcolo già in via interpretativa si era ammessa l'impugnabilità delle pronunce della Cassazione italiana, diversamente è stato sia con riguardo all'impugnazione delle sentenze della Suprema Corte di cassazione italiana per errore di fatto revocatorio, sia con riguardo all'impugnabilità di tali sentenze per i motivi di revocazione straordinaria.

Ed infatti, la Corte nostrana di fronte ad un'istanza di revocazione per errore di fatto proposta avverso una sua pronuncia, lungi dal dare ingresso per via interpretativa ad un'ipotesi d'impugnabilità delle proprie decisioni, rimise al quesito alla Corte costituzionale, ritenendo non manifestamente infondato il dubbio di costituzionalità dell'articolo 395 c.p.c. laddove non consentiva la

---

sue sentenze non costituisce un vero e proprio ricorso, ma tende solo a che vi sia una pronuncia su tutti i motivi proposti nel precedente ricorso. Sicché, invero, tale mezzo di impugnazione finisce per integrare il precedente ricorso.

Peraltro, occorre rammentare che la rettificazione delle sentenze della Suprema Corte per omessa pronuncia o *ultra-petita* è stata pacificamente ammessa solo a seguito del 1987 (Cass. com., 28 aprile 1987; Cass. civ., 1re, 15 nov. 2005, n.° 02-13.546; Cass. civ. 3ème, 28 marzo 2007, n.° 06-11.288), e ciò in quanto, come visto, la revocazione è un mezzo di impugnazione tradizionalmente non ammesso avverso le sentenze della Corte di cassazione.

<sup>41</sup> Cass. civ. 15 gennaio 1812, citata da BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, Paris, 2008/2009; cfr. anche Cass., ass. plen., 12 juill. 2013, n.° 11-17.520.

revocabilità delle sentenze di cassazione rese in base all'art. 360, comma 1°, n. 4 c.p.c. e ciò per contrasto con il diritto di difesa di cui all'art. 24, comma 2°, Cost. e con il principio di eguaglianza. Fu quindi la Corte costituzionale con la sentenza n. 17/1986 a dare per la prima volta ingresso nell'ordinamento all'impugnabilità per errore di fatto revocatorio delle sentenze emesse dai giudici di legittimità<sup>42</sup>. Pertanto, quando si è trattato di modificare il principio di assoluta intangibilità delle pronunce della Suprema Corte di cassazione italiana e di ammetterne l'impugnabilità è intervenuto il legislatore. Dapprima con la legge 26 novembre 1990, n. 353, che ha introdotto nel codice l'art. 391 *bis* ai sensi del quale la parte poteva chiedere la revocazione o la correzione delle sentenze<sup>43</sup> della Corte di cassazione affette da errore di fatto *ex art.* 395, comma 1°, n. 4, c.p.c. o da errore materiale o di calcolo<sup>44</sup>. In un secondo momento, il legislatore è intervenuto con il

---

<sup>42</sup> Peraltro, l'intervento del Giudice delle leggi poneva anche il problema della regolamentazione del nuovo mezzo di impugnazione, nonché quello dei limiti oggettivi posti - dalla Corte costituzionale - all'operatività della revocazione per errore di fatto. La pronuncia della Corte Costituzionale rimaneva infatti ancorata al caso che le aveva dato origine, ragion per cui concerneva esclusivamente i casi di sentenza resa per il motivo di cui all'art. 360 n. 4, non contemplando ad esempio le ipotesi di errore di fatto revocatorio commesso con riguardo agli atti interni della Corte. A tal ultimo proposito intervenne di nuovo il Giudice delle leggi nel 1991 con la sentenza n. 36.

<sup>43</sup> Nondimeno il mero riferimento alle sentenze della Corte di cassazione non impedì un'interpretazione larga di tale dicitura ai sensi della quale fu ammessa anche la revocazione e la correzione delle ordinanze rese ai sensi dell'art. 375 c.p.c. Impugnabilità poi espressamente prevista dal d.lgs 40/2006 che ha modificato l'art. 391 *bis*.

<sup>44</sup> Sgomberato ogni dubbio in merito alla natura straordinaria del mezzo di impugnazione previsto dall'art. 391 *bis* vuoi perché il carattere straordinario della revocazione deriva non dai motivi proponibili quanto piuttosto dal fatto che non sussiste il concorso con il ricorso per cassazione - evidentemente già proposto e già decisivo - vuoi perché lo stesso art. 391 *bis* stabilisce che l'istanza di cui al medesimo articolo non impedisce il passaggio in giudicato della sentenza impugnata con ricorso per cassazione rigettato; occorre brevemente soffermarsi sulle modalità e i termini di proponibilità del ricorso. Anche sotto tale profilo è stato il legislatore a determinare positivamente la procedura di tale mezzo di impugnazione e non la Corte per via di interpretazione estensiva. Il ricorso deve contenere i requisiti di cui agli artt. 365 e ss. e deve essere proposto entro sessanta giorni dalla notificazione della sentenza o entro un anno dalla pubblicazione. Quanto al procedimento, lo stesso si svolge in due fasi: la prima di fronte all'apposita sezione che esamina l'ammissibilità del ricorso, la seconda - meramente eventuale e subordinata all'esito positivo della prima - si svolge in pubblica udienza e concerne, invece, il merito del ricorso. Sul punto non si può fare a meno di osservare che il duplice esame del ricorso per revocazione evoca il procedimento della *chambre des requêtes* e con esso tutti i dubbi connessi allo spreco di attività processuale conseguente alla valutazione di ammissibilità del ricorso.

Per approfondimenti cfr. ASPRELLA C., *Breve rassegna tematica dell'errore di fatto in Cassazione*, in *GC*, 2001, I, p. 704; BALENA G., *L'impugnazione delle sentenze di Cassazione*, in *RDC*, 2004, I, p. 119 ss.; Carpi F., *Le sentenze della Corte di cassazione e la cosa giudicata*, in *RTPC*, 1987, p. 20; CIPRIANI F., *Cassazione e revocazione nel sistema delle impugnazioni*, *FI*, 2001, I, 599; ID., *Ricorsi alla Cassazione e quesito di diritto*, *ivi*, 2008, I, 117; CONSOLO C., *La revocazione delle decisioni della Cassazione e la formazione del giudicato*, Padova, 1989; ID., *La revocazione (anche per contrasto di giudicati, ex art. 395, n. 5, c.p.c.?) delle sentenze della Cassazione nell'ultima pronuncia delle sezioni unite: una pausa di attesa*, in *GI*, 1989, I, 1, 469; ID., *La revocazione delle sentenze della Cassazione a rischio di asfissia*, *Corriere Giur.*, 1999, p. 1390; ID., *Si*



d.lgs 40/2006 al fine di colmare la lacuna creatasi in ordine al vuoto di tutela contro le sentenze di merito della Suprema Corte italiana<sup>45</sup>. In particolare fu ammessa l'impugnabilità dei provvedimenti con cui la Corte di cassazione italiana decide anche il merito del ricorso, e ciò sia per i motivi di revocazione straordinaria sia per opposizione di terzo<sup>46</sup>.

---

*slaccia il nodo scorsoio alla revocazione delle decisioni della Cassazione*, GI, 2004, p. 1159; DE SANTIS, *La revocazione delle decisioni della Cassazione, tra «strette» giurisprudenziali e «paletti» costituzionali*, in *Cor. Giur.*, 2005, p. 729 ss.; FARINA P., *Problemi risolti e questioni ancora aperte in tema di revocazione delle sentenze della Cassazione*, in *GC*, 2004, I, 2971; IMPAGNATIELLO G., *Il concorso tra cassazione e revocazione*, Napoli, 2003; ID., *La revocazione delle decisioni della Cassazione tra Corte costituzionale e legislatore delegato*, in *FI*, 2005, I, 2326; ID., *Sulla revocazione per contrasto di giudicati delle sentenze di merito della Cassazione*, in *GPC*, 2006, 143; Impagnatiello G., *Inammissibilità del ricorso in Cassazione e revocazione per errore di fatto*, in *GPC*, 2009, p. 1139; LATELLA M.T., *Della revocazione delle ordinanze rese dalla Cassazione con il procedimento camerale di cui all'art. 375 c.p.c.*, in *Giur. It.*, 1993, I, 1, p. 1540; MERLIN E., *Aberrazioni formalistiche in tema di revocazione di decisioni della S.C.*, *ivi*, 1999, 2245; MESSUTI S., *Estensione della revocazione per errore di fatto ex art. 395, n. 4, c.p.c. alle sentenze della Cassazione rese su ricorso ex art. 360, n. 4, c.p.c.*, in *NLCC*, 1986, 580; NICOTINA G., *Sulla revocabilità delle sentenze della Corte di cassazione*, *GC*, 1987, I, 251; PANZAROLA A., *La impugnazione delle decisioni della Corte di cassazione*, in *GPC*, 2009, p. 1027 ss.; PARISI A., *Cassazione sostitutiva e questioni assorbite in appello: rimedio revocatorio?*, *CorG*, 2004, 964; PROTO PISANI A., *La Corte costituzionale estende la revocazione per errore di fatto ex art. 395, n. 4, c.p.c. alle sentenze della Cassazione*, in *Foro It.*, 1986, I, p. 313; RECCHIONI S., *Revocazione delle sentenze della Cassazione: carenza di legittimazione del terzo ad impugnare anche nel giudizio elettorale*, in *Corriere Giur.*, 2001, p. 1599; RONCO A., *Brevissime all'incrocio tra questioni assorbite in appello, errore di fatto revocatorio e potere della Corte di cassazione di decidere la causa nel merito*, in *Giur. It.*, 2003, p. 1125; ID., *La sentenza in conflitto con il giudicato precedente: revocazione, cassazione (e revocazione della cassazione)*, *ivi*, 2007, 1722; ID., *Il contenuto del ricorso per revocazione delle decisioni di cassazione e il nuovo art. 366 bis c.p.c.*, in *NGCC*, 2008, I, p. 1113; SELLERI B., *Note critiche sulla irrevocabilità delle sentenze di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 1092; SILVESTRI C., *La revocazione delle sentenze della Corte di cassazione: aspetti procedimentale*, in *NGCC*, 1999, I, p. 680; TAVORMINA V., *La Consulta decide: l'errore di fatto della Cassazione potrà essere revocato*, *Corriere Giur.*, 1986, 417; TISCINI R., *La revocazione per errore di fatto delle sentenze della Corte di cassazione tra (atipiche) scelte in rito e (finti) abusi*, *ivi*, 2008, 359; TRAVAGLINO G., *Revocazione delle sentenze di cassazione e contenuto del ricorso*, in *Gius*, 2003, p. 1809.

<sup>45</sup> La decisione nel merito della causa è stata introdotta con la Novella della legge 26 novembre 1990, n. 353 e concerneva esclusivamente le ipotesi in cui la Corte accoglieva il ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto. Con la Novella del d.lgs. 40/2006 il legislatore ha poi ampliato la possibilità di decisione nel merito a tutti i casi di accoglimento del ricorso e senza distinzione alcuna in merito ai motivi per i quali il ricorso era stato proposto.

La dottrina, benché fosse conscia del rischio di lesione al diritto di difesa che derivava dalla non impugnabilità delle sentenze di merito della Suprema Corte, era unanime nel ritenere non estendibile in via interpretativa l'impugnabilità di tali sentenze anche per gli altri motivi di revocazione. Analoga posizione aveva la Corte di cassazione che dichiarava inammissibili tutti i ricorsi che miravano a simile estensione. I massimi giudici rimisero però al Giudice delle leggi la questione concernente l'incostituzionalità dell'art. 395, n. 3 (*C. Cost.*, 25-7-2001, n. 305) e n. 5 (*C. Cost.*, 9-6-2006, n. 77, *GPC*, 2006, 143, con nota critica di IMPAGNATIELLO G., *Sulla revocazione per contrasto di giudicati delle sentenze di merito della Cassazione*). Ma nel primo caso la Corte Costituzionale ritenne l'intervento eccessivamente manipolativo e nel secondo non sufficientemente motivata la rilevanza della questione.

<sup>46</sup> Il secondo comma dell'art. 391 *ter* disciplina il procedimento per la decisione della revocazione e dell'opposizione di terzo ai sensi del quale la Corte decide la causa nel merito qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto. Tuttavia la dottrina non ha mancato di rilevare la profonda differenza che separa la disciplina dell'uno e dell'altro mezzo di impugnazione cfr. IMPAGNATIELLO G., voce *Decisioni della cassazione (impugnazione delle)*, in *Digesto*, Cedam, 2010. E ciò in quanto mentre la fase rescindente e la fase rescissoria sono ben distinte per quanto riguarda la decisione sulla

A ben vedere, quindi, l'atteggiamento delle due Corti supreme di fronte al principio del divieto di impugnazione delle pronunce della Suprema Corte è per certi versi diametralmente opposto, e ciò in quanto di fronte alla comune esigenza di tutelare il diritto di difesa delle parti, la Corte di cassazione francese non ha esitato a ricorrere ad un'interpretazione estensiva delle disposizioni codicistiche per ammettere in via giurisprudenziale l'impugnabilità di tali sentenze e per regolamentare nel dettaglio tali mezzi di impugnazione – e ciò anche con riguardo alle regole della procedura da seguire; al contrario, la Corte italiana ha mantenuto un *self-restraint* ed è rimasta negli stretti limiti delle proprie attribuzioni, sottoponendo la risoluzione della questione al Giudice delle leggi.

Alla luce di quanto osservato, emerge chiaramente la diversa concezione delle due Corti Supreme in relazione al ruolo ricoperto e ai poteri posseduti.

In particolare, si osserva che l'ammissione in via interpretativa dell'impugnabilità delle sentenze della Corte di cassazione francese è il frutto, da un lato, di un'esegesi molto elastica delle disposizioni del codice di procedura civile e, dall'altro lato, è il risultato di una particolare concezione del sistema processuale quale complesso normativo non arrestantesi a quanto previsto dal codice, che ben può, invece, essere integrato da nuove regole di matrice giurisprudenziale.

Siffatta pratica ermeneutica è anzitutto resa possibile dalla tecnica di redazione delle disposizioni legislative del codice di procedura francese, la quale è contraddistinta dall'abbondante uso di formule ampie e generali suscettibili di evolvere per il tramite dell'interpretazione. Diversamente, infatti, la Corte Suprema italiana non potrebbe librarsi ad un'esegesi così estensiva della normativa codicistica senza con ciò sostituirsi al legislatore.

Tale tecnica legislativa si riscontra anche nella redazione dell'art. 604 CPC francese in tema di accesso al ricorso per cassazione, giacché la lettera della norma

---

revocazione, essendo specificamente previsto che la Corte pronunci sulla revocazione; diversamente da quanto si è osservato per la revocazione, la Corte se sono necessari ulteriori accertamenti di fatto decide sulla mera ammissibilità dell'opposizione e rinvia al giudice di merito. Ne deriva che, da un lato, la Corte di cassazione non decide sulla rescissione della sentenza e, dall'altro lato, l'assenza di un vincolo del giudice di rinvio alla decisione di ammissibilità; sicché vi era il concreto rischio della lesione il diritto di difesa della parte, che potrebbe non veder pronunciato l'annullamento della sentenza opposta. E se tale soluzione poteva forse giustificarsi in ragione dell'opposizione ordinaria, concludendosi quest'ultima con una decisione interamente sostitutiva di quella opposta, analoghe ragioni non si riscontrano per l'opposizione di terzo revocatoria, essendo quest'ultima condizionata al mero accertamento del dolo o della collusione delle parti in danno del terzo creditore o avente causa. Cfr. ID., *op. loc. cit.*

prevede che il ricorso in cassazione tende a censurare la non conformità delle sentenze di merito alle – o meglio a tutte le - regole di diritto.

Se, quindi, da una parte, l'ampia formula usata dal legislatore francese è comunque rivelatrice del carattere di impugnazione a critica vincolata del ricorso per cassazione, dovendosi ritenere censurabili le sole sentenze viziate da violazione di legge in senso lato, dall'altra parte, tale formula è talmente ampia e generale da esser per ciò idonea a consentire la censurabilità in cassazione di tutti gli errori di diritto che si traducono in un vizio di violazione di legge: e ciò con riguardo alle violazioni della legge sostanziale, della legge di procedura, della legge che regola la competenza, della legge che regola il riparto delle giurisdizioni ed il riparto dei poteri dello Stato, della legge che regola l'autorità di cosa giudicata etc. Sicché appare evidente che di tal fatta si possono manifestare tante *species* diverse di violazione di legge atte a legittimare il ricorso in cassazione quanti sono i domini o le categorie in cui vengono inquadrate le leggi violate.

Si tratta di un rapporto di genere a specie in cui la violazione di legge è sottesa a ciascun *cas d'ouverture à cassation*<sup>47</sup> elaborato dalla giurisprudenza e dalla dottrina: nella non conformità del dispositivo alla regola sostanziale applicata<sup>48</sup> per la violazione di legge in senso stretto, nel non rispetto delle regole sulla competenza per il vizio di incompetenza, nell'uso non conforme del potere giurisdizionale<sup>49</sup> per l'eccesso di potere, nel mancato rispetto delle norme di procedura per la violazione delle forme della procedura, nel mancato rispetto formale dell'obbligo di motivazione per il difetto di motivi, nel mancato accertamento dei fatti costitutivi previsti dalla norma per la sua applicazione per il difetto di base legale, nel non rispetto dell'art. 1374 CC per il vizio di travisamento di uno scritto chiaro, nel non rispetto dell'art. 1351 CC sulla cosa giudicata per il vizio di contrasto di giudicati, nel sopraggiungere di una nuova legge disciplinante la fattispecie oggetto di decisione per il vizio di "perdita di fondamento giuridico della decisione".

Siffatta tecnica di redazione dell'articolato del codice assume, per certi aspetti, le vesti di una vera e propria politica legislativa in ordine alla costruzione

---

<sup>47</sup> Sul punto cfr. CORNU G., FOYER J., *Procédure civile*, Paris, 1988, p. 231 s.

<sup>48</sup> Si avrebbe quindi un vizio di violazione di legge in senso stretto.

<sup>49</sup> Si configura in tal caso il vizio di eccesso di potere o di incompetenza.

del sistema del giudizio di cassazione e più in generale di tutto il sistema processuale civile.

Indice rivelatore del predetto tratto politico delle scelte redazionali del legislatore francese è proprio il *cas d'ouverture à cassation* del difetto di base legale. Ed infatti a fronte della proposta di voler codificare espressamente il vizio di difetto di base legale – avanzata durante i lavori preparatori per il nuovo codice di procedura civile anche al fine di stabilire una definizione univoca del vizio<sup>50</sup> – i *conditores legum* hanno al contrario preferito non procedere alla codificazione di un elenco tassativo dei motivi di ricorso per cassazione, affinché non fosse persa la flessibilità che da duecento anni caratterizzava la *mise en oeuvre* dei motivi di ricorso per cassazione. Sicché, il legislatore francese ha scelto di mantenere la ampia formula consacrata nell'art. 604 CPC, che limita l'accesso al giudizio di cassazione senza tuttavia impedire l'evoluzione dei motivi di ricorso per cassazione ed il loro adattamento alle esigenze della mutevolezza della realtà socio–giuridica.

Alla luce di tali osservazioni, è interessante notare che mentre nel sistema giuridico italiano, che pure riconosceva esplicitamente il vizio di motivazione, si assiste ad una progressiva erosione del controllo sulla sufficienza della motivazione; al contrario nel sistema francese, nonostante manchi un'espressa codificazione del vizio di difetto di base legale, continui ad esistere un rimedio effettivo contro le decisioni insufficientemente motivate.

E se da un lato l'attenzione per le garanzie - che contrassegna il giudizio di cassazione francese - rappresenta il punto di partenza per una riflessione sull'esportabilità di tale modello di tutela nel diritto italiano ed in particolare nel giudizio di cassazione, dall'altro lato, continua a profilarsi il dubbio intorno all'*an* e all'opportunità del recepimento di tale modello – o meglio di tale prassi giurisprudenziale – : vuoi perché il tradizionale *self-restraint* della Suprema Corte italiana in ordine all'esercizio del potere interpretativo potrebbe render vano ogni tentativo in tal senso, vuoi perché l'ordinamento processuale italiano non ammetterebbe la creazione giurisprudenziale di un nuovo motivo di ricorso, ma

---

<sup>50</sup> A tal proposito si osserva già che il difetto di base legale è stato da sempre considerato un vizio misterioso dai contorni difficilmente definibili e determinabili. Nondimeno la stessa dizione “difetto di base legale” è apparsa nelle pronunce della Corte di cassazione e nelle pagine della dottrina solo un secolo dopo che la Corte aveva cominciato ad impiegare la tecnica sottesa al difetto di base legale stesso. Cfr. BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, cit.; LE BARS T., *Le défaut de base légale*, cit.

solo la riconduzione del difetto di base legale nell'alveo di uno dei motivi già elencati all'art. 360 c.p.c. Fermo restando che detta operazione presuppone l'affermazione dell'attuale esistenza nel nostro ordinamento del vizio di insufficienza logica della motivazione e che sia l'affermazione in ordine alla permanente attualità del vizio di difetto di base legale sia la sua riconduzione ad uno dei motivi di cui all'art. 360 dovrebbe comunque essere posta in essere dalla Suprema Corte italiana, la quale dal canto suo pare, al contrario, aver accolto l'opinione secondo cui a seguito della novella dell'estate 2012 il vizio di motivazione insufficiente non è più censurabile.

3. *Tecnica e obiettivi del controllo sulla motivazione: diversità dei problemi legati al vizio di motivazione in Francia ed in Italia.*

Quanto fin d'ora esposto mette in luce lo scarto tra la realtà legislativa e giurisprudenziale dell'ordinamento francese e quella dell'ordinamento italiano in merito al controllo sulla motivazione.

In particolare, la codificazione del vizio di motivazione nel diritto italiano non ha favorito la sua cosiddetta stabilità legislativa, come risulta peraltro dai plurimi interventi legislativi in materia di vizio di motivazione.

Difatti, giova rammentare che il n. 5 dell'art. 360 c.p.c. italiano ha avuto un trascorso tormentato. Tale motivo di ricorso fu modificato nel 1950 dalla legge n. 581, che aveva trasformato il vizio dell'omesso esame di un fatto decisivo che è stato oggetto di discussione tra le parti – originariamente codificato dal legislatore italiano del 1942 – nel vizio di «omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile di ufficio». Formula quest'ultima che è stata ritoccata nel 2006 dal d.lgs. n. 40, che ha sostituito la parola «fatto» alla parola «punto». Il n. 5 dell'art. 360 c.p.c., prima di essere modificato dal d.l. 83/2012, stabiliva quindi che le sentenze pronunciate in grado d'appello od in unico grado possono essere impugnate per cassazione per «per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio».

Come visto, i *conditores legum* italiani hanno infine modificato l'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c., trasformando il motivo di ricorso per cassazione ivi previsto. In particolare si è passati dal vizio di «omessa, insufficiente o

contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio» al già controverso vizio di «omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti».

Si tratta sostanzialmente di una formula molto simile alla formula usata dal legislatore del 1940 quale compromesso per bilanciare le opposte tendenze che si erano manifestate durante i lavori preparatori al codice di procedura civile. Allora, era infatti emersa la tendenza a voler eliminare del tutto il controllo della motivazione per come elaborato nei decenni precedenti dalla Suprema Corte italiana<sup>51</sup>. E ciò in quanto nonostante il silenzio in merito serbato dal codice di procedura civile del 1865<sup>52</sup>, la Corte di cassazione italiana – sulle orme della Corte

---

<sup>51</sup> Quanto ai lavori parlamentari cfr. *Atti della commissione delle assemblee legislative chiamata a dare il proprio parere sul progetto di codice di procedura civile* a cura di AA. VV., Roma, 1940, 144 ss.; SOLMI A., *Codice di procedura civile. Progetto definitivo e relazione*, Roma, 1939, 121 ss. Quanto al pensiero della dottrina sul nuovo codice di procedura civile si vedano, per tutti, ABIUSO V., *Diritto e pratica processuale civile secondo il nuovo codice*, Genova, 1942, p. 338 ss.; ANGILELLA G.S., *Il difetto di motivazione e l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio quale motivo per ricorrere in Cassazione*, in *Foro Nisseno*, 1946, p. 6; ID., *La denunziabilità in Cassazione del vizio di difettosa motivazione*, in *Giur. Sic.*, 1951, p. 9; ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1945, II, p. 348 ss.; ID., (nota a Cass. civ., 2 aprile 1949, n. 778), in *Foro*, 1950, I, p. 552; ANICHINI U., *L'omesso esame del "fatto decisivo per il giudizio" come mezzo di ricorso in Cassazione*, in *Giur. It.*, 1946, IV, p. 81; ID., *Sul progetto di modificazioni al Codice di procedura civile*, in *Foro padano*, 1946, p. 178; CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1941, 8 ss.; CARNELUTTI F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941, 453 ss.; ID., *Appunti sulla motivazione*, in *Riv. Dir. proc.*, 1951, II, p. 88; D'ONOFRIO P., *Commento al nuovo codice di procedura civile*, Padova, 1941, p. 145 ss.; FURNO C., *Il nuovo codice di procedura civile*, illustrato da, Firenze, 1940, p. 109 ss.; JAEGER N., *Diritto processuale civile*, Torino, 1943, p. 678 ss.; LUGO A., BERRI M., *Codice di procedura civile illustrato*, Milano, 1942, p. 282 ss.; NAPPI G., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1943, II, p. 1101 ss.; POGGESCHI R., *La nozione di fatto decisivo agli effetti dell'art. 360 n. 5 cod. proc. civ.* (nota a Cass. civ., 4 marzo 1946 n. 236), in *Tem.*, 1947, n. 17; RICCA BARBERIS M., *Ampliamento dei difetti rilevabili in cassazione*, in *Giur. it.*, 1950, IV, 17; REDENTI E., *Diritto processuale civile*, Milano, 1949, II, p. 112 ss.; RUBINO D., *Limiti di influenza del "fatto decisivo" sulla controversia* (nota a Cass. civ., 3 luglio 1947, n. 1049), in *Giur. Cass. civ.*, 1947, 2° quadr., p. 368; SATTA S., *Guida pratica per il nuovo processo civile italiano*, Padova, 1942, p. 122 ss.; ID., *Diritto processuale civile*, Padova, 1948, p. 306 ss.; SECHI V., *Il ricorso per Cassazione nel nuovo Codice di procedura civile*, in *Mon. Trib.*, 1942, 145; SIRACUSA G., *Sui poteri della Cassazione in tema di qualificazione dei fatti* (nota a Cass. civ., sez. I, 31 marzo 1949, n. 757), in *Foro it.*, 1950, I, p. 315 ss.; VACCARO L., BRIZI E., *Codice di procedura civile. Commentato e annotato con i lavori preparatori*, Roma, 1940, p. 1 ss.; VOCINO C., *Prime riflessioni sull'«omesso esame di fatto decisivo»* (nota a Cass. civ., 23 gennaio 1946, n. 64), in *Giur. Cass. civ.*, 1946, 1° sem., p. 168; ZANZUCCHI M.T., *Il nuovo diritto processuale civile*, Milano, 1941, p. 211 ss.; ID., *Diritto processuale civile*, Milano, 1947, vol. II, p. 244 ss.

<sup>52</sup> Il codice del 1865 non prevedeva la possibilità di censurare la mancanza dei motivi quale motivo di ricorso per cassazione. Il codice stabiliva solo che tra i requisiti della sentenza rientrava l'esposizione dei motivi di fatto e di diritto (art. 360, n. 6 c.p.c.) e comminava la nullità della sentenza priva dei requisiti di cui all'art. 360 c.p.c. (art. 361, n. 2 c.p.c.). Sicché la dottrina e la giurisprudenza si ingegnarono per interpretare le disposizioni di cui sopra in combinato disposto con l'art. 517 c.p.c. che disciplinava i motivi di ricorso per cassazione. In particolare, gli interpreti, facendo leva sul n. 2 dell'art. 517 c.p.c. ai sensi del quale la nullità della sentenza era sanzionabile in cassazione, ammisero la possibilità di censurare il difetto dei motivi ai sensi del combinato disposto degli artt. 360, n. 6, 361, n. 2, e 517, n. 2 c.p.c., dando di tal guisa ingresso al vizio di motivazione. Vizio inteso non quale mera mancanza grafica dei motivi, ma quale difetto intrinseco della giustificazione della decisione.

di cassazione francese – aveva esteso il controllo sulla mancanza dei motivi di fatto e di diritto fino a rimproverare al giudice non solo di «non aver detto, quanto di non aver pensato»<sup>53</sup>. Sicché, per far fronte alla sopra menzionata tendenza, tale controllo fu «ristretto e precisato nella nuova formula, che lo ammette non nella quasi illimitata ampiezza alla quale la pratica era arrivata nell'adattamento delle norme del codice del 1865, ma nei limiti precisi di un omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio del quale le parti avevano discusso»<sup>54</sup>.

Appare quindi evidente che il legislatore del 2012 abbia voluto riabilitare l'originaria versione dell'art. 360, comma 1°, n. 5 c.p.c. e tanto ha fatto riprendendo testualmente l'antica formulazione. L'unica differenza percepibile si

---

In argomento si vedano, per tutti, BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 693 ss.; BORSARI L., *Il Codice di procedura civile annotato*, Torino, 1865, p. 374 ss. e p. 512 ss.; CALAMANDREI P., *La Cassazione civile*, Roma, 1920, p. 249 ss.; ID., *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, in *Studi sul processo civile*, Padova, 1930, I, p. 1 ss.; CALOGERO G., *La logica del giudice ed il suo controllo in cassazione*, Padova, 1937, 171 ss.; CARNELUTTI F., *Limiti del rilievo dell'error in iudicando in corte di cassazione*, in *Studi di diritto processuale*, Padova, 1925, p. 365 ss.; CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 1022 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1934, vol. II, p. 571 ss.; CUZZERI E., *Il Codice italiano di procedura civile illustrato*, Verona, 1877, vol. II, p. 284 ss. e p. 494 ss.; FOSCHINI G., FOSCHINI V., *I motivi del codice di procedura civile*, Torino, 1870, p. 514 ss.; GALANTE V., *Diritto processuale civile*, Napoli, 1909, p. 673 ss.; GALDI D., *Commentario del codice di procedura civile del Regno d'Italia*, Torino, 1890, vol. V, p. 53 ss.; GARGIULO F. S., *Il codice di procedura civile del Regno d'Italia*, Napoli, 1877, vol. II, p. 674 ss. e 748 ss.; IACCARINO C. M., *Studi sulla motivazione*, Roma, 1933, p. 43 ss.; MANCINI P.S., PISANELLI G., SCIALOIA A., *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati Sardi*, Torino, 1857, p. 617 ss.; MANFREDINI G., *Procedura civile*, Bologna, 1899, p. 144 ss.; MARIANI M., *Appunti di procedura civile*, Pavia, 1879, p. 306 ss.; MATTIROLO L., *Trattato di diritto giudiziario civile*, Torino, 1904, vol. IV, p. 74 ss. e p. 931 ss.; MORTARA L., *Manuale di procedura civile*, Napoli, 1921, p. 490 ss.; ID., *Commentario del codice e delle leggi di Procedura civile*, Milano, 1923, vol. IV, p. 92 ss. e p. 542 ss.; OLIVIERI A., *Sentenza (materia civile)*, in *Enc. Giur. It.*, Milano, 1915, vol. XV, p. 370 ss.; PAVANINI G., *Massime di esperienza e fatti notori in Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1937, I, p. 247; RICCI F., *Commento al codice di procedura civile*, Firenze, 1905, Vol. II, p. 675 ss.; SAREDO G., *Istituzioni di procedura civile*, Firenze, 1876, 64 ss.; SHUPFER C., *La motivazione delle sentenze nel progetto preliminare del codice di procedura civile (Solmi)*, in *Giur. It.*, 1937, IV, p. 170 ss.; SIMONCELLI V., *Lezioni di diritto giudiziario*, Roma, 1903–1904, p. 722 ss.; VITI D., *Istituzioni di diritto giudiziario civile*, Napoli, 1884, p. 71 ss.

<sup>53</sup> Citazione di CARNELUTTI F., *Limiti del rilievo*, cit., p. 367 ss. In particolare ad avviso dell'Autore la motivazione doveva consistere non solo nella formulazione del sillogismo decisivo, ma anche nella formulazione di un ragionamento, sicché la sua obbligatorietà rispondeva all'esigenza che il giudice mostrasse di aver ragionato. In senso critico cfr. CALAMANDREI P., *La Cassazione civile*, Roma, 1920, il quale denunciava che di tal guisa l'originario vizio di forma veniva trasformato – al di là dei limiti letterali posti dal codice di procedura – in un vizio di ragionamento e che di conseguenza siffatto vizio mutava natura e prendeva le vesti di un vizio di merito. L'Autore peraltro non manca di evidenziare che tale prassi della Corte di cassazione italiana fosse simile se non analoga a quanto avveniva nell'esperienza della Corte di cassazione francese, che attraverso la creazione giurisprudenziale del vizio di difetto di base legale censurava la correttezza del c.d. merito – *le fond* – della motivazione e non la mera presenza formale dei motivi.

<sup>54</sup> SOLMI A., *Codice di procedura civile. Progetto definitivo e relazione*, Roma, 1939, 121 ss.;

riscontra infatti nella – più o meno consapevole – scelta del legislatore della Novella di usare la preposizione «circa» in luogo della preposizione «di»<sup>55</sup>.

Al di là della correttezza o meno di tale opzione dal punto di vista grammaticale e di quello del corretto uso della lingua italiana, rileva in questa sede sottolineare l'inopportunità di riprodurre una formula nata già sotto l'egida di un compromesso<sup>56 57</sup>.

---

<sup>55</sup> Con particolare riguardo alla possibilità di valorizzare tale differenza linguistica al fine di ricomprendere nel nuovo art. 360, comma 1°, n. 5 c.p.c. anche i vizi di insufficienza logica della motivazione cfr. IMPAGNATIELLO G., *Crescita del Paese e funzionalità delle impugnazioni*, cit.; ID., *Pessime nuove in tema di appello*, cit., p. 755 ss. In senso contrario, sull'irrelevanza di tale differenza e sull'inquadramento di entrambe le preposizioni "di" e "circa" quali particelle reggenti il complemento di argomento, cfr. DIDONE A., *Note sull'appello inammissibile perché probabilmente infondato e il vizio di motivazione in cassazione dopo il decreto legge c.d. «sviluppo»*, in *Giur. It.*, 2012, 12, IV; nonché Cass. civ., sez. un. 7 aprile 2014, n. 8053, cit., e Cass. civ., sez. un., 22 settembre 2014, n. 19881.

PANZAROLA A., *I commi 4 e 5 dell'art. 348-ter c.p.c.*, cit., p. 686 ss.;

<sup>56</sup> Se da un lato risulta comunque chiara l'intenzione di voler espungere la possibilità di censurare l'insufficienza logica della motivazione dall'alveo del motivo di cui all'art. 360, comma 1°, n. 5 c.p.c. e con essa anche l'intenzione di voler porre un argine all'esorbitante numero di ricorsi per cassazione proposti per vizio di motivazione al solo scopo di provocare un riesame del fatto; dall'altro mal si comprende – e non può condividersi – la scelta di legiferare in modo ambiguo se non addirittura oscuro. Di tal guisa il legislatore è andato deliberatamente contro i parametri cui si informa – o meglio cui si dovrebbe informare – l'attività legislativa. E infatti, sin dai tempi delle prime codificazioni negli Stati Moderni la dottrina ha posto l'accento sulla necessità che la legge rivestisse i caratteri, oltre che della generalità e astrattezza, della chiarezza brevità e certezza. Invero, il titolare del potere legislativo, lungi dal creare lui stesso incertezze o ambiguità legiferando in modo oscuro e involuto, ha al contrario il compito da un lato di adeguare la realtà normativa alla mutevolezza degli eventi e dall'altro di regolare tali situazioni con disposizioni legislative chiare, precise e certe. Ciò vale naturalmente per la disciplina di materie di diritto sostanziale, ma anche – e soprattutto – per le materie di diritto processuale; potendo l'oscurità della norma processuale dare luogo a diverse interpretazioni giudiziali della stessa e a conseguenti disparità di trattamento delle parti a seconda del giudice innanzi al quale si trovano le parti litiganti e a seconda dell'esegesi seguita dal giudice investito della norma in questione.

Si pensi a mero titolo di esempio, e senza pretesa di esaustività, alle incertezze e alle difformità di applicazione determinate dalla legge 18 luglio 2012, n. 92 (c.d. Rito Fornero) con riguardo anzitutto al problema delle conseguenze dell'erronea individuazione del rito, ma anche alla questione delle domande cumulate e della proponibilità – con tale rito – della domanda del datore di lavoro in ordine all'accertamento della validità ed efficacia del licenziamento intimato. Questioni che sono state risolte in modo diverso tanto dalla dottrina quanto dagli uffici giudiziari.

<sup>57</sup> Quanto al problema del corretto uso del linguaggio nella legiferazione, si deve amaramente constatare che la tecnica di redazione legislativa ha subito un notevole declino negli ultimi anni e in particolare nell'ultimo decennio. Difatti, aumenta sempre di più il numero delle leggi – o degli atti aventi forza e valore di legge – redatti con la cosiddetta tecnica del rinvio a causa del quale è molto spesso impossibile per l'interprete avere la percezione immediata del contenuto normativo dell'atto. E ciò in quanto da un lato non è agevole ricordarsi l'esatto contenuto delle innumerevoli leggi di cui si compone l'ordinamento italiano e dall'altro e dall'altro, anche volendo avere a mente il contenuto di tutte le leggi, ci si dovrebbe comunque scontrare con la tecnica del rinvio a catena a causa della quale l'interprete, per avere esatta comprensione del contenuto normativo di un atto, deve a ritroso seguire un numero – talvolta elevato – di rinvii ad altri atti legislativi. Ne deriva pertanto che l'elevata frammentazione delle disposizioni normative e l'ipertrofia legislativa generano un'obiettiva difficoltà di conoscenza della legge e alimentano per certi versi l'incertezza del diritto. A ciò si aggiunge il dato di una tecnica legislativa sempre più involuta, peraltro



A fronte dell'annunciata enigmaticità della formula dell'omesso esame circa un fatto decisivo e delle difficoltà interpretative che ne sarebbero derivate, il legislatore non ha infatti esitato a trasformare in tal senso l'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. Egualmente, a poco son servite la voce di autorevolissima dottrina che si è levata all'indomani della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del decreto-legge n. 83/2012<sup>58</sup>.

Nondimeno e con riguardo ai recenti interventi di riforma in materia di proponibilità del ricorso per cassazione per difetto di motivazione, ci si chiede se il legislatore italiano non sia affetto da un'eterogeneità dei fini, laddove il “mitico personaggio”<sup>59</sup>, pur volendo ricentrare la Suprema Corte italiana nella sua funzione di giudice dello *ius constitutionis* e decongestionarne il ruolo, ha invero trasformato il vizio di motivazione di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c. in un vizio – quello dell'omesso esame di un fatto decisivo – che si pone ai limiti del riesame della *quaestio facti*. Per non contare che la dottrina, già all'indomani dell'entrata in vigore del codice del 1942, aveva sottolineato la difficoltà di stabilire la portata giuridica del nuovo art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c., e ciò con particolare riguardo all'individuazione del significato sotteso nozione di “fatto decisivo” e di “omesso esame” (v. *infra* n. 3.1.).

---

caratterizzata dall'impoverimento del linguaggio. Come appare evidente anche tale dato non facilita l'esatta percezione del contenuto normativo della legge e ingenera non pochi dubbi interpretativi. Sicché ciò oltre a minare la certezza del diritto potrebbe addirittura portare a diverse applicazioni della stessa disposizione legislativa a seconda dell'interpretazione seguita dal giudice investito della causa, con evidente nocumento al principio di eguaglianza. A ben vedere, si tratta di un problema di vasta portata denunciato già da illustri giuristi ZAGREBELSKY G., *Sulla lingua del tempo presente*, Torino, Einaudi, 2010, che tuttavia non è stato ancora assunto nei suoi esatti termini al dibattito parlamentare.

<sup>58</sup> BUFFONE G., *Processo civile: le novità*, cit.; CAPONI R., *La modifica dell'art. 360, 1° comma n. 5*, cit.; ID., *La riforma dei mezzi di impugnazione*, cit.; ID., *Norme processuali «elastiche» e sindacato in cassazione (dopo la modifica dell'art. 360, 1° comma, n. 5 cpc)*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), 2012; CAPPONI B., *Dialoghi a margine dell'art. 54 d.l. 83/2012*, cit.; CARRATTA A., *Giudizio di cassazione e nuove modifiche legislative*, cit.; CONSOLO C., *Lusso o necessità nelle impugnazioni civili*, cit.; COSTANTINO G., *Gli effetti sul giudizio di cassazione della riforma dell'appello*, cit.; DE CRISTOFARO M., *Appello e cassazione alla riprova della ennesima «riforma urgente»*, cit.; FORNACIARI M., *Ancora una riforma dell'art. 360<sup>1</sup> n. 5 cpc: basta, per favore, basta!*, cit.; GALLETTO T., *“Doppio filtro” in appello, “doppia conforme”*, cit.; IMPAGNATIELLO G., *Crescita del Paese e funzionalità delle impugnazioni civili*, cit. MONTELEONE G., *Il processo civile in mano al governo dei tecnici*, cit.; TAVORMINA V., *Dialoghi a margine dell'art. 54 d.l. 83/2012*, cit.; ZUMPANO M. A., *Dialoghi a margine dell'art. 54 d.l. 83/2012*, cit.. Peraltro gli studiosi del processo civile hanno ribadito tale posizione in nota del Direttivo dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile del 29 giugno 2012. Egualmente critico anche il Consiglio Nazionale forense con parere del 5 luglio 2012.

<sup>59</sup> L'acuta osservazione è di SASSANI B., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza*, cit., p. 653;

Le problematicità interpretative sono peraltro destinate ad aumentare alla luce di quanto recentemente affermato dalla Suprema Corte di cassazione italiana in merito alla riforma del 2012. Come visto, la Corte di cassazione italiana ha di recente interpretato letteralmente il nuovo art. 360, comma 1°, n. 5 c.p.c. sulla base della pretesa esigenza di ristabilire il ruolo della Suprema Corte quale giudice dello *ius constitutionis* (Cass. civ., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053 e Cass. civ., sez. un., 22 settembre 2014, n. 19881), limitando il sindacato di legittimità sul vizio di motivazione ai casi in cui tale vizio sia talmente grave da trasformarsi in violazione di legge sì da determinare la nullità della sentenza per mancanza di motivazione ai sensi dell'art. 132, comma 2°, n. 4, c.p.c.

Siffatta giurisprudenza segna il progressivo allontanamento della Corte Suprema italiana dalla giurisprudenza della Corte francese che, al contrario, riconosce costantemente l'indispensabilità del controllo sulla sufficienza della motivazione per la funzione di cassazione.

Si rende, pertanto, a tal proposito necessario stabilire se il controllo indiretto sul giudizio di fatto è veramente incompatibile con la funzione di cassazione come afferma la Suprema Corte italiana, o se invece la Corte di cassazione italiana sta – più verosimilmente – perdendo l'esatta percezione del suo ruolo.

Giova, peraltro, da subito osservare che nel sistema francese non si è mai realmente delineato il problema dell'ammissibilità, dell'ampiezza e dei limiti del controllo sulla motivazione, né tantomeno quello della compatibilità di tale controllo con la funzione di cassazione e ciò non solo in virtù della consolidata convinzione della compatibilità e dell'indispensabilità di tale controllo proprio ai fini dell'esplicazione della funzione di cassazione, ma anche in virtù di una costante prassi giurisprudenziale che nel tempo ha definito i confini di siffatto *cas d'ouverture à cassation*. La giurisprudenza francese difende e fa evolvere l'istituto del difetto di base legale, che eleva a strumento per far evolvere il diritto sostanziale e processuale.

Si pone, tuttavia, come accennato, un problema di strumentalizzazione del vizio di difetto di base legale per scopi di politica giurisprudenziale (v. *infra* n. 3.2.). Al di là dell'utilizzo della censura del difetto di base legale quale strumento per l'immissione nel fatto anche per ragioni di giustizia del singolo caso di specie, si constata in alcuni, invero, una certa tendenza della Corte di cassazione francese a privilegiare l'annullamento per difetto di base legale laddove il ricorso censuri le

decisioni impugnate tanto per il motivo di violazione di legge in senso stretto quanto per il motivo di difetto di base legale. Siffatta predilezione per il *cas d'ouverture* del difetto di base legale pare spiegarsi in ragione della volontà della Corte d'oltralpe di non prendere una posizione netta e definitiva in merito alla questione giuridica sottesa al ricorso per cassazione.

È pertanto singolare osservare come le due Massime Giurisdizioni, pur avendo una matrice comune ed un'originaria elaborazione comune in ordine all'esigenza del controllo della sufficienza della motivazione, si siano poi discostate nel *modus* di attuazione del sindacato sulla motivazione, giungendo peraltro a risultati diversi in ordine all'effettività del rimedio.

La comparazione dei due sistemi di controllo sulla sufficienza della motivazione impone, da un lato, di sciogliere i nodi connessi alla nuova formulazione dell'articolo 360, comma 1°, n. 5 c.p.c., anche facendo riferimento all'istituto del difetto di base legale<sup>60</sup> e, dall'altro lato, demanda l'individuazione dei presupposti che hanno determinato e determinano l'uso del difetto di base legale quale strumento di politica giurisprudenziale per poi in un secondo momento enucleare i criteri comuni che permettano di identificare e anticipare tale tendenza della Suprema Corte francese (v. *infra*, in questo capitolo ed in forma problematica, n. 3.2.; più approfonditamente v., *infra*, capitolo n. IV). Peraltro, al fine di poter procedere alla comparazione e alla risoluzione dei problemi connessi al sindacato di legittimità sul difetto di motivazione, è preliminarmente necessario stabilire a monte quali siano l'oggetto, i limiti e la tecnica del controllo delle Supreme Giurisdizioni sul vizio di motivazione (v., *infra*, rispettivamente, capitolo II.1., II.2., II.3.).

3.1. *La portata giuridica ambigua del vizio di omesso esame circa un fatto decisivo che è stato oggetto di discussione tra le parti.*

A fronte della Novella del d.l. n. 83/2012 si delinea il problema del significato giuridico della formula legislativa «omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti».

---

<sup>60</sup> v. *infra*, in questo capitolo e in forma problematica, n. 3.1.; più approfonditamente v., *infra*, capitolo n. III

Come visto, il legislatore italiano ha modificato l'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. ricalcando quasi interamente la formula enucleata dal legislatore del 1940, salvo che per l'utilizzo della preposizione «circa» in luogo della preposizione «di». Sicché nell'esegesi di tale locuzione sarà di certo opportuno far riferimento, oltre ai canoni interpretativi di cui all'art. 12 delle preleggi al codice civile, al dibattito dottrinario che si era acceso all'indomani dell'entrata in vigore del codice di procedura civile italiano del 1940 e al significato ermeneutico attribuito dalla giurisprudenza a tale disposizione legislativa.

Ed infatti, se da un lato si rende comunque necessario verificare se l'utilizzo della preposizione «circa» in luogo della preposizione «di» sia astrattamente idoneo a mutare la portata del vizio di omesso esame circa un fatto decisivo, essendo tale proposizione atta – a prima lettura – ad ampliare la gamma dei vizi sussumibili nel motivo di ricorso di cui all'attuale n. 5 dell'art. 360 c.p.c. rispetto alla versione del 1940<sup>61</sup>, dall'altro lato, tale differenza grammaticale non incide sulle problematiche connesse alla formulazione del vizio *de quo*, configurandosi ad esempio anche con riguardo all'attuale versione dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. interrogativi che già si erano posti con riguardo alla versione del 1940. Si tratta della questione della natura del predetto vizio, della determinazione della nozione di fatto decisivo o di omesso esame, dell'incidenza della decisorietà sulla soluzione del giudizio, della natura del fatto discusso tra le parti.

Con particolare riguardo alla questione della natura del vizio ivi censurato, si osserva che già all'indomani dell'entrata in vigore del codice di procedura civile italiano del 1940 – ossia nel 1942 – gli interpreti si erano divisi tra coloro che qualificavano il n. 5 dell'art. 360 c.p.c. come *error in iudicando*<sup>62</sup> e coloro che, al contrario, gli attribuivano natura di *error in procedendo*<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> In tal senso cfr. IMPAGNATIELLO G., *Crescita del Paese e funzionalità delle impugnazioni civili*, cit.; ID., *Pessime nuove in tema di appello*, cit., p. 755 ss.; POLI R., *Le modifiche in materia di ricorso per cassazione*, in C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010-2013*, Torino 2013, p. 193 ss.; ID., *Le modifiche in materia di ricorso per cassazione*, in C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2013*, Torino 2015, p. 283 ss.; Contra DIDONE A., *Note sull'appello inammissibile perché probabilmente infondato e il vizio di motivazione in cassazione dopo il decreto legge c.d. «sviluppo»*, in *Giur. It.*, 2012, IV, p. 12 ss.

<sup>62</sup> ABIUSO V., *Diritto e pratica processuale civile secondo il nuovo codice*, cit., p. 338 ss.; ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, cit., p. 348 ss.; ANGILELLA G.S., *Il difetto di motivazione*, cit., p. 6; ANICHINI U., *L'omesso esame del "fatto decisivo per il giudizio"*, cit., p. 81; CARNELUTTI F., *Istituzioni*, cit., p. 453 ss.; D'ONOFRIO P., *Commento al nuovo codice di procedura civile*, cit., p. 145 ss.; RICCA-BARBERIS M., *Ampliamento dei difetti rilevabili in Cassazione*, in *Giur. It.*, 1941 IV, p. 17; VOCINO C., *Prime riflessioni sull'«omesso esame di fatto decisivo»*, cit., p. 168.

I primi facevano leva sull'incidenza di tale vizio sulla decisione, essendo stata quest'ultima presa senza la valutazione di un elemento indispensabile per la sua formazione; i secondi facevano, invece, leva sull'incidenza di tale errore sull'attività processuale del giudice, risultando quest'ultima incompleta o insufficiente rispetto all'esame del materiale della causa. La differenza tra le due posizioni dottrinarie dipendeva dal rilievo attribuito alla decisorietà del fatto, giacché coloro che attribuivano rilievo assorbente a tale elemento non potevano che far confluire l'omesso esame di un fatto decisivo nella categoria degli *errores in iudicando*; diversamente, coloro che leggevano nella decisività un mero attributo del fatto, conferivano di conseguenza rilievo assorbente all'incompletezza dell'attività processuale del giudice.

Tuttavia non può sottacersi che tale modo di procedere per l'inquadramento del vizio *de quo* nella categoria degli *error in iudicando* o in quella degli *error in procedendo* non è corretto dal punto di vista della metodologia giuridica, non potendo la natura di un vizio mutare in dipendenza del maggiore peso attribuito ad uno o ad un altro elemento del motivo di ricorso per cassazione.

Maggiormente condivisibile, nel merito e nel metodo, è l'opinione di chi, invece, ravvisava nel n. 5 dell'art. 360 c.p.c. un caso di *error in procedendo de iudicando*, costituendo l'omesso esame di un fatto decisivo una trasgressione del dovere del giudice di decidere *causa cognita* – cioè al dovere di ponderare «tutti gli elementi che gli siano stati forniti affinché la sua decisione riesca conforme a verità ed a giustizia»<sup>64</sup>, ma anche una trasgressione all'obbligo del giudice di rendere conto del rispetto di tale dovere nella motivazione della sentenza.

Se, quindi, l'inquadramento dell'omesso esame di un fatto decisivo non era pacifico; problemi non indifferenti si ponevano anche con riguardo alla compatibilità di tale vizio con la funzione di cassazione, essendo tale vizio potenzialmente idoneo a trasformare la Corte di cassazione italiana in una terza istanza di merito: vuoi perché, la valutazione della decisorietà portava con sé il rischio del riesame di tutto il materiale istruttorio acquisito alla causa, vuoi perché

---

<sup>63</sup> POGGESCHI R., *La nozione di fatto decisivo*, cit., n. 17; SATTA S., *Diritto processuale civile*, cit., 311 s.; ZANZUCCHI M.T., *Diritto processuale civile*, cit., p. 248 ss.

<sup>64</sup> Il pensiero è di REDENTI E., *Diritto processuale civile*, cit., p. 118.

la verifica che il fatto ignorato fosse stato realmente dedotto da una delle parti implicava, inevitabilmente, un'indagine di fatto non ammessa in cassazione.

Ad ogni buon conto e al di là delle considerazioni di carattere generale di cui sopra, va rilevato che l'effetto della Novella dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. è stato quello, come si accennava all'inizio del capitolo, di accendere un vivace dibattito dottrinario<sup>65</sup>.

In particolare, è, come visto, venuta anzitutto in discussione la compatibilità della nuova disposizione con la funzione della Corte di cassazione italiana quale organo di vertice dell'ordinamento giudiziario e deputato ad assicurare l'esatta osservanza della legge, l'uniforme interpretazione del diritto e a garantire l'unità del diritto oggettivo nazionale. E ciò in quanto, il nuovo art. 360, comma 1°, n. 5 c.p.c. solleva la controversa questione del riesame del fatto in cassazione.

Sebbene il legislatore abbia eliminato la parola «motivazione» dal testo della norma di cui si tratta, la formulazione lessicale della stessa fa insorgere il dubbio che la Suprema Corte italiana per accertare l'esistenza del vizio e la sua incidenza sul dispositivo della sentenza impugnata debba ripetere la valutazione del fatto.

A tal proposito, si osserva che la Corte nostrana per verificare la decisività del fatto trascurato dovrebbe riesaminare tutti gli atti del processo di merito, e ciò naturalmente concerne anche le prove.

In secondo luogo e con particolare riferimento alla valutazione della decisività del fatto trascurato, occorre rammentare che già nel 1942 Virgilio Andrioli e Gianantonio Micheli denunciavano il rischio che l'omesso esame di un

---

<sup>65</sup> Su cui v., per tutti, BOVE M., *Ancora sul controllo della motivazione in cassazione*, in *Giusto proc. civ.* 2013, 432 ss.; CAPONI R., *La modifica*, cit.; CARRATTA A., *Giudizio di cassazione*, cit.; CONSOLO C., *Nuovi ed indesiderabili esercizi*, cit., p. 1139 ss.; COMOGLIO L.P., *Requiem per il processo giusto*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2013, p. 47 ss.; G. COSTANTINO, *La riforma dell'appello*, cit., p. 29 ss.; DE CRISTOFARO M., *Appello e cassazione alla riprova della ennesima «riforma urgente»: quando i rimedi peggiorano il male (considerazioni di prima lettura del d.l. n. 83/2012)*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it) 2012; DALFINO D., *Premessa*, in *L'appello e il ricorso per cassazione nella riforma del 2012*, in *Foro it.* 2012, V, p. 282 ss.; DI IASI C., *Il vizio di motivazione dopo la legge n. 134 del 2012*, in *Riv. trim. dir. proc.* 2013, p. 1441 ss.; DIDONE A., *Ancora sul vizio di motivazione*, cit., p. 631 ss.; FORNACIARI M., *Ancora una riforma*, cit.; FRASCA R., *Spigolature sulla riforma*, cit.; GALLETTO T., *«Doppio filtro» in appello*, cit.; GLENDI C., *Novità in tema di ricorso per*, cit., p. 833 ss.; IMPAGNATIELLO G., *Pessime nuove*, cit., p. 755 ss.; Merone A., *La riforma del giudizio di cassazione*, cit., p. 235 ss.; Pagni I., *Gli spazi per le impugnazioni*, cit., p. 304 ss.; PANZAROLA A., *Tra «filtro» in appello e «doppia conforme»*, cit., p. 89 ss.; PICCININNI L., *I motivi di ricorso in Cassazione*, cit., p. 407 ss.; POLI R., *Le modifiche*, cit., p. 283 ss.; RICCI G.F., *Il giudizio civile di cassazione*, cit., p. 161 ss.; SASSANI B., *La logica del giudice*, cit., p. 639 ss.; Id., *Riflessioni sulla motivazione*, cit., p. 849 ss.; Tiscini R., in *Commentario al codice di procedura civile* a cura di L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani e R. Vaccarella, Torino 2013, IV, sub art. 360, p. 547 ss.; TRISORIO LIUZZI G., *Il ricorso in Cassazione*, cit.; Verde G., *Diritto di difesa*, cit.

fatto decisivo finisse con «l'attribuire alla Cassazione un ben più penetrante esame del fatto, in quanto la valutazione della decisorietà implica o può implicare il riesame di tutto il materiale istruttorio acquisito alla causa»<sup>66</sup>. E ciò in quanto i massimi giudici per vagliare la possibilità di una decisione diversa in ordine alla *quaestio facti* sarebbe costretta a prendere in esame il fatto ignorato dal giudice di merito mettendolo in relazione con le altre risultanze istruttorie. Di guisa che si sarebbe senz'altro realizzata un'immissione nel fatto, vietata ai giudici di legittimità.

Alla luce di tali considerazioni l'eliminazione del vizio di motivazione e la sua sostituzione col vizio dell'omesso esame circa un fatto decisivo non parrebbe affatto garantire la funzione della Corte di cassazione italiana quale giudice dello *ius constitutionis*. Funzione che invece il legislatore mirava a tutelare e a rinforzare con la riforma in commento; tanto che nei lavori parlamentari di conversione del decreto legge n. 83/2012 è stato con forza affermato che la *ratio legis* della modifica del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. è «mirata.....a evitare l'abuso dei ricorsi per cassazione basati sul vizio di motivazione, non strettamente necessitati dai precetti costituzionali, supportando la generale funzione nomofilattica propria della Suprema Corte di cassazione, quale giudice dello *ius constitutionis* e non, se non nei limiti della violazione di legge, dello *ius litigatoris*».

Si constata che di analogo avviso pare essere anche la stessa Corte di cassazione italiana, la quale ha accolto positivamente la riforma<sup>67</sup> affermando – in alcune recenti pronunce – l'opportunità dell'esclusione del sindacato sulla sufficienza della motivazione dall'alveo del n. 5 dell'art. 360 c.p.c.<sup>68</sup> al fine di ricentrare il ruolo della Corte Suprema quale giudice dello *ius constitutionis*.

Diversamente, la dottrina unanimemente ritiene che il controllo sulla motivazione delle sentenze, lungi dallo snaturare la funzione della Corte di

---

<sup>66</sup> SASSANI B., *Il mestiere di "processualista" tra G.O.T., "nomofilachia" e suicidio legislativo assistito. Che fine ha fatto il "diritto" processuale?*, Intervento al Convegno Nazionale delle Camere civili, Roma 1 marzo 2013, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2013.

<sup>67</sup> Si pensi al discorso del Primo Presidente Ernesto Lupo in occasione della Relazione all'inaugurazione dell'anno giudiziario.

<sup>68</sup> Cfr. Cass. civ., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053, cit., e Cass. civ., sez. un., 22 settembre 2014, n. 19881.

cassazione, costituisce uno strumento indispensabile al fine di consentire alla Corte il corretto e concreto esercizio del controllo di legalità delle decisioni<sup>69</sup>.

Sul punto, è poi sufficiente rivolgere l'attenzione all'ordinamento francese per appurare che né il legislatore né la giurisprudenza di oltralpe hanno mai messo in dubbio l'attinenza del controllo sulla motivazione alle funzioni di cassazione.

A tali difficoltà interpretative si aggiunge anche la considerazione secondo la quale già i primi commentatori del codice del 1942 avevano collocato tale vizio al confine tra l'*error facti* e l'*error iuris* e addirittura vi era stato chi aveva letto nel nuovo codice «la espressa legalizzazione»<sup>70</sup> di un vero e proprio errore di fatto anch'essa idonea a tramutare la Suprema Corte in un giudice di terza istanza.

Le perplessità derivanti da quanto qui di sopra osservato sono peraltro destinate ad aumentare se messe in relazione con il carattere *lato sensu* revocatorio che contraddistingueva la versione originaria dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. e che caratterizza anche il nuovo n. 5 dell'art. 360, comma 1°, c.p.c.

Sul punto, è appena il caso di rilevare che vi è una certa assonanza tra l'omesso esame circa un fatto decisivo che è stato oggetto di discussione tra le parti e l'errore di fatto revocatorio di cui all'art. 395, comma 1°, n. 4, c.p.c.<sup>71</sup>.

Infatti entrambi i vizi, da un lato, hanno ad oggetto un fatto decisivo, ossia un fatto idoneo ad incidere sul dispositivo della sentenza e dall'altro lato, sanzionano la mancata considerazione di tale fatto da parte del giudice di merito. Si differenziano invece con riguardo alla natura del fatto, controverso nell'ipotesi dell'errore sanzionabile di fronte alla cassazione e pacifico nell'ipotesi di errore di fatto revocatorio.

Se il vizio di motivazione inficia il ragionamento motivazionale del giudice in ordine ad un fatto oggetto di giudizio; diversamente, l'*error facti* revocatorio

---

<sup>69</sup> In questo senso v., per tutti, CAPONI R., *La modifica*, cit.; DI IASI C., *Il vizio di motivazione*, cit., p. 1441 ss.; FORNACIARI M., *Ancora una riforma*, cit.; TRISORIO LIUZZI G., *Il ricorso in Cassazione*, cit.

<sup>70</sup> L'osservazione è di ZANZUCCHI M. T., *Diritto processuale civile*, cit., p. 248 ss.

<sup>71</sup> Per la denuncia della natura *lato sensu* revocatoria del nuovo n. 5 cfr. Sul punto cfr. anche SASSANI B., *La logica del giudice*, cit., p. 639 ss.

Sussiste l'errore di fatto revocatorio ai sensi dell'art. 395, comma 1°, n. 4 c.p.c. «se la sentenza è l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. Vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare».



costituisce una mera svista materiale del giudice o un errore di percezione che lo ha indotto a supporre l'esistenza di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure a supporre l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita. Ragion per cui la natura controversa o pacifica del fatto ignorato traccia il confine dei due vizi.

Tuttavia, se in linea teorica la demarcazione tra il motivo di ricorso per cassazione di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c. e al n. 4 dell'art. 395 c.p.c. è netta, in pratica le difficoltà aumentano, e ciò con particolare riguardo ai fatti secondari e con riguardo agli effetti dell'istituto della non contestazione sul giudizio di fatto.

Ben si capisce allora che l'eliminazione del vizio di motivazione e la sua sostituzione col vizio dell'omesso esame circa un fatto decisivo sembra destinata ad aumentare la confusione dell'interprete non solo per quanto riguarda il significato del vizio ivi censurato, ma anche con riguardo alla possibile sovrapposizione con mezzi di impugnazione diversi rispetto al ricorso per cassazione.

Va poi rilevato che la portata giuridica del vizio di omesso esame circa un fatto decisivo muta in dipendenza del significato attribuito alla nozione di "fatto decisivo"<sup>72</sup>. Ne deriva, peraltro, che a seconda dell'estensione che si attribuisce alla nozione di "fatto decisivo", l'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. è idoneo a sanzionare vizi già censurati per mezzo degli altri motivi di ricorso per cassazione, sovrapponendosi indebitamente ad essi.

Se infatti si vuol riferire la nozione di fatto ai soli fatti principali costitutivi, non si può poi conseguentemente non osservare l'affinità con il vizio di omessa pronuncia<sup>73</sup>. Analogamente, se si ritiene che fatto decisivo sia il fatto impeditivo, modificativo o estintivo, appare evidente che l'omesso esame di tale fatto e degli effetti giuridici dallo stesso prodotti integra un'ipotesi di omessa pronuncia su eccezione, che tradizionalmente viene censurato ai sensi del n. 4 dell'art. 360 c.p.c.<sup>74</sup>.

Ne deriva pertanto la necessità di stabilire se a seguito della modifica dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. l'omesso esame di un'eccezione non sia

---

<sup>72</sup> In tal senso già SATTÀ S., *Diritto processuale civile*, cit., p. 313.

<sup>73</sup> In tal senso v. ampiamente PICCININNI L., *I motivi di ricorso*, cit., p. 407 ss.

<sup>74</sup> Ancora PICCININNI L., *I motivi di ricorso*, cit., p. 407 ss.

confluita in tale norma assurgendo a fattispecie autonomamente censurabile, non essendo più mero elemento del vizio di omessa pronuncia su eccezione.

Tuttavia, a tal proposito è anche legittimo domandarsi se il legislatore, con la Novella del 2012, non abbia voluto accogliere l'elaborazione dottrinale che inquadra il mancato esame di un'eccezione nella categoria del vizio di omessa o insufficiente motivazione e non anche in quella dell'omessa pronuncia<sup>75</sup>. Ed invero, il diritto processuale francese, a differenza di quello italiano, inquadra il vizio di omessa pronuncia su eccezione (*défaut de réponse à conclusions*) tra le ipotesi di difetto di motivi inteso quale assenza materiale e grafica della motivazione su un punto della decisione. Sicché, non si può escludere che il legislatore italiano – sulle orme della dottrina e della giurisprudenza di oltralpe – abbia colto l'occasione della modifica dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. per prendere posizione in favore di quella teoria che vede nei fatti impeditivi, modificativi ed estintivi degli elementi di arricchimento della *quaestio facti* non incidenti sui limiti oggettivi della pronuncia<sup>76</sup>.

Oltre alla sovrapposizione del motivo di cui al n. 5 con quello di cui al n. 4 dell'art. 360 c.p.c., il vizio di omesso esame circa un fatto decisivo potrebbe interferenze anche con il vizio di falsa applicazione di legge.

Sotto quest'ultimo profilo, parte della dottrina ha in passato sottolineato che l'omesso esame circa un fatto decisivo non è che un'ipotesi di violazione di legge per falsa applicazione. In particolare, quando il giudice omette di prendere in considerazione un fatto costitutivo, impeditivo, modificativo od estintivo, si configurerebbe un vizio che colpisce il giudizio e, in particolare, l'operazione di qualificazione giuridica della fattispecie per non aver il giudice tenuto conto di uno degli elementi costitutivi della fattispecie. Si tratterebbe, quindi, di un errore di applicazione della norma o di sussunzione del caso concreto in una norma anziché in altra<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Si tratta della tesi sostenuta da FABBRINI G., *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano 1973, 245 ss., spec. 281; e sottesa al pensiero in materia di rapporto tra eccezione e limiti del giudicato di FAZZALARI E., *Istituzioni di diritto processuale*, 5ª ed., Padova 1989, 407 ss.

<sup>76</sup> FABBRINI G., *L'eccezione di merito*, cit., p. 281; FAZZALARI E., *Istituzioni*, cit., p. 407 ss.

<sup>77</sup> TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, p. 546 ss.

Analoga posizione è peraltro ora sostenuta da chi legge nell'omesso esame di un fatto decisivo non tanto un errore nella ricostruzione del fatto storico complesso, quanto un errore nella ricostruzione della fattispecie. Difatti anche per tale dottrina si tratta di un errore di sussunzione che genera la falsa applicazione della norma laddove il giudice di merito ritiene che la fattispecie costitutiva del diritto fatto valere in giudizio sia composta da gli elementi A B C, quando invece tal fattispecie è composta dagli elementi A, B, C e D<sup>78</sup>.

Se a prima lettura non pare possano sussistere dubbi in ordine all'inquadramento dell'omesso esame circa un fatto decisivo nel vizio di falsa applicazione di legge quale sanzione avverso la valutazione di implicita irrilevanza del fatto trascurato ai fini della ricostruzione della fattispecie legale, più di un dubbio sorge laddove si osserva che il fatto principale ignorato dal giudice e necessario al fine della ricostruzione della fattispecie deve – o dovrebbe – essere stato preliminarmente allegato da una delle parti e posto a fondamento dell'azione o dell'azione. Sicché si ricadrebbe nuovamente nell'ipotesi, precedentemente esaminata, dell'omissione di pronuncia.

Ad ogni buon conto, appare fin troppo evidente che – secondo l'una e secondo l'altra esegesi qui di sopra accennate – il nuovo n. 5 dell'art. 360 c.p.c. sarebbe comunque, ed in entrambi casi, perfettamente sovrapponibile al motivo di cui ai nn. 3 e 4 dell'art. 360 c.p.c., costituendone pertanto un'inutile doppione.

Siffatta interferenza dei motivi di ricorso per cassazione genera peraltro notevole confusione nell'interprete quanto alle modalità di proposizione dei vizi sussumibili nella formula dell'omesso esame circa un fatto decisivo e quanto alla scelta del motivo di ricorso con cui far valere i vizi delle sentenze impugnate.

Va poi osservato anche che l'omesso esame circa un fatto decisivo, oltre a sanzionare l'erronea ricostruzione della fattispecie, censura senz'altro l'omessa presa di posizione del giudice nella motivazione intorno all'esistenza o all'inesistenza di un fatto principale<sup>79</sup>. Si tratta, evidentemente, di un vizio di motivazione e per l'esattezza di un vizio di omessa motivazione.

---

<sup>78</sup> Il pensiero è di LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, Milano, 2013, II, p. 422 ss.

<sup>79</sup> FORNACIARI M., *Ancora una riforma*, cit.

Egualemente, si configurerà un vizio di motivazione quando il fatto ignorato è un fatto secondario da cui il giudice può inferire l'esistenza o l'inesistenza di un fatto principale<sup>80</sup>.

A tal riguardo, ci si chiede peraltro se il nuovo n. 5 sia idoneo a disciplinare solo il caso in cui non vi sia alcun riferimento nella motivazione al fatto trascurato o se, invece, tale motivo di ricorso sia atto a ricomprendere anche il caso in cui il giudice, pur avendo fatto riferimento al fatto decisivo *de quo*, abbia poi omesso di esaminarlo, ovvero non abbia specificato le ragioni per le quali ha ritenuto l'esistenza o l'inesistenza di detto fatto. E ciò in quanto il mero riferimento al – l'esistenza o all'inesistenza del – fatto non sarebbe in linea teorica idonea a soddisfare l'obbligo di motivazione di cui all'art. 111, comma 6°, Cost. e agli artt. 132, comma 2°, n. 4, c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c.

Invero, ammettere siffatta lettura restrittiva significa legittimare i giudici di merito ad adottare motivazioni meramente apparenti, in palese contrasto con la garanzia costituzionale dell'obbligatorietà della motivazione secondo la quale la motivazione rappresenta l'esplicazione razionale delle ragioni di fatto e di diritto che hanno portato il giudice a decidere in determinato modo e non essere ridotta ad una mera affermazione.

Tuttavia, sul punto si rileva che l'esperienza giurisprudenziale sviluppatasi sotto la vigenza della prima versione dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. non aveva prediletto un'esegesi ampia di tale disposizione tale da poter ricomprendervi anche il vizio di insufficiente motivazione. Al contrario, ne diede un'interpretazione molto restrittiva<sup>81</sup>. La Suprema Corte italiana - affinché si potesse considerare

---

<sup>80</sup> CAPONI R., *La modifica*, cit.; PICCININNI L., *I motivi di ricorso in Cassazione*, cit., p. 407 ss.; RICCI G.F., *Il giudizio civile di cassazione*, cit., p. 161 ss.; RIZZA C., *Controllo di legittimità e rivalutazione del fatto nel sindacato della Cassazione sul c.d. vizio logico* (nota a Cass. 8 maggio 2012, n. 6931), in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 736 ss.; TRISORIO LIUZZI G., *Il ricorso in Cassazione*, cit.

<sup>81</sup> Cfr. *ex multis* Cass. civ., 25 marzo 1946, n. 311; Cass. civ., 17 aprile 1946, n. 466; Cass. civ., 31 maggio 1946, n. 697; Cass. civ., giugno 1946, n. 751; Cass. civ., 8 luglio 1946, n. 803; Cass. civ., 10 luglio 1946, n. 839; Cass. civ., 15 luglio 1946, n. 864; Cass. civ., 16 luglio 1946, n. 875; Cass. civ., 7 agosto 1946, n. 1101; Cass. civ., 7 agosto 1946, n. 1103; Cass. civ., 8 agosto 1946, n. 1115; Cass. civ., 8 agosto 1946, n. 1117; Cass. civ., 9 agosto 1946, n. 1132; Cass. civ., 9 agosto 1946, n. 1133; Cass. civ., 11 gennaio 1947, n. 19; Cass. civ., 29 gennaio 1947, n. 102; Cass. civ., 31 gennaio 1947, n. 113; Cass. civ., 6 febbraio 1947, n. 142; Cass. civ., 10 febbraio 1947, n. 157; Cass. civ., 3 marzo 1947, n. 707; Cass. civ., 10 marzo 1947, n. 329; Cass. civ., 15 marzo 1947, n. 389; Cass. civ., 18 luglio 1947, n. 1156; Cass. civ., 24 luglio 1947, n. 1171; Cass. civ., 29 luglio 1947, n. 1216; Cass. civ., 30 luglio 1947, n. 1247; Cass. civ., 19 febbraio 1948, n. 259, in *Giur. cass. civ.*, 1948, 2° quadr., p. 614; Cass. civ., 28 febbraio 1948, n. 316, in *Giur. Cass. Civ.*, 1948, vol. XXVII, 2° quadr., 253; *Riv. Dir. Comm.*, 1948, II, p. 212; Cass. civ., 5 marzo 1948, n. 316, in *Giur. cass. civ.*, 1948, 2° quadr., p. 753; Cass. civ., 15 maggio 1948, n. 719; Cass. civ., 19 maggio 1948, n. 743; Cass. civ., 11 giugno

integrato il motivo di ricorso di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c. - da un lato, esigeva che il fatto trascurato avesse natura principale; e, dall'altro lato, interpretava la nozione di "omesso esame" tanto come mancanza grafica nella motivazione di un riferimento al fatto ignorato, quanto come omessa valutazione degli effetti giuridici del fatto ignorato.

Si tratta, a ben vedere, del vero nodo del problema connesso al significato della locuzione «omesso esame»: la sovrapposizione del piano concernente l'indicazione del fatto decisivo con il piano concernente la rilevazione degli effetti giuridici di tale fatto.

Difatti, se non si stabilisce preliminarmente quale dei due momenti della disciplina dei fatti giuridici rileva ai fini del nuovo art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c., difficilmente si riuscirà a mettere ordine nel groviglio di fattispecie di vizi astrattamente sussumibili nell'alveo del nuovo motivo di ricorso per cassazione.

Se quindi il quadro delle problematiche connesse al significato della locuzione «omesso esame» risulta particolarmente complesso ed articolato, corrispondendo a tale formula una pluralità di fattispecie denunciabili per il suo tramite, dal canto suo, come visto, anche la nozione di «fatto decisivo» solleva delicate questioni interpretative.

In particolare, ci si chiede se l'omessa considerazione della «cosa giudicata» può o meno essere fatta valere con il motivo dell'omesso esame circa un fatto decisivo, dovendosi pertanto stabilire se nella nozione di «fatto decisivo» rientra anche la cosa giudicata. Ora, se si risolve positivamente la questione relativa alla

---

1948, n. 892; Cass. civ., 23 luglio 1948, n. 1220; Cass. civ., 29 luglio 1948, n. 1282; Cass. civ., 30 luglio 1948, n. 1297; Cass. civ., 18 settembre 1948, n. 1613, in *Giur. Cass. Civ.*, 1948, vol. XXVII, 3° quadr., p. 332; Cass. civ., 12 gennaio 1949, n. 19; Cass. civ., 14 gennaio 1949, n. 24; Cass. civ., 31 gennaio 1949, n. 146; Cass. civ., 8 febbraio 1949, n. 202; Cass. civ., 5 gennaio 1950, n. 51, in *Foro*, 1950, I, 858; Cass. civ., 26 gennaio 1950, n. 230; Cass. civ., febbraio 1950, n. 935.

qualificazione della «cosa giudicata» come «fatto», si porrà di conseguenza anche il problema di sapere se la nozione di «giudicato ignorato» deve essere riferita al giudicato interno, al giudicato esterno o ad entrambi. Come se non bastasse, occorre anche stabilire se la nozione di «fatto decisivo» include i soli fatti storici inerenti al rapporto litigioso o se, invece, include anche i fatti del processo, quale il contegno delle parti.

Da tali osservazioni, emerge ancora una volta l'importanza di stabilire la portata giuridica della locuzione «omesso esame circa un fatto decisivo che è stato oggetto di discussione tra le parti». Emerge con grande evidenza anche che la definizione legislativa di tale motivo di ricorso per cassazione, anziché chiarirne il significato, solleva non pochi dubbi interpretativi.

Ora, a nostro avviso, l'espressa codificazione di un motivo di ricorso letteralmente e graficamente differente dagli altri motivi dell'elenco di cui all'art. 360 c.p.c. non può essere posta nel nulla, attribuendo a tale norma un significato ermeneutico privo di novità e autonomia; dovendo, al contrario, l'interprete sforzarsi di ricercare il tratto distintivo di siffatta norma e di non ignorare l'intenzione del legislatore che nel disciplinare un autonomo motivo di ricorso per cassazione ha certamente voluto assegnare a tale motivo il compito di censurare uno specifico vizio della sentenza ben distinto da quelli sanzionati dagli altri motivi di ricorso per cassazione.

### 3.2. *Il problema dell'uso politico del défaut de base légale.*

Le problematiche, che si pongono nell'ordinamento italiano in relazione al sindacato di legittimità sul vizio di motivazione, son ben lungi dalla realtà del diritto processuale francese. Ed infatti, se si rivolge l'attenzione all'ordinamento francese, è agevole anzitutto constatare che né il legislatore né la giurisprudenza di oltralpe hanno mai messo in dubbio l'attinenza del controllo sulla motivazione alle funzioni di cassazione.

Come visto, fu proprio la Corte di cassazione francese ad ammettere e a creare per la via pretoria il controllo della sufficienza della motivazione al fine di sanzionare quella prassi dei giudici di merito che, pur rispettando formalmente

l'obbligo di motivare le decisioni, eludevano nella sostanza la previsione di cui all'art. 7 della legge 20 aprile 1810, adottando motivazioni oscure e lacunose<sup>82</sup>.

Già agli inizi del diciannovesimo secolo la Corte francese di legittimità era conscia del fatto che l'insufficienza motivazionale ostacolava – e ostacola - la verifica della corretta applicazione della legge, impedendo il controllo della giustificazione della ricognizione dei fatti costitutivi della norma applicata in dispositivo<sup>83</sup>. Eliminare il controllo indiretto sul giudizio di fatto significherebbe infatti ridurre il controllo di legalità della Suprema Corte ad un vano simulacro, ben potendo il giudice di merito applicare arbitrariamente la legge e nascondersi dietro un silenzio od un'ambiguità<sup>84</sup>.

Preme, peraltro, in proposito precisare che la tecnica del difetto di base legale non comporta una nuova valutazione dei fatti ad opera della Corte di cassazione, giacché la tecnica di tale controllo – come si vedrà - è costruita sul raffronto tra testo della motivazione della decisione impugnata e testo della legge, con un risultato perfettamente compatibile con la funzione di cassazione che non implica alcuna violazione del divieto di conoscere *du fond des affaires*.

Inoltre, come visto, l'assenza di definizione legislativa del motivo di ricorso del difetto di base legale non ha impedito la cristallizzazione del suo significato

---

<sup>82</sup> Sulle origini del vizio del difetto di base legale si vedano BLONDEL P., *Le manque de base légale*, cit., p. 53 ss.; BORÉ J., *La Cassation en matière civile*, cit.; BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, cit., n.° 78.05, p. 428 s.; CADIET L., JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, cit.; CAPRON Y., *Cas d'ouverture*, Cit.; CAPRON Y., *Cas d'ouverture. Violation de la loi. Défaut de base légale*, in JCL Procédure civile, fasc. 781, 1993; CHARTIER Y., *La Cour de cassation*, cit., p. 48 ss.; CHENON E., *Origines, conditions et effets de la cassation*, Paris, 1882; CREPON T., *Du pourvoi en Cassation en matière civile*, Paris, 1892, vol. III, p. 57 ss.; DESAPONAY GODART, *Manuel de la cour de cassation*, Paris, 1832, 50 ss.; FABREGUETTES M.P., *La logique judiciaire et l'art de juger*, Paris, 1914, p. 332 ss.; FAYE E., *La Cour de Cassation*, Paris, 1903, n.° 199, p. 133 ss.; FERRAND F., *Cassation française et Révision allemande*, Paris, 1993, n.° 215, p. 161 ss.; FOUSSARD D., *Le manque de base légale*, cit.; GARSONNET E., CEZAR-BRU CH., *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Paris, 1915, vol. VI, 646 s.; GLASSON E., MOREL RENÉ, TISSIER A., *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Paris, 1929, vol. III, p. 468 ss.; JAPIOT R., *Traité élémentaire de procédure civile & commerciale*, Paris, 1916, p. 685 ss.; JONQUÈRES J., *Le contrôle des constatations de fait par le juge de cassation. (Aspects de droit civil)*, in *Journées de la Société de législation comparée*, 1980, vol. II, p. 117 ss.; LE BARS TH., *Le défaut de base légale*, cit.; LE CLEC'H J.-F., *Manque de base légale et violation de la loi en matière civile*, in JCP, 1948, I, 720; MARTY G., *La distinction du fait et du droit*, Paris, 1929, p. 279 ss.; MOTULSKY H., *Le manque de base légale, pierre de touche de la technique judiciaire*, in JCP, 1949, I, p. 775 s.; ID., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, 1948, p. 162 ss.; WEBER J.F., *La Cour de cassation*, Paris, 2011;

<sup>83</sup> In particolare, il vizio della premessa minore del sillogismo giudiziario ostacola la verifica sulla correttezza del rapporto tra conclusione del sillogismo giudiziario e fatti del caso concreto. Sul punto cfr. CORNU G., FOYER J., *Procédure civile*, cit., p. 232 s.

<sup>84</sup> BORÉ J., BORÉ L., *La cassation en matière civile*, cit., p. 432 s.

giuridico. La dottrina è ormai concorde nell'affermare che tale vizio sanziona un'insufficienza quantitativa dei motivi di fatto ed in particolare sanziona un'insufficienza delle constatazioni di fatto necessarie per l'applicazione della regola di diritto di cui pure il giudice di merito ha fatto applicazione nel dispositivo della sentenza<sup>85</sup>.

Se, quindi, il consenso sviluppatosi negli anni attorno alla nozione di difetto di base legale e alla sua compatibilità con la funzione di cassazione è senza dubbio unanime; altrettanto non si può invece affermare con riguardo alla portata giuridica attribuita al motivo di ricorso per cassazione di cui si tratta specie se in raffronto al motivo di ricorso fondato sulla violazione di legge in senso stretto.

Difatti, malgrado la bisecolare elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale, il difetto di base legale rimane oscuro ad alcuni, che tendono a definirlo un'«*ouverture mineure*» rispetto all'*ouverture* della violazione di legge. In particolare, coloro che ritengono che una sentenza di cassazione pronunciata per difetto di base legale non abbia una portata normativa o che comunque abbia una portata giuridica di rango inferiore rispetto a quella delle pronunce di cassazione pronunciate per violazione di legge fanno leva sull'argomento secondo il quale il difetto di base legale costituirebbe una mera censura cosiddetta disciplinare, inidonea a veicolare un messaggio giuridico<sup>86</sup>.

Sebbene sia indubbio che il difetto di base legale abbia anche una funzione disciplinare, quest'ultima non pare essere la sola funzione esplicita dal motivo di ricorso *de qua*.

Se, infatti, il difetto di base legale può essere ricondotto ad un vizio disciplinare laddove sanziona il mancato rispetto di un obbligo cosiddetto formale del giudice<sup>87</sup>; per altri versi non si può disconoscere che attraverso tale vizio la Corte di cassazione individua le condizioni di applicazione di una data norma giuridica<sup>88</sup>, determinandone il dominio di operatività. A tal proposito si è già

---

<sup>85</sup> Vedi, per tutti, BLONDEL PH., *Le manque de base légale*, p. 59 s.; BORÉ J., BORÉ L., *La cassation en matière civile*, cit., p. 432 s.; CADIET L., JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, cit.; CHARTIER Y., *La Cour de Cassation*, cit., p. 61 s.; CREPON T., *Du pourvoi en cassation*, cit., p. 47 s.; FAYE E., *La Cour de cassation*, cit., p. 119 s. et p. 121 s.; FERRAND F., *op. loc. cit.*; LE BARS TH., *Le défaut de base légale*, cit.

<sup>86</sup> In sì netti termini BEL J., *Le bicentenaire de la révolution retour aux sources pour la Cour de cassation*, in *D*, 1989, chr., p. 105.

<sup>87</sup> BORÉ J., BORÉ L., *La cassation en matière civile*, cit., p. 432 s.

<sup>88</sup> FERRAND F., *Cassation française*, cit., n.° 221 e 222, p. 167.



osservato che il *défaut de base légale* censura l'insufficienza delle constatazioni di fatto necessarie per l'applicazione della norma al caso di specie. Sicché, ben si può affermare che, quantomeno con precipuo riferimento all'esatta interpretazione della norma e all'individuazione dei suoi fatti costitutivi, le pronunce di cassazione fondate sul difetto di base legale sono portatrici di un messaggio giuridico di valenza non inferiore a quella delle pronunce fondate sul vizio di violazione di legge.

Parte della dottrina francese non ha infatti mancato di rilevare che anche il difetto di base legale ha una funzione normativa laddove la Corte afferma e precisa il contenuto della norma regolatrice del caso di specie e, prima ancora, della norma prescrivente il medesimo obbligo di motivazione<sup>89</sup>.

Sul punto, significativa è la reazione della dottrina francese all'introduzione dell'art. 1014 CPC, ad opera della legge, 25 giugno 2001, n° 2001-539, ai sensi del quale la formazione *restreinte* della Corte di cassazione dichiara l'inammissibilità dei ricorsi irricevibili o non fondati su seri motivi di ricorso per cassazione quali che censurano pronunce conformi all'orientamento della Corte senza apportare elementi atti a mutare tale orientamento. Siffatta Novella è stata giustificata dall'esigenza di ricentrare la Corte di cassazione sulla sua funzione normativa di giudice dello *ius constitutionis*, che verrebbe meno se fosse consentito alla Corte di esaminare ricorsi proposti avverso sentenze che hanno deciso una questione giuridica conformemente all'orientamento della Suprema Corte, senza peraltro offrire motivi seri per mutare tale orientamento.

Ebbene, la dottrina non ha mancato di rilevare, da subito, l'incongruità di tale riforma, laddove non tiene conto del fatto che ogni decisione della Giurisdizione Suprema – promanando dall'organo di vertice dell'ordinamento giudiziario deputato al controllo dell'esatta applicazione della legge e all'uniforme interpretazione del diritto - costituisce per ciò solo una pronuncia normativa. E ciò sia con riguardo ai casi in cui la Corte si riferisce ad una giurisprudenza costante, manifestando così la volontà di confermarla, sia con riguardo ai casi in cui la Corte si pronuncia sui cosiddetti vizi «disciplinari» ossia sui vizi di

---

<sup>89</sup> Così ANCEL J.P., *Le manque de base légale*, in *BICC*, 2010, n. 719; FOUSSARD D., *Le manque de base légale*, in *BICC*, 2010, n. 719.

motivazione, stabilendo di tal fatta l'estensione, il contenuto e la portata dell'obbligo di motivazione di cui all'art. 455 CPC e all'art. 6 CEDU<sup>90</sup>.

Appare quindi evidente l'inconsistenza della tesi che nega la portata normativa delle sentenze di cassazione pronunciate per vizio di difetto di base legale.

Tesi quest'ultima che sembra peraltro non tener conto nemmeno della circostanza per cui il controllo sull'insufficienza della motivazione ha permesso alla Corte di cassazione francese di far evolvere il diritto sostanziale, specie con riguardo all'interpretazione delle norme elastiche e delle clausole generali<sup>91</sup>. In questo senso, il difetto di base legale è levato a strumento privilegiato per adeguare il diritto alla mutevolezza della realtà sociale, all'evoluzione della tecnica e alla complicazione dei rapporti economico-giuridici.

Sicché, anche sotto tale profilo, difficilmente può essere negata la portata normativa del vizio di difetto di base legale.

Vi è peraltro un'ulteriore caso in cui la funzione normativa del difetto di base legale assume particolare rilievo ai fini della corretta individuazione del ruolo di tale motivo di ricorso nella panopia della Corte di cassazione e, più in generale, ai fini della comprensione del *modus* con cui la Corte francese applica il difetto di base legale.

A tal proposito e con particolare riferimento alla tecnica di cassazione per *défaut de base légale*, è stato finemente sottolineato dalla dottrina che la Suprema Corte francese ha – in un caso specifico di cui si dirà a breve – utilizzato strumentalmente il difetto di base legale al fine di modulare i *revirements de jurisprudence* secondo esigenze di politica giurisprudenziale, dettate precipuamente dalla volontà di non prendere una posizione netta in ordine alla questione giuridica sottoposta alla sua attenzione<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> Per approfondimenti cfr. BORÉ J., BORÉ L., *La cassation en matière civile*, cit., n° 23, p. 16 s.;

<sup>91</sup> BLONDEL P., *Le manque de base légale*, cit., p. 90 s.;

<sup>92</sup> FERRAND F., *Cassation française*, cit. n. 408, p. 314.

Si tratta, nella specie, della questione concernente l'applicabilità d'ufficio delle regole di diritto internazionale privato e della legge straniera designata di conseguenza<sup>93</sup>.

Il problema dell'uso politico del difetto di base legale si è posto in quanto la Corte di cassazione francese, prima di mutare la giurisprudenza *Bisbal*<sup>94</sup> (secondo la quale l'impossibilità per il giudice di applicare d'ufficio delle regole di diritto internazionale privato sarebbe derivata dalla circostanza per cui tali regole non fossero inquadrabili quali di regole d'ordine pubblico) annullando per violazione di legge una pronuncia di appello che aveva negato l'applicabilità d'ufficio della legge di diritto internazionale privato<sup>95</sup>, aveva in precedenza già annullato per difetto di base legale altre sentenze di merito che negavano l'applicabilità d'ufficio delle regole disciplinanti il *conflict des lois*<sup>96</sup>. In particolare, il diverso fondamento delle pronunce di cassazione non era giustificato dalla diversa formulazione dei ricorsi per cassazione che rispettivamente, nelle due ipotesi, deducevano identici motivi di censura, ossia la violazione di legge e il difetto di base legale. Nondimeno, la motivazione ed il dispositivo delle pronunce della Cassazione sulla prima e sulla seconda fattispecie sono perfettamente identici nella struttura e nel lessico.

Nella specie, le predette decisioni risolvevano il caso concreto portato alla loro attenzione, facendo applicazione delle disposizioni disciplinanti il “*conflict des lois*” nella materia della filiazione e ciò con particolare riferimento alla

---

<sup>93</sup> In dottrina cfr. MOTULSKY H., *L'office du juge et la loi étrangère*, in *Mélanges Maury*, 1955, tome 1, p. 22 s.; ID., *L'office du juge et la loi étrangère*, in *Ecrits III, Etudes et notes de droit international privé*, Dalloz, 1978, p. 87.

<sup>94</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 mai 1959, *Bisbal c/c Bisbal*. In argomento cfr. anche BATTIFOL H., *Observations à Cour de cassation (Ch. Civ.) 12 mai 1959*, RCDIP, 1960, p. 62 s.; ID., *Observations à Cour de cassation (Ch. Civ.) 19 mai 1958*, in RCDIP, 1958, p. 701 s.; ID., *Observations à Cour de cassation (Ch. Civ.) 2 mars 1960*, *ivi*, 1960, p. 67 s.; ID., *Observations à Cour de cassation (Ch. Civ.) 21 juin 1982*, *ivi*, 1983, p. 70 s.; COURBE P., *Observation à Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.) 10 octobre 1978*, *ivi*, 1979, p. 776 s.; LAGARDE P., *Observation à Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.) 21 novembre 1961*, *ivi*, 1962, p. 330 s.; ID., *Observation à Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.) 24 janvier 1984*, *ivi*, 1985, p. 89 s.; MOTULSKY H., *Observation à Cass. Civ., 1<sup>re</sup>, 12 mai 1959, Bisbal c. Bisbal*, in *JCP*, 1960, II, p. 11734;

<sup>95</sup> Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 11 octobre 1988, n° 87-11.198.

<sup>96</sup> Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 25 nov. 1986, n° 85-10.524. In dottrina cfr. ANCEL B., *Le controle de l'interprétation de la loi étrangère n'est pas souhaitable*, nota a Cass 17 mai 1989, in *RCDIC*, 1989, p. 516 e ss.; ANCEL B., LEQUETTE Y., *L'abandon de la jurisprudence Bisbal* (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 octobre 1988), in *RCDIP*, 1989, p. 278 s.; GAUTIER P.-Y., nota a Cass. 8 nov. 1988 e Cass. 23 nov. 1988, in *RCDIC*, 1989, P. 377; LEQUETTE Y., *L'abandon de la jurisprudence Bisbal* (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 octobre 1988), in *RCDIP*, 1989, p. 278 s.

legittimazione dei figli naturali (art. 311-16 c.c.) e alla ricerca di paternità (311-14 c.c.).

Ora va sul punto osservato che entrambe queste disposizioni individuano un effetto – legittimazione e riconoscimento di paternità – che si produce al ricorrere alternativo di determinati presupposti tra i quali rientra anche la legge straniera, trattandosi appunto di norme regolanti situazioni in cui vi sono elementi di transnazionalità. Nel primo caso, la legittimazione è ammessa se tale risultato è riconosciuto dalla legge che disciplina gli effetti del matrimonio o dalla legge personale degli sposi (si tratta di ipotesi di rinvio alla legge straniera, essendo gli sposi di nazionalità tunisina) o dalla legge personale del bambino. Nel secondo caso, l'azione di ricerca di paternità è accolta se tale è il risultato che si consegue tramite l'applicazione della legge personale della madre alla materia della filiazione qualora, appunto, vi siano elementi di transnazionalità (rinvio alla legge straniera, essendo la madre di nazionalità algerina).

Emerge, quindi, dalla formulazione dei ricorsi e dall'analisi delle pronunce della Corte, che le sentenze di merito sono state annullate perché il giudice, nel primo caso, non ha verificato se l'effetto previsto dall'art. 311-16 c.c. avesse potuto essere conseguito anche attraverso un'altra delle opzioni disciplinate dall'art. 311-16 c.c. – legittimazione del figlio naturale per applicazione della legge tunisina, legge personale del padre - incorrendo così nella violazione della sopracitata disposizione; e, nel secondo caso, il giudice di appello non ha applicato l'art. 311-14 c.c., facendo riferimento esclusivo all'art. 340 c.c. (che disciplina l'azione di ricerca di paternità in via generale) e non valutando quindi gli elementi di transnazionalità, che imponevano l'applicazione dell'art. 311-14 c.c.

Ne deriva che, per quanto riguarda la prima ipotesi (concernente la legittimazione) in cui la Cassazione ha annullato la pronuncia per difetto di base legale, il mancato accertamento delle circostanze di fatto da cui derivava il carattere transnazionale del litigio (e che ha privato la decisione della base legale) sembrerebbe conseguenza della violazione - a monte - dell'art. 311-16 c.c. per inesatta interpretazione.

Alla luce di tali considerazioni, appare pertanto verosimile ritenere che la Corte di cassazione abbia annullato la pronuncia di appello per difetto di base legale al fine di preparare il «campo» ad un mutamento di giurisprudenza; giacché ben avrebbe potuto la Suprema Corte da subito cassare entrambe le decisioni

sopramenzionate per violazione di legge. Salvo voler ritenere che, diversamente, il Supremo Collegio non abbia fatto distinzione tra i due istituti (violazione di legge e difetto di base legale), non considerando che il difetto di base legale non comporta una violazione della disposizione di legge, ma solo un'insufficienza quantitativa dei motivi atti a giustificare l'applicazione di una certa disposizione legislativa.

Tuttavia, a nostro avviso, tale ultima ipotesi sfuma dinanzi alle innumerevoli pronunce in cui emerge chiaramente la distinzione del vizio di difetto di base legale da quello di violazione di legge<sup>97</sup>.

Più plausibilmente, invece, la scelta nel caso di specie di sanzionare l'insufficienza della motivazione e non la violazione di legge, sebbene il mancato accertamento delle circostanze di fatto da cui derivava il carattere transnazionale del litigio fosse conseguenza di una violazione di legge a monte (ossia dall'erronea convinzione di non dover applicare d'ufficio le regole di diritto internazionale privato), pare dettata dall'intento di non voler prendere una posizione netta in una materia particolarmente delicata.

Difatti, a ben vedere, entrambe le decisioni della Suprema Corte veicolano la stessa soluzione alla questione giuridica sottostante i ricorsi dinanzi ad essa proposti. L'unica differenza si trova nel fatto che la pronuncia di cassazione per difetto di base legale suggerisce tale soluzione, mentre, al contrario, la pronuncia di cassazione per violazione di legge la afferma chiaramente. Ed infatti, il messaggio giuridico veicolato da entrambe le decisioni in esame fa leva sull'argomento secondo cui – nelle fattispecie concrete oggetto delle decisioni in esame – le regole di *conflict des lois* sono norme francesi per cui non si tratta di applicare d'ufficio la legge straniera, bensì più semplicemente di *trancher le litige conformément aux règles de droit* ai sensi dell'art. 12 CPC<sup>98</sup>.

Si tratta, quindi, molto probabilmente di una strategia di politica giurisprudenziale perseguita al fine di non prendere immediatamente posizione

---

<sup>97</sup> In dottrina, cfr. già LE CLECH J.-F., cit., p. 720 s.

<sup>98</sup> MOTULSKY H., *L'office du juge*, cit. p. 22 s.; ID., *Observation à Cass. Civ., 1<sup>re</sup>, 12 mai 1959, Bisbal c. Bisbal*, JCP, 1960, II, p. 11734; ID., *L'office du juge et la loi étrangère*, in *Ecrits III, Etudes et notes de droit international privé*, Dalloz, 1978, p. 87.

sulla delicata questione di cui sopra<sup>99</sup>. In particolare, la Corte si «accorda un periodo di riflessione»<sup>100</sup> prima di optare definitivamente in favore di una o di un'altra teoria sulla questione giuridica controversa sottoposta. E ciò la Corte fa strumentalizzando l'*ouverture* del difetto di base legale, che, come visto, veicola comunque la soluzione giuridica scelta dalla Corte pur se in modo più sfumato.

In proposito occorre rilevare che parte della dottrina francese ha osservato che siffatto uso anormale del difetto di base legale non è «a propriamente dire» un problema di natura giuridica<sup>101</sup>.

Tuttavia, l'analisi della giurisprudenza della cassazione francese dimostra che il cosiddetto «uso anormale» del difetto di base legale – o meglio il suo uso politico – non è più limitato a qualche caso sporadico come poteva essere negli anni in cui scriveva l'illustre dottrina di cui sopra.

Al contrario, si osserva che la strumentalizzazione del difetto di base legale a fini di politica giurisprudenziale è una tendenza che si ritrova in plurimi domini del diritto civile e processuale ed in particolare, oltre che in materia di legge straniera, in materia di garanzia per i vizi e difetto di conformità della cosa venduta, di clausola limitativa della garanzia dei vizi nella vendita tra professionisti della stessa specialità, di fatto della cosa inerte, di *affectio societatis*, di immissioni anormali nei rapporti di vicinato, di consulenza tecnica in materia di rapporti di famiglia, di diritto alla prova e di comunicazione dei documenti prodotti in causa.

Sicché appare evidente che oramai la questione dell'uso politico del difetto di base legale assume le dimensioni, le vesti e la dignità di un vero e proprio problema giuridico.

È peraltro interessante notare che di tal guisa il controllo sull'insufficienza dei motivi di fatto si eleva a strumento privilegiato per l'evoluzione del diritto sostanziale e strumento attraverso cui la Corte esterna il contenuto normativo latente e non ancora espressamente formulato di una determinata disposizione di legge.

---

<sup>99</sup> FERRAND F., *Cassation française*, cit., n. 408, p. 314.

<sup>100</sup> LE BARS TH., *Le défaut de base légale*, cit., n.° 303, p. 221.

<sup>101</sup> LE BARS TH., *Le défaut de base légale*, cit., n.° 295, p. 213.

Alla luce di tali osservazioni si può affermare che se in Italia a seguito della modifica dell'art. 360, comma 1°, n. 5 c.p.c. si delinea, come visto, il problema relativo all'ammissibilità, l'ampiezza ed il *modus* di tale controllo, in Francia, invece, si configura effettivamente la questione dell'uso politico del difetto di base legale, che se da un lato deve essere salutato con favore, coadiuvando tale uso l'evoluzione del diritto sostanziale, dall'altro lato impone di precisarne i confini ed i limiti.

In particolare, occorrerà analizzare questa realtà giurisprudenziale determinandone l'origine, il *modus* della sua applicazione e gli effetti sul diritto sostanziale come pur anche sulla certezza del diritto e sulla prevedibilità dei mutamenti di giurisprudenza. Si rende peraltro necessario stabilire quali siano – ammesso che esistano – i criteri atti ad anticipare i *revirements de jurisprudence* operati dalla Corte francese per mezzo di precedenti sentenze di annullamento per difetto di base legale. Di tal guisa, il difetto di base legale consentirebbe infatti ai consociati di prevedere l'evoluzione del diritto sostanziale, arginando le incertezze che solitamente contraddistinguono i *revirements de jurisprudence*.

## CAPITOLO SECONDO

### IL CONTROLLO DELLE SUPREME CORTI SULLA MOTIVAZIONE DELLE SENTENZE

SOMMARIO: Sezione I. L'oggetto del controllo. - 631. L'obbligo di motivazione. - 631.1. Il fondamento dell'obbligo di motivazione. -1.2. La funzione della motivazione. - 2. Natura e contenuto dell'obbligatorietà della motivazione. - 2.1. Norma di forma, norma di sostanza. - 2.2. La razionalità e la sufficienza della motivazione. - 3. Un controllo concernente i motivi di fatto. - 3.1. Giudizio di fatto e giudizio di diritto. - 3.2. -Delimitazione della ricerca al vizio di insufficiente motivazione e del *défaut de base légale*. - Sezione II. I limiti del controllo. - 1. La moltiplicazione delle ipotesi di inammissibilità del ricorso per cassazione nel codice di procedura civile italiano. - 1.1. L'art. 360 *bis* c.p.c. - 1.2. L'art. 366, comma 1°, n. 6, c.p.c.: la codificazione del principio di autosufficienza del ricorso per cassazione. - 1.3. L'art. 348 *ter*, commi 4° e 5°, c.p.c. - 2. La creazione giurisprudenziale di limiti al controllo: un fenomeno tutto italiano. - 2.1. Il divieto di formulazione congiunta dei motivi di ricorso di cui all'art. 360, comma 1°, nn. 3 e 5, c.p.c. - 2.2. La riduzione del controllo ai vizi di motivazione che si trasformano in violazione di legge. - 3. La crisi del diritto delle parti ad ottenere una decisione motivata. - 1203.1. Certezza del diritto e motivazione. - 3.2. Motivazione e giurisdizione. - Sezione III. La tecnica del controllo. - 1. Il rapporto tra fatto e norma: una creazione della Corte di cassazione francese. - 1.1. Un controllo sulla sufficienza degli elementi di fatto necessari all'applicazione della norma: un *vice de fond*. - 1.2. La differenza tra *défaut de base légale* e vizio di violazione di legge. - 1.3. La differenza tra *défaut de base légale* e *défaut de motifs*. - 1.4. La funzione normativa del *défaut de base légale*. - 2. Condizioni di applicazione del motivo di ricorso avente ad oggetto il *défaut de base légale*. - 2.1. Un motivo di diritto: divieto di conoscere del *fond des affaires*. - 2.2. Un vizio da apprezzare con riguardo alle contestazioni e conclusioni delle parti. - 3. Il controllo indiretto del giudizio di fatto per il tramite delle massime di esperienza: l'elaborazione della Corte di cassazione italiana. - 3.1. L'influenza della Corte di cassazione francese sulla tecnica di cassazione italiana. - 3.2. Il controllo della sufficienza e della logicità della motivazione. - 3.3. Sintomo e causa del vizio di motivazione. - 3.4. Inerenza del controllo di logicità alla funzione di cassazione e sua funzione normativa. Cenni.

#### SEZIONE I: L'OGGETTO DEL CONTROLLO

##### 1. L'obbligo di motivazione.

Si è visto che il controllo sulla motivazione delle decisioni giurisdizionali fu elaborato in via pretoria dalla Corte di cassazione francese all'inizio del 1800 per contrastare quella prassi dei giudici di merito che, pur rispettando formalmente l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, nella sostanza si sottraevano ad esso limitandosi ad affermare senza giustificare la ricognizione degli elementi di fatto necessari per l'applicazione della legge.

Tale controllo ha quindi ad oggetto la garanzia della motivazione e più specificamente l'obbligo di motivazione della sentenza, che rappresenta senza



dubbio «il segno più importante e più tipico della ‘razionalizzazione’ della funzione giurisdizionale»<sup>1</sup> e della razionalizzazione potere giudiziario. Ed invero i giudici, nel giustificare le proprie decisioni, rendono manifesto il modo di esercizio del potere giurisdizionale e consentono alle parti ed ai cittadini di verificarne la legittimità e la razionalità dell’esercizio.

In tale ordine di idee codificare l’obbligo di motivazione significa predisporre un rimedio contro l’arbitrio, la corruzione e l’ingiustizia della decisione. Contro l’arbitrio in quanto la spiegazione delle ragioni della decisione impedisce al giudice di adattare i fatti di causa alle norme di legge e fa emergere le eventuali violazioni del principio di subordinazione del giudice alla legge. Contro la corruzione in quanto l’obbligo di motivazione fuga il rischio di parzialità dell’organo giudicante. Contro l’ingiustizia in quanto è dalla motivazione che emergono le eventuali difformità del diritto affermato nella sentenza dalla legge disciplinante quello stesso diritto<sup>2</sup>, il mancato rispetto delle norme della procedura ed anche gli eventuali vizi del discorso giustificativo del giudice. A ciò si aggiunge peraltro la considerazione secondo la quale la motivazione quale garanzia della giustizia delle decisioni rappresenta l’istituto processuale che legittima il «ruolo sociale del giudice»<sup>3</sup> e nel quale trova fondamento l’autorità dell’Istituzione giurisdizionale<sup>4</sup>.

Giova, tuttavia, sottolineare che l’obbligatorietà della motivazione, benché rappresenti oggi un principio generale dell’ordinamento processuale<sup>5</sup>, è una «conquista giuridica relativamente recente». Infatti, tale istituto si è affermato dapprima in Italia – *rectius* nel Regno delle due Sicilie - nel 1774 attraverso la prammatica napoletana redatta dal Tanucci<sup>67</sup> e poi nel 1790 in Francia mediante il

---

<sup>1</sup> CALAMANDREI P., *Processo e democrazia*, in *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965, p. 628 ss., spec. p. 664.

<sup>2</sup> PUNZI C., *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, Milano, 1963, p. 146.

<sup>3</sup> TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, p. 371.

<sup>4</sup> Per l’idea secondo cui l’Autorità Giurisdizionale trova fondamento nella «forza del ragionamento, nella sua completezza e nella sua pertinenza», cfr. FOUSSARD D., *Le manque de base légale*, in *BICC*, 2010, avril, n° 719.

<sup>5</sup> TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, p. 370.

<sup>6</sup> In particolare, la prammatica del Tanucci vietava ai giudici di motivare la decisione facendo riferimento espresso alle opinioni della dottrina ed imponeva ad essi di giustificare la decisione facendo invece riferimento alla normativa positiva di guisa che già allora era evidente il nesso tra

Decreto dei 16-24 agosto 1790 sull'organizzazione giudiziaria, frutto della Rivoluzione francese<sup>8</sup>.

---

obbligo di motivazione e rispetto del principio di subordinazione del giudice alla legge. Peraltro, la prammatica napoletana conteneva anche la soluzione per il caso in cui la lacuna delle leggi impedisse ai giudici di motivare le decisioni in base ad esse. Ai giudici, infatti, era attribuito il potere di colmare tali lacune tramite «l'interpretazione» o «l'estensione», fermo restando che quand'anche siffatta operazione non fosse praticabile, il giudice avrebbe dovuto rimettere la decisione della lite al sovrano. V. TARUFFO M., *L'obbligo della motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 265 ss., spec. p. 286.

Siffatta riforma incontrò le opposizioni sia della classe politica ancora acerba in quanto al sentimento di democrazia che avrebbe dovuto essere presente affinché fosse colta la funzione politica dell'obbligo di motivazione; ma anche della prassi giudiziaria, che dal canto suo restava ancorata alla concezione cosiddetta «oracolare» della giustizia. Sicché nel 1791, all'indomani dell'introduzione dell'obbligo di motivazione nell'ordinamento francese, lo stesso nel Regno delle due Sicilie veniva abolito e contestualmente degradato ad una mera facoltà discrezionale.

<sup>7</sup> Quanto alla generalizzazione dell'obbligo di motivare le decisioni giurisdizionali, occorre menzionare anche l'esperienza del codice barbacoviano e delle repubbliche giacobine.

Il primo fu promulgato nel 1788 nel Principato di Trento e fu redatto dal giurista-filosofo illuminista Barbacovi, che, oltre all'obbligo generalizzato di redigere la motivazione contestualmente alla decisione, recepì la prassi della «proposizione dei dubbi» alle parti prima della decisione, antenato del principio del contraddittorio.

Quanto alle Repubbliche giacobine – ossia alla Repubblica di Bologna (1796), alle Repubbliche Cisalpina e Cispadana (1797), alla Repubblica del Popolo Ligure (1797), alla Repubblica Romana (1798) e alla Repubblica Napoletana (1799) tutte create a seguito della campagna napoleonica in Italia – si constata che le stesse prevedevano nelle loro costituzioni – e quindi a un livello legislativo superiore rispetto a quello codicistico – tra i principi fondamentali dell'amministrazione della giustizia, quello dell'obbligatorietà della motivazione. Tali costituzioni erano, infatti, ispirate alla costituzione francese del 1795, che per l'appunto elevava la garanzia della motivazione a principio costituzionale.

A seguito della caduta di Napoleone I e della Restaurazione, l'obbligo di motivazione fu dapprima inserito nella Legge organica sull'ordine giudiziario del 29 maggio 1817 (art. 219) del Regno delle due Sicilie e in un secondo momento fu recepito nel Codice del Regno approvato il 26 marzo 1819 (art. 141/233). Cfr. MONTELEONE G., *Riflessioni sull'obbligo di motivare le sentenze (motivazione e certezza del diritto)*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, p. 1 ss., spec. p. 5.

Nel Regno Sabauda, invece, solo le Magistrature supreme avevano l'obbligo di motivare le proprie decisioni e ciò fino al 1854 anno in cui, con l'entrata in vigore del codice di procedura civile per gli Stati Sardi, l'obbligatorietà della motivazione fu estesa a tutti i giudici. Analoga previsione fu poi inserita all'art. 204 del successivo codice entrato in vigore nel 1859.

Quanto invece al codice Pisanelli del Regno d'Italia, l'obbligo di motivazione era previsto all'art. 360 tra gli elementi essenziali della sentenza. MONTELEONE G., *Riflessioni sull'obbligo di motivare le sentenze (motivazione e certezza del diritto)*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, p. 1 ss., spec. p. 5.

<sup>8</sup> Il sovvertimento dell'*Ancien Régime* aveva, come visto, portato alla generalizzazione dell'obbligo di motivazione. In particolare emergeva dai *cabiers de doléance* l'auspicio che le sentenze dovessero essere motivate a pena di nullità e che venisse bandita la formula generale «per come risulta dal processo», che aveva permesso i peggiori abusi nell'esercizio della funzione giurisdizionale. Peraltro, è interessante notare che tra le ragioni a favore dell'introduzione dell'obbligatorietà della motivazione figuravano quella del carattere dissuasivo della motivazione, determinando quest'ultima un minor numero di appelli, quella del carattere pedagogico della motivazione, imponendo ai giudici di studiare il diritto di cui avrebbero fatto applicazione nella decisione, quella di educare il popolo alla distinzione tra il giusto e l'ingiusto, ma soprattutto quella di stabilire una giurisprudenza. Si tratta nella sostanza, e come si avrà modo di vedere, delle funzioni della motivazione.

Ora, l'art. 15 Decreto dei 16-24 agosto 1790 stabiliva che la sentenza fosse costituita di tre parti, le prime due contenenti il nome delle parti e le questioni di fatto e di diritto oggetto del processo e la terza contenente i risultati dei fatti riconosciuti o accertati durante l'istruzione e l'indicazione dei motivi che hanno determinato la decisione. Benché siffatta menzione – *rectius* la distinzione tra risultati dei

A tal proposito, è stato sostenuto che il principio dell'obbligatorietà della motivazione, più che la codificazione normativa della concezione illuminista della giustizia, fosse il frutto dell'ideologia democratica sottesa alla Rivoluzione francese. Ma se ciò vale certamente con riguardo all'affermazione dell'obbligo

---

fatti e motivi - avallasse l'idea che l'obbligo di motivazione concernesse esclusivamente i motivi di diritto, ciò che rileva è la portata generale della prescrizione di cui all'art. 15 citato da cui erano esclusi solo il *Conseil des parties* e il successivo *Tribunal de cassation* (a quest'ultimo fu imposto l'obbligo di motivare le sentenze di cassazione in materia penale con un decreto del 29 settembre 1791 e, in un secondo momento, il decreto del 4 germinale anno II impose al *Tribunal de cassation* di motivare le sue decisioni di rigetto).

Orbene, la garanzia dell'obbligatorietà della motivazione fu peraltro elevata a principio fondamentale dell'ordinamento quando fu recepita nelle costituzioni del 1791 e del 1795. Peraltro, tale principio fu inserito all'art. 141 del codice di procedura civile del 1806 e che la sua inosservanza era sanzionata con la dichiarazione di nullità della decisione ai sensi dell'art. 7 l. 20 aprile 1810.

Tuttavia, occorre rilevare che in Francia, prima della generalizzazione dell'obbligo della motivazione ad opera del Decreto dei 16-24 agosto 1990, vi erano già state sporadiche previsioni legislative che contemplavano l'istituto della motivazione. In particolare sotto l'*Ancien Régime*, benché l'utilizzo della motivazione fosse sconsigliato (v. COHEN M., PASQUINO P., *La motivation des décisions de justice, entre épistémologie sociale et théorie du droit: le cas des cours souveraines et des cours constitutionnelles : rapport final*, Paris, 2013; LE BARS T., *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris, 1997, spec. p. 19; LEGROS J.-M., *Essai sur la motivation des jugements civils*, Thèse (dact.), Dijon, 1987), i giudici delle *Cours souveraines* solevano arricchire *les arrêts de règlement* con spiegazioni giuridiche intorno alla regola di diritto che fissavano per il futuro. Si trattava, quindi, di un'embrionale motivazione in diritto, fermo restando che la motivazione restava un elemento accessorio della decisione rimesso alla discrezionalità del giudice.

Del pari è interessante notare che – sempre durante l'*Ancien Régime* – le uniche ipotesi di motivazione obbligatoria erano fattispecie in cui la motivazione doveva essere resa *a posteriori* e la cui necessità sorgeva in conseguenza della proposizione dell'impugnazione. La prima di queste fattispecie risulta da un'*ordonnance* del 14 agosto 1374, la quale imponeva ai giudici di fornire la *responsio iudicum* alle parti che avessero proposto appello e che ne avessero fatto richiesta vuoi per consentire al giudice di prime cure di giustificarsi di fronte al giudice superiore esponendo i motivi della decisione, vuoi per consentire alle parti di completare il fascicolo di appello inserendovi dentro tale documento, che avrebbe quindi permesso un più rapido esame del ricorso. La seconda ipotesi di motivazione *a posteriori* è stata codificata dall'art. 26 del regolamento del consiglio del re del 28 giugno 1738: si tratta della procedura dell'*envoi des motifs*. Ora, questa procedura – a differenza di quella appena analizzata – era rimessa alla richiesta discrezionale del Consiglio del Re per il caso in cui dovesse pronunciarsi su una *requête en cassation*. Le parti non avevano, quindi, la possibilità di beneficiare di tale procedura, il che dimostra che la stessa servisse in realtà a semplificare il compito del Consiglio del Re e non anche a informare le parti e il popolo sulle ragioni della decisione. Senza contare che i motivi erano redatti dal Procuratore generale, il quale non aveva partecipato alla decisione.

Occorre infine menzionare anche che un *arrêt de règlement* della *Cour des aides* di Parigi (29 agosto 1783) aveva esteso l'obbligo di motivazione alle decisioni di primo grado in materia fiscale e che in materia penale una consuetudine imponesse – sempre ai giudici di primo grado – di qualificare le infrazioni che venivano attribuite agli imputati. Tale consuetudine fu ripresa da un *arrêt de règlement* del Parlamento di Tolosa, ma la stessa aveva efficacia solo nel territorio sottoposto alla giurisdizione del Parlamento di Tolosa. Cominciò, invece, a essere generalizzata per mezzo di una pronuncia del Consiglio del Re, che in materia di pittura e manifattura obbligava i giudici di primo grado a menzionare nelle decisioni le norme di legge in base alle quali la decisione era stata resa, e di una dichiarazione del Re del 5 febbraio 1731 che obbligava i giudici di indicare nella sentenza la natura dell'infrazione contestata al condannato. E ciò fino a quando, con la riforma del 1788, il cancelliere Lemoignon non aveva stabilito l'obbligo di enunciare e qualificare il delitto di cui è accusato l'imputato. Su cui LE BARS T., *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris, 1997, spec. p. 19 ss.

generale di motivazione in Francia e per l'esperienza italiana delle cosiddette costituzioni giacobine, al contrario non può valere con riguardo alla primissima estrinsecazione di siffatto obbligo nella prammatica napoletana del Tanucci: vuoi per ragioni di ordine strettamente cronologico, vuoi perché la prammatica faceva parte di un programma di centralizzazione dello Stato nel rapporto tra sovrano e giudici, che sottendeva una concezione burocratica della giustizia. Pertanto, a tal riguardo è più opportuno ritenere, come d'altra parte è stato ritenuto dalla migliore dottrina, che l'obbligo generalizzato di motivare le sentenze fosse frutto del dispotismo illuminato<sup>9</sup>.

Ad ogni modo, l'introduzione dell'istituto della motivazione rispondeva certamente anche all'esigenza di «ottenere una pronunzia giurisdizionale conforme al ruolo dei giudici, intesi quali 'esecutori delle leggi e non legislatori' e di attuare il principio che 'il diritto ha da essere certo e definito, non arbitrario; che la verità e la giustizia, che i popoli conoscono e vedono nelle decisioni dei giudizi, è il decoro dei magistrati'»<sup>10</sup>. Veniva di tal guisa affermata l'intima connessione tra l'obbligatorietà della motivazione ed il principio dell'imparzialità e della subordinazione del giudice alla legge, il diritto di difesa delle parti ed il principio della certezza del diritto; ma soprattutto affiorava - per la prima volta - la proiezione extraprocessuale della motivazione e la sua dimensione di strumento democratico atto a far conoscere al popolo il modo di esercizio della funzione giurisdizionale. Ma si affermava anche l'idea - latente - secondo cui un processo non può essere considerato «giusto» se il provvedimento con il quale si conclude non contiene i motivi - di fatto e di diritto - della decisione<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Così AJELLO, *Preilluminismo giuridico e tentativi di codificazione nel Regno di Napoli*, p. 133; DENTI V., sub art. 111 *Cost.*, in *Commentario alla costituzione* a cura di Branca G., tomo IV, Bologna, 1987, p. 1 ss., spec. p. 6; TARUFFO M., *L'obbligo della motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 265 ss., spec. p. 288.

<sup>10</sup> Si tratta delle parole contenute nel dispaccio 25 novembre 1774 con cui il Re ribadiva l'utilità della prammatica. In tale ordine di idee è stato sostenuto che la diffusione della garanzia dell'obbligatorietà della motivazione determinò il superamento della concezione meramente endoprocessuale della motivazione (su cui *infra* n. 1.2.) per abbracciare la concezione moderna della motivazione, che si ritrova ora alla base delle norme costituzionali prescriventi l'obbligo di motivazione. TARUFFO M., *L'obbligo della motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 265 ss.

<sup>11</sup> Si tratta, a ben vedere, di quello che poi sarà uno dei corollari del principio del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU, il quale come noto informa gli ordinamenti processuali moderni.

Ciò premesso, occorre ora soffermarsi sull'attuale fondamento normativo dell'obbligo di motivazione (1.1.) per poi analizzare più approfonditamente le funzioni della motivazione nell'ordinamento giuridico (1.2.).

### 1.1. *Il fondamento dell'obbligo di motivazione.*

L'obbligo di motivazione è consacrato nell'ordinamento italiano all'art. 111, comma 6°, Cost. e agli artt. 132, comma 2°, n. 4 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c.

L'ordinamento francese dà invece riconoscimento positivo all'obbligo generale di motivazione all'art. 455 CPC, senza prevedere tale garanzia a livello costituzionale. Tuttavia, sul punto giova da subito osservare che, anche nel diritto francese, il principio dell'obbligatorietà della motivazione ricopre senz'altro valore superiore a quello di un testo regolamentare<sup>12</sup>. Ed infatti, *le Conseil constitutionnel* già due anni dopo l'entrata in vigore del codice di rito non ha mancato di riconoscere che l'esigenza di motivare i provvedimenti giurisdizionali ha valore di principio fondamentale dell'ordinamento<sup>13</sup>.

Ciò premesso e prima di analizzare nello specifico le disposizioni legislative sopra menzionate, occorre preliminarmente rammentare che l'obbligo di motivazione ha un fondamento normativo comune tanto all'ordinamento francese quanto all'ordinamento italiano, essendo il medesimo un corollario del principio del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU. A tal proposito, la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha infatti rinvenuto nel principio del giusto processo il fondamento positivo della garanzia della motivazione delle sentenze e ciò nonostante tale norma non faccia espresso riferimento all'obbligo di motivazione delle sentenze. In particolare, la Corte ha affermato che una decisione giurisdizionale che incide su diritti soggettivi non può essere totalmente sprovvista di motivazione, perché ciò comporterebbe la violazione dell'art. 6 CEDU<sup>14</sup>. E se

---

<sup>12</sup> Il codice di procedura civile francese ha, infatti, natura regolamentare, essendo stato quest'ultimo riformato dal decreto 5 dicembre 1975, n° 75-1123 (entrato in vigore il successivo 1 gennaio 1976).

<sup>13</sup> Décision 03 novembre 1977, n° 77-101 L. Cfr. anche AA. VV., *L'obligation de motivation*, in [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr), 2015; FRICERO N., *Conditions relatives à la rédaction*, in Guinchard S. (dir.) *Droit et pratique de la procédure civile*, Paris, 2014-2015, n° 412.141, p. 1188.

<sup>14</sup> CEDH, Higgins et alii c. France, 19 febbraio 1998, ricorso n° 20124/92.

ciò ovviamente non significa che il giudice nazionale debba rispondere dettagliatamente ad ogni singolo argomento prospettato dalle parti<sup>15</sup>, significa comunque affermare che il giudice debba adeguare l'estensione ed il contenuto della motivazione alla natura della causa oggetto di decisione ed alle circostanze del caso di specie<sup>16</sup>. Ne deriva quindi che secondo l'elaborazione della Corte di Strasburgo l'obbligo di motivazione rappresenta una garanzia fondamentale del giusto processo attraverso il quale si attua la giurisdizione<sup>17</sup>.

Tale lettura si pone peraltro in soluzione di continuità con la scelta operata dal legislatore costituente italiano, che ha inserito la predetta garanzia nel titolo della Costituzione concernente le «norme sulla giurisdizione». In particolare, l'art. 111 della Costituzione al comma sesto stabilisce che «tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati». A nostro avviso, la collocazione sistematica dell'obbligo di motivazione nel titolo concernente le «norme sulla giurisdizione» e la relazione biunivoca tra provvedimento giurisdizionale e motivazione dello stesso sono indici incontrovertibili dell'inerenza della motivazione alla funzione giurisdizionale<sup>18</sup> (su cui v. *infra*, in questo capitolo, n. 3.2.) al punto che una decisione i cui motivi non siano documentalmente estrinsecati nella motivazione<sup>19</sup> dovrebbe essere, inevitabilmente, ritenuta una sentenza inesistente. Ed invero, posto che l'ordinamento giuridico si concreta e trova completa realizzazione nell'atto del *ius dicere*, il quale è documentalmente rappresentato dalla sentenza, stabilire che «tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati» significa affermare che l'ordinamento giuridico si concreta e trova completa realizzazione nella sentenza solo e soltanto qualora il giudice nel *ius dicere* spieghi «*perché* il bene della vita è di Tizio o di Caio, cioè che quel bene sia dell'uno o dell'altro *secundum ius*». Sicché è nei motivi del decidere (i

---

<sup>15</sup> CEDH, Van de Hurk c. Pays-Bas, 19 aprile 1994, ricorso n° 16034/90.

<sup>16</sup> CEDH, Ruiz Torija e Hiro Balani c. Spagna, 9 dicembre 1994, ricorso n° 18390/91; CEDH, Hiro Balani c. Spagna, 9 dicembre 1994, ricorso n° 18064/91.

<sup>17</sup> BARTOLE S., BIN R., *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 1000 ss.

<sup>18</sup> MONTELEONE G., *Riflessioni sull'obbligo di motivare le sentenze (motivazione e certezza del diritto)*, in *Giusto proc. civ.* 2013, p. 1 ss., spec. p. 16; SATTÀ S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano 1959, 498 ss., spec. 500. Ma cfr. anche ANDRIOLI V., *Inesistenza della sentenza* (nota a Cass. civ., 2 aprile 1949, n. 778), in *Foro*, 1950, I, p. 552, spec. p. 554; TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, p. 411 ss.

<sup>19</sup> SATTÀ S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano 1959, p. 498 ss., spec. p. 500.

quali a loro volta sono estrinsecati documentalmente nella motivazione) e solo «in essi e per essi veramente si concreta l'ordinamento giuridico, in essi e per essi la sentenza è veramente sentenza»<sup>20</sup>.

Oltre a tali considerazioni sulla funzione dei motivi (sui cui più ampiamente *infra* n. 1.2.), occorre sottolineare che la garanzia di cui all'art. 111, comma 6°, Cost. ha carattere generale, concernendo «tutti» i provvedimenti giurisdizionali e quindi non solo i provvedimenti a contenuto decisorio<sup>21</sup>.

Altro corollario del principio di cui all'art. 111, comma 6°, Cost. è quello dell'indisponibilità della motivazione. Il legislatore ordinario, infatti, non potrebbe legittimamente eliminare l'obbligo di motivazione delle sentenze, né sottoporre quest'ultimo alla condizione della richiesta della parte, senza violare il precetto costituzionale più volte menzionato<sup>22 23</sup>.

---

<sup>20</sup> SATTÀ S., *Commentario*, cit., p. 500.

<sup>21</sup> A tal proposito si è opportunamente posto il problema della legittimità costituzionale dell'art. 135 c.p.c., che ammette che i provvedimenti del giudice presi nella forma del decreto non siano motivati. Ora sul punto è stato anche rilevato che in molti dei casi in cui il codice prescrive la forma del decreto, il legislatore richiede anche la motivazione dello stesso come nei casi di cui agli artt. 640, 641, 672, 673 e 737 c.p.c. (su cui cfr. CARNELUTTI F., *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, I, p. 309; TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, p. 394, spec. nota n. 172; fermo restando che restano ipotesi in cui non è richiesta al giudice l'esplicitazione dei motivi come per l'ipotesi di cui all'art. 415, comma 2°, c.p.c. Ora, a tal riguardo, è stato osservato che le attività compiute dal giudice con decreto abbiano natura cosiddetta amministrativa, escludendo quindi implicitamente il decreto dai provvedimenti giurisdizionali per i quali vige l'obbligo di cui all'art. 111, comma 6°, Cost. e con la conseguenza che l'art. 135 c.p.c. non confliggerebbe con la garanzia costituzionale dell'obbligatorietà della motivazione (FALZONE, PALERMO, COSENTINO, *La Costituzione della repubblica italiana*, Roma, 1969, 356; CARULLO, *La costituzione della repubblica italiana*, Bologna, 1950, p. 354; TARUFFO M., *La motivazione*, cit., p. 395).

<sup>22</sup> BARTOLE S., BIN R., *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 1001 s.; EVANGELISTA S., *Motivazione della sentenza civile*, in *Enc. Dir.*, 1977, XVII, p. 154 ss., spec. 155;

<sup>23</sup> A tal proposito occorre sottolineare che il legislatore italiano ha più volte tentato di introdurre nell'ordinamento l'istituto della motivazione a richiesta e a pagamento. Già il d.d.l. A.S. 15 marzo 2011, n. 2612 (c.d. d.d.l. Alfano) – rimasto lettera morta – aveva cercato di dare ingresso all'istituto della motivazione breve, a norma del quale la motivazione avrebbe dovuto indicare soltanto «i fatti rilevanti, le fonti di prova ed i principi di diritto su cui la decisione è fondata anche con esclusivo riferimento a precedenti conformi ovvero a contenuti specifici degli scritti difensivi o di altri atti di causa». Di guisa che la parte che avesse voluto conoscere la *ratio decidendi* o censurare la sentenza dinanzi al giudice superiore, avrebbe dovuto chiedere la motivazione estesa. Da ultimo, invece, l'art. 2, comma 1°, lett. b), n. 1, d.d.l. A.C. 12 febbraio 2014, n. 2092 – già collegato alla legge di stabilità 2014 - era volto a consentire al giudice di prime cure di non motivare la decisione limitandone il contenuto al dispositivo e all'indicazione dei fatti - costitutivi, impeditivi, modificativi ed estintivi del diritto controverso - e delle norme che fondano la decisione e delimitano l'oggetto dell'accertamento, con l'espressa previsione della possibilità per le parti di ottenere la motivazione della decisione a richiesta e previo versamento di una quota del contributo unificato per l'appello.

Ora, se si accede alla concezione della motivazione secondo cui quest'ultima inerisce all'essenza della giurisdizione (MONTELEONE G., *Riflessioni sull'obbligo di motivare*, cit., p. 16; SATTÀ S., *Commentario*, cit., p. 500. Ma cfr. anche ANDRIOLI V., *Inesistenza della sentenza*, cit., p. 554; TARUFFO

In tale ordine di idee e secondo un'interpretazione conforme ai principi affermati dalla Corte di Strasburgo in materia di obbligo di motivazione, ben può peraltro farsi discendere dall'obbligo costituzionale di cui all'art. 111, comma 6°, Cost., anche il principio della completezza della motivazione, secondo il quale i motivi della decisione devono giustificare tutto quanto deciso dal giudice (sull'estensione ed il contenuto dell'obbligo di motivazione v. *infra*, in questo capitolo, n. 2.2.).

Per quanto riguarda invece il fondamento ordinario dell'obbligo di motivazione delle sentenze, occorre come visto muovere dall'esame degli artt. 132, comma 2°, n. 4, e 118 disp. att. c.p.c. La prima di queste due disposizioni stabilisce che la sentenza deve contenere «la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione», ossia la rappresentazione e documentazione dell'*iter* logico-intellettivo seguito dal giudice per giungere alla decisione<sup>24</sup>. La seconda invece stabilisce che «la motivazione della sentenza di cui all'articolo 132, comma 2°, numero 4, del codice consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi».

Ora, benché quest'ultima norma preveda che l'esposizione delle ragioni giuridiche e dei fatti rilevanti per la decisione debba essere «succinta», si ritiene che il carattere succinto della motivazione non sia idoneo ad escludere l'obbligo del giudice di evidenziare i legami logici intercorrenti tra i risultati delle prove e l'accertamento dei fatti posti a fondamento della decisione, nonché quello di

---

M., *La motivazione*, cit., p. 411 ss.), appare evidente che simili proposte legislative non possono essere considerate rispettose della garanzia costituzionale dell'obbligatorietà della motivazione, e ciò in quanto impedisce la dimostrazione del rispetto del diritto di difesa, del principio di soggezione del giudice alla legge, del principio di imparzialità ed indipendenza del giudice. Diversamente, come si vedrà nel prosieguo, se si aderisce a quella linea di pensiero secondo cui la motivazione attiene al modo di esercizio della funzione giurisdizionale, rappresentando «una forma organizzativa della giurisdizione interna dello Stato» (SANTANGELI F., *La motivazione della sentenza civile su richiesta e i recenti tentativi di introduzione dell'istituto della «motivazione breve» in Italia*, in *www.judicium.it*, 2011, p. 16), l'istituto in commento può essere considerato compatibile con la previsione dell'art. 111, comma 6°, Cost., in quanto non nega l'attuazione di un diritto processuale fondamentale, ma si limita a subordinarlo alla richiesta delle parti e lo differisce ad un momento successivo a quello dell'emanazione della decisione (SANTANGELI F., *La motivazione della*, cit., p. 16).

Nondimeno, la previsione in virtù della quale la parte che avesse voluto conoscere la *ratio decidendi* avrebbe dovuto pagare una quota del contributo unificato entrava certamente in conflitto con la garanzia dell'obbligatorietà della motivazione. Non pare, infatti, coerente sottoporre l'attuazione di un diritto costituzionale al pagamento di una somma di denaro.

<sup>24</sup> Così LANCELLOTTI, *Sentenza civile*, in *Noviss. Digesto*, 1969, p. 1116.



fornire alle parti la spiegazione delle ragioni per cui tali fatti sono stati posti a base della decisione. In particolare, la circostanza che la lettera dell'art. 132, comma 2°, n. 4, c.p.c. si riferisca alle «ragioni di fatto e di diritto» della decisione induce a ritenere che il giudice debba fornire la giustificazione razionale della decisione, non essendo idonea a soddisfare la predetta previsione legislativa né la mera affermazione dei fatti e delle norme su cui si fonda la decisione né tantomeno una spiegazione illogica od irrazionale (sulla sufficienza logica della motivazione v. *infra* n. 2.2.).

A tal proposito è peraltro interessante osservare che il legislatore italiano nel prescrivere l'obbligo di motivazione si riferisce all'esposizione delle «ragioni» della decisione, ossia ai motivi che hanno determinato il convincimento del giudice. In quest'ordine di idee la motivazione è intesa quale estrinsecazione nell'atto-sentenza dei motivi relativi al giudizio sull'esistenza del fatto e della norma, con la conseguenza che la motivazione - essendo la rappresentazione documentale dei motivi della decisione - non viene presa in considerazione dal legislatore sotto il profilo formale (ossia quale testo scritto volto giustificare il dispositivo), ma sotto il profilo sostanziale (ossia quale «ragionamento che il giudice effettua sulla base del materiale di fatto acquisito per giungere alla pronuncia»<sup>25</sup>).

Giova infine sottolineare che i menzionati artt. 132 e 118 disp. att. c.p.c. hanno portata generale e devono essere letti alla luce dell'art. 111 Cost., con la conseguenza che l'obbligo di motivazione deve essere ritenuto applicabile, oltre che ai provvedimenti aventi forma di sentenza, anche a quei provvedimenti che pur essendo stati emessi in forma diversa dalla sentenza hanno tuttavia il contenuto di sentenza, essendo sostanzialmente decisori e astrattamente impugnabili per cassazione *ex* art. 111, comma 7°, Cost.<sup>26</sup>

Per quanto concerne, invece, il fondamento dell'obbligo di motivazione nel diritto francese lo stesso, come visto, non si rinviene a livello costituzionale, ma solamente al livello di legislazione ordinaria e segnatamente all'art. 455 CPC. Fermo restando che il valore costituzionale di siffatta garanzia è stato comunque riconosciuto dalla Corte costituzionale alla fine degli anni settanta.

---

<sup>25</sup> RICCI G., in AA. VV., *Le novità in materia di impugnazioni*, Incontro di studio Firenze, 12 aprile 2013, *Quaderni dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile*, LXIII, p. 232.

<sup>26</sup> EVANGELISTA S., *Motivazione della sentenza civile*, in *Enc. Dir.*, 1977, XVII, p. 154 ss., spec. p. 155.

Ora, il menzionato art. 455 CPC si limita a prevedere che tutte le decisioni devono essere motivate senza specificare, diversamente dal legislatore italiano, il contenuto dell'obbligo di motivazione.

Si tratta, ad ogni modo, di un principio generale, che rappresenta un'esigenza comune a tutti gli uffici giudiziari indipendentemente dal fatto che essi giudichino in materia civile, commerciale, sociale o *prud'homale* (art. 749 CPC), in primo grado o secondo grado. La giurisprudenza ha inoltre qualificato tale principio tra le regole di ordine pubblico<sup>27</sup>, tanto che il medesimo opera anche con riguardo ai lodi arbitrari (art. 1482 CPC)<sup>28</sup>. La portata applicativa generale dell'obbligo di motivazione implica peraltro che in assenza di una specifica disposizione legislativa che detti disposizioni particolari in tema di motivazione, i giudici sono tenuti a motivare le proprie decisioni, e ciò indipendentemente dalle modalità della cognizione a seguito della quale è resa la decisione. Così il legislatore specifica che l'obbligo di motivazione vige tanto per i provvedimenti cautelari di cui all'art. 495, 1<sup>er</sup> alinéa, CPC (*ordonnances sur requête*), quanto per le ordinanze del giudice istruttore emesse in materia di estinzione del processo, di produzione documentale, di eccezioni di procedura, di concessione di una garanzia, provvedimenti cautelari, istruzione del processo e spese processuali (art. 773 CPC). La Corte di cassazione, in applicazione del summenzionato principio, ha avuto modo di ribadire che anche le decisioni contumaciali<sup>29</sup> e quelle rese a seguito di opposizione<sup>30</sup> devono essere motivate.

Di particolare interesse è poi la specificazione della Suprema Corte con riguardo alle sentenze emesse all'esito di un processo cumulato, avendo la medesima precisato che ogni capo del dispositivo deve essere giustificato da motivi e che l'assenza di una giustificazione specifica determina, inevitabilmente, il

---

<sup>27</sup> Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 3 nov. 1960, *Bull. civ. II* n° 633; Cass. Com. 29 mai 1972, n° 70-11525, *Bull. Civ. IV*, n° 160, *rev. Arb.* 1973 note LOQUIN – Paris, 26 janv. 1986, RG n° 1015/85, *rev. Arb.* 1988 307, note Jarosson. Cfr. FRICERO N., *Conditions relatives à la rédaction*, in Guinchard S. (dir.) *Droit et pratique de la procédure civile*, cit., p. 1188.

<sup>28</sup> La motivazione del lodo deve essere adeguata, commisurata ai punti litigiosi sollevati dalle parti e non contraddittoria. Peraltro, è ammessa anche la motivazione implicita, potendo la giustificazione della scelta dell'arbitro risultare dal complesso della decisione. Cfr. SERAGLINI C., ORTSCHIEDT J., *Droit de l'arbitrage interne et internationale*, 2013, nn. 446 ss., p. 382 ss.; DEVOLVÉ J.-L., *Essai sur la motivation des sentences arbitrales*, in *Rev. Arb.*, 1989, p. 149 ss.

<sup>29</sup> Cfr. *ex multis* Cass. Com 17 juin 1986, n° 84-16887, *Bull. Civ. IV*, n° 124

<sup>30</sup> Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 3 juillet 1996, n° 94-21.624, *Bull. Civ. II*, n° 195, in JCP 1996, IV, 2009.

vizio di difetto di motivi<sup>31</sup>. A tal proposito e con riguardo all'affermata esigenza di motivare specificamente ogni capo della decisione, si pone il problema dell'ammissibilità delle formule che affermano – a seguito l'accoglimento di una delle domande o delle questioni – *sic et simpliciter* il rigetto delle altre domande, eccezioni, conclusioni, senza esplicitare le ragioni di tale rigetto.

Per rispondere a tale quesito occorre muovere dalla considerazione per cui il principio espresso dall'art. 455 CPC ha portata generale. Siffatta portata impedisce ai giudici di poter legittimamente affermare che gli elementi di prova constatano l'esistenza o l'inesistenza di uno dei fatti generatori della regola di diritto, senza tuttavia esplicitare le ragioni di tale decisione sulla base delle prove raccolte. Ne deriva pertanto l'inammissibilità dell'uso delle formule generali sopra menzionate.

Interessante è peraltro notare che, diversamente, la Suprema Corte ha ammesso la legittimità della cosiddetta «*motivation préalable*»<sup>32</sup>. Tale fenomeno consente al giudice di motivare la propria decisione attraverso motivi predisposti e stampati a monte su un modulo (sulla motivazione *per relationem* v. *infra* n. 2.2.).

Per quanto riguarda, invece, le eccezioni al principio generale di cui all'art. 455 CPC, il legislatore francese ha previsto alcune ipotesi in cui viene meno l'obbligo di motivazione, e ciò in ragione della delicatezza della materia o del carattere meramente ordinatorio o amministrativo del provvedimento.

Della prima categoria fanno parte le sentenze in materia di divorzio pronunziate su domanda di una parte con l'accordo adesivo del congiunto. A tal proposito, l'art. 1124 CPC stabilisce che *le juge aux affaires familiales* statuisce sul divorzio sulla base della sola accettazione delle parti e senza alcuna motivazione aggiuntiva. Nondimeno, la sentenza che pronuncia sull'adozione – *plénière* (art. 353, alinéa 5, CC) o *simple* (art. 361 CC) – non deve essere motivato. Si tratta di

---

<sup>31</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1983, n° 81-16-652, Bull. Civ. I, n° 83; in *Gaz. Palais*, 1983, 1 Pan 176, obs. GUINCHARD; in *JCP*, 1983, IV, p. 157; in *RTD civ.* 1983, 596, obs. PERROT; Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 27 fev. 1985, n° 83-14.955, *Bull. Civ. III*, n° 43, in *JCP*, 1985, IV, 171; in *Gaz. Palais*, 1985, 2 Pan 189, obs. GUINCHARD S. et MOUSSA; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 avril 2000, n° 98-10.121, *Bull. Civ. I*, n°114, in *RTD civ.* 2001, 178, obs. PATARIN, in *JCP* 2000, IV, 1907.

<sup>32</sup> In argomento FRICERO N., *Conditions relatives à la rédaction*, in Guinchard S. (dir.) *Droit et pratique de la procédure civile*, cit., n° 412.162, p. 1189. Nonché per la giurisprudenza di riferimento Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 31 janv. 1985, n° 84-12.769, *Bull. Civ. II*, n° 26; in *Gaz. Palais* 1985, 1 Pan 124, obs. GUINCHARD S.; Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 14 fev. 1990, n° 88-12.648, Bull. Civ. II, n° 3; in *D*, 1990 IR 60; in *Gaz. Palais*, 1990, 2 somm. 490, obs. GUINCHARD S.

una previsione di discutibile opportunità nonostante tale misura sia chiaramente volta alla protezione della *privacy* dei soggetti coinvolti<sup>33</sup>.

Della seconda categoria fanno ovviamente parte le ordinanze del giudice istruttore fatte salve quelle cui rinvia l'art. 773, alinea 2, CPC per le quali vige, al contrario, l'obbligo di motivazione (cfr. *supra* in questo paragrafo).

Da ultimo, figurano i provvedimenti di amministrazione della giustizia, quali le misure di cancellazione o di revoca della causa dal ruolo (art. 383 e 499 CPC), i provvedimenti di riunione o separazione delle cause (art. 368 CPC), di fissazione dell'udienza. E ciò in quanto tali provvedimenti per la loro natura ed il loro contenuto non sono qualificabili come provvedimenti giurisdizionali, bensì semplicemente amministrativi.

## 1.2. *La funzione della motivazione.*

La cristallizzazione positiva dell'obbligo di motivazione apre la questione delle funzioni della motivazione. Se infatti la motivazione è certamente uno strumento di razionalizzazione della giustizia, di garanzia della correttezza della decisione e di legittimazione sociale del giudice<sup>34</sup>, dall'altro lato non si può non prendere in considerazione tanto il suo ruolo di strumento tecnico-processuale quanto quello di garanzia politico-costituzionale. Occorre pertanto individuare con esattezza il contenuto delle funzioni della motivazione, funzioni che tradizionalmente si distinguono in funzione endoprocessuale e funzione extraprocessuale della motivazione<sup>35</sup>.

La funzione extraprocessuale dell'obbligo di motivazione si è affermata per la prima volta in Francia, e segnatamente con la Costituzione del 1795, che stabiliva in via generale l'obbligatorietà della motivazione. Ed infatti, come accennato, il riconoscimento legislativo dell'obbligo di motivazione ha una valenza prettamente politica, essendo il medesimo volto a consentire il controllo

---

<sup>33</sup> Tuttavia, la sentenza di appello resa in riforma di una sentenza di adozione deve essere motivata, non essendo prevista in tale caso la specifica esonerazione di cui all'art. 353 CC e valendo invece il principio generale di cui all'art. 455 CPC.

<sup>34</sup> TARUFFO M., *La motivazione*, cit., 371;

<sup>35</sup> Per tutti, EVANGELISTA S., *Motivazione della sentenza*, cit., p. 154 ss.; POLI R., *Le modifiche relative al giudizio di cassazione*, in C. Punzi *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, Torino, 2015, p. 271 ss.; TARUFFO M., *Motivazione della sentenza civile (controllo della)*, in *Enc. Dir.*, Agg. III, 1999, p. 785 ss.;

democratico sull'operato dei giudici e a porre fine agli arbitrii perpetuati dai giudici durante *l'ancien régime*. In quest'ordine di idee l'obbligo di motivazione assurgeva a strumento volto a consentire al popolo, nel cui nome la giustizia è esercitata, di partecipare all'amministrazione della giustizia<sup>36</sup>. Ne deriva quindi che la motivazione, da un lato, rappresenta lo strumento attraverso il quale i giudici rendono conto del proprio operato, giustificandolo razionalmente; e dall'altro lato è il mezzo che consente al popolo il controllo democratico e diffuso sulla legittimità e sul modo di esercizio della funzione giurisdizionale da parte dei giudici<sup>37</sup>.

Va peraltro rilevato che secondo parte della dottrina italiana sarebbe scorretto collegare indistintamente la funzione extraprocessuale - e la funzione endoprocessuale - tanto alla previsione codicistica dell'obbligatorietà della motivazione quanto a quella costituzionale<sup>38</sup>, essendo invece necessario operare una distinzione.

Peraltro, tale dottrina se è concorde nel ritenere la funzione extraprocessuale inerente al solo art. 111, comma 6°, Cost. (e nel relegare quindi la funzione endoprocessuale agli artt. 132 e 118 disp. att. c.p.c.), si trova invece in disaccordo con riguardo alla concezione della motivazione sottesa da tale norma. Ed invero, non vi è unanimità intorno alla considerazione secondo cui l'art. 111 Cost. accoglierebbe la cosiddetta «concezione democratica» della motivazione.

Secondo taluni autori – sostenitori della concezione detta «istituzionale» della motivazione – la concezione «democratica» della motivazione «peccherebbe per astrattezza»<sup>39</sup> e finirebbe per confondere il piano politico e quello istituzionale

---

<sup>36</sup> In quest'ordine idee rientra peraltro quell'interpretazione dell'art. 111, comma 6°, Cost. secondo la quale tale norma sarebbe volta a rendere effettivo il principio della partecipazione del popolo all'amministrazione della giustizia riconosciuto all'art. 102, comma 3°, Cost. Cfr. BARTOLE S., BIN R., *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 1001; ANDRONIO A., sub *art. 111 Cost.*, in AA. VV., *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, vol. III, p. 2099 ss.; DENTI V., sub *art. 111 Cost.*, in *Commentario alla costituzione* a cura di Branca G., tomo IV, Bologna, 1987, p. 1 ss.

<sup>37</sup> Si tratta della «concezione democratica» della motivazione (intesa quale strumento politico di controllo sul modo di esercizio della funzione giurisdizionale).

<sup>38</sup> TARUFFO M., *La motivazione*, cit., p. 373.

<sup>39</sup> DENTI V., sub *art. 111 Cost.*, in *Commentario alla costituzione* a cura di Branca G., tomo IV, Bologna, 1987, p. 7 s.

dell'obbligo di motivazione<sup>40</sup>; essendo invece la garanzia di cui all'art. 111, comma 6°, Cost. esclusivamente volta a rendere effettivo il controllo di legalità della Corte di cassazione italiana<sup>41</sup>. In tale ordine di idee, la garanzia costituzionale della motivazione, essendo coordinata con la garanzia costituzionale del ricorso per cassazione per violazione di legge, concernerebbe solo i provvedimenti suscettibili di essere oggetto di ricorso straordinario per cassazione ed avrebbe quindi ad oggetto i soli motivi di diritto della decisione<sup>42</sup>.

Ora, sul punto va rilevato che sebbene a prima lettura si potrebbe effettivamente ritenere che - conformemente alla concezione istituzionale dell'obbligo di motivazione - la previsione costituzionale sia riferita esclusivamente al giudizio sull'applicazione della norma e, quindi, alla motivazione

---

<sup>40</sup> In particolare, il rapporto tra democrazia e motivazione è negato sulla base dell'argomento per cui le decisioni delle democrazie anglosassoni sono prive di motivazione e non per questo non sono soggette al controllo dell'opinione pubblica - controllo che si esplica attraverso l'istituto della giuria.

<sup>41</sup> DENTI V., sub *art. 111 Cost.*, cit., p. 8.

<sup>42</sup> Tale interpretazione è stata oggetto di critica (cfr. ANDOLINA I., VIGNERA G., *Fondamenti costituzionali della giustizia civile*, Torino, 1997, p. 199). Secondo tali Autori la concezione istituzionale della motivazione poggerrebbe esclusivamente sull'elemento della collocazione sistematica delle due norme nell'art. 111 Cost., senza contare che in base a tale teoria la stessa previsione costituzionale dell'obbligo di motivazione diverrebbe superflua, in quanto l'obbligo di motivare in diritto la decisione sarebbe comunque disceso dalla garanzia costituzionale del ricorso per cassazione per violazione di legge, e ciò in virtù del principio di effettività delle garanzie costituzionali (risulterebbe, infatti, vana la garanzia di cui all'art. 111, comma 7°, Cost. se i giudici avessero la libertà di non motivare le proprie decisioni). Nondimeno, gli Autori denunciano anche la circostanza secondo la quale la concezione istituzionale della motivazione, laddove presuppone l'identità tra i provvedimenti giurisdizionali oggetto dell'obbligo di motivazione e le sentenze impugnabili *ex art. 111, comma 7°, Cost.*, non è in grado di spiegare l'obbligo di motivazione delle sentenze della Corte di cassazione e della Corte costituzionale. A ciò si aggiungerebbe l'inaccettabile risultato per il quale sarebbe costituzionalmente legittima la mancanza di motivazione dei provvedimenti non suscettibili di ricorso straordinario per cassazione, tra i quali rientrano certamente i provvedimenti camerali, con la conseguenza che si avrebbe l'implicita abrogazione dell'art. 737 c.p.c. laddove prevede che il decreto deve essere motivato.

Ora tali considerazioni non possono essere accolte nella loro interezza. In particolare non si può condividere la considerazione per cui verrebbe implicitamente abrogato l'art. 737 c.p.c., e ciò in quanto ben può il legislatore ordinario stabilire garanzie più ampie rispetto a quelle previste dalla Costituzione, con la conseguenza la circostanza secondo la quale l'art. 111, comma 6°, Cost. sarebbe riferito solo alla motivazione in diritto dei provvedimenti suscettibili di ricorso straordinario per cassazione non sarebbe di ostacolo al legislatore ordinario qualora volesse - come d'altra parte ha fatto - estendere l'obbligo di motivazione anche a provvedimenti diversi da quelli impugnabili *ex art. 111, comma 7°, Cost.* Difatti le prescrizioni costituzionali devono essere intese quali un *minimum* da rispettare, ma non anche come un limite alla legislazione ordinaria.

Peraltro, la considerazione secondo la quale i provvedimenti giurisdizionali sottoposti all'obbligo di motivazione sono quelli impugnabili per cassazione *ex art. 111, comma 7°, Cost.* è volta ad estendere l'obbligo di motivazione ad i provvedimenti decisorii e definitivi non aventi forma di sentenza e non a limitare la garanzia dell'obbligo della motivazione di altri provvedimenti e segnatamente quelli non ricorribili per cassazione con ricorso straordinario.

in diritto; proprio l'analisi del giudizio sull'applicazione norma porta a conclusioni diverse. Ed infatti quest'ultimo presuppone anzitutto la ricognizione degli elementi di fatto necessari per la produzione degli effetti giuridici disciplinati dalla norma. Appare pertanto evidente che il giudizio sull'applicazione della norma pone il problema dell'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di tali fatti, con la conseguenza che anche il giudizio sui predetti fatti dovrà – in quanto giudizio – essere oggetto di motivazione; dovendo pertanto il giudice rappresentare con un discorso razionale e logico le ragioni del suo prudente apprezzamento. Ed invero voler limitare l'obbligo costituzionale di motivazione ai soli motivi di diritto della decisione significherebbe violare il diritto di difesa ed il principio del contraddittorio – e quindi gli artt. 24 e 111 Cost. – ogniqualvolta il giudizio di fatto presupponga l'accertamento di fatti controversi (v. *infra* n. 3.1.). Ne deriva quindi che l'obbligo costituzionale di motivazione deve necessariamente essere riferito anche ai motivi di fatto della decisione.

Occorre inoltre far menzione di quell'elaborazione teorica secondo la quale il principio dell'obbligatorietà della motivazione risponde all'esigenza della legalità dell'operato dei giudici quale «condizione minima di effettività del principio di legalità»<sup>43</sup>, essendo tale principio un corollario del principio di legalità<sup>44</sup>. Tale ultima concezione, sebbene abbia il merito di coordinare l'art. 111, comma 6°, Cost. con il principio costituzionale della subordinazione del giudice alla legge, offre tuttavia una lettura riduttiva della garanzia dell'obbligatorietà costituzionale della motivazione.

Va infatti rilevato che la garanzia del giusto processo *ex* art.111, comma 1°, Cost. impone oramai di interpretare le garanzie costituzionali alla luce del principio di effettività<sup>45</sup>. Ne deriva quindi che il significato dell'obbligo costituzionale di motivazione non può essere stabilito solo alla luce dell'art. 111, comma 7°, Cost. o del solo principio di legalità, ma deve necessariamente essere fissato interpretando l'art. 111, comma 6°, Cost. in relazione sistematica con i principi cardine della giurisdizione alla cui tutela tale previsione è preposta.

---

<sup>43</sup> ANDOLINA I., VIGNERA G., *Fondamenti costituzionali*, cit., p. 201.

<sup>44</sup> ANDRONIO A., sub *art. 111 Cost.*, in AA. VV., *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, vol. III, 2102; DENTI V., sub *art. 111 Cost.*, cit., p. 5.

<sup>45</sup> DI IASI C., *Il vizio di motivazione dopo la legge n. 134 del 2012*, in *Riv. trim. dir. proc.* 2013, p. 1441 ss.

Alla luce di tali considerazioni deve quindi ritenersi che la funzione della motivazione è diretta a giustificare la correttezza della decisione e a dimostrare il rispetto dei principi che presiedono all'esercizio della funzione giurisdizionale, quali il diritto di difesa, il principio di subordinazione del giudice alla legge ed il principio d'indipendenza ed imparzialità del giudice<sup>46</sup>. Ne deriva pertanto che la motivazione è «un istituto intrinseco all'ordinamento giuridico»<sup>47</sup> e che «la funzione dei motivi non è altro che la funzione stessa della giurisdizione»<sup>48</sup>.

La funzione endoprocessuale è invece strettamente connessa e strumentale alla garanzia delle impugnazioni. In particolare la motivazione ha il fine di persuadere le parti della giustizia e della bontà della decisione e di convincerle dell'esattezza della soluzione della controversia adottata dal giudice nel dispositivo. Inoltre, la funzione della motivazione è anche quella di consentire alle parti di valutare la correttezza della pronuncia, di percepire e censurare le eventuali difformità del diritto affermato nella sentenza dalla legge disciplinante quello stesso diritto<sup>49</sup>, il mancato rispetto delle norme della procedura nonché gli eventuali vizi del discorso giustificativo del giudice. Attraverso l'esame dei motivi della pronuncia di prime cure la parte soccombente ha quindi la possibilità di valutare l'opportunità dell'impugnazione. Egualmente, il giudice dell'impugnazione ha la possibilità di analizzare la fondatezza dell'impugnazione medesima. Risulta, allora, evidente che l'obbligatorietà della motivazione è indispensabile in un sistema processuale che prevede un qualsivoglia modello di impugnazione. Altrettanto evidente è quindi anche il nesso biunivoco tra la funzione di garanzia della motivazione e la funzione di garanzia dell'impugnazione<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> Sia consentito citare quanto già affermato in altra sede, PORCELLI F., *Le novità in materia di motivazione della sentenza*, in C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, con il coordinamento di G. Ruffini, Torino, 2015, p. 95 ss., spec. p. 98. EVANGELISTA S., *Motivazione della sentenza*, cit., p. 154 ss.; TARUFFO M., *Motivazione della sentenza*, cit., p. 785 ss.

<sup>47</sup> MONTELEONE G., *Riflessioni sull'obbligo di motivare*, cit., spec. 16.

<sup>48</sup> SATTA S., *Commentario*, cit., p. 500.

<sup>49</sup> PUNZI C., *Giudizio di fatto*, cit., p. 146.

<sup>50</sup> POLI R., *Le modifiche relative al giudizio di cassazione*, cit., p. 283 ss., p. 285;



A tal proposito si è a ragione messo in rilievo che la funzione endoprocessuale della motivazione è quella di consentire un controllo interno al processo – e al sistema giurisdizionale – sulla correttezza della sentenza<sup>51</sup>. Conclusione che risulta ancor più evidente nei sistemi – come quello italiano, ma da ultimo alla luce delle recenti riforme e proposte di riforme anche quello francese<sup>52</sup> – in cui l'appello non è più configurato quale *novum iudicium*, bensì quale *revisio prius instantiae*. E ciò in quanto in tali sistemi l'impugnazione si propone con l'elencazione di specifici motivi di impugnazione corrispondenti ai vizi della sentenza; con la conseguenza che in assenza di motivazione, la parte soccombente sarebbe impossibilitata a formulare motivi specifici di impugnazione.

Giova peraltro sottolineare che nella funzione endoprocessuale della motivazione rientra senz'altro anche il profilo concernente l'esatta individuazione dei termini della pronuncia, e segnatamente i limiti oggettivi del giudicato<sup>53</sup>.

## 2. *Natura e contenuto dell'obbligatorietà della motivazione.*

Si è visto che il fondamento dell'obbligo di motivazione si trova, rispettivamente, per l'ordinamento italiano nell'art. 111, comma 6°, Cost. e negli artt. 132, comma 2°, n. 4, e 118 disp. att. c.p.c. e per l'ordinamento francese nell'art. 455 CPC. Tuttavia, si è visto anche che tali norme, nell'imporre ai giudici di motivare le proprie decisioni, non contengono indicazioni specifiche sull'ampiezza ed il contenuto della motivazione, limitandosi a prevedere che la decisione deve contenere le ragioni di fatto e di diritto della decisione (art. 132, comma 2°, n. 4, c.p.c.) – dovendo peraltro includere la succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa (art. 118 disp. att. c.p.c.) – o, nel diritto francese, che la decisione deve essere motivata. Nulla dicono però tali norme in ordine alla natura della motivazione. Sicché l'individuazione della struttura della motivazione e dei

---

<sup>51</sup> TARUFFO M., *Motivazione della sentenza*, cit., p. 772 ss., spec. p. 775.

<sup>52</sup> Si tratta della proposta di inserire un filtro per gli appelli che non hanno ragionevole probabilità di accoglimento e di quella di introdurre i motivi specifici di appello, contenute nel rapporto DELMAS-GOYON, *Le juge du XXI Siècle*, 2013.

<sup>53</sup> Più approfonditamente, sul punto, POLI R., *Le modifiche relative al giudizio di cassazione*, cit., p. 271 ss., spec. 274.

criteri per determinare la cosiddetta «misura della motivazione»<sup>54</sup> sono lasciati l'opera dell'interprete e della giurisprudenza. In particolare si rende necessario stabilire i criteri minimi affinché la motivazione soddisfi i caratteri della sufficienza e della razionalità (cfr. *infra* n. 2.2.), e ciò in quanto tali criteri permettono di verificare – *a contrario* – quando, invece, la motivazione risulta carente e viziata per insufficienza o contraddittorietà.

Per quanto concerne la natura della motivazione, si osserva che tradizionalmente si riteneva che il ragionamento del giudice si manifestasse nella decisione tramite il modello del sillogismo giudiziario secondo il quale la premessa maggiore concerne l'analisi della norma da applicare al caso di specie, la premessa minore riguarda l'esame dei fatti storici del caso concreto e la conclusione è rappresentata dal dispositivo della decisione in cui è trasposto il convincimento cui perviene il giudice attraverso la sussunzione della premessa minore nella premessa maggiore<sup>55</sup>. In quest'ordine di idee, la motivazione appare come la giustificazione della decisione e rappresenta - anche documentalmente - il ragionamento decisorio del giudice, con la conseguenza che il controllo della motivazione (in fatto e in diritto) implicherebbe necessariamente anche il controllo del giudizio (sull'esistenza o sull'inesistenza dei fatti e sull'esistenza della norma)<sup>56</sup>. Peraltro, secondo tale impostazione i criteri della motivazione sufficiente dovrebbero essere individuati con riferimento alla struttura sillogistica del giudizio di guisa che l'insufficienza della motivazione – rispettivamente in diritto ed in fatto - sarebbe determinata dall'omessa o incompleta esposizione della premessa maggiore o della premessa minore.

Tale impostazione ha, tuttavia, l'inconveniente di confondere e sovrapporre lo schema dell'argomentazione con lo schema del giudizio<sup>57</sup>, con un risultato che non tiene conto delle evoluzioni raggiunte nel campo della logica.

La dottrina francese ha peraltro attentamente sottolineato che lo schema del sillogismo aristotelico non può essere validamente utilizzato per l'individuazione

---

<sup>54</sup> EVANGELISTA S., *Motivazione della sentenza*, cit., p. 154 ss., spec. p. 164.

<sup>55</sup> Sul sillogismo, cfr. PERELMAN CH., OLBRECHTS-TYTECA L., *Traité sur l'argumentation*, Puf, Paris, 1958. E sulla natura della motivazione cfr. TARUFFO M., *La motivazione*, cit.

<sup>56</sup> Così POLI R., *Le modifiche relative al giudizio di cassazione*, cit., 283 ss., spec. p. 284.

<sup>57</sup> Per tutti, cfr. TARUFFO M., *La motivazione*, cit., p. 144 ss., p. 207 ss.

dei criteri per una motivazione sufficiente, in quanto esso concerne la forma espositiva dei motivi e non anche la sostanza dei motivi<sup>58</sup>. Secondo tale teoria, il sillogismo aristotelico non struttura il giudizio (ossia il modo in cui il giudice conosce del fatto o della norma), ma struttura l'argomentazione delle decisioni, essendo idoneo a rendere più semplice ed immediata la percezione dei motivi da parte del lettore.

Il problema della crisi del sillogismo quale schema di giudizio è stato avvertito anche in Italia. In particolare, giuristi e filosofi della logica sono d'accordo nel ritenere che siano ormai superate la concezione secondo la quale «la legge si concreti meccanicamente al semplice avverarsi del fatto e l'idea che la funzione del giudice si esaurisce nell'accertamento di un concretamento della norma già avveratosi»<sup>59</sup>, giacché il giudice perviene alla decisione non attraverso la deduzione della conclusione dalle premesse, «ma attraverso fasi successive ed alterne, che possono ridursi anche in un unico atto di intuizione»<sup>60</sup>. In quest'ordine di idee se il giudizio sui presupposti di fatto per l'applicazione della norma ha natura intuitiva ed inferenziale; al contrario, la motivazione ha la forma del sillogismo, schema logico quest'ultimo che come visto favorisce la comprensione della decisione.

Il nodo della questione è quindi quello di non sovrapporre la struttura della motivazione con la struttura del giudizio e di «non confondere il modo in cui si dimostra la fondatezza e la legittimità della decisione con il modo in cui si è venuto a formare il giudizio»<sup>61</sup>.

A tal fine, la dottrina italiana ha introdotto la distinzione tra «contesto decisorio» e «contesto giustificativo»<sup>62</sup>. Siffatta distinzione si basa sulla circostanza

---

<sup>58</sup> LE BARS T., *Le défaut de base légale*, cit., p. 230 s.

<sup>59</sup> PUNZI C., *Giudizio di fatto*, cit., p. 145.

<sup>60</sup> PUNZI C., *Giudizio di fatto*, cit., p. 145.

<sup>61</sup> PUNZI C., *Giudizio di fatto*, cit., p. 146. In senso analogo anche NAPPI A., *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Torino, 2011, p. 33 ss.; SANTORIELLO C., *Il vizio di motivazione, tra esame di legittimità e giudizio di fatto*, Torino, 2008, p. 45 ss.; TARUFFO M., *La motivazione*, cit., p. 207 ss.

<sup>62</sup> Per tutti cfr. PERELMAN CH., *La Motivation des décisions de justice, essai de synthèse*, in *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruyallant, 1978, p. 415 ss.; TARUFFO M., *La motivazione della sentenza*, cit., p. 213 ss.; ID., *Motivazione della sentenza civile (controllo della)*, cit., p. 784 s.; POLI R., *Le modifiche*, cit., p. 272.

secondo cui nel momento formativo del giudizio intervengono dinamiche psicologiche inafferrabili, non conoscibili dallo stesso giudice e non riproducibili fedelmente nel «discorso giustificativo», ossia nella motivazione. L'impercettibilità delle dinamiche psicologiche della decisione determinano l'impossibilità di assimilare le ragioni reali della decisione alle ragioni espresse nella motivazione per giustificare la decisione; con la conseguenza che la motivazione – così intesa – non può che essere un *posterius* rispetto alla formulazione del giudizio (i.e. decisione), assurgendo quindi a giustificazione *a posteriori* della decisione del giudice basata su argomenti razionali e logici, esposti nello schema del sillogismo e diversi da quelli che hanno determinato la decisione<sup>63</sup>.

A ben vedere, quindi, il sillogismo aristotelico non scompare, ma diviene la forma usata dal giudice per dimostrare la corrispondenza della decisione alle risultanze processuali e per dimostrare la validità delle inferenze tratte dalle premesse di fatto per giungere a determinate conclusioni (decisione-i).

A tal proposito, è stato peraltro affermato che il sillogismo struttura la giustificazione interna della decisione, la quale costituisce quella parte della motivazione volta a verificare la consequenzialità logica tra premesse e conclusione (i.e. decisione sul fatto o sulla norma)<sup>64</sup>. Diversamente, la verifica della validità e della fondatezza delle premesse<sup>65</sup> (che si rende necessaria solo ove le premesse sono contestate)<sup>66</sup> sarebbe rappresentata in motivazione attraverso la

---

<sup>63</sup> Così POLI R., *op. loc. cit.*

<sup>64</sup> DIDONE A., *Le riforme del giudizio di legittimità*, in *Il processo civile competitivo* a cura di A. Didone, Torino, 2009, p. 545; ID., *Ancora sul vizio di motivazione dopo la modifica dell'art. 360 n. 5 c.p.c. e sul tassello mancante del modello di Toulmin*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, p. 631 ss., p. 639; NAPPI A., *Il sindacato di legittimità*, cit., p. 33 ss.

<sup>65</sup> ALEXY, *Teoria dell'argomentazione*, Milano, 1998, p. 123; BETTI E., *Teoria generale della interpretazione*, Milano, 1955, vol. II; PERELMAN, CH., OLBRECHTS-TYTECA L., *La nouvelle rhétorique: traité de l'argumentation*, Paris, 1958 (i.e. *Trattato dell'argomentazione: la nuova retorica*, Torino, 1966).

<sup>66</sup> Parte della dottrina (DIDONE A., *Le riforme*, cit., p. 545; ID., *Ancora sul vizio di motivazione*, cit., p. 631 ss., 639; NAPPI A., *Il sindacato di legittimità*, cit., p. 33 ss.) ha recentemente sottolineato che la struttura della giustificazione esterna della decisione evoca e rispecchia lo schema dell'argomentazione proposto da Toulmin. Tale modello è costruito su quattro elementi e fa sostanzialmente riferimento a dati (elementi di fatto D), ad una garanzia (criterio di inferenza I), al fondamento della garanzia (l'esperienza ricorrente B). Nella specie, tale modello segue la struttura dell'entimema e dell'argomentazione retorica secondo la quale la conclusione C è argomentata a partire dal fatto D tramite un criterio di inferenza fondato sull'esperienza.

Ora, tale schema dell'argomentazione corrisponde, secondo la tesi che si espone in questa sede, tanto alla struttura della motivazione in diritto tanto alla struttura della motivazione in fatto; con la differenza che nell'argomentazione in diritto il dato è incarnato dalla conclusione del giudizio di

struttura dell'entimema ossia dell'argomentazione retorica o sostanziale. L'entimema nella motivazione assurgerebbe a giustificazione esterna della decisione.

Le predette distinzioni hanno il pregio di mettere in evidenza che ciò che rileva ai fini del controllo della motivazione è la traduzione letteraria dell'«atto inafferrabile»<sup>67</sup> con cui il giudice compie il giudizio e non l'«atto inafferrabile»<sup>68</sup> in sé. L'accoglimento di tale teoria comporta tuttavia il rischio di considerare la motivazione dal solo punto di vista “letterale”, ossia quale “testo” idoneo sotto il profilo letterale e logico a sorreggere il dispositivo, con il conseguente accoglimento della concezione formale della motivazione. Di tal guisa però si giungerebbe all'impossibilità di censurare quella motivazione idonea letteralmente a sorreggere il dispositivo, ma del tutto sganciata dal rapporto con le risultanze probatorie<sup>69</sup>.

A nostro avviso è invece sul punto preferibile accogliere la concezione sostanziale della motivazione, fatta propria dalla dottrina (e di fatto dalla giurisprudenza francese), secondo la quale la motivazione deve essere intesa quale

---

fatto, la conclusione è la qualificazione giuridica del fatto e il criterio di inferenza è rappresentato dalla norma giuridica, mentre nell'argomentazione in fatto il dato D è la prova, la conclusione C è il fatto da provare inferito sulla base di una massima di esperienza che poggia su una serie di osservazioni ricorrenti. Sicché se il giudizio di diritto poggerà su valutazioni intorno alla correttezza dei criteri di qualificazione del fatto; le valutazioni compiute dal giudice nel giudizio di fatto atterranno, invece, alla persuasività delle prove. Da qui discende quindi la necessità di fare riferimento nella motivazione in fatto alle prove su cui il giudice ha fondato il proprio convincimento (cfr. anche *infra* nel testo).

Invero, però, tale modello dell'argomentazione non si esaurisce nei quattro elementi sopra menzionati, ma si completa con altri due elementi: i qualificatori modali Q e le condizioni di ricusazione od eccezione R. I primi hanno la funzione di condizionare la bontà della conclusione C all'inesistenza delle condizioni di ricusazione R, la quale quindi sarà presumibilmente vera a meno che non sussista R.

A ben vedere, le condizioni di eccezione o ricusazione sono integrate, nel giudizio di fatto, dalla prova contraria astrattamente idonea – in quanto decisiva – a inficiare il convincimento del giudice e a condurre – se correttamente presa in considerazione – a conclusioni diverse rispetto alla conclusione C assunta dal giudice. Sicché il giudice non potrà limitarsi a fare riferimento nella motivazione alle prove poste a base della decisione, ma dovrà necessariamente dare conto anche delle ragioni per le quali non ha ritenuto attendibili le prove contrarie, pena l'incompletezza della giustificazione del giudizio di fatto.

<sup>67</sup> CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 1987, p. 972.

<sup>68</sup> Così POLI R., *Le modifiche*, cit., p. 285; ma si veda già CALOGERO G., *La logica del giudice ed il suo controllo in cassazione*, Padova, 1937, p. 55.

<sup>69</sup> RICCI G.F., in AA. VV., *Le novità in materia di impugnazioni*, Incontro di studio Firenze, 12 aprile 2013, *Quaderni dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile*, LXIII, p. 232; ID., *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2013, p. 159 ss. Ma in senso simile anche LOMBARDO L., *Contributo alla teoria del giudizio civile di cassazione*, Catania, 2012, p. 175 ss.

estrinsecazione nell'atto-sentenza dei motivi relativi al giudizio sull'esistenza del fatto e della norma, ossia del «ragionamento che il giudice effettua sulla base del materiale di fatto acquisito per giungere alla pronuncia»<sup>70</sup>.

Si è visto infatti che la funzione della motivazione è quella di giustificare la correttezza della decisione, di dimostrare il rispetto dei principi che presiedono all'esercizio della funzione giurisdizionale, quali il diritto di difesa, il principio di subordinazione del giudice alla legge ed il principio d'indipendenza ed imparzialità del giudice<sup>71</sup>.

Ritenere che la motivazione quale mera giustificazione della decisione idonea a sorreggere il dispositivo significherebbe inficiarne la funzione di garanzia e ridurla a mera dimostrazione formale del rispetto del diritto di difesa e del principio del contraddittorio. Sicché, a tale inappagante esegesi deve essere preferita quella che considera la motivazione quale requisito di contenuto della sentenza.

Affrontato il tema della natura della motivazione, occorre ora occuparsi anche della natura delle norme che impongono l'obbligatorietà della motivazione (2.1.) e dell'individuazione concreta dei criteri per una motivazione sufficiente (2.2.).

### 2.1. *Norma di forma, norma di sostanza.*

L'obbligo di motivazione è ai sensi degli artt. 455 e 458 CPC francese una «*forme substantielles*»<sup>72</sup> della decisione. Ed, infatti, se l'art. 455 CPC prescrive che le decisioni giurisdizionali devono essere motivate, l'art 458 CPC stabilisce che la prescrizione di cui all'art. 455 CPC è prevista a pena di nullità<sup>73</sup>. Si tratta quindi di

---

<sup>70</sup> RICCI G.F., in AA. VV., *Le novità in materia di impugnazioni*, cit., p. 232.

<sup>71</sup> PORCELLI F., *Le novità in materia di motivazione della sentenza*, in C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, con il coordinamento di G. Ruffini, Torino, 2015, p. 95 ss., spec. p. 98.; TARUFFO M., voce *Motivazione (motivazione della sentenza civile – controllo della –)*, cit., p. 772 ss.; EVANGELISTA S., voce *Motivazione (motivazione della sentenza civile)*, cit., p. 154 ss.

<sup>72</sup> BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, Paris, 2015/2016, n° 77.20, p. 404.

<sup>73</sup> Per tutti, cfr. FRICERO N., *Le condition relative à la rédaction*, cit., n° 412.181, p. 1189 ss.; GUINCHARD S., FERRAND F., CHAINAIS C., *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 2013, p. 516 s., p. 519 s. ; GUINCHARD S., FERRAND F., CHAINAIS C., *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2013, p. 902 ss.

una forma processuale prescritta a pena di nullità, giacché la sua violazione comporterebbe il mancato raggiungimento dello scopo dell'atto.

Diversamente dal diritto francese, il codice di procedura civile italiano non stabilisce espressamente l'obbligo di motivazione a pena di nullità, in quanto l'art. 132 c.p.c. si limita a regolare la formazione della sentenza senza specificare se le sue forme siano prescritte o meno a pena di nullità.

Per risolvere tale problema, la dottrina ha suggerito di muovere dalla differenza tra scopo e scopo dell'atto, o con altre parole tra scopo processuale e scopo sostanziale dell'atto<sup>74</sup>. Il primo consiste nella giustizia – e correttezza processuale – del provvedimento ed il secondo rappresenta l'effetto di diritto sostanziale che si produce tra le parti all'esito del giudizio.

Ora, secondo tale impostazione, la violazione di una forma dell'atto prescritta quale condizione del prodursi dell'effetto sostanziale determina l'inesistenza della sentenza, e ciò qualora l'inosservanza delle forme sulla determinazione del giudice, delle parti, del dispositivo, della data e della sottoscrizione del giudice provoca «l'assoluta incertezza sulla portata del provvedimento»<sup>75</sup>. Diversamente, la violazione di una forma imposta per assicurare la giustizia della decisione – ossia ai fini del raggiungimento dello scopo processuale dell'atto – comporta la nullità della sentenza tutte le volte in cui tale vizio «impedisca la giustizia del provvedimento, e cioè il raggiungimento dello scopo processuale dell'atto»<sup>76</sup>.

Orbene, la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione – cioè la motivazione – costituisce una delle forme imposte per la giustizia processuale della sentenza, con la conseguenza che la sua mancanza formale determina la nullità della sentenza.

Ne deriva quindi che anche nel diritto italiano le norme che impongono l'obbligatorietà della motivazione sono norme di forma sostanziale, nel senso che il loro rispetto è essenziale per permettere all'atto di raggiungere lo scopo processuale. Nella specie le parti devono poter verificare che le ragioni della decisione corrispondano alle ragioni della domanda ed all'applicazione della legge.

---

<sup>74</sup> SATTÀ S., *Diritto processuale civile*, Padova, 1948, p. 306 ss., spec. p. 310.

<sup>75</sup> SATTÀ S., *op. loc. cit.*

<sup>76</sup> SATTÀ S., *op. loc. cit.*

A ben vedere quindi, le norme che prescrivono l'obbligo di motivazione sono forme sostanziali dell'atto-sentenza, con la conseguenza che la motivazione deve essere considerata quale requisito di contenuto e non di forma della sentenza. Nell'individuare il contenuto sostanziale – minimo – della motivazione (2.2.), occorre pertanto tener conto della circostanza secondo cui la motivazione è un requisito di contenuto dell'atto-sentenza, essendo necessario che la medesima soddisfi non solo criteri della logica del ragionamento scritto, ma anche quelli della logica del ragionamento *tout court*.

## 2.2. *La razionalità e la sufficienza della motivazione.*

La motivazione, affinché possa assolvere pienamente alla funzione endoprocessuale, così come a quella extraprocessuale, deve rispondere a determinati requisiti, i quali come visto non sono individuati dal legislatore.

Gli interpreti italiani hanno posto rimedio a questo inconveniente, facendo riferimento alla vecchia versione dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. il quale individuava i vizi della motivazione rilevanti ai fini della proposizione di un ricorso per cassazione con riferimento alla motivazione «omessa, insufficiente o contraddittoria circa un fatto decisivo per la controversia», con la conseguenza che i requisiti della motivazione erano individuati nella sufficienza, logicità e nell'ordine<sup>77</sup>.

La modifica dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c., benché faccia venire meno il dato letterale cui si ricollegava l'individuazione dei requisiti della motivazione, non è per ciò solo idonea a far venir meno l'esigenza di una motivazione che corrisponda ai caratteri della sufficienza, della logicità e dell'ordine. E ciò in quanto tali requisiti sono comunque desumibili dal sistema, essendo evidente che una motivazione insufficiente od illogica impedirebbe il raggiungimento dello scopo della sentenza<sup>78</sup>. Verrebbe infatti a mancare un elemento - definito dalla

---

<sup>77</sup> EVANGELISTA S., *Motivazione della sentenza*, cit., p. 163. In senso analogo CALAMANDREI P., FURNO C., *Cassazione civile*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1957, p. 1070 ss.; FURNACIARI M., *Ancora una riforma dell'art. 360<sup>1</sup> n. 5 cpc: basta, per favore, basta!*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012; Lancellotti, *Sentenza nel diritto*, in *Noviss. Dig. It.*, XVI, Torino, 1969, p. 1118 ss.; POLI R., *Le modifiche*, cit., p. 275 ss.; TARUFFO M., *Motivazione della sentenza civile*, cit., p. 776 ss.; ID., *Il controllo sulla motivazione della sentenza civile*, in *Quaderni CSM*, 1988, p. 59 ss.

<sup>78</sup> POLI R., *Le modifiche*, cit., p. 280.



legge – essenziale dell'atto; senza contare che una siffatta motivazione non sarebbe neppure idonea ad assolvere alle proprie funzioni giacché le parti ed il popolo non potrebbero cogliere la *ratio decidendi*.

Non diversamente gli interpreti francesi hanno individuato i requisiti della motivazione nel carattere della sufficienza e della razionalità, determinandoli *a contrario* dal vizio di difetto di base legale. Ed infatti la motivazione per andare esente dalla censura della Corte di cassazione deve essere quantitativamente sufficiente, contenendo la constatazione di tutti gli elementi di fatto necessari per l'applicazione della norma giuridica regolante il rapporto litigioso.<sup>79</sup>

Ciò premesso, occorre ora soffermarsi sui requisiti della motivazione, e ciò con particolare riguardo alla sufficienza, razionalità e logicità dei motivi di fatto della decisione.

Quanto al requisito della sufficienza, preme anzitutto rilevare che lo stesso implica l'esigenza della concreta esposizione della *ratio decidendi*<sup>80</sup>, nel senso che

---

<sup>79</sup> *Ex multis* BLONDEL P., *Le manque de base légale, son avenir, Mélanges Ponsard*, Litec, 2003, p. 59 ss.; BORÉ J., BORÉ L., *La cassation en matière civile*, cit., n.° 78 ess., p. 428 ss.; CADIET L., JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, Paris, 7. ed.; CHARTIER Y., *La Cour de Cassation*, Paris, 1999, p. 61 ss.; CREPON T., *Du pourvoi en cassation en matière civile*, Paris, 1892, t. III, p. 47 ss.; FAYE E., *La Cour de cassation*, Paris, 1903, p.119 s. et p. 121 ss.; FERRAND F., *Cassation française et Révision allemande*, Paris, 1990, p. 160, spec. P. 166 s.; LE BARS TH., *Le défaut de base légale*, cit.

<sup>80</sup> Il principio secondo il quale la decisione «*doit se suffire à elle-même*» (cfr. BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, cit., n.° 77.63, p. 407) e di quello secondo il quale la motivazione consiste nella concreta esposizione della giustificazione della decisione pongono la questione della legittimità della motivazione *per relationem*.

Il codice italiano del 1865 vietava espressamente che la motivazione potesse esaurirsi nel solo riferimento ai motivi di un'altra decisione (art. 361, n. 2 su cui cfr. BORSARI L., *Il codice Italiano di procedura civile annotato*, Torino 1865, p. 219 ss.; CUZZERI E., *Il Codice italiano di procedura civile illustrato*, Verona, 1877, vol. II, p. 284 ss. e p. 494 ss.; GALDI D., *Commentario del codice di procedura civile del Regno d'Italia*, Torino, 1890, vol. V, p. 53 ss.; GARGIULO F. S., *Il codice di procedura civile del Regno d'Italia*, Napoli, 1877, vol. II, p. 674 ss. e p. 748 ss.; MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di Procedura civile*, Milano, 1923, vol. IV, p. 92 ss. e p. 542 ss.; RICCI F., *Commento al codice di procedura civile*, Firenze, 1905, Vol. II, p. 675 ss.). Diversamente, il codice del 1942 non conteneva tale divieto. Recentemente, invece, la legge n. 69/2009, nel modificare l'art. 118 disp. att. c.p.c., ha espressamente stabilito che la motivazione possa fare riferimento anche a precedenti conformi; senza contare che il tentativo di riforma di tale norma contenuto nell'art. 79 d.l. 69/2013 prevedeva inizialmente – e prima della modifica apportata dalla Camera dei deputati - che la motivazione potesse esaurirsi nell'esclusivo riferimento ai precedenti conformi, con la conseguenza che la *ratio decidendi* sarebbe stata posta al di fuori della decisione con grave lesione del diritto di difesa delle parti. Il *favor legislatoris* per la motivazione *per relationem* si spiega in virtù della concomitante introduzione del cosiddetto «filtro» in Cassazione, il quale attribuisce precipuo rilievo al precedente conforme nel momento in cui eleva ad ipotesi d'inammissibilità del ricorso la decisione di questioni di diritto in modo conforme – o difforme – ai precedenti della Suprema Corte senza che nei motivi di ricorso vengano adottati elementi in grado di mutare – o confermare – l'orientamento di legittimità.

Nemmeno il codice di procedura civile francese contiene alcun espresso divieto della motivazione «*par référence*», discendendo tuttavia tale divieto dal principio generale per cui la decisione deve

ogni vizio che infici il ragionamento del giudice «sia per incompletezza dei dati sia per difetto di coerenza logica»<sup>81</sup> priva la decisione della base legale, non essendo idonea una simile giustificazione a sorreggere il dispositivo della sentenza.

A tal proposito, la dottrina ha posto l'accento sull'esigenza di porre in relazione l'estensione dell'obbligazione della motivazione con il ruolo delle parti

---

essere autosufficiente. Ne deriva che la motivazione che faccia riferimento a documenti della causa, ad altre decisioni non è idonea a giustificare legalmente il dispositivo, con la conseguenza che la decisione dovrà essere annullata per difetto di motivi. Tuttavia, il codice di procedura civile francese all'art. 955 ammette la motivazione «*par référence*» nel caso in cui la Corte di appello confermi la decisione impugnata (cfr. BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, cit., n° 77.241, p. 424; FRICERO N., in *Droit et pratique de la procédure civile*, cit., n° 412.195, p. 1191). In particolare tale norma introduce una presunzione in virtù della quale si ritiene che il giudice di secondo grado abbia adottato i motivi della decisione di prime cure che non siano contrari a quelli contenuti nella decisione di appello. A tal riguardo la giurisprudenza ha specificato che la Corte di appello non è obbligata a motivare la propria decisione con una motivazione sua propria se le parti non hanno proposto difese «*nouveaux*» (Cass. Soc., 8 oct. 1981, n° 79-42.135, *Bull. civ. V*, n° 766; Cass. Com., 31 mai 1983, n° 82-11.395, *Bull. Civ. IV*, n° 159). Nel caso contrario la Corte deve analizzare le difese delle parti.

Ad analoghe conclusioni giunge la dottrina italiana che, in materia di rapporti tra sentenza di primo grado e sentenza di secondo grado, sottolinea che in caso di rigetto dell'impugnazione non sia sufficiente il riferimento alla motivazione della sentenza impugnata, essendo invece necessario che il giudice di secondo grado dimostri di aver preso in esame i motivi di impugnazione e delle ragioni per le quali li abbia ritenuti inadeguati a determinare la riforma della sentenza di prime cure (cfr. EVANGELISTA S., *Motivazione della sentenza civile*, cit., p. 165). A tal riguardo, occorre rammentare che il tentativo di riforma di cui all'art. 2, comma 1°, lett. b), n. 2, d.d.l. A.C. n. 2092/2014, contemplava la possibilità per il giudice di appello di far riferimento in tutto o in parte alla motivazione della decisione impugnata.

Ad ogni modo la dottrina e la giurisprudenza francesi e italiana sono concordi nel stabilire che il riferimento a un'altra decisione non lede la posizione delle parti se effettuato nel rispetto dei criteri di accessibilità del provvedimento richiamato, nonché di chiara e adeguata individuazione dello stesso, del principio di diritto per cui è effettuato il rinvio e della fattispecie di causa da cui è tratta la massima del precedente richiamato (ACIERNO M., *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2012, p. 435 ss., spec. 448; FRICERO N., in *Droit et pratique de la procédure civile*, cit., n° 412.195, p. 1191). Il diritto di difesa viene viceversa leso quando il precedente è meramente richiamato senza che le parti possano valutare le ragioni della sovrapponibilità della fattispecie di causa al precedente stesso (cfr. TARUFFO M., *La riforma delle norme sulla motivazione della sentenza*, in *Giur. it.*, 2011, I, p. 243 ss., spec. p. 256). Analogamente non pare legittimo il riferimento ad una giurisprudenza o il richiamo delle massime della Corte di cassazione, e ciò in quanto la massima racchiude le conclusioni cui è giunta la Suprema Corte, ma non è idonea a dare conto della dimostrazione dell'esame delle pretese delle parti né del fondamento sul quale poggia tale conclusione, né tantomeno dell'iter logico seguito dal giudice per giungere a tale conclusione. Ed invero la motivazione *per relationem* dovrebbe avere ad oggetto le argomentazioni della Corte di cassazione e non le massime (così EVANGELISTA S., *Motivazione della sentenza civile*, cit., p. 166).

Da ultimo, il semplice richiamo di documenti della causa – come pur anche la consulenza tecnica – senza che dell'esame degli stessi sia dato conto in motivazione deve ritenersi lesivo del diritto di difesa delle parti, violando gli artt. 132, comma 2°, n. 4, c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c. per il diritto italiano e l'art. 455 per il diritto francese (Cass. Civ. 2e, 3 mai 1985, n° 8317.412, *Bull. Civ. II*, n° 91; Cass. Co., 11 fev. 1986, n° 85-14.387, *Bull. Civ. IV*, n° 6; in *Gaz. Palais* 1986, 2., somm. 419, obs. CROZE E MOREL; Cass. Civ. 1er, 7 fev. 1989, n° 86-16.730, *Bull. Civ. I*, n° 62, in *JCP*, 1989, IV, 132).

<sup>81</sup> EVANGELISTA S., *Motivazione della sentenza civile*, cit., p. 165.

nel processo<sup>82</sup> ed in particolare con gli oneri (rischi) processuali che incombono all'una o all'altra parte, quali l'onere dell'allegazione e della prova, e con le deduzioni anche istruttorie delle parti. E ciò non così diversamente a quanto Salvatore Satta sosteneva già nel suo commentario, laddove scriveva che «le ragioni della sentenza corrispondono alle ragioni della domanda (art. 163, n. 4)»<sup>83</sup>

A ben vedere, infatti, il giudice si trova nella stessa posizione della parte la cui pretesa è accolta, con la conseguenza che la motivazione – per rispondere ai requisiti della sufficienza e della completezza – deve necessariamente contenere, qualora l'onere della prova gravi sulla parte vittoriosa, la constatazione dell'esistenza dei fatti posti a fondamento della pretesa riconosciuta in dispositivo e l'indicazione dei mezzi di prova su cui il giudice ha fondato il proprio convincimento. Quando, invece, l'onere della prova grava sul soccombente, la motivazione dovrà ovviamente contenere l'accertamento dell'inesistenza dell'inverso del fatto posto alla base della pretesa della parte vittoriosa vuoi per mancato assolvimento dell'onere della prova, vuoi per il diretto accertamento – suffragato da prove – dell'inesistenza di tale fatto. Egualmente, il giudice deve rispondere alle deduzioni, eccezioni e conclusioni delle parti che abbiano un'influenza sulla decisione<sup>84</sup> e ciò anche e soprattutto nel caso in cui esse

---

<sup>82</sup> LE BARS T., *Le défaut de base légale*, p. 324 ; ma cfr. già MOTULSKY H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, 1948.

<sup>83</sup> SATTÀ S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano 1959, p. 500.

<sup>84</sup> Diversa è invece la questione della motivazione implicita, la quale è considerata legittima dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Si ha motivazione implicita quando la soluzione – adeguatamente motivata – di una questione generale comprende in sé anche questioni speciali di guisa che si ritengono implicitamente respinte tutte le deduzioni e richieste che risultano incompatibili con le ragioni poste dal giudice a fondamento della decisione generale (COMIO B., *art. 132 c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile* diretto da E. Allorio, Torino, 1973, p. 1398 ss.). Inoltre, anche nel caso in cui il giudice neghi l'esistenza di un fatto da cui una parte faceva discendere conseguenze giuridiche a suo favore, il giudice risponde implicitamente alla pretesa della parte, rigettando implicitamente le sue deduzioni giuridiche (cfr. BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation*, cit., n° 77.253, p. 426; Cass. Civ. 2°, 23 janv. 1964, *Bull. civ. II*, n° 86). A tal riguardo numerose pronunce della Corte italiana affermano che l'obbligo di motivazione del giudice non comporta il dovere di esaminare dettagliatamente tutte le deduzioni e le argomentazioni delle parti, né quello di prendere in considerazione tutte le istanze istruttorie, dovendosi invece ritenere implicitamente motivato il rigetto delle istanze istruttorie incompatibili con la decisione e le ragioni poste a fondamento della decisione (cfr. TARUFFO M., *La motivazione*, cit., 430).

Sostanzialmente la teoria dei motivi impliciti riposa su un legame di dipendenza tra fatto e diritto, tra i capi della domanda, ma anche sul rapporto di incompatibilità.

A tal proposito occorre sottolineare che un'attenta dottrina distingue tra la concezione debole e la concezione forte dei motivi impliciti: la prima ammette che la motivazione non riguardi le singole argomentazioni delle parti, le risultanze istruttorie ed i loro dettagli, specie se esse non hanno influenza sulla decisione o siano superflue; la seconda ammette, invece, che la motivazione implicita operi ogniquale volta vi siano affermazioni espresse incompatibili con una diversa

provengano dalla parte poi risultata soccombente: rilevando l'inesistenza del fatto posto a fondamento dell'eccezione respinta o accertando l'esistenza del fatto contrario al fatto invocato dalla parte soccombente e giustificando tale accertamento.

La stretta connessione tra obbligo di motivazione, oneri processuali e difese delle parti pone l'accento sull'esigenza che la motivazione, oltre all'affermazione dell'esistenza del fatto posto a base della pretesa accolta o dell'inesistenza del suo contrario, debba contenere anche la giustificazione di tale accertamento in base ad argomentazioni logiche e razionali, nonché il riferimento alle prove da cui il giudice ha inferito il giudizio di esistenza od inesistenza di tale fatto. Appare infatti evidente che la mera affermazione dell'esistenza o dell'inesistenza di tale fatto – tanto più se controverso – non può soddisfare i principi costituzionali in materia di motivazione, e ciò in quanto in tali casi il convincimento del giudice è frutto della valutazione delle prove rappresentative del fatto da provare o dell'apprezzamento dei fatti secondari noti idonei a fondare l'inferenza presuntiva per accertare il fatto principale ignoto da provare<sup>85</sup>. Ne deriva che il giudice deve giustificare razionalmente tale affermazione (cosiddetta motivazione generale)<sup>86</sup> con argomentazioni idonee, sul piano logico e sul piano delle massime d'esperienza<sup>87</sup> – che il giudice utilizza per valutare le prove – a costituire la base legale della decisione.

Ciò pertanto implica anzitutto il necessario riferimento alle prove poste a fondamento del convincimento, ma anche – come accennato - la giustificazione dell'inidoneità della prova contraria a fondare la decisione. Si tratta di una conseguenza dell'applicazione del diritto di difesa e del principio del

---

soluzione delle questioni. Ora, tale dottrina ha attentamente rilevato che quando l'attività difensiva delle parti si estrinseca nella sollevazione di questioni pregiudiziali e non nella negazione delle allegazioni avversarie, difficilmente può ritenersi valida la motivazione implicita. Ed inverso, più che di motivi impliciti dovrebbe parlarsi di decisione implicita di una questione pregiudiziale contenuta nella decisione della questione principale, con la conseguenza che in tal caso non può non ritenersi leso il principio dell'obbligatorietà della motivazione, venendo meno per le parti la possibilità di valutare la decisione ai fini della decisione (ID., *La motivazione*, cit., p. 435).

<sup>85</sup> TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992; ID., voce *Motivazione (motivazione della sentenza civile – controllo della –)*, cit., p. 778.

<sup>86</sup> FORNACIARI M., *Ancora una riforma dell'art. 360<sup>l</sup> n. 5 cpc: basta, per favore, basta!*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012.

<sup>87</sup> TARUFFO M., *La motivazione*, cit., p. 522 ss.

contraddittorio che impongono al giudice di prendere in considerazione tutte le prospettazioni delle parti e di esporre le ragioni per le quali le stesse sono disattese<sup>88</sup>. Diversamente il principio di difesa sarebbe ridotto ad un vano simulacro e ben potrebbero i giudici applicare arbitrariamente il diritto. In ciò emerge la funzione di garanzia della motivazione quale strumento di dimostrazione del rispetto dei principi che presiedono all'esercizio della funzione giurisdizionale, quali il diritto di difesa, il principio di subordinazione del giudice alla legge ed il principio d'indipendenza ed imparzialità del giudice.

Se quindi il requisito della sufficienza della motivazione è soddisfatto qualora le ragioni della decisione siano complete, con riguardo alla constatazione degli elementi di fatto necessari per l'applicazione della norma disciplinante il rapporto litigioso e con riguardo ai dati della causa, e siano anche adeguate sul piano della logica e dell'esperienza a giustificare la decisione; il requisito della razionalità comporta una valutazione qualitativa – e non più quindi quantitativa – sulla coerenza, pertinenza e non contraddittorietà dei motivi.

Preme a tal proposito rilevare che siffatta valutazione di coerenza concerne non tanto la struttura formale ed esterna dei motivi, la quale come visto risponde allo schema del sillogismo, quanto la logicità interna delle varie argomentazioni in cui si articola la motivazione.

In particolare, i motivi – estrinsecati documentalmente nella motivazione – devono essere intelleggibili, non potendo gli stessi assumere il carattere ipotetico o dubitativo, giacché ciò impedirebbe alle parti di cogliere la ratio *decidendi* della decisione. Nondimeno è necessario che i motivi non siano contraddittori o inconciliabili, ovvero che non si elidano l'un l'altro fino ad impedire di stabilire quale sia stato l'*iter* logico seguito dal giudice per giungere alla decisione<sup>89</sup>.

È peraltro interessante notare che la Corte di cassazione francese fa rientrare, nel requisito della razionalità, anche l'elemento della pertinenza del motivo. Si tratta di un motivo di ordine generale<sup>90</sup> che non caratterizza specificamente i punti di fatto e di diritto che avrebbe dovuto accertare. Il

---

<sup>88</sup> RICCI E. F., *Il principio dispositivo come problema del diritto vivente*, in questa *Rivista* 1974, p. 380 ss.; RUFFINI G., «Argomenti di prova» e «fondamento della decisione» del giudice civile, in *Riv. trim. dir. proc.* 2004, p. 1329 ss., spec. p. 1353.

<sup>89</sup> FRICERO N., in *Droit et pratique de la procédure civile*, cit., n° 412.230, 1194 ss.

<sup>90</sup> BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation*, cit. n° 78.116, 438 ss.

ragionamento del giudice è incompleto laddove non risponde direttamente alle difese delle parti come quando l'elemento dell'*affectio societatis* – necessario per la costituzione di una società di fatto - è dedotto dalla sola qualità di comproprietario di un bene di una delle due parti in causa. In altre parole, il giudice non affronta la questione giuridica sottesa al rapporto litigioso – omettendo pertanto anche di accertare gli elementi di fatto ad essa sottesi e necessari per la legalità della decisione – ma risolve la controversia facendo leva su un criterio non «legale» o comunque esterno alla norma disciplinante il rapporto litigioso<sup>91</sup>.

### 3. *Un controllo concernente i motivi di fatto.*

L'obbligo di motivazione concerne tanto la motivazione in fatto quanto la motivazione in diritto.

Ne deriva quindi che, ai fini della delimitazione dell'ambito del presente lavoro, occorre stabilire se il controllo sulla motivazione (di cui all'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. o di cui al difetto di base legale) si estende ad entrambi i profili o se invece concerne uno solo di essi; e in quest'ultimo caso occorre stabilire se tale controllo attiene ai motivi di diritto o, invece, ai motivi di fatto.

Nessun problema si pone quanto ai motivi di fatto, giacché sul punto la dottrina e la giurisprudenza sono unanimi nel ritenere che il sindacato di legittimità sul vizio motivazionale concerna i motivi di fatto della decisione e che attraverso di esso si espliciti il cosiddetto controllo indiretto del giudizio di fatto (sulla distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto v. *infra* n. 3.1.).

Il problema si pone invece con riguardo ai motivi di diritto, in quanto parte della dottrina, tanto italiana quanto francese, sostiene che anche la carenza della motivazione sul giudizio di diritto sia censurabile per il tramite dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. e del difetto di base legale<sup>92</sup>; e invece altra dottrina ritiene che il controllo sulla motivazione in diritto sia assorbito dal controllo della *quaestio iuris*<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, Paris, 2008, n° 78.116, p. 438.

<sup>92</sup> Sul punto cfr. LE BARS T., *op. loc. cit.*; TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, 499 ss.

<sup>93</sup> Così FAZZALARI E., *Il giudizio di Cassazione*, Milano, 1960, p. 97 s.

In particolare coloro che sostengono la controllabilità della giustificazione della *questio iuris* separatamente dalla verifica della corretta applicazione della legge, fanno leva sull'esigenza di non confondere e di non sovrapporre i vizi della motivazione in diritto e gli errori di diritto contenuti nella motivazione<sup>94</sup>. In quest'ordine di idee, devono essere quindi tenuti distinti il caso in cui il giudice non motivi o non motivi adeguatamente la soluzione della *quaestio iuris* da quello in cui erri nell'interpretazione o nell'applicazione della legge, giacché ben potrebbero esserci casi in cui la carenza della motivazione in diritto sia talmente grave da impedire al giudice di esaminare la legalità della decisione in diritto. Il giudice di fronte ad una motivazione assente o lacunosa non potrebbe infatti apprezzare la sussistenza di errori di diritto nella motivazione, con la conseguenza che sarebbe così smentita la tesi – maggioritaria – secondo la quale i vizi della motivazione in diritto rimangono assorbiti nel vizio di violazione o falsa applicazione delle norme di diritto (se causali) e aprono invece la strada alla correzione di cui all'art. 384, ult. co., c.p.c. se non causali<sup>95</sup>. Si configurerebbe pertanto una pregiudizialità tra motivazione insufficiente in diritto e errori in diritto contenuti della motivazione; e ciò nonostante il fatto che i sostenitori di tale teoria riconoscono comunque la difficoltà di operare la suddetta distinzione nelle ipotesi in cui l'omessa considerazione di un dato – di fatto o di diritto – della causa sia qualificabile tanto come insufficienza di motivazione quanto come *error in iudicando*<sup>96</sup>.

In altre parole, detta teoria se afferma l'autonoma configurabilità del vizio di motivazione in diritto e la sua conseguente censurabilità ai sensi dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. o tramite il vizio di difetto di base legale, dall'altra parte non esclude che vi siano casi in cui tale vizio rimanga assorbito in un errore di diritto della motivazione o che invece possa condurre alla correzione di cui all'art. 384 c.p.c. qualora i motivi insufficienti siano comunque idonei a rivelare la correttezza della soluzione in diritto adottata dal giudice.

Ebbene, tale tesi, seppur affascinante, non può essere condivisa laddove ritiene che il difetto della motivazione in diritto sia idoneo a determinare la nullità della sentenza ai sensi dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c., impedendo al giudice di

---

<sup>94</sup> TARUFFO M., *La motivazione*, cit., p. 499 ss.

<sup>95</sup> FAZZALARI E., *Il giudizio di Cassazione*, cit., p. 97 s.

<sup>96</sup> TARUFFO M., *La motivazione*, cit., p. 507 ss.

apprezzare la corrispondenza a diritto della decisione adottata in dispositivo. Ed infatti, se ci si discosta dalla concezione della motivazione come ragionamento giustificativo e si accoglie invece – come si è cercato di dimostrare nei paragrafi precedenti – la concezione sostanziale della motivazione per cui quest’ultima si identifica «nella ricognizione dei presupposti di applicazione della norma» ossia il giudizio che il giudice compie per poter validamente emettere il comando contenuto nel dispositivo<sup>97</sup>, appare chiaro che gli errori della motivazione in diritto sono denunciabili in tanto in quanto si traducono in un errore del dispositivo, che come tale è però censurabile ai sensi dell’art. 360, comma 1°, n. 3, c.p.c. Diversamente, quando all’errore della motivazione non corrisponde l’errore del dispositivo, l’art. 384, ult. co., c.p.c. impedisce l’annullamento della sentenza.

Ed invero, anche non volendo accogliere la concezione sostanziale della motivazione, l’affermazione secondo cui l’insufficienza o la contraddittorietà dei motivi in diritto impedisce al giudice di verificare la correttezza della motivazione in diritto, determinando quindi la nullità della sentenza per vizio di motivazione, non è comunque idonea a superare l’assorbente considerazione per cui l’illegalità della motivazione in diritto rileva solo se comporta un errore del dispositivo e non anche quando la decisione sia comunque conforme in diritto<sup>98</sup>. Per converso, voler ritenere una diversa lettura dell’istituto della sostituzione dei motivi significa anche affermare che a fronte di una motivazione insufficiente in diritto il giudice non sarebbe in grado di stabilire la corrispondenza del dispositivo alla legge applicata ai fatti così come accertati dal giudice di merito, con un risultato che mal si concilia con il potere del giudice di legittimità di conoscere della questione di diritto con poteri eguali a quelli del giudice di merito<sup>99</sup>.

Diverso è invece il caso in cui la motivazione in diritto manchi del tutto o sia invece meramente apparente perché non supportata da adeguate argomentazioni. Tale carenza è sì idonea a determinare la nullità della sentenza,

---

<sup>97</sup> Sul punto si fa riferimento alla distinzione con cui Fazzalari identificava la motivazione con il giudizio che il giudice compie per poter validamente emettere il comando contenuto nel dispositivo. FAZZALARI E., *Il giudizio di Cassazione*, cit., p. 68 s.

<sup>98</sup> LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, Milano, 2013, II, p. 422 ss.

<sup>99</sup> In particolare, ciò equivarrebbe ad affermare che il giudice di prime cure non possa valutare la correttezza delle deduzioni in diritto fatte dall’attore o dal convenuto in conseguenza della deficienza delle argomentazioni della parte.



ma non per difetto di base legale o ai sensi dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c., quanto piuttosto per la mancanza di un requisito essenziale della motivazione previsto a pena di nullità dall'art. 455 CPC francese e dal combinato disposto degli artt. 132, comma 2°, n. 4, e 156, comma 2°, c.p.c.<sup>100</sup>. Ne deriva quindi che in siffatta ipotesi la carenza assoluta della motivazione in diritto si trasforma in un *error in procedendo* sanzionabile attraverso i motivi di cui rispettivamente all'art. 360, comma 1°, n. 4, c.p.c. nell'ordinamento italiano e per *défaut de motifs* nell'ordinamento francese (sulla distinzione tra *défaut de motifs* e *défaut de base légale*, anche ai fini della delimitazione dell'oggetto della ricerca v. *infra* n. 3.2.)<sup>101</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, si può pertanto affermare che i vizi della motivazione in diritto se causali sul dispositivo determinano un *error in iudicando* censurabile con il motivo di violazione e falsa applicazione di norme di diritto e non anche con il vizio di motivazione. Correttamente è stato infatti rilevato che quando il dispositivo di una sentenza erroneamente motivata in diritto non sia conforme a diritto, l'errore della motivazione è assorbito dall'*error in iudicando*<sup>102</sup>; con la conseguenza che il controllo di legittimità sulla motivazione condotto ai sensi dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. e del difetto di base legale avrà ad oggetto solo i motivi di fatto della decisione<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> MALTESE D., *Controllo della motivazione*, in *Quaderni del CSM*, 1988, p. 78 ss.; ID., *Problemi attuali e prospettive di riforma del processo civile di cassazione*, in *Foro it.*, 1988, V, p. 6 ss.

<sup>101</sup> Si tratta della soluzione adottata da ultimo da Cass. n. 8053/2014, pronuncia segnalata da ARCADI A., *Osservatorio sulla cassazione civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, 1294 ss., spec. 1302 s. Per le prime osservazioni a questa sentenza cfr. PERROTTA G., *Il decreto crescita si applica anche alle liti tributarie*, in *Dir. e giustizia* 2014, 298 ss.; RUSSO A., *Ricorso per cassazione tributario soggetto allo stesso filtro del ricorso per cassazione dei giudizi civili*, in *Il fisco* 2014, 1682 ss. La sentenza è stata peraltro oggetto del commento di PORCELLI F., *Sul vizio di omesso esame circa un fatto decisivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1600 ss.; PASSANANTE L., *Le Sezioni unite riducono al «minimo costituzionale» il sindacato di legittimità sulla sentenza civile*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2015, p. 179 e ss. Nonché, cfr. Cass. civ., sez. un., 22 settembre 2014, n. 19881.

<sup>102</sup> Peraltro, è interessante notare che facendo un parallelismo tra omessa motivazione in fatto e in diritto da un lato e difetto dei motivi in diritto e difetto dei motivi in fatto dall'altro, si giungerebbe a qualificare come *error in procedendo* la totale mancanza di motivazione e a classificare invece l'insufficienza di motivazione come *vice de fond*.

<sup>103</sup> BLONDEL P., *Le manque de base légale*, cit., p. 59; BORÉ J., BORÉ L., *La cassation en matière civile*, cit., n.° 78.11 e ss., p. 428 ss.; Cadiet L., Jeuland E., *Droit judiciaire privé*, Paris, 7. ed.; Chartier Y., *La Cour de Cassation*, Paris, 1999, 61 ss.; Crepon T., *Du pourvoi en cassation en matière civile*, Paris, 1892, t. III, p. 47 ss.; FAYE E., *La Cour de cassation*, Paris, 1903, p. 119 s. et p. 121 ss.; FERRAND F., *Cassation française et Révision allemande*, Paris, 1990, p. 160, spec. p. 166 s.; LE BARS TH., *Le défaut de base légale*, cit.

### 3.1. *Giudizio di fatto e giudizio di diritto.*

Appurato quindi che il controllo della motivazione concerne i motivi di fatto e non anche quelli di diritto, occorre affrontare ora la delicata questione della distinzione tra soluzione della *quaestio facti* e soluzione della *quaestio iuris*<sup>104</sup>. Tale distinzione è, infatti, fondamentale per individuare correttamente le parti di sentenza viziate da difetto di motivazione e censurabili attraverso l'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. o il difetto di base legale. La delicatezza della questione risiede peraltro nel fatto che i due giudizi, sebbene abbiano un diverso oggetto, si implicano a vicenda, essendo necessario per accertare i fatti della causa muovere da un'ipotesi di norma sostanziale applicabile al caso di specie, ma essendo talvolta necessario individuare una diversa norma in cui sussumere il caso di specie proprio in conseguenza del risultato dell'accertamento dei fatti<sup>105</sup>.

Per individuare i criteri in base ai quali riconoscere il giudizio di fatto e quello di diritto, è opportuno prendere le mosse dall'analisi dell'oggetto del giudizio di fatto per poi passare a quella del giudizio di diritto.

La peculiarità del giudizio di fatto è quella di essere un giudizio di carattere storico volto alla ricostruzione della situazione di fatto che ha dato vita alla vicenda litigiosa dedotta in giudizio<sup>106</sup>. In particolare, il giudice ha il compito di accertare l'esistenza o l'inesistenza dei fatti allegati dall'attore e dal convenuto a sostegno delle loro pretese. L'apparente semplicità di tale accertamento scompare però laddove si osserva che, invero, il giudizio di fatto è il risultato di una «indefinita serie di premesse»<sup>107</sup> che dipendendo dalla scelta sul punto operata dal giudice. In questo senso si può affermare che il giudizio di fatto è caratterizzato da una sostanziale discrezionalità. Discrezionalità che tuttavia non deve essere confusa con l'arbitrio, giacché l'opzione che esercita il giudice nel porre le

---

<sup>104</sup> Parte della dottrina muove invece dall'impossibilità della distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto, v. SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, Padova, 1966, vol. I, 2, p. 446 ss.; MAZZARELLA F., «Fatto e diritto» in *Cassazione*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1974, p. 82 ss.; NASI, Fatto (giudizio di), in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 967 ss.; TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, 501.

<sup>105</sup> FAZZALARI E., *Il giudizio di Cassazione*, cit. p. 66 ss.; FAZZALARI E., *Sentenza civile*, in *Enc. Diritto*, Milano, 1989, p. 1255 ss.;

<sup>106</sup> SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, Padova, 1962, vol. II, 2, p. 187 ss.

<sup>107</sup> SATTA S., *Commentario*, cit., vol. II, 2, p. 192 ss.

premesse del giudizio di fatto, essendo essa stessa un giudizio, è fondata su altre premesse, e segnatamente sull'esperienza<sup>108</sup>.

A questo proposito e con particolare riferimento all'ordinamento italiano, si parla di massime di esperienze, le quali non costituiscono premesse valide universalmente per tutti i giudizi (come le norme di diritto) ed ammettono di conseguenza una premessa contraria o comunque la «deviazione in concreto dall'esperienza»<sup>109</sup>. Sicché ad esempio se in base al normale decorso degli eventi lo scambio di proposta e accettazione implica la formazione di un contratto, ciò non può tuttavia *a priori* escludere che la parte cosiddetta proponente abbia invece voluto porre in essere una donazione. In particolare, le massime di esperienza assurgono a regola del fatto storico e sono esse stesse il risultato di un giudizio, ossia dell'opzione esercitata dal giudice nell'interpretare la *quaestio voluntatis*.

Si comincia così a delineare il criterio distintivo tra giudizio di fatto e giudizio di diritto, giacché a ben vedere le massime di esperienza, ammettendo la premessa contraria, non possono essere censurate sotto il profilo della violazione o falsa applicazione delle norme di diritto. La scelta della massima di esperienza se non adeguatamente motivata anche con riferimento alla possibilità – non seguita – di scegliere la premessa contraria può – o meglio poteva – invece essere sanzionata per il tramite del vizio di motivazione<sup>110</sup>.

Se quindi il giudizio di fatto è un giudizio di carattere storico che si concreta in un'opzione tra due possibili; il giudizio di diritto è invece un giudizio a carattere cosiddetto universale che consiste tanto nell'individuazione e nell'interpretazione della norma di diritto atta a regolare la situazione sostanziale accertata con il giudizio di fatto, quanto nella sua applicazione ai fatti accertati e nella deduzione delle sue conseguenze giuridiche<sup>111</sup>. Si tratta di un giudizio universale, in quanto le premesse di tale giudizio sono le regole di diritto che, al contrario di quanto osservato per le massime di esperienza, non ammettono le premesse contrarie.

---

<sup>108</sup> SATTÀ S., *Commentario*, cit., vol. II, 2, p. 192 ss. Nello stesso senso PUNZI C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, 2a ed., Torino 2010, vol. II, 482; POLI R., *Le modifiche*, cit. p. 276.

<sup>109</sup> SATTÀ S., *Commentario*, cit., vol. II, 2, p. 193.

<sup>110</sup> TARUFFO M., *La motivazione*, cit., 522 ss.;

<sup>111</sup> FAZZALARI E., *Sentenza civile*, cit., p. 1258 ss.; FAZZALARI E., *Il giudizio di Cassazione*, cit., p. 70 ss.

Sicché, non sussiste una reale opzione nella scelta della premessa del giudizio di diritto, ma solo una scelta corretta o una errata censurabile quale *error in iudicando*.

A ben vedere infatti il giudizio sull'individuazione della norma è volto a rilevare l'esistenza – o meglio la vigenza - della norma da applicare il caso di specie non può risolversi in un'opzione discrezionale, ma si risolve in un giudizio vero o che non corrisponde alla realtà dell'ordinamento giuridico vigente di riferimento.

Per quanto riguarda invece l'interpretazione, si tratta di determinare la fattispecie legale astratta descritta dal legislatore ed il relativo contenuto, ossia di individuare la *ratio* della norma secondo i criteri ermeneutici della logica formale e secondo i canoni interpretativi a ciò prescritti dal codice civile. Sicché l'interprete che non individui correttamente gli elementi costitutivi della fattispecie (ad esempio stabilendo che parte di un contratto di assicurazione non è un imprenditore commerciale) commette un errore di diritto, non ammettendo il codice civile che l'assicurato contragga un contratto di agenzia con un soggetto che non eserciti professionalmente un'attività assicurativa.

Per quanto concerne poi l'applicazione della norma ai fatti accertati dal giudice, il giudizio di diritto consiste nel verificare la corrispondenza tra elementi costitutivi della fattispecie legale astrattamente disciplinata dal legislatore ed elementi della fattispecie concreta. Si tratta quindi di sussumere il fatto nella norma sostanziale e di qualificarlo. In questa categoria rientrano anche quelli che parte della dottrina chiama giudizi di valore e che talvolta possono essere confusi con il giudizio di fatto<sup>112</sup>. Si pensi, riprendendo l'esempio di cui sopra, alla definizione di imprenditore commerciale di cui all'art. 2082 c.c. e al problema di stabilire se una data attività costituisca o meno attività imprenditoriale ai fini e per gli effetti della fallibilità dell'imprenditore o dell'applicabilità della normativa a tutela del consumatore. Tale questione, se apparentemente potrebbe sembrare sottendere una valutazione relativa al giudizio di fatto, è invero un giudizio di diritto<sup>113</sup>, e segnatamente il giudizio di qualificazione di quella data attività - così come accertata dal giudice - quale attività imprenditoriale o meno. Diversamente, l'accertamento delle operazioni materiali in cui si concreta la detta attività o delle finalità per le quali viene posta in essere costituiscono senza dubbio giudizi di

---

<sup>112</sup> SATTA S., *Commentario*, cit., vol. II, 2, p. 196;

<sup>113</sup> Così anche Le Bars T., *Le défaut de base légale*, cit.

fatto, essendo volti a risolvere le *quaestiones voluntatis*. Ed infatti ben potrebbe essere che tali operazioni vengano svolte senza fini di lucro. A ben vedere, quindi, in tali ultime ipotesi la valutazione delle circostanze finalizzata alla ricostruzione storica del fatto integra una vera e propria opzione tra due possibili e si concreta nell'interpretazione della volontà delle parti. Volontà che invece, come visto, non rileva ai fini della qualificazione della predetta attività come attività imprenditoriale o meno.

Infine il giudizio di diritto concerne anche la deduzione dai fatti qualificati delle conseguenze giuridiche disciplinate dalla norma di diritto regolante il caso di specie.

Alla luce di tali osservazioni ne deriva quindi che, nonostante la difficoltà di determinare un criterio distintivo del giudizio di fatto dal giudizio di diritto, quest'ultimo può comunque essere rinvenuto nel carattere storico e discretivo del giudizio di fatto, il quale ammette una premessa contraria, e nel carattere universale del giudizio di diritto, il quale si fonda su premesse valide per tutti i giudizi.

### 3.2. *Delimitazione della ricerca al vizio di insufficiente motivazione e del défaut de base légale.*

Accertato quindi che il sindacato di legittimità sulla motivazione concerne solo i motivi di fatto e che in tale controllo si manifesta la differenza tra giudizio di fatto e giudizio di diritto nel senso che il predetto sindacato concerne ed ha ad oggetto solo questioni relative alla completezza dell'*iter* di ricostruzione storica delle *quaestiones voluntatis* e non anche i cosiddetti giudizi di valore (di qualificazione delle medesime *quaestiones voluntatis*), occorre ora stabilire i termini esatti del sindacato di legittimità sul vizio di motivazione e sul difetto di base legale, essendo in particolare necessario determinare se esso coinvolge anche la carenza totale di motivazione o se invece concerne solo l'insufficienza motivazionale.

Con riguardo all'ordinamento italiano, nessun problema si poneva con riferimento alla precedente versione dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c., giacché la medesima riconosceva positivamente ed espressamente la possibilità di controllare l'omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto decisivo del giudizio. A tal proposito, pertanto, non sussistevano dubbi in ordine

all'omogeneità del vizio di omessa motivazione con quello di motivazione insufficiente, sussistendo tra tali vizi esclusivamente una differenza di «grado»<sup>114</sup>.

Ad ogni modo, la questione ora si pone in quanto a seguito della Novella dell'estate 2012, l'art. 360 c.p.c. non menziona più la parola «motivazione», sicché è stato dai più paventata la scomparsa della possibilità di censurarne l'insufficienza. Parte della dottrina ha suggerito di recuperare almeno la possibilità di controllare le più gravi carenze motivazionali attraverso il motivo della nullità della sentenza di cui all'art. 360, comma 1°, n. 4, c.p.c.<sup>115</sup>. Come visto, infatti, la motivazione – *rectius* l'esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione – è un requisito essenziale dell'atto sentenza (art. 132, comma 2°, n. 4, c.p.c.) la cui – totale – mancanza impedisce all'atto di raggiungere il suo scopo di giustizia (Satta), rendendolo pertanto nullo ai sensi dell'art. 156, comma 2°, c.p.c. Tale condivisibile soluzione varrebbe però solo con riferimento ai casi di totale carenza di motivazione, di motivazione apparente, contraddittoria o totalmente illogica, mentre più difficile sarebbe estendere la predetta soluzione anche al caso di motivazione insufficiente. Altra parte della dottrina, sulla scia di Cass. n. 8053/2014 di cui si tratterà più ampiamente nel prosieguo, ha invece ritenuto che il vizio di motivazione totalmente carente o contraddittoria sia comunque censurabile ai sensi del nuovo art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c.<sup>116</sup>. Nonostante,

---

<sup>114</sup> Sul punto, la medesima dottrina francese osserva che i sopramenzionati vizi condividono la stessa natura di *error in procedendo* a differenza di quanto è invece generalmente affermato con riguardo al difetto di base legale e al difetto di motivi. Per tutti, cfr. BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation*, cit.

<sup>115</sup> BOVE M., *Giudizio di fatto e sindacato della Corte di cassazione: riflessioni sul «nuovo» art. 360, n. 5, c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.* 2012, p. 682; CARRATTA A., *Giudizio di cassazione e nuove modifiche legislative: ancora limiti al controllo di legittimità*, in *www.treccani.it* 2012; COMOGLIO L.P., *Requiem per il processo giusto*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2013, p. 62; CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 2a ed. agg., Torino, 2013, vol. III, p. 419; ID., *Nuovi e indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di «svaporamento»*, in *Corriere giur.* 2012, p. 1140; DE CRISTOFARO M., *Appello e cassazione alla riprova della ennesima «riforma urgente»: quando i rimedi peggiorano il male (considerazioni di prima lettura del d.l. n. 83/2012)*, in *www.judicium.it* 2012; M. FORNACIARI, *op. loc. cit.*; GALLETTO T., *«Doppio filtro» in appello, «doppia conforme» e danni collaterali*, in *www.judicium.it* 2012; IMPAGNATIELLO G., *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in cassazione*, in *Giusto proc. civ.* 2012, 757; PAGNI I., *Gli spazi per le impugnazioni dopo la riforma estiva*, in *L'appello e il ricorso per cassazione nella riforma del 2012*, in *Foro it.* 2012, V, p. 304 ss.; PICCININNI L., *I motivi di ricorso in Cassazione dopo la modifica dell'art. 360 n. 5*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 410; POLI R., *Le modifiche relative al giudizio di cassazione*, in *C. Punzi Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010-2013*, Torino, 2013., p. 202; TARUFFO M., *Addio motivazione?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, p. 375 ss., spec. p. 382.

<sup>116</sup> PASSANANTE L., *Le sezioni unite riducono al « minimo costituzionale » il sindacato di legittimità sulla motivazione della sentenza civile*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2015, 179 ss. Il risultato cui perviene l'autore non è peraltro nella sostanza così dissimile da quanto sostiene la dottrina maggioritaria.

quindi, la Novella abbia ridotto l'ampiezza del sindacato indiretto sul giudizio di fatto, ciò non esclude l'esigenza di direzionare e concentrare l'attenzione proprio sul tema dell'insufficienza della motivazione, essendo in proposito necessario stabilire la sussistenza o meno della possibilità del predetto controllo; e non anche concentrare l'attenzione sul tema del controllo della motivazione apparente, il quale è come visto pacificamente ammesso.

Maggiori difficoltà sorgono, invece, con riguardo al diritto francese, giacché come accennato la dottrina d'oltralpe scinde e separa il vizio di *défaut des motifs* da quello di *défaut de base légale*.

Sul punto si è visto che l'obbligo di motivazione delle decisioni giurisdizionali è previsto dall'art. 455 CPC a pena di nullità 458 CPC. La sua mancanza può pertanto essere fatta valere in cassazione ed in particolare, trattandosi di una sanzione comminata per il mancato rispetto delle forme essenziali previste a pena di nullità, viene classificata dalla maggior parte della dottrina e dalla giurisprudenza della Corte di cassazione francese quale *vice de forme* affettante l'atto sentenza<sup>117</sup>. Tuttavia, il vizio di motivazione che rileva ai sensi degli artt. 455 e 458 CPC è quello che riguarda la carenza assoluta di motivazione ossia tutti quei casi in cui una sentenza rigetti o accolga le conclusioni di una delle parti litiganti senza giustificare tale decisione in alcun modo; nei casi di motivazione apparente, non rappresentando quest'ultima la giustificazione razionale della decisione e trasformandosi invece nella mera affermazione di una proposizione o di una constatazione di fatto priva di qualsivoglia apprezzamento valutativo<sup>118</sup>. Rientra in tale categoria anche la contraddizione dei motivi, giacché secondo l'unanime opinione di dottrina e giurisprudenza quest'ultima determina la vicendevole distruzione dei motivi, con la conseguenza che la decisione risulta priva di giustificazione.

Non rientra invece in tale particolare categoria di vizio di motivazione il difetto di base legale, che diversamente sanziona non l'inesistenza – anche grafica - della motivazione, bensì la sua inidoneità a dare adeguata giustificazione della

---

<sup>117</sup> Per tutti, cfr. FRICERO N., in *Droit et pratique de la procédure civile*, cit., n° 412.181, p. 1189 ss.; GUINCHARD S., FERRAND F., CHAINAIS C., *Procédure civile*, cit., p. 516 s., p. 519 s.; GUINCHARD S., FERRAND F., CHAINAIS C., *Procédure civile. Droit interne*, cit., p. 902 ss.

<sup>118</sup> Boré J., Boré L., *La Cassation en matière civile*, Paris, 2008, n.° 77.61 ss., p. 408 ss.;

decisione o di un punto di esso. Giova peraltro sottolineare che la decisione affetta da difetto di base legale viene impugnata dinanzi alla Corte di cassazione d'oltralpe non per violazione dell'art. 455 CPC, ma per mezzo della norma di legge sostanziale regolante il caso concreto. In quest'ordine di idee la non conformità della sentenza alle norme di diritto consiste non nella violazione diretta della regola di diritto applicata dal giudice, ma nell'assenza di corrispondenza tra elementi di fatto accertati dal giudice ed elementi costitutivi necessari per l'applicazione di quella regola di diritto al caso di specie, cui peraltro consegue l'impossibilità per il giudice di verificare la correttezza – legale – della decisione. La predetta assenza di corrispondenza si traduce quindi in un errore di «merito» della motivazione e non tanto in un vizio di forma, come per il caso in cui la motivazione è del tutto assente. È questa la conclusione condivisa dalla maggior parte della dottrina e giurisprudenza francese che se includono tra i vizi della motivazione tanto il difetto di motivi quanto il difetto di base legale, attribuiscono a tali vizi natura diversa, qualificando il primo come *vice de forme* ed il secondo quale *vice de fond*.

A siffatta distinzione è come visto correlato un diverso oggetto del controllo sulla motivazione cui peraltro si accompagna una diversa tecnica del controllo. Difatti, una cosa è verificare l'esistenza grafica, la coerenza e la leggibilità dei motivi, altro è invece vagliare l'esistenza di una faglia nel ragionamento del giudice.

Tali brevi considerazioni sono sufficienti per stabilire che il vizio della motivazione che censura l'incompletezza dell'*iter* di ricostruzione storica delle *quaestiones voluntatis* è il difetto di base legale e non già il mero *défaut de motifs*. L'oggetto rilevante presente analisi è pertanto quello del vizio di motivazione insufficiente, integrante un difetto di base legale.



## SEZIONE II: I LIMITI DEL CONTROLLO

1. *La moltiplicazione delle ipotesi di inammissibilità del ricorso per cassazione nel codice di procedura civile italiano.*

Lo studio del sindacato di legittimità sulla motivazione impone in via preliminare di analizzare anche i limiti all'accesso al giudizio di cassazione. Difatti l'effettività del controllo è condizionata dall'esistenza di alcune disposizioni del codice di rito o da alcuni orientamenti giurisprudenziali che escludono o limitano l'intervento della Corte di cassazione italiana, e ciò con riguardo – per quanto interessa in questa sede – ai motivi di ricorso aventi ad oggetto la censura della motivazione.

A tal proposito, non si può peraltro non osservare che già dal 2009 il legislatore italiano con la l. n. 69/2009 ha introdotto una norma volta a limitare l'ammissibilità dei ricorsi per cassazione redatti in modo non conforme a quanto per l'appunto stabilito dall'art. 360 *bis* c.p.c. (cfr. *infra* n. 1.1.). Mosso dai medesimi intenti deflattivi, il legislatore ha disciplinato all'art. 348 *ter*, commi 4° e 5°, c.p.c. nel 2012 un'ulteriore ipotesi di inammissibilità dei ricorsi per cassazione per il caso di cosiddetta doppia conforme (cfr. *infra* n. 1.3.). Senza contare che il d.lgs. n. 40/2006 aveva incluso tra i requisiti contenutistici del ricorso per cassazione anche il rispetto del principio - di matrice giurisprudenziale – dell'autosufficienza del ricorso per cassazione (art. 366, comma 1°, n. 6, c.p.c. su cui cfr. *infra* n. 1.2.).

Diversamente, il legislatore francese se ha stabilito che le *formations resraintes* escludano l'intervento della Corte di cassazione francese per i ricorsi «irricevibili» o manifestamente infondati (art. L. 131-6, COJ), non ha invece specificamente codificato le ipotesi in cui si concretano «l'irricevibilità» e la manifesta infondatezza, come ha invece fatto il legislatore italiano. Ne deriva quindi che i *conditores legum* francesi lungi dall'introdurre nuove ipotesi di inammissibilità del ricorso per cassazione e lungi dall'aver imposto particolari criteri di redazione del ricorso ai fini della sua ammissibilità, hanno riformato le modalità di decisione dei ricorsi, modificando l'*iter* di esame e decisione dei ricorsi da parte delle sezioni semplici. *Iter* di esame e di decisione dei ricorsi che pertanto non incide sull'accesso al giudizio di cassazione.

Al contrario, nel diritto francese è stata da sempre e pacificamente esclusa la possibilità di cumulare in un unico *moyen* (motivo) di cassazione più *cas d'ouverture*,

conclusione cui invece è recentemente giunta la Corte di cassazione italiana così creando in via giurisprudenziale un'ulteriore ipotesi di inammissibilità (cfr. *infra* n. 2.1.).

I recenti interventi normativi del legislatore italiano e l'impossibilità secondo il diritto francese di proporre cumulativamente più motivi di ricorso per cassazione impongono, pertanto, di vagliarne l'incidenza con riguardo al sindacato di legittimità sul vizio di motivazione, essendo a tal proposito necessario stabilire se tali limiti inficiano e diminuiscano l'effettività del controllo sulla motivazione.

### 1.1. *L'art. 360 bis c.p.c.*

Come visto, la l. n. 69/2009 ha introdotto all'art. 360 *bis* c.p.c.<sup>119</sup> italiano due nuove ipotesi di inammissibilità dei ricorsi per cassazione, prevedendo in particolare che «il ricorso è inammissibile: 1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte (di cassazione italiana) e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa; 2) quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo».

A seguito dell'entrata in vigore di tale norma, si era posto il problema relativo alla qualificazione dei predetti casi di inammissibilità dell'impugnazione quali requisiti comunque condizionanti in via generale la decidibilità di qualsiasi ricorso per cassazione o quali ulteriori ipotesi di inammissibilità che si affiancano a quelle già previste dall'ordinamento e operanti per i soli casi in cui a fronte di una sentenza di appello conforme all'orientamento della Suprema Corte italiana il ricorrente non prospetti argomenti nuovi idonei a mutarlo o per il caso in cui non vi sia alcuna censura dei principi regolatori del giusto processo che appaia manifestamente infondata. Questa seconda interpretazione è decisamente preferibile, essendo evidente che l'art. 360 *bis* c.p.c. non impone quali requisiti di

---

<sup>119</sup> TISCINI R., in AA. VV., *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Comoglio L.P., Consolo C., Sassani B., Vaccarella R., Torino, 2012, *sub art. 360 bis*, 609 ss.; CARPI F., TARUFFO M., *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2012; CONSOLO C. (diretto da), *Codice di procedura civile*, Roma, 2013, 867 ss.; SASSANI B., *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2015, 524 ss.; POLI R., *Il c.d. filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 363 ss., LUISSO F. P., *Diritto processuale civile*, Milano, 2013, II, p. 422 ss.

ammissibilità del ricorso la circostanza che vengano impugnate le sole pronunce di appello che abbiano aderito agli orientamenti di legittimità, né tantomeno la circostanza che la censura concerna necessariamente una regola del giusto processo.

Ciò premesso e premesso che con riguardo alla prima ipotesi di inammissibilità nessun problema si pone quando la sentenza impugnata con ricorso per cassazione abbia deciso una questione di diritto in senso difforme alla consolidata giurisprudenza di cassazione, le difficoltà interpretative della norma sono poste dalla formulazione letterale della stessa laddove richiede che «l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa», non essendo chiaro cosa debba intendersi per conferma o modifica dell'orientamento<sup>120</sup>.

Sul punto la stessa Corte di cassazione italiana con Cass. 17 settembre 2012, n. 15523, ha avuto modo di affermare che la parte ricorrente ha l'onere di articolare il o i motivi di ricorsi in modo da far apparire opportuno alla Suprema Corte di tornare sul proprio orientamento, specificando le ragioni per le quali sarebbe opportuno un tale ripensamento. Non sarebbe peraltro necessario che siffatto ripensamento debba comunque portare ad un mutamento di giurisprudenza, potendo invece lo stesso pervenire alla conferma dell'orientamento contestato sulla base di nuove argomentazioni sollecitate dalla parte impugnante. Sicché, in tale ordine di idee l'art. 360 *bis*, comma 1°, n. 1, c.p.c. ben può essere interpretato quale norma che imponga un requisito di contenuto del ricorso nel senso di richiedere alle parti di indicare l'esistenza di un orientamento giurisprudenziale sulla questione di diritto rimessa in discussione con il ricorso per cassazione e di indicare le ragioni per le quali la decisione della corte di appello contrasti con il medesimo<sup>121</sup>.

Stabilito il significato precettivo del n. 1 dell'art. 360 *bis* c.p.c. occorre stabilirne l'applicabilità al vizio di cui all'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c.

---

<sup>120</sup> Si tratta di una questione nodale, che la maggior parte degli interpreti si è posta. TISCINI R., *sub art. 360 bis*, cit., p. 609 ss.; CARPI F., TARUFFO M., *Commentario breve*, cit., p. 867 ss.; SASSANI B., *Lineamenti*, p. 524 ss.; PICARDI N., *Codice di procedura civile*, Milano, 2010, p. 1948, ss.; PICARDI N., SASSANI B., PANZAROLA A. (a cura di), *Codice di procedura civile*, Milano, 2013; POLI R., *Il c.d. filtro di ammissibilità*, cit., p. 363 ss.; LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, cit., II, p. 422 ss.

<sup>121</sup> CONSOLO C. (diretto da), *Codice di procedura civile*, Roma, 2013, 867 ss.

Sul punto la dottrina maggioritaria<sup>122</sup> è concorde nell'escluderne l'applicabilità, giacché concernendo il vizio di motivazione i motivi di fatto non sarebbe immaginabile alcuna giurisprudenza consolidata. Tuttavia, a tal riguardo, è preferibile l'opinione di chi invece ritiene «filtrabile» anche il motivo di ricorso di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c., trattandosi di un *error in procedendo* della sentenza impugnata<sup>123</sup>. E difatti l'orientamento maggioritario finisce per scambiare la giurisprudenza in materia di vizio di motivazione con i casi concreti di motivazione difettosa. Una simile conclusione sarebbe peraltro difficilmente conciliabile con il significato che tale dottrina attribuisce allo stesso art. 360 *bis* c.p.c., ossia quello di imporre un requisito formale di redazione del ricorso per cassazione al fine di garantire un'adeguata ponderazione dei motivi per cassazione. Requisito di contenuto che pertanto dovrebbe ritenersi applicabile a tutti i motivi di cui all'art. 360 c.p.c. Ne deriva quindi che l'effettività del sindacato sulla motivazione deve comunque ritenersi condizionato al superamento del filtro.

Per quanto riguarda invece la seconda ipotesi di inammissibilità, alcuni interpreti si erano chiesti se il legislatore avesse voluto introdurre un ulteriore requisito di ammissibilità dei ricorsi deducanti *error in procedendo*, con la conseguenza che il vizio denunciato avrebbe dovuto determinare anche una violazione dei principi regolatori del giusto processo. Tuttavia come visto la norma non prevede un requisito aggiuntivo per la decidibilità e per l'esame del motivo di ricorso per cassazione, ma impone una certa ponderazione nella formulazione dei motivi di ricorso. Ed in particolare prevede che quando il motivo del ricorso per cassazione censuri un principio regolatore del giusto processo, il medesimo possa essere dichiarato inammissibile se la predetta censura sia manifestamente infondata<sup>124</sup>; con ciò garantendo il ricorso in cassazione ai soli motivi meritevoli di essere esaminati e liberando la Corte dalla necessità di dover decidere anche di ricorsi puramente pretestuosi. Si deve quindi escludere che il n. 2 dell'art. 360 *bis* c.p.c. introduca un nuovo motivo di ricorso per cassazione.

---

<sup>122</sup> Per tutti, LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, Milano, 2013, II, p. 422 ss.

<sup>123</sup> POLI R., *Il c.d. filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 363 ss.

<sup>124</sup> PICARDI N., *Codice di procedura*, cit., p. 1948, ss.; PICARDI N., SASSANI B., PANZAROLA A. (a cura di), *Codice di procedura civile*, cit.; LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, cit., p. 422 ss.; Punzi C., *Il processo civile*, cit., II, p. 501 ss.

Anche a proposito di tale ipotesi di filtro la dottrina maggioritaria esclude che se ne possa fare applicazione con riguardo al vizio di motivazione. A ben guardare, però, il vizio di motivazione sanziona il mancato rispetto proprio di una delle regole del giusto processo, essendo l'obbligo di motivazione riconducibile all'art. 6 CEDU ed essendo il medesimo obbligo riconosciuto dall'art. 111 Cost. Dall'applicazione dell'ipotesi di cui al n. 2 dell'art. 360 *bis* c.p.c. anche ai motivi di ricorso censuranti un vizio di motivazione deriva un ulteriore ostacolo all'effettività del controllo, giacché tale vizio risulterà controllabile solo qualora integri una violazione non manifestamente inammissibile dei sopra menzionati articoli<sup>125126</sup>.

1.2. *L'art. 366, comma 1°, n. 6, c.p.c.: la codificazione del principio di autosufficienza del ricorso per cassazione.*

Nell'ordinamento italiano tra i limiti di accesso al giudizio di cassazione vi è anche il requisito di autosufficienza del ricorso, e ciò in quanto la mancata soddisfazione di tale requisito determina la dichiarazione di inammissibilità del motivo di ricorso non correttamente redatto<sup>127</sup>.

A ben vedere, anche in questo caso, ci si trova dinanzi ad un requisito contenutistico e redazionale che il ricorso per cassazione deve soddisfare. Ed in particolare, tale principio è volto a consentire ai massimi giudici di decidere le

---

<sup>125</sup> BRIGUGLIO A., in AA. VV., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio A., Capponi B., Padova, 2009, 55 ss.; PICARDI N., *Codice di procedura civile*, cit., p. 1948, ss.; PICARDI N., SASSANI B., PANZAROLA A. (a cura di), *Codice di procedura civile*, cit.; POLI R., *Il c.d. filtro di ammissibilità*, cit., p. 363 ss.

<sup>126</sup> Tale risultato deve peraltro ritenersi estendibile anche al nuovo n. 5 dell'art. 360 c.p.c. qualora lo si riconduca a uno specifico vizio della motivazione e segnatamente all'omessa motivazione sull'esistenza o l'inesistenza del fatto non esaminato.

Tuttavia, se si ritiene che l'omesso esame circa un fatto decisivo censuri un vizio del giudizio di fatto nel senso di non aver il giudice preso in considerazione le due opzioni per la ricostruzione del fatto storico (cfr. *infra* Sezione I, n. 3.1.), allora tale vizio potrebbe sfuggire al filtro di cui al n. 2 dell'art. 360 *bis* c.p.c., giacché formalmente il giusto processo include l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, ma non anche le regole che informano l'*iter* del giudizio di fatto. Soluzione preferibile alla luce dell'esigenza di non privare le parti dell'effettività del controllo indiretto sul giudizio di fatto.

<sup>127</sup> SASSANI B., *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. Dir. proc.*, 2006, p. 225 ss.; PUNZI C., *Il processo civile*, cit. II, p. 484 ss.; RUSCIANO S., *In tema di autosufficienza del ricorso per cassazione*, in *Giur. It.*, 2005, 1671; ID., *Il contenuto del ricorso per cassazione dopo il d.lgs. 40/2006. La formulazione dei motivi: il principio di autosufficienza*, in *Corriere giur.*, 2007, 279 ss.

questioni di diritto dedotte con l'impugnazione sulla base del testo del ricorso senza la necessità di dover ricercare o desumere «le ragioni» su cui si fonda il ricorso dagli atti del processo dei gradi precedenti.

La sua elaborazione risale alla fine degli anni '80 e se ne trova traccia già nella pronuncia Cass. 18 settembre 1986, n. 5656 che con riguardo ad un motivo di ricorso con cui veniva lamentato l'omesso esame di una prova ai sensi del vecchio art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c., affermava che la parte al fine di consentire al giudice il controllo sulla decisività della prova avrebbe dovuto «indicare specificamente le circostanze che formavano oggetto della prova e il nesso di causalità tra l'asserita omissione e la decisione» in conformità al principio di autosufficienza del ricorso per cassazione.

La Corte di cassazione ha quindi voluto porre un argine a quella prassi in base alla quale i ricorsi venivano redatti in modo incompleto senza l'indicazione degli elementi necessari per la decisione, prassi quest'ultima che comportava la necessità per la medesima Corte di dover ricercare nei fascicoli dei gradi precedenti i documenti sulla base dei quali poter decidere.

Tale criterio è stato quindi ampliato fino ad assurgere a principio cui informare la redazione del ricorso per cassazione, divenendo un requisito di contenuto-forma del ricorso ulteriore a quelli previsti dall'art. 366 c.p.c. Peraltro, tale principio opera con riguardo a tutti i motivi di cui all'art. 360 c.p.c. senza distinzione alcuna tra *errores in iudicando*<sup>128</sup> ed *errores in procedendo*<sup>129</sup>, fatti salvi gli adattamenti di volta in volta necessari per l'adeguata formulazione del motivo di ricorso.

Resta comunque fermo il fatto che siffatto principio si accompagna all'idea che l'indicazione specifica delle doglianze non sia più sufficiente al raggiungimento dello scopo volto a porre il giudice di legittimità nella condizione di poter decidere dell'impugnazione; e che invece sia necessario che il ricorso contenga in sé tutti gli elementi necessari affinché i massimi giudici possano avere completa cognizione della controversia, del suo oggetto, del significato delle doglianze e della portata delle censure mosse al provvedimento impugnato senza dover accedere ad altre «fonti di conoscenza» che non siano quelle del ricorso

---

<sup>128</sup> Cass. 30 maggio 2003, n. 8810; Cass. 8 giugno 1999, n. 5633.

<sup>129</sup> Cass. 19 novembre 2003, n. 17524.

medesimo. Ed in tale ordine di idee, la Suprema Corte è giunta a demandare – al fine dell’assolvimento dell’onere dell’autosufficienza del ricorso per cassazione – che vengano integralmente trascritti i documenti e gli atti su cui si fonda il ricorso<sup>130</sup>, con il conseguente aumento di mole del ricorso e con il conseguente rischio che alcuni ricorsi vengano redatti tramite l’integrale pedissequa e letterale riproduzione degli atti dei gradi precedenti onde non incorrere nella sanzione dell’inammissibilità.

Sul punto occorre peraltro sottolineare un’ulteriore specificazione del principio di autosufficienza da parte di quell’orientamento – di cui sono espressione Cass. 12 febbraio 2015, n. 2875<sup>131</sup> e già così Cass., sez. un., 3 novembre 2011, n. 22726<sup>132</sup> – che richiede, oltre alla trascrizione delle parti degli atti e dei documenti su cui si fonda il ricorso, anche l’indicazione specifica della collocazione dei medesimi all’interno dei fascicoli. Orientamento che rende una maggiore diligenza nella redazione del ricorso per cassazione.

In questa linea si iscrive peraltro Cass. 7 aprile 2014, n. 8053, la quale nell’interpretare il nuovo n. 5 dell’art. 360 c.p.c. ha anche specificato che la riformulazione di tale motivo di ricorso ha avuto dei riflessi pratici sugli oneri da assolvere ai fini del soddisfacimento del principio di autosufficienza. Ed in particolare il Supremo Collegio italiano ha affermato che «la parte ricorrente dovrà indicare - nel rigoroso rispetto delle previsioni di cui all’art. 366, comma 1°, n. 6, e art. 369, comma 2°, n. 4, c.p.c. - il “fatto storico”, il cui esame sia stato omesso, il “dato”, testuale o extratestuale, da cui ne risulti l’esistenza, il “come” e il “quando” (nel quadro processuale) tale fatto sia stato oggetto di discussione tra le parti, e la “decisività” del fatto stesso»<sup>133</sup>.

Al di là dell’accentuato rigorismo cui è ispirata la sopramenzionata pronuncia di legittimità e delle incombenze che in virtù della medesima gravano ora su chi voglia far valere l’omesso esame circa un fatto decisivo, occorre

---

<sup>130</sup> Così da ultimo Cass., 11 marzo 2015, n. 4875, in *Osservatorio sulla cassazione civile*, a cura di PORCELLI F., in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 865.

<sup>131</sup> PORCELLI F., *Osservatorio sulla cassazione civile*, cit., p. 865. E nello stesso senso la recente Cass. n. 10544/2015.

<sup>132</sup> BERTOLDI V., *Osservatorio sulla cassazione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, § 13.

<sup>133</sup> Nello stesso senso Cass. n. 19881/2015, in *Osservatorio sulla cassazione civile*, a cura di PORCELLI F., in *Riv. Dir. proc.*, 2015, 865.

sottolineare che indicare «come e quando un fatto storico sia stato oggetto di discussione tra le parti» significa richiedere la trascrizione di più atti dei gradi anteriori della controversia con un notevole appesantimento del ricorso. Senza contare che, stando a quanto da ultimo richiesto dalla Suprema Corte ai fini dell'assolvimento dell'onere dell'autosufficienza, l'indicazione del dato testuale o extratestuale da cui risulti l'esistenza del fatto storico – oltre a porre notevoli difficoltà laddove si consideri che l'esistenza del fatto è il risultato del giudizio di fatto, non risultando, quindi e salvo particolari ipotesi, *tout court* dai documenti di causa – pone un problema interpretativo relativo al significato da attribuirgli, essendo necessario stabilire se con tale locuzione la Corte abbia ritenuto sufficiente la mera riproduzione di tale dato o se invece ne richieda l'integrale riproduzione.

Ne deriva quindi che, in assenza di ulteriori specificazioni sul punto, l'effettività della possibilità di censurare l'omesso esame circa un fatto decisivo potrebbe essere inficiata dalla redazione del motivo non conforme a quanto di volta in volta richiesto dalla Suprema Corte in punto di autosufficienza.

### 1.3. *L'art. 348 ter, commi 4° e 5°, c.p.c.*

Il già più volte menzionato d.l. n. 83/2012 oltre ad aver modificato l'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. italiano ha previsto l'impossibilità di far valere l'omesso esame di un fatto decisivo nei casi di «doppia conforme». Nella specie il legislatore ha previsto che quando l'ordinanza di inammissibilità di cui all'art. 348 *bis* c.p.c. è fondata sulle stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto, poste a base della decisione impugnata, il ricorso per cassazione avverso la sentenza di primo grado può essere proposto solo per i primi quattro motivi dell'art. 360 c.p.c. E al quinto comma stabilisce che, salvo il caso in cui la sentenza di appello sia emessa in un giudizio in cui sia obbligatorio l'intervento del p.m. ai sensi dell'art. 70, comma 1°, c.p.c., il ricorso per cassazione non è ammesso quando la pronuncia di appello conferma la decisione di primo grado<sup>134</sup>.

---

<sup>134</sup> Per approfondimenti cfr. PANZAROLA A., *I commi 4 e 5 dell'art. 348-ter c.p.c.: l'incensurabilità del vizio di motivazione*, in Martino R., Panzarola A., *Commentario alle riforme del processo civile dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Torino, 2013, 686 ss.



A tal proposito, molti commentatori hanno sottolineato che perdere in tali ipotesi la possibilità di ricorrere in Cassazione «è poca cosa»<sup>135</sup> a fronte della nuova formulazione dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c., che non lascia spazio una veritabile possibilità di censurare la motivazione.

Oltre a tale considerazione, occorre sottolineare che i meccanismi di inammissibilità stabiliti dal legislatore non sono perfettamente sovrapponibili, giacché mentre il quarto comma richiede che l'ordinanza di inammissibilità sia fondata sulle stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto, il quinto comma richiede solo che la sentenza di appello confermi la decisione impugnata. Sicché, non è dato sapere se la conferma della decisione di prime cure debba concernere la sola conclusione in diritto, la motivazione in diritto, quella in fatto, la soluzione data alla *questio facti* o la ricostruzione della stessa, o un insieme combinato di tali elementi. Alcuni interpreti hanno invece fatto leva sul rinvio contenuto nel quinto comma dell'art. 348 *ter* c.p.c. per escludere una reale ed effettiva differenza tra il quarto ed il quinto comma della predetta disposizione<sup>136</sup>. Ed infatti il rinvio opererebbe con riguardo ai requisiti della «doppia conforme» sulla soluzione della *quaestio facti* e quindi sull'identità di ragioni e non anche sulla ricostruzione in fatto. In quest'ordine di idee, il diverso rilievo attribuito alle prove non escluderebbe l'operatività del meccanismo sopra descritto qualora le due decisioni conducano alle medesime conclusioni.

Suscita non poche perplessità tuttavia anche la previsione di cui al quarto comma, in quanto l'ordinanza di inammissibilità *ex* art. 348 *bis* è solo succintamente motivata «anche mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e il riferimento a precedenti conformi», con la conseguente difficoltà di veder configurata l'ipotesi di cui al medesimo quarto comma. Ed infatti risulta difficile immaginare un'ordinanza succintamente motivata da cui emerga che le questioni di fatto siano state decise con le stesse ragioni della sentenza di prime cure, anche solo per l'ampiezza.

Tali perplessità sono poi destinate ad aumentare se si osserva che la duplice omissione del fatto decisivo valga di per sé a dimostrare la non decisività del fatto

---

<sup>135</sup> CONSOLO C. (diretto da), *Codice di procedura civile*, Roma, 2013, 867 ss.

<sup>136</sup> TRISORIO LIUZZI G., *Il ricorso in Cassazione: le novità introdotte dal d.l. 83/2012*, in [www.judcium.it](http://www.judcium.it), 2013.

non esaminato, nonostante siffatta omissione sia stata censurata con i motivi di appello. Simile vuoto di tutela si crea laddove il giudice di seconde cure, pur ponendo a fondamento della decisione fatti diversi, giunge ad analoghe conclusioni rispetto a quelle del giudice di primo grado. In tale ipotesi infatti, se anche la pronuncia di appello fosse stata resa in un giudizio in cui il giudice ha trascurato di prendere in considerazione un fatto decisivo, la medesima non sarebbe impugnabile per tale vizio.

Ciò nondimeno l'equiparazione del trattamento impugnatorio dell'ordinanza di inammissibilità *ex art. 348 bis c.p.c.* e della sentenza di primo grado rischia di essere tacciata, come da alcuni sottolineato, di incostituzionalità. Difatti l'ordinanza di cui sopra viene messa all'esito di una cognizione sommaria che impedisce di poter parlare di un vero e proprio giudizio di fatto di secondo grado.

Ad ogni modo, ne deriva la limitazione dell'accesso al giudizio di cassazione per il vizio di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c.

## 2. *La creazione giurisprudenziale di limiti al controllo: un fenomeno tutto italiano.*

Come accennato, la Corte di cassazione italiana ha negli ultimi anni elaborato in via giurisprudenziale un numero sempre maggiore di ipotesi di inammissibilità del ricorso per cassazione. E invero, questa tendenza è stata sicuramente dettata dall'esorbitante numero di ricorsi di cui ogni anno la Suprema Corte nostrana è investita e che di fatto sovraccarica il ruolo generale e impedisce una completa e approfondita decisione dei ricorsi veramente meritevoli. Tuttavia di tal fatta si è giunti ad elaborazioni non sempre accettabili dal punto di vista sistematico.

Prima di procedere ad analizzare siffatte elaborazioni, va brevemente sottolineato che la Corte d'oltralpe – a differenza della Corte nostrana – non pare essere mai stata protagonista di interpretazioni restrittive dei limiti dell'accesso al giudizio di cassazione. Al contrario, come visto (cfr. *supra* cap. I, n. 1.2.), la stessa persegue una politica di garanzia del controllo di legittimità, allargandone le maglie nei limiti del rispetto di quanto stabilito dal codice di rito.

2.1. *Il divieto di formulazione congiunta dei motivi di ricorso di cui all'art. 360, comma 1°, nn. 3 e 5, c.p.c.*

Con riguardo al fenomeno di cui sopra viene in evidenza quell'orientamento giurisprudenziale italiano che nega la possibilità di formulare con un unico motivo di impugnazione censure afferenti tanto alla violazione o falsa applicazione di norme di diritto, quanto all'allora vizio di motivazione<sup>137</sup>.

Sul punto, occorre preliminarmente sottolineare che nel diritto francese tale divieto è stabilito all'art. 978 CPC, il quale per l'appunto stabilisce che a pena d'inammissibilità rilevabile d'ufficio, il *moyen de cassation* non può contenere due *cas d'ouverture à cassation*. E in particolare ogni *moyen* deve contenere, oltre al motivo di ricorso per cassazione, l'indicazione della parte di sentenza impugnata e la specificazione delle ragioni per cui incorre nel vizio censurato. La specificità dei motivi di impugnazione trova quindi espresso riconoscimento normativo e impone anche l'autonoma formulazione di ogni *cas d'ouverture à cassation*, e ciò al fine di consentire la verifica del rispetto del citato requisito di specificità. Ad ogni modo, il divieto di cui all'art. 978 CPC si spiega anche in virtù di due ordini di ragioni. Il primo concerne la netta distinzione, agli occhi della Suprema Corte francese, tra difetto di base legale e vizio di falsa applicazione delle norme di diritto. Il secondo dipende dal fatto che nel giudizio di cassazione francese, come si vedrà nel prosieguo, il motivo di difetto di base legale è sufficiente a raggiungere quel risultato che nel giudizio di cassazione italiano i ricorrenti tendono a perseguire tramite la formulazione congiunta dei motivi di cui all'art. 360, comma 1°, nn. 3 e 5, c.p.c.

E infatti se il difetto di base legale pone, per la sua struttura, all'attenzione della Suprema Corte francese il rapporto tra fatto e regola di diritto, tale rapporto non emergeva *sic et simpliciter* dalla censura del vizio di motivazione di cui al vecchio art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. Tanto è vero che i più acuti studiosi del giudizio di cassazione sottolineano che la doglianza circa la violazione o falsa applicazione di norme di diritto «appare in pratica non completamente portata a

---

<sup>137</sup> Si è vivacemente schierato contro tale orientamento SASSANI B., *La logica del giudice e la sua scomparsa in cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 639 ss.

segno se non unita alla censura sulla motivazione relativa ai fatti ai quali quella data norma o quel principio dovrebbero applicarsi, o sono stati applicati»<sup>138</sup>.

Al contrario, i massimi giudici hanno cominciato a sanzionare con l'inammissibilità la giustapposizione dei motivi di cui ai numeri 3 e 5 dell'art. 360 c.p.c. E ciò in quanto, ad avviso del Supremo Collegio italiano, «la mescolanza e la sovrapposizione di mezzi d'impugnazione intrinsecamente eterogenei, facenti riferimento alle diverse ipotesi contemplate sotto l'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5, mostra di non tener conto dell'impossibilità della prospettazione di una medesima questione sotto profili incompatibili, quali quello della violazione di norme di diritto, che suppone accertati gli elementi del fatto in relazione al quale si deve decidere della violazione o della falsa applicazione della norma, e del vizio di motivazione, che quegli elementi di fatto intende precisamente rimettere in discussione»<sup>139</sup>.

Il punto critico della prassi censurata dalla giurisprudenza di legittimità italiana viene da quest'ultima ravvisato nel fatto che «l'esposizione diretta e cumulativa delle questioni concernenti l'apprezzamento delle risultanze acquisite al processo e il merito della causa mira a rimettere al giudice di legittimità il compito di isolare le singole censure teoricamente proponibili, onde ricondurle ad uno dei mezzi d'impugnazione enunciati dall'art. 360 cod. proc. civ., per poi ricercare quale o quali disposizioni sarebbero utilizzabili allo scopo, così attribuendo, inammissibilmente, al giudice di legittimità il compito di dare forma e contenuto giuridici alle lagnanze del ricorrente, al fine di decidere successivamente su di esse»<sup>140</sup>.

Tali ultime considerazioni rivelano tuttavia che la vera ragione sottostante l'elaborazione giurisprudenziale in esame sia più quella di evitare alla Corte di dover leggere attentamente il ricorso per poter correttamente intendere e ricostruire i singoli profili delle doglianze dei ricorrenti, che quella della pretesa incompatibilità dei due motivi di ricorso proposti avverso la stessa parte di

---

<sup>138</sup> MAZZARELLA F., *Analisi del giudizio civile di cassazione*, Padova 2003, 76.

<sup>139</sup> così Cass. 18 gennaio 2013, n. 1286; Cass. 3 gennaio 2013, n. 38; Cass. 23 settembre 2011, n. 19443; Cass. 7 maggio 2007, n. 10295.

<sup>140</sup> Così Cass. 3 gennaio 2013, n. 38. Tuttavia in senso contrario si è orientata Cass. 8 maggio 2012, n. 6931, con nota di RIZZA C., *Controllo di legittimità e rivalutazione del fatto nel sindacato della Cassazione sul c.d. vizio logico*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 736 ss.

sentenza impugnata. E infatti, a tal proposito, è difficile negare la colleganza tra il vizio di falsa applicazione di legge e quello di motivazione laddove l'inesatta ricostruzione del giudizio di fatto è sintomo dell'ingiusta soluzione della questione di diritto; e a sua volta l'errata interpretazione della norma di diritto può influenzare la ricognizione degli elementi di fatto cui siffatta norma riconduce un determinato effetto giuridico<sup>141</sup>.

Ad ogni modo e con precipuo riguardo al profilo concernente la pretesa inopportunità del fatto che la Corte di cassazione debba leggere il ricorso, ricondurre i motivi a una delle censure di cui all'art. 360 c.p.c. e scegliere quanto rileva in ordine ai motivi di ricorso, si rileva che ciò non dovrebbe stupire i massimi giudici, rientrando il dovere di leggere il ricorso tra i compiti del giudice<sup>142</sup>.

Come visto, però, tale giurisprudenza si è consolidata nel tempo, venendo a costituire una regola di diritto vivente; sicché coloro che vogliono far valere il vizio di omesso esame circa un fatto decisivo devono necessariamente formularlo separatamente dalla censura di cui al numero 3 dell'art. 360 c.p.c., pena altrimenti la dichiarazione di inammissibilità del ricorso.

## 2.2. *La riduzione del controllo ai vizi di motivazione che si trasformano in violazione di legge.*

Un ulteriore limite all'intervento della Suprema Corte italiana in materia di vizio di motivazione è stato recentemente imposto da Cass., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053<sup>143</sup> e da Cass., sez. un., 19 settembre 2014, n. 19881.

---

<sup>141</sup> Peraltro, sul punto la migliore giurisprudenza di cassazione nel verificare la sussistenza di un vizio motivazionale ha messo in relazione il fatto con la regola di diritto applicata al caso di specie ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 862 s.; SASSANI B., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in cassazione*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 849.

<sup>142</sup> Ciò non toglie comunque che «chi redige il ricorso dovrebbe sempre mettere in condizione il "lettore" di apprezzare agevolmente i motivi che ne giustificano la proposizione», cfr. FRADEANI F., *Osservatorio sulla cassazione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, § 4.

<sup>143</sup> Pronuncia segnalata da ARCADI A., *Osservatorio sulla cassazione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, § 14. Per le prime osservazioni a questa sentenza cfr. PERROTTA G., *Il decreto crescita si applica anche alle liti tributarie*, in *Dir. e giustizia* 2014, p. 298 ss.; RUSSO A., *Ricorso per cassazione tributario soggetto allo stesso filtro del ricorso per cassazione dei giudizi civili*, in *Il fisco* 2014, p. 1682 ss. Per i commenti della sentenza PASSANANTE L., *Le sezioni unite riducono al « minimo costituzionale » il sindacato di legittimità sulla*

In particolare la prima delle pronunce citate in un *obiter dictum* ha fatto leva sul dato letterale della scomparsa della parola «motivazione» dal testo dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. per riabilitare il *revirement de jurisprudence* a suo tempo operato da Cass., sez. un., 16 maggio 1992, n. 5888. *Obiter dictum* che è stato invece elevato a principio di diritto dalla successiva Cass. n. 19881/2014, la quale ha letteralmente riprodotto le argomentazioni di Cass. n. 8053/2014. La sovrapposibilità delle argomentazioni di siffatte pronunce suggerisce un'unica trattazione per entrambi gli arresti.

Ebbene, la Corte italiana nel stabilire i limiti in cui a seguito della Novella è censurabile il vizio di motivazione, ne circoscrive la controllabilità ai casi in cui tale vizio sia talmente grave da trasformarsi in violazione di legge e determinare la nullità della sentenza per mancanza di motivazione ai sensi dell'art. 132, comma 2°, n. 4, c.p.c. Siffatta conclusione discende dall'esigenza di non distorcere il ruolo affidato dalla Carta costituzionale alla Corte di legittimità, la quale deve essere considerata giudice dello *ius constitutionis* e non, se non nei limiti della violazione di legge, dello *ius litigatoris*. Ad avviso dei massimi giudici in questo senso, devono essere intesi la volontà del legislatore e lo scopo del d.l. n. 83/2012 volti entrambi a ridurre il sindacato di legittimità sulla motivazione al minimo costituzionale: ossia ai casi di omissione di motivazione, motivazione apparente, manifesta e irriducibile contraddittorietà, motivazione perplessa o incomprensibile, sempre che il vizio sia testuale.

Tale conclusione, afferma la Corte, era quella vigente prima dell'intervento del d.lgs. n. 40/2006, il quale ha invece esteso la possibilità di formare ricorso straordinario per cassazione per tutti i motivi di cui all'art. 360 c.p.c., introducendo in tale norma il comma quarto.

Si tratta di una soluzione che fa leva sulla considerazione secondo la quale «la garanzia costituzionale della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali dovesse essere correlata alla garanzia costituzionale del vaglio di legalità della Corte di cassazione, funzionale “ad assicurare l'uniformità dell'interpretazione ed applicazione del diritto oggettivo a tutela dell'uguaglianza dei cittadini”». Sicché, «l'anomalia motivazionale denunciabile in sede di legittimità quale violazione di

---

*motivazione della sentenza civile*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 179 ss; PORCELLI F., *Sull'omesso esame circa un fatto decisivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 1600 ss.

legge costituzionalmente rilevante [attiene] solo all'esistenza della motivazione in sé, prescindente dal confronto con le risultanze processuali, e si [esaurisce] nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella "motivazione apparente", nel "contrasto irriducibile fra affermazioni inconciliabili", nella "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile"<sup>144</sup>. Nondimeno, le Sezioni Unite aggiungono che le menzionate anomalie motivazionali devono necessariamente emergere dal testo della sentenza impugnata, non rientrando tra i compiti assegnati dalla Costituzione alla Suprema Corte «una verifica della sufficienza e della razionalità della motivazione sulle *quaestiones facti*, la quale implichi un raffronto tra le ragioni del decidere adottate ed espresse nella sentenza impugnata e le risultanze del materiale probatorio sottoposto al vaglio del giudice di merito».

Ne deriva, quindi, che a seguito della Novella del 2012 è ammesso il controllo della motivazione solo con riguardo al parametro dell'esistenza (sotto il profilo dell'assoluta omissione o della mera apparenza) e della coerenza (sotto il profilo della irriducibile contraddittorietà e dell'illogicità manifesta) e non invece con riguardo al parametro della sufficienza; e ciò sempre se il vizio emerge dal testo del provvedimento impugnato.

Tale soluzione accoglie la concezione formale della motivazione e fa così cadere nel vuoto le voci di quella dottrina che aveva rilevato che proprio la Novella dell'estate 2012 aveva finalmente dato ingresso alla concezione sostanziale della motivazione intesa nel suo indissolubile rapporto con le risultanze probatorie.

A nostro avviso, però siffatta soluzione mal si concilia con i principi costituzionali in materia di motivazione dell'ordinamento italiano. E infatti, la costituzionalizzazione della garanzia del giusto processo all'art. 111, comma 1°, Cost. impone di interpretare tutte le garanzie costituzionali alla luce del principio

---

<sup>144</sup> Si tratta del *revirement de jurisprudence* a suo tempo operato da Cass., sez. un., 16 maggio 1992, n. 5888, in *Giur. it.* 1994, 4 ss., con nota di DE CRISTOFARO M., *Ricorso straordinario per cassazione e censure attinenti alla difettosa motivazione (del rapporto fra art. 360, n. 5, c.p.c. ed art. 111, 2o comma Cost.)*; in *Corriere giur.* 1992, 751 ss., con nota di MANDRIOLI C., *Le Sezioni Unite limitano l'accesso al ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Costituzione*; in *Foro it.* 1992, I, 1737 ss., con nota di BARONE M.C.; in *Corriere trib.* 1992, 2069 ss., con nota di GUARNIERI G. L'attualità di Cass. n. 5888/1992 discenderebbe dall'eliminazione della parola motiva- zione dal testo del nuovo art. 360 c.p.c.

di effettività. Sicché, l'ampiezza dell'obbligo costituzionale di motivazione non può essere stabilita solo alla luce dell'art. 111, comma 7°, Cost., ma deve essere fissata interpretando l'art. 111, comma 6°, Cost. in relazione sistematica con i principi cardine della giurisdizione alla cui tutela tale previsione è preposta, essendo la motivazione «un istituto intrinseco all'ordinamento giuridico»<sup>145</sup>.

A tal proposito, giova rammentare che il rispetto del principio di imparzialità e terzietà del giudice, del contraddittorio e del diritto di difesa impongono che il giudice giustifichi razionalmente la ricostruzione della situazione storica attraverso il riferimento alle prove. E ciò in quanto al fine di consentire alle parti il controllo della ragionevolezza del comando è opportuno indicare in motivazione i mezzi di prova su cui il giudice ha fondato il suo convincimento intorno all'esistenza o all'inesistenza di un fatto storico, essendo quest'ultimo proprio frutto della valutazione critica delle prove, ovvero del giudizio di fatto.

A ben guardare, quindi, la possibilità di censurare il vizio di motivazione nei soli casi in cui si converte in violazione di legge – rilevante ai sensi dell'art. 111 Cost. – ed in cui emerge dal testo del provvedimento impugnato inficia decisamente la funzione di garanzia della motivazione, riducendola a mera dimostrazione formale del rispetto del diritto di difesa e del principio del contraddittorio. Priva peraltro sostanzialmente le parti del diritto a ottenere dal giudice di merito una motivazione completa e razionale sulle *quaestiones facti* con grave nocimento dell'obbligo costituzionale di motivazione.

Nondimeno, giova rammentare che il controllo sulla sufficienza logica della motivazione rispetto alle risultanze probatorie non comporta affatto una rivalutazione del fatto vietata alla Corte di cassazione. Diversamente tale controllo risponde all'esigenza di garantire alle parti la possibilità di verificare il rispetto delle regole dell'accertamento del fatto e del convincimento del giudice. Nella specie, consente di vagliare l'effettività dell'opzione in cui si concreta il giudizio di fatto senza tuttavia che ciò determini una censura nel merito la scelta effettuata dal giudice, la quale è per definizione rimessa al suo libero apprezzamento; bensì permettendo di verificare se il giudice ha effettivamente tenuto in conto i due

---

<sup>145</sup> MONTELEONE G., *Riflessioni sull'obbligo di motivare le sentenze (motivazione e certezza del diritto)*, in *Giusto proc. civ.* 2013, 1 ss., spec. 16.



possibili. Appare quindi evidente che il raffronto con le risultanze probatorie è volto a dimostrare la correttezza legale dell'*iter* del giudizio di fatto e non anche il merito dello stesso. Senza contare che la verifica della corrispondenza tra contenuto della motivazione e risultati del materiale probatorio assicura le parti contro le decisioni arbitrarie in cui il fatto è «adattato» alla norma giuridica, nascondendo quindi dietro un silenzio o un'ambiguità l'arbitraria applicazione della legge<sup>146</sup>.

Ad ogni buon conto ne deriva che ad oggi e se la Corte Suprema continuerà ad applicare la predetta interpretazione, il vizio di motivazione non comprende più la censura circa l'insufficienza dei motivi, ma solo quella concernente l'esistenza e la coerenza della motivazione.

### 3. *La crisi del diritto delle parti ad ottenere una decisione motivata.*

Una chiosa va a questo punto fatta alla tendenza legislativa e giurisprudenziale italiana a porre limiti all'accesso al giudizio di legittimità e in particolare a quelle misure specificamente dirette a ridurre la possibilità di far valere dinanzi al giudice di legittimità gli errori motivazionali.

A tal proposito occorre rammentare che se l'accesso al giudizio di cassazione è ammesso per una ristretta gamma di ipotesi, essendo quest'ultimo un mezzo di impugnazione a critica vincolata attraverso il quale le parti possono far valere solo i vizi della decisione corrispondenti ai motivi d'impugnazione tassativamente previsti dalla legge; diversamente, la fase finale di tale giudizio, consentendo la prosecuzione del processo nella successiva fase di rinvio, garantisce – *rectius* dovrebbe garantire - alle parti la possibilità di ottenere una nuova motivazione della sentenza impugnata per vizio di motivazione. Infatti, il giudizio di cassazione ha carattere rescindente e, a differenza dell'appello, non si conclude, salvo particolari ipotesi (art. 384, commi 2° e 4°, c.p.c.), con una pronuncia sostitutiva di quella impugnata, bensì con una pronuncia di mero annullamento, con la conseguenza che, in caso di accoglimento del ricorso, il processo deve proseguire nella fase di rinvio, affinché le questioni investite dalla censura e riaperte dalla pronuncia di annullamento siano nuovamente decise.

---

<sup>146</sup> ANDOLINA I., VIGNERA G., *Fondamenti costituzionali della giustizia civile*, Torino, 1997, p. 202.

Nelle ipotesi di cassazione rescindente con rinvio rientrerebbe anche la pronuncia che accerta l'esistenza del difetto motivazionale e annulla per tale motivo la sentenza impugnata, con la conseguenza che il giudice di rinvio è tenuto a rimotivare la sentenza impugnata in base alle indicazioni contenute nella pronuncia della Cassazione italiana. Ne deriva quindi che il carattere rescindente del giudizio di cassazione e quello rescissorio del giudizio di rinvio garantiscono, a differenza di quanto avviene per il giudizio di appello, la salvezza del diritto alla motivazione della sentenza impugnata.

Garanzia della salvezza del diritto alla motivazione della sentenza impugnata, che invece pare oggi essere messa fortemente in crisi dalla sopracitata tendenza a restringere le maglie dell'accesso al giudizio di cassazione.

Si è visto, infatti, che il nuovo art. 348 *ter*, commi 4° e 5°, c.p.c. esclude l'ammissibilità del ricorso per cassazione deducendo il motivo di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c. nel caso di doppia conforme; che la giurisprudenza ritiene inammissibile la giustapposizione dei motivi di ricorso di violazione e falsa applicazione di legge da un lato e di omessa o contraddittoria motivazione dall'altro; che recentemente la denunciabilità del vizio di motivazione è stata circoscritta ai soli casi in cui tale vizio sia talmente grave da trasformarsi in violazione di legge rilevante ai sensi dell'art. 111 Cost.

A ben vedere, tali ipotesi di fatto vanno a ledere il diritto delle parti alla motivazione della sentenza impugnata, laddove a monte escludono già la possibilità del controllo.

Si è dunque costretti a constatare l'erosione di un interesse delle parti, ma anche al contempo l'erosione di un caposaldo dell'ordinamento giuridico, attuandosi attraverso la motivazione la certezza del diritto e la realizzazione dell'ordinamento giuridico medesimo.

### 3.1. *Certezza del diritto e motivazione.*

L'obbligo di motivazione, infatti, soddisfa oltre che l'interesse delle parti al controllo del legittimo esercizio della funzione giurisdizionale anche l'esigenza di assicurare la certezza del diritto nel caso concreto<sup>147</sup>.

---

<sup>147</sup> MONTELEONE G., *Riflessioni sull'obbligo*, cit., p. 1 ss.

A fronte dell'inevitabile incompletezza del diritto oggettivo e delle lacune che si creano nel seppur dinamico sistema delle norme generali e astratte, e a fronte della contestazione o del mancato rispetto da parte del singolo di una regola di diritto, il giudice ed in senso più ampio il processo hanno il compito di sciogliere l'incertezza giuridica generata dalla violazione e di riaffermare la vigenza della regola di diritto inosservata attraverso l'esercizio della funzione giurisdizionale, e segnatamente attraverso l'emissione della sentenza<sup>148</sup>.

In quest'ordine di idee emerge che la certezza del diritto nel caso concreto e nella vita reale non è invero garantita dalle norme di diritto generali e astratte, giacché la loro osservanza è rimessa alla coscienza del singolo. Al contrario, è garantita e trova «compiuta espressione» nel diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, come è d'altronde riconosciuto positivamente dall'art. 24 Cost. italiana e dall'art. 6 CEDU. E infatti, colui che voglia far valere nel caso di specie una violazione normativa si rivolge al giudice, che a fronte della domanda dell'individuo che ritiene leso un proprio diritto esercita la giurisdizione per accertare e dichiarare l'esistenza o l'inesistenza del diritto dedotto in lite; non essendo sufficienti le norme astratte ad assicurare in concreto al singolo la certezza del diritto.

L'ordinamento giuridico si concreta e trova quindi completa realizzazione nella sentenza e segnatamente nella parte in cui il giudice nel *ius dicere* spiega «perché il bene della vita è di Tizio o di Caio, cioè che quel bene sia dell'uno o dell'altro *secundum ius*»<sup>149</sup>, essendo i motivi della sentenza le ragioni della domanda giudiziale. La motivazione è il luogo in cui si concreta l'ordinamento giuridico e che pertanto rende «chiaro ed esplicito agli occhi delle parti in causa in modo da fugare definitivamente (col passaggio in giudicato) l'incertezza in cui si erano trovate»<sup>150</sup>.

Se, quindi, il diritto di azione, la giurisdizione e l'esistenza del processo da un lato e la sentenza dall'altro lato garantiscono la realizzazione dell'ordinamento giuridico nel caso concreto; la motivazione dal canto suo garantisce il supremo

---

<sup>148</sup> CHIOVENDA G., *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, Roma, 1930, p. 3; SATTA S., PUNZI C., *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 1 ss; PUNZI C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, Torino, 2009, I, p. 1 ss.

<sup>149</sup> SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano 1959, p. 498.

<sup>150</sup> MONTELEONE G., *Riflessioni sull'obbligo*, cit., p. 16.

valore della certezza del diritto, giacché è attraverso di essa che si manifesta l'ordinamento giuridico e con esso la riaffermazione della regola violata. Tanto è vero che la motivazione assume un ruolo fondamentale anche nella risoluzione delle future controversie di carattere simile, costituendo l'anello di collegamento tra la norma generale e astratta, il caso concreto, la violazione della norma e la realizzazione del diritto per mano del giudice, del processo e della giurisdizione<sup>151</sup>.

### 3.2. *Motivazione e giurisdizione.*

Con riguardo al rapporto tra motivazione e giurisdizione per la penna di un illustre Autore, si può pertanto affermare che nei motivi «e per essi veramente si concreta l'ordinamento giuridico», essendo «la sentenza (...) veramente sentenza» in virtù dei medesimi<sup>152</sup>.

Affermazione alla luce della quale le recenti tendenze legislative e giurisprudenziali italiane non possono non generare gravi perplessità e gravi ragioni di preoccupazione. Per questa via si giunge a negare la possibilità di riaffermare il diritto e di eliminare il contrasto nel caso concreto con un atto che sia rispettoso tanto delle regole di diritto sostanziale, quanto a monte delle regole processuali previste per il corretto accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza dei fatti che hanno dato luce alla vicenda litigiosa e per la corretta e legale formazione del convincimento del giudice. Dichiarare e affermare un diritto sconosciuto nella realtà concreta senza esigere il controllo del rispetto delle regole del processo significherebbe ammettere la legittimità di una sentenza che afferma la giustizia sostanziale, negando la giustizia processuale, con un risultato giuridicamente e socialmente inaccettabile. Giova, infatti, rammentare che le regole del processo, il rispetto del contraddittorio, il principio di terzietà ed imparzialità del giudice, il diritto di difesa ed il principio della parità delle armi sono non solo condizione legittimante sotto il profilo sociale, ma anche condizione di validità giuridica della sentenza.

Riaffermare l'ordinamento giuridico attraverso un atto che sia emesso in spregio delle regole del processo poste a salvaguardia della sua validità giuridica è

---

<sup>151</sup> MONTELEONE G., *Riflessioni sull'obbligo*, cit., p. 18.

<sup>152</sup> SATTA S., *Commentario*, cit. vol. I, p. 500.

all'evidenza un non-senso. La certezza del diritto diverrebbe un concetto relativo e la stessa giurisdizione ed il processo perderebbero la loro legittimazione agli occhi del popolo. Non senso verso il quale tuttavia si stanno dirigendo in pariglia la giurisprudenza di legittimità ed il legislatore, laddove limitano la possibilità di censurare il mancato rispetto delle regole che informano il giudizio di fatto ed il cui rispetto è, o meglio dovrebbe essere, dimostrato dalla motivazione della sentenza.

### SEZIONE III: LA TECNICA DEL CONTROLLO

#### 1. *Il rapporto tra fatto e norma: una creazione della Corte di cassazione francese.*

La creazione del controllo sulla motivazione come l'elaborazione e l'affinamento della tecnica di siffatto controllo trovano la loro origine non in una previsione legislativa, bensì nella pratica e nella giurisprudenza della Corte di cassazione francese.

Le prime apparizioni di alcune ipotesi di controllo della motivazione, che sottendevano una tecnica analoga a quella oggi sottesa al controllo del difetto di base legale, risalgono addirittura al 1808<sup>153</sup>. E difatti se la nozione *défaut de base légale* compare per la prima volta negli scritti dottrinari e nelle pronunce della Cassazione francese verso la fine del 1800 e gli inizi del 1900, la tecnica ad essa sottesa era già utilizzata dalla Suprema Corte per annullare – per vizio di violazione di legge – le sentenze i cui motivi impedivano alla Corte di effettuare il controllo a causa del loro carattere ambiguo.

A tal riguardo e con riferimento ad una controversia avente ad oggetto diritti feudali Cass. 26 ottobre 1808 ha annullato la sentenza arbitrale che non spiegava se gli abitanti di un luogo erano stati vassalli o meno di una delle parti litiganti, con la conseguenza che tale carenza aveva impedito di verificare se l'applicazione alla controversia dell'art. 8 l. 28 agosto 1972 (disciplinante la reintegrazione nel possesso dei beni posseduti anteriormente lo spoglio

---

<sup>153</sup> BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, Paris, 2008, n° 78.05, p. 428 s.; ma già LE BARS T., *Le défaut de base légale*, n.° 90, p. 70; SASSANI B., *La logica del giudice e la sua scomparsa in cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 639 ss.

effettuato dai signori) fosse o meno corretta<sup>154</sup>. Lamentavano in particolare i massimi giudici che la laconicità e ambiguità della decisione nella parte in cui non aveva accertato e motivato l'esistenza del legame feudale, che costituiva un elemento costitutivo della fattispecie legale descritta nella norma di legge applicata dagli arbitri.

Similmente, la Cassazione (francese) penale del 22 maggio 1812<sup>155</sup> ha annullato la sentenza impugnata che aveva assolto un imputato del diritto di truffa sulla base della considerazione che dallo svolgimento del processo non risultava alcuna prova idonea a dimostrare l'esistenza di un fatto sussumibile nel delitto di truffa. E ciò in quanto la vaghezza di tale affermazione non stabiliva con certezza se i fatti fossero stati provati o meno, impedendo al giudice dell'impugnazione di valutare la – correttezza – della qualificazione legale attuata dal giudice *a quo*. Annullamento questa volta conseguito per il tramite del *visa* dell'art. 7, l. 10 aprile 1810, che come visto imponeva l'obbligo di motivazione delle sentenze.

E più nettamente, Cass. crim. 22 dicembre 1922<sup>156</sup> laddove affermava che *les juges correctionnelles* non potevano sottrarre le loro pronunce al controllo della Corte di cassazione, astenendosi dall'illustrare i fatti in modo preciso e completo.

È interessante notare che tali pronunce, e con esse tante altre, evidenziavano il legame tra decisioni incomplete, imprecise e lacunose in punto di motivazione – di fatto – ed impossibilità per l'organo regolatore del diritto di espletare il proprio compito istituzionale<sup>157</sup>. Impossibilità che deriva precipuamente dall'inidoneità di siffatte motivazioni a consentire il controllo sull'esatta applicazione della legge al caso di specie in quanto prive di indicazioni sufficienti all'individuazione della ricorrenza degli elementi di fatto costitutivi della fattispecie legale e astratta disciplinata dalla norma di legge applicata al caso di

---

<sup>154</sup> Cass. civ. 26 oct. 1808, *Bull. Civ.*, n° 142, in BORÉ J., BORÉ L., *op. loc. cit.*; ma già Le Bars T., *op. loc. cit.*; Sassani B., *La logica del giudice*, cit., p. 639 ss.

<sup>155</sup> Cass. crim. 22 mai 1812, *Bull. Crim.* 1813, I, n° 68, in MARTY G., *La distinction du fait et du droit*, Paris, 1929, 279 ss.

<sup>156</sup> Cass. crim. 22 dic. 1922, *Bull. Crim.* 1922, I, n° 391, in MARTY G., *op. loc. cit.*;

<sup>157</sup> CREPON T., *Du pourvoi en Cassation*, vol. III, p. 46 ss.; FABREGUETTES M.P., *La logique judiciaire et l'art de juger*, Paris, 1914, p. 332 ss.; FAYE E., *La Cour de Cassation*, Paris, 1903, p. 133 ss.

specie. Così per i fatti idonei a dimostrare la qualità di vassallo<sup>158</sup> e così per i fatti costitutivi del delitto di truffa<sup>159</sup>.

Oltre a tale profilo, è peraltro interessante notare anche che, sotto il distinto aspetto dell'accesso al giudizio di cassazione, la prima delle pronunce menzionate è stata annullata per violazione di legge sostanziale mentre la seconda pronuncia per violazione della legge processuale disciplinante la nullità della sentenza priva degli elementi essenziali (art. 7, l. 10 aprile 1810).

Al di là delle considerazioni relative alla pur rilevante circostanza secondo cui tali pronunce costituiscono un'interpretazione estensiva della regola che, nell'ordinamento francese, ammetteva il ricorso in cassazione solo per «*contavention expresse à loi*», preme in questa sede sottolineare che annullare una sentenza mal motivata, facendo leva sul testo della legge sostanziale regolante il caso di specie o sulla previsione dell'obbligatorietà della motivazione, significa dare rilievo a due diversi aspetti funzionali dei motivi; non trattandosi quindi di una mera distinzione formalistica o nominalistica.

A ben vedere, infatti, nel secondo caso la deduzione di motivi relativi alla violazione dell'obbligo legislativo di motivazione privilegia la questione dell'assenza nel testo della sentenza di un'adeguata motivazione su un punto della controversia. In particolare viene in rilievo l'inidoneità del ragionamento motivazionale a sorreggere il dispositivo della decisione impugnata e verrebbe in rilievo un vizio di forma della decisione impugnata. Ed infatti, Cass. 22 maggio 1812<sup>160</sup> se riconosce che il difetto motivazionale impedisce alla Suprema Corte di effettuare il controllo sulla corretta applicazione della legge, dall'altro lato di fatto censura la motivazione non perché insufficiente, ma perché meramente apparente (essendosi il giudice limitato ad affermare l'assenza di prova). La portata della sanzione si riferisce pertanto all'argomentazione giuridica più che ai motivi di fatto, intesi quale giustificazione della ricognizione della *questio facti*.

Più interessante è invece il caso in cui la Corte regolatrice francese ha annullato la decisione mal motivata, facendo leva sulla norma di legge applicata

---

<sup>158</sup> Cass. civ. 26 oct. 1808, *Bull. Civ.*, n° 142; BORÉ J., BORÉ L., *op. loc. cit.*; ma già Le Bars T., *op. loc. cit.*; Sassani B., *La logica del giudice*, cit. p. 639 ss.

<sup>159</sup> Cass. crim. 22 mai 1812, *Bull. Crim.* 1813, I, n° 68, in MARTY G., *op. loc. cit.*

<sup>160</sup> Cass. crim. 22 mai 1812, *Bull. Crim.* 1813, I, n° 68, in MARTY G., *op. loc. cit.*

dal giudice di merito. Alcuni dubbi potrebbero insorgere circa la correttezza di siffatta soluzione, giacché la cassazione effettuata in virtù della legge sostanziale applicata al caso di specie presupporrebbe la violazione o la falsa applicazione della legge medesima, quando invece, da un lato, la Corte medesima afferma di non poter verificare la corretta applicazione della legge a causa dell'incompletezza motivazionale e, dall'altro lato, il difetto di motivazione non importa alcuna violazione.

A ben guardare, però, quella che appare fuor dubbio un'insufficienza della motivazione sui fatti idonei a far attribuire la qualità di vassallo ad una delle parti in causa viene ravvisata attraverso il raffronto del testo della legge applicata dal giudice di merito nel dispositivo al testo della sentenza; con un'operazione che era evidentemente volta ad individuare la ricognizione nella motivazione gli elementi di fatto richiesti dalla norma di legge per la sua applicazione. Ed invero, la ricognizione della qualità di vassallo era necessaria affinché potesse essere correttamente applicato l'art. 8, l. 28 agosto 1792. Sicché l'assenza di una giustificazione del giudizio sulla ricognizione di tale requisito da un lato e l'applicazione di una norma presupponente la ricorrenza del medesimo requisito dall'altro lato determinano, inevitabilmente, la non corrispondenza del testo della sentenza al testo della legge affermata in dispositivo; senza che tuttavia possa affermarsi e verificarsi una violazione di legge.

In quest'ordine di idee ben si capisce come l'insufficienza quantitativa dei motivi atti a giustificare l'applicazione di una certa disposizione legislativa possa ostacolare il controllo della corretta applicazione della legge al caso di specie; ed al contempo ben si comprende che tale distonia non è perciò solo idonea ad essere foriera di una violazione di legge. Si sciolgono pertanto i dubbi intorno alla pertinenza della deduzione di tale vizio per il tramite della disposizione di legge sostanziale e non anche per il tramite della disposizione che impone l'obbligo di motivare. Anticipando quanto verrà poi specificamente affrontato nel prosieguo, si può affermare che già Cass. 26 ottobre 1808<sup>161</sup> stabiliva che non è legalmente giustificata (attraverso la ricognizione degli elementi di fatto necessariamente richiesti dalla legge per la sua applicazione, e ciò in quanto) la decisione quando

---

<sup>161</sup> Cass. civ. 26 oct. 1808, *Bull. Civ.*, n° 142; BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation*, n° 78.05, p. 428; ma già LE BARS T., *Le défaut de base légale*, n° 90, p. 70 ; SASSANI B., *La logica del giudice*, p. 639 ss.



l'incompletezza della giustificazione della ricognizione degli elementi di fatto, la vaghezza della motivazione, la sua inadeguatezza, dubbiosità o genericità non consentono di poter ritenere l'esatta applicazione di una determinata fattispecie astratta al caso concreto né la soluzione di diritto adottata in dispositivo<sup>162</sup>.

Ecco quindi che viene in rilievo il rapporto tra fatto e norma<sup>163164</sup>.

Ed invero i primi processualisti che si erano occupati e preoccupati di definire la misteriosa nozione di «*défaut de base légale*», avevano enucleato una serie di ipotesi-tipo del vizio sottesa da tale nozione, facendo riferimento costante al rapporto tra fatto e norma e con esso alla tecnica elaborata dalla Corte di cassazione francese<sup>165</sup>. I tentativi di classificazione dimostrano tali affermazione, e segnatamente possono essere raggruppati nei tipi seguenti:

a) la complessità del motivo posto a base della decisione non consente di stabilire se il giudice ha statuito in fatto (affermando la sussistenza di circostanze di fatto) o in diritto (ovvero procedendo alla qualificazione dei fatti accertati). Si tratta dei casi in cui il giudice si limita ad affermare la commissione della colpa, la sussistenza della responsabilità civile, la qualità di commerciante senza rilevare gli elementi di fatto idonei ad essere posti a base di tali qualificazioni giuridiche;

b) i motivi sono troppo generici per permettere alla Corte di cassazione francese il controllo sull'esatta applicazione della legge;

c) il giudice, pur motivando intorno alla ricognizione di più fatti, omette di indicare la ricognizione di una delle condizioni essenziali per la

---

<sup>162</sup> MARTY G., *La distinction*, cit., p. 281 ss.

<sup>163</sup> Per la dottrina francese, per tutti, cfr. BLONDEL P., *Le manque de base légale*, cit., p. 53 s.; GRIMALDI C., *L'analyse structurale de la règle de droit au service du juge*, in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1448 s.; LE CLECH J. -F., *De l'insuffisance des motifs, manque de base légale des décisions judiciaires*, in *JCP G*, 1948, I, p. 690 s.; MOTULSKY H., *Le manque de base légale, pierre de touche de la technique judiciaire*, in *JCP G*, 1949, I, p. 775 s.; MOTULSKY H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, 1948.

<sup>164</sup> Tale rapporto è stato messo in rilievo nella dottrina italiana da SASSANI B., *La logica del giudice*, cit., p. 639 ss. Ma cfr. già ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, I, p. 852 ss.; LENER A., Nota a Cass. 20 gennaio 1977, n. 290, in *Foro it.*, 1977, I, 1194 s.; MAZZARELLA F., *Analisi del giudizio*, cit., p. 85 ss.; ID., «Fatto e diritto» in *Cassazione*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1974, p. 82 ss.

<sup>165</sup> CREPON T., *Du pourvoi en Cassation*, cit., vol. III, p. 48 ss.; FABREGUETTE M.P., *La logique judiciaire*, cit., p. 529 ss.; FAYE E., *La Cour de Cassation*, cit., p. 106 ss.; GARSONNET E., CEZAR BRU CH., *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Paris, 1915, vol. VI, p. 646 ss.; GLASSON E., MOREL R., TISSIER A., *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Paris, 1929, vol. III, 468 ss.; MARTY G., *op. cit.*, p. 279 ss.

giustificazione della qualificazione legale attribuita a tali fatti e delle conseguenze giuridiche da essi derivanti; come nel caso in cui qualifichi come vendita la situazione storica ricostruita nel giudizio di fatto senza tuttavia menzionare in motivazione l'esistenza – né prendere in considerazione l'eventuale inesistenza – dell'accordo sul prezzo;

d) la sentenza impugnata omette di motivare intorno all'esistenza o all'inesistenza di un fatto allegato, che se fosse stata riconosciuto come esistente o inesistente, avrebbe determinato una diversa decisione. È il caso in cui il giudice affermi che il ritardo nella consegna della merce spedita non è dovuto a causa di forza maggiore, bensì all'insufficienza della merce da spedire, senza esaminare le circostanze invocate al fine di stabilire la sussistenza della causa di forza maggiore<sup>166</sup>;

e) la decisione si fonda su un motivo inoperante e inconferente, pertanto inidoneo a risolvere la questione litigiosa.

Nonostante l'assenza di carattere definitorio di tale elencazione<sup>167</sup>, emerge più di un profilo di interesse per quanto riguarda la tecnica del controllo. Si instaura una corrispondenza tra sufficienza della motivazione ed esistenza di una base legale della decisione. Si mette in luce l'esigenza che le circostanze di fatto siano esposte in modo sufficientemente preciso da consentire alla Suprema Corte il controllo sulla esattezza legale della decisione, ossia dell'esatta applicazione della legge ai fatti accertati. Si pone l'accento sull'importanza di verificare la sussistenza della base legale attraverso il raffronto del testo della legge invocata dal giudice con il testo della decisione, essendo in particolare necessario ravvisare una corrispondenza tra gli elementi di fatto e gli elementi costitutivi della norma di legge. Si delinea la considerazione per cui il controllo sulla sufficienza della motivazione deve modellarsi su quello della qualificazione giuridica, tanto che il difetto di base legale è stato definito «*l'ouvrage avancé ou e paravent du controle sur l'application de la loi*»<sup>168</sup>.

---

<sup>166</sup> Cass. civ. 31 janvier 1984, Bull. Civ., n° 21.

<sup>167</sup> Critica per la prima volta mossa da MARTY G., *La distinction*, cit., p. 281. Invero, tale elenco risulta descrittivo di alcuni casi specifici in cui si è avuta cassazione per difetto di base legale.

<sup>168</sup> MARTY G., *La distinction*, cit., p. 280.

1.1. *Un controllo sulla sufficienza degli elementi di fatto necessari all'applicazione della norma: un vice de fond.*

Là dove la norma incontra il fatto, agisce e viene in considerazione il difetto di base legale<sup>169</sup>. E tale connessione, o meglio l'assenza di connessione, si manifesta nella motivazione – *rectius* nell'incongruenza della motivazione – la quale costituisce il punto da cui muove la Corte di cassazione francese nell'effettuare il controllo di conformità della decisione alle norme di diritto.

In particolare la Corte regolatrice d'oltralpe, nell'enucleare il difetto di base legale e nell'affinare la tecnica del controllo, muove da una concezione del rapporto tra «motivi» e «sentenza in quanto atto scritto», che fa leva sulla compenetrazione tra «motivi» e «motivazione» nel senso che «si risolvono gli uni nell'altra, o, per meglio dire, sono veramente la stessa cosa»<sup>170</sup>. Ne deriva quindi che la motivazione non può essere ridotta a mera espressione formale dei motivi, giacché tra motivi e motivazione vi è una compenetrazione tale da determinare un *unicum* inscindibile tra forma e sostanza. In quest'ordine di idee la motivazione esprime ed è la ragione della decisione.

A tal proposito, un acuto studioso ha osservato che la *ratio* della decisione è percepita attraverso il testo della sentenza per il tramite delle strutture logico-linguistiche del medesimo, ma anche attraverso la legalità della sentenza ossia attraverso la possibilità di «convertire il testo della sentenza nel testo della legge»<sup>171</sup>. Sicché, l'individuazione della *ratio* del testo della sentenza nella legalità e convertibilità di quest'ultimo nel testo della legge e la qualificazione della motivazione come *ratio* della sentenza portano a ravvisare nella logica della motivazione la logica della cosiddetta convertibilità.

Appare evidente che, in questi termini, la verifica della corrispondenza del testo della sentenza al testo della legge si attua anzitutto attraverso il controllo della motivazione e quindi del ragionamento in cui si estrinseca la medesima, che come visto esprime la legalità della decisione ed è pertanto idoneo a mettere in comunicazione i termini particolari della sentenza con i termini generali della

---

<sup>169</sup> BLONDEL P., *Le manque de base légale*, cit., p. 53 s., p. 62.

<sup>170</sup> MAZZARELLA F., «Fatto e diritto», cit., p. 114;

<sup>171</sup> MAZZARELLA F., *op. loc. cit.*. Ed invero secondo l'autore la sentenza esprime in termini particolari ciò che la legge esprime in termini generali.

legge. Appare peraltro anche evidente che l'assenza, la carenza o l'incompletezza del ragionamento (in cui si estrinseca la motivazione) frammentano la comunicazione tra testo della sentenza e testo della legge, creando una faglia nel ragionamento del giudice ed impedendo nella sostanza il controllo sulla legalità della decisione<sup>172</sup>.

E tale faglia rappresenta niente di meno che un difetto della base (i.e. giustificazione) legale (come tale rispondente alla cosiddetta logica della convertibilità dei termini particolari del testo della sentenza nei termini generali del testo della legge) della decisione.

L'intuizione della Corte d'oltralpe è stata elegantemente definita «*pierre touche de la technique juridique*»<sup>173</sup>, ed invero preme sottolineare che essa è difficilmente scindibile dal tipo di controllo posto in essere dalla Corte medesima nel quale finisce inevitabilmente per fondersi. Il movimento che porta a rinvenire un difetto di base legale è infatti racchiuso nel *nomen iuris* attribuito dalla giurisprudenza al vizio in esame, là dove si è visto che tale vizio marca la non corrispondenza del testo della sentenza al testo della legge applicata al caso di specie.

Così la giurisprudenza di legittimità nel porre in essere la sua funzione di controllo dell'esatta applicazione della legge raffronta i termini particolari della sentenza con i termini generali della legge, e nel fare ciò (dopo aver ridotto i predetti termini particolari nei termini generali della comune esperienza) verifica la corrispondenza tra fatto storico ricostruito giudizialmente ed affermato nel testo della sentenza e fatto «astratto» previsto dalla legge.

Ed è proprio questa corrispondenza, anzi la sua mancanza, che evoca il concetto di difetto di base legale.

A tal proposito, si è correttamente parlato di difetto di accertamento dell'esistenza di tutti gli elementi di fatto corrispondenti agli «elementi generatori» della regola di diritto<sup>174</sup>, intendendo per elementi generatori della regola di diritto i

---

<sup>172</sup> ANCEL J.-P., *Le manque de base légale*, BICC, 2010, avril, n° 719; BLONDEL P., *Le manque de base légale*, cit., p. 62; BORÉ J., *La Cassation en matière civile*, Paris, 1980; BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation*, cit.; CHARTIER Y., *La Cour de cassation*, Paris, 1999, p. 48 s.; CROZE H., MOREL CH., *Procédure civile*, Paris, 1988; FERRAND F., *Cassation française*, cit.; GRIMALDI C., *L'analyse structurale de la règle de droit*, cit. p. 1448 s.; LE BARS T., *Le défaut de base légale*, cit.; MOTULSKY H., *Le manque de base légale*, cit., p. 775 s.; WEBER JEAN-FRANÇOIS, *La Cour de cassation*, Paris, 2011.

<sup>173</sup> MOTULSKY H., *Le manque de base légale*, cit., p. 775 s.

<sup>174</sup> MOTULSKY H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, 1948, p. 169;

fatti principali ossia i fatti costitutivi, modificativi, impeditivi o estintivi della fattispecie astratta regolata dalla legge.

L'esame delle pronunce di legittimità e l'analisi della dottrina mettono in luce una certa unanimità nel senso di identificare con la nozione difetto di base legale un'insufficienza quantitativa della motivazione in fatto<sup>175</sup> laddove non contiene alcun riferimento all'esistenza o all'inesistenza di un elemento di fatto necessario per l'applicazione della norma di diritto regolante la situazione sostanziale dedotta in lite o degli elementi di fatto necessari a ricostruire il fatto corrispondente al fatto generatore della regola di diritto<sup>176</sup>. In altre parole, il difetto di base legale sanziona l'incompleta giustificazione della ricognizione degli elementi di fatto necessari alla ricostruzione storica dei fatti corrispondenti agli elementi costitutivi della norma applicata dal giudice di merito<sup>177</sup>.

Queste precisazioni mettono ben in rilievo la natura c.d. di merito del motivo di ricorso per cassazione che si esamina in questa sede e per giunta il legame profondo e più celato tra difetto di base legale ed onere della prova, sottendendo entrambi la teoria della fattispecie giuridica.

Per quanto riguarda invece le ipotesi in cui si riscontra il difetto di base legale si rileva che l'applicazione pratica della Corte francese fa rientrare nella categoria del difetto di base legale tanto l'ipotesi tipica dell'incompleta constatazione del fatto quanto quella della dell'imprecisa constatazione del fatto<sup>178</sup>, intendendosi sempre per constatazione le indicazioni relative a quel fatto contenute nella motivazione. Sicché, il difetto di base legale colpisce tanto l'incompletezza dell'*iter* del giudizio di fatto quanto l'oscurità e la laconicità della giustificazione razionale della ricognizione del medesimo.

Con riguardo all'ipotesi tipica di difetto di base legale relativa alla mancata indicazione dell'esistenza di una delle condizioni di fatto necessarie alla applicazione della legge, tale vizio è ritenuto sussistente nel caso in cui venga

---

<sup>175</sup> GUINCHARD S., FERRAND F., CHAINAIS C., *Procédure civile*, cit., n.° 1429 s. ; p. 614 s.;

<sup>176</sup> BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation*, cit., n.° 78.111, p. 436.

<sup>177</sup> Sul punto intensa è la somiglianza con quanto affermato da FAZZALARI E., *Il giudizio di Cassazione*, cit., p. 68 ss., spec. p. 88 ss.

<sup>178</sup> Così BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation*, cit., n.° 78.111, p. 436.

attribuita ad una società la qualità di consumatore, senza stabilire se in riferimento al contratto oggetto della lite veniva in considerazione o meno l'attività – professionale – della società c.d. consumatrice<sup>179</sup>. Ma anche del caso in il giudice di merito applichi l'art. 1382 C.C. francese, ritenendo quindi sussistente la responsabilità civile, senza nulla dire in motivazione circa la sussistenza del nesso di causalità tra la colpa ed il pregiudizio. Egualmente, sussiste il difetto di base legale se una società di fatto viene ritenuta tale senza che venga constatata in motivazione l'esistenza dell'*affectio societatis*<sup>180</sup>. È peraltro interessante notare che la Corte d'oltralpe con riferimento ad un caso di collisione tra un camion ed un ciclomotore ha annullato la sentenza di merito che aveva escluso la responsabilità per cosa in custodia (art. 1384 C.C.) del proprietario del camion, ritenendo sussistente la forza maggiore costituita dal fatto imprevedibile del sorpasso a destra del ciclomotore. E ciò in quanto il giudice di merito ha ritenuto sussistente la colpa del conduttore del ciclomotore senza prendere in considerazione l'opzione secondo cui tale colpa era realmente imprevedibile e inevitabile<sup>181</sup>. Così procedendo, la Suprema Corte francese sanziona l'incompletezza dell'*iter* del giudizio di fatto, e segnatamente il non aver preso in considerazione l'opzione tra i due possibili nella ricostruzione di uno dei fatti storici necessari per l'applicazione dell'art. 1384 C.C., ossia il fatto storico da cui desumere la sussistenza o meno della colpa.

Nella categoria del difetto di base legale relativa all'incompleta ricostruzione del fatto in motivazione rientrano anche le ipotesi di omessa o inesatta indicazione delle fonti di prova poste a fondamento della ricostruzione di un fatto corrispondente ad uno degli elementi generatori della norma di legge applicata; l'omessa valutazione nel loro insieme di fatti che complessivamente e non singolarmente valutati sarebbero stati idonei a fondare una presunzione intorno all'esistenza o all'inesistenza di un fatto principale; il ricorso da parte del giudice di merito ad un motivo inidoneo a sorreggere il dispositivo come nel caso in cui

---

<sup>179</sup> Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 5 mars 2002, n° 00-18.202 in BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation*, cit., n.° 78.111, p. 436;

<sup>180</sup> Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 26 janvier 1983, *Bull. Civ.*, I, n° 40, in BACHELLIER J., NOËLLE M., *La technique de cassation*, Paris, 2010.

<sup>181</sup> Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 2 avril 1979, *Bull. Civ.*, II, n° 109, in BACHELLIER J., NOËLLE M., *La technique de cassation*, Paris, 2010.

L'*affectio societatis* viene dedotta dal titolo di comproprietari di due soggetti, quando invece per la sua sussistenza è necessario l'accertamento della *voluntas*<sup>182</sup>. È peraltro interessante notare che rientrano nella categoria in esame anche i casi di omessa ammissione di un mezzo di prova, che se ammesso avrebbe portato ad una diversa soluzione della controversia. Se, infatti, in tale ipotesi si rinviene anzitutto un diniego di giustizia censurabile anche sotto il profilo della violazione dell'art. 4 C.C., tale diniego di giustizia si trasforma in un difetto di base legale tutte le volte in cui ostacola l'accertamento di fatti idonei ad essere sussunti in una delle condizioni di applicazione della fattispecie legale astratta di guisa da terminare la non corrispondenza tra testo della sentenza e testo della legge applicata in dispositivo<sup>183</sup>.

Non corrispondenza e non convertibilità del testo della sentenza nel testo della legge che si rinviene anche nei casi in cui la ricognizione degli elementi di fatto sebbene sia completa, risulta comunque imprecisa a livello logico-letterale, impedendo di fatto anche in questo caso la verifica della legalità della decisione.

Si pensi al caso in cui un risarcimento danni è giustificato al contempo in virtù di un'azione umana (art. 1382 C.C.) e di un fatto della cosa tenuta in custodia (art. 1384 C.C.)<sup>184</sup>: appare evidente che i presupposti di fatto per l'applicazione dell'una o dell'altra ipotesi sono diversi. Oppure al caso di motivi ambigui inidonei a giustificare la constatazione di fatto sottostante, come nel caso in cui l'annullamento di una delibera assembleare è giustificata a motivo del fatto che determinava un'ineguaglianza tra gli azionisti, senza che fosse stato precisato in cosa consisteva siffatta ineguaglianza<sup>185</sup>. L'imprecisione della giustificazione si rinviene peraltro anche qualora i motivi consistano in una mera affermazione, giacché come noto affermare non significa giustificare, o ancora quando la motivazione contenga motivi cosiddetti ipotetici o dubitativi, che per definizione non possono essere ritenuti idonei a sorreggere il dispositivo.

---

<sup>182</sup> BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation*, cit., n.° 78.111, p. 436 s.

<sup>183</sup> BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation*, cit., n.° 78.117, p. 439 s.

<sup>184</sup> Cass. civ., 2e, 26 fevr. 1970, n° 69-10.185, *Bull. Civ. II*, n° 75, in BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, Paris, 2008/2009, n.° 78.132, p. 444.

<sup>185</sup> In questo senso già Cass. civ., 30 mai 1892, *Bull. Civ.*, n° 124, in BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, Paris, 2008, n.° 78.133, p. 444.

1.2. *La differenza tra défaut de base légale e vizio di violazione di legge.*

Il difetto di base legale è quindi un'insufficienza quantitativa dei motivi di fatto, e segnatamente individua e censura l'incompleta o imprecisa – giustificazione della – ricognizione degli elementi di fatto necessari per l'applicazione della norma di legge regolante la situazione sostanziale dedotta in lite.

Tanto la nozione quanto la definizione del *défaut de base légale* mettono tuttavia in luce la consonanza con il vizio di violazione e falsa applicazione di legge, essendo di conseguenza necessario stabilire in che modo l'omessa constatazione degli elementi costitutivi della norma applicata al caso di specie si distingua dal predetto vizio di violazione di legge per falsa interpretazione o per falsa applicazione<sup>186</sup>.

Ed invero si deve anche rilevare che la difficoltà della distinzione è aumentata dal fatto che come visto tanto il vizio di violazione di legge *strictu sensu* quanto il difetto di base legale costituiscono una violazione di legge in senso ampio, essendo entrambi ad essa riconducibili attraverso l'art. 604 CPC francese secondo il quale il ricorso in cassazione tende a censurare la non conformità di una sentenza alla legge sostanziale. Pertanto, il difetto di base legale integra una violazione di legge in senso lato in virtù del fatto che il giudice di merito ha applicato una norma di legge senza giustificare – l'esistenza o l'inesistenza – di uno dei fatti costitutivi della medesima norma.

A nostro avviso, per determinare il criterio distintivo dei due *cas d'ouverture à cassation*, occorre muovere dalla circostanza più volte messa in evidenza, secondo la quale il controllo sulla sufficienza della motivazione è temporalmente preliminare al controllo sull'esatta applicazione della legge e funzionalmente volto a garantire l'effettività della verifica della legalità della decisione<sup>187</sup>. Si è detto infatti

---

<sup>186</sup> BACHELLIER J., NOËLLE M., *La technique de cassation*, cit.; BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, Paris, 2015/2016, n° 78.41; p. 431 s.; LE BARS TH., *Le défaut de base légale*, cit. n.° 112 s., p. 87 s.; LE CLECH J.-F., *Manque de base légale et violation de la loi en matière civile*, JCP, 1948, I, p. 720 s.

<sup>187</sup> BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation*, n° 78.41; p. 431 s.; MARTY G., *La distinction du fait et du droit*, Paris, 1929, 279 ss.



che l'incompletezza e l'imprecisione degli accertamenti di fatto contenuti in motivazione impediscono alla Corte di cassazione francese l'esercizio della sua funzione istituzionale, non potendo quest'ultima stabilire la sussistenza di un errore di qualificazione a fronte della mancata ricognizione di tutti gli elementi costitutivi della legge sostanziale applicata in dispositivo.

Ne deriva quindi che presupposto per la configurazione della falsa applicazione di legge è la completezza della motivazione; completezza che deve quindi essere assunta a criterio distintivo dei motivi di ricorso esaminati in questa sede.

L'individuazione di un criterio oggettivo per determinare i casi in cui si versa in un vizio sussumibile nella categoria del difetto di base legale o in un vizio qualificabile come violazione di legge *strictu sensu* non è tuttavia per ciò solo idoneo ad eliminare la difficoltà della distinzione.

Al di là dei casi in cui per ragioni di politica giurisprudenziale la Corte di cassazione d'oltralpe predilige l'annullamento per difetto di base legale a quello per violazione di legge, va rilevato che vi sono comunque dei casi in cui la Suprema Corte sovrappone e scambia i due vizi. Si tratta in particolare di quelle ipotesi in cui la verifica di un difetto di base legale deriva a monte da un'erronea interpretazione della norma di diritto sostanziale<sup>188</sup>. Esempio è il caso in cui il giudice ritenga che per ottenere l'effetto giuridico Y disciplinato dalla norma Alfa occorre accertare elementi di fatto corrispondenti agli elementi costitutivi A, B, C, quando invece l'esatta interpretazione di Alfa conduce a stabilire che gli elementi costitutivi della stessa siano A, B, C ed anche D<sup>189</sup>. In tali ipotesi, se senz'altro la motivazione non conterrà alcun riferimento intorno all'esistenza o all'inesistenza di D; non si può non tenere in considerazione che l'omessa indicazione di uno degli elementi necessari alla giustificazione della decisione deriva ed è frutto di un errore nell'interpretazione. Sicché, in queste ipotesi deve ritenersi più corretto censurare la sentenza sotto il profilo della violazione di legge per falsa interpretazione onde evitare un'indebita sovrapposizione dei vizi ed anche al fine di veicolare un messaggio normativo

---

<sup>188</sup> MOTULSKY H., *Principes d'une réalisation méthodique*, cit., p. 169;

<sup>189</sup> In questo senso anche LE BARS T., *Le défaut de base légale*, cit., n. ° 117, p. 90; il quale peraltro illustra un'ampia casistica sul punto.

dotato di più intensa efficacia<sup>190</sup>. Occorre pertanto tener presente che il difetto di base legale non comporta alcuna violazione della disposizione di legge<sup>191</sup>, ma solo un'insufficienza quantitativa dei motivi atti a giustificare l'applicazione di una certa disposizione legislativa<sup>192</sup>; quando invece nel caso in cui vengano accertati solo A, B e C in virtù di un'erronea interpretazione di Alfa si configura certamente una violazione di legge.

### 1.3. *La differenza tra défaut de base légale e défaut de motifs.*

Più semplice è invece tracciare i confini della distinzione tra difetto di base legale e difetto di motivi<sup>193</sup>.

E ciò nonostante i primi tentativi di individuazione di un criterio distintivo fossero caratterizzati da una notevole vaghezza, là dove facevano leva sulla circostanza secondo cui il giudice avesse o meno risposto ai motivi di appello con cui la parte censurava l'omesso accertamento di una delle condizioni di applicazione della legge<sup>194</sup>.

Se, infatti, è vero il difetto dei motivi ed il difetto di base legale assurgono nel diritto francese a due motivi di ricorso per cassazione di natura diversa nel senso che il primo rappresenta un vizio di forma mentre il secondo un cosiddetto vizio di merito della sentenza<sup>195</sup>; dall'altro lato è anche vero che tali motivi si distinguono anche in relazione al fatto che l'uno sanziona una carenza assoluta di motivazione e l'altro un'incompletezza della motivazione. Ed invero, si è visto che

---

<sup>190</sup> Sulla portata comunque normativa del difetto di base legale cfr. *infra* § n. 1.4.

<sup>191</sup> SASSANI B., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in cassazione*, in *Corriere giur.*, 2013, 849.

<sup>192</sup> GUINCHARD S., FERRAND F., CHAINAIS C., *Procédure civile*, cit., n.° 1429 s. ; p. 614 s.

<sup>193</sup> BACHELLIER J., NOËLLE M., *La technique de cassation*, cit.; BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, Paris, 2008, n° 78.52; p. 436 s. ; LE BARS TH., *Le défaut de base légale*, cit., n. 124 s., p. 95 s.; LE CLECH J.-F., *De l'insuffisance des motifs, manque de base légale des décisions judiciaires*, JCP, 1948, I, p. 690 s.; LE CLECH J.-F., *Moyens de forme et moyens de fond devant la Cour de cassation*, JCP, 1947, I, p. 634 s.

<sup>194</sup> Sul punto, cfr. BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation*, cit., n. ° 78.52, p. 432.

<sup>195</sup> LE CLECH J.-F., *Moyens de forme*, cit., p. 634 s.

il difetto di motivi censura una carenza materiale e grafica della motivazione tale per cui vi è un'omissione totale di risposta da parte del giudice di merito ai motivi di appello di una delle parti. Va peraltro osservato che anche tra i predetti *cas d'ouverture à cassation* sussiste un rapporto funzionale di "pregiudizialità", giacché il difetto di base legale si verifica ed è individuabile solo qualora la decisione sia provvista di motivi. In assenza di una qualsiasi motivazione, le *défaut de base légale* non è nemmeno configurabile, presupponendo l'insufficienza quantitativa dei motivi l'esistenza dei motivi. Egualmente il controllo sull'insufficienza quantitativa dei motivi è escluso dalla preliminare verifica constatante l'assenza totale dei motivi.

Sicché, il rapporto tra *défaut de motifs* e *défaut de base légale* ben può essere ricostruito in termini di esclusione reciproca<sup>196</sup> nel senso che l'insufficienza della motivazione comincia solo laddove è stata esclusa la sussistenza di un difetto - assoluto - di motivi.

#### 1.4. *La funzione normativa del défaut de base légale.*

Il rapporto tra fatto e norma cui è sotteso il difetto di base legale da una parte ed il legame tra verifica della base legale della decisione e condizioni di applicazione della legge sostanziale dall'altra mettono in rilievo la portata normativa del motivo di ricorso in questione.

Ed invero, se certamente la primaria funzione del difetto di base legale è ricavabile dell'art. 604 CPC, con la conseguenza che tale funzione deve rinvenirsi nella sanzione delle sentenze non conformi a diritto; tuttavia, tale funzione non può essere ritenuta escludente di altre funzioni espletate dal difetto di base legale.

A tal proposito, si è parlato della funzione disciplinare<sup>197</sup> di tale motivo di ricorso per negare l'inerenza ad esso di una qualsivoglia funzione normativa. In particolare, coloro che affermano il carattere meramente disciplinare del *défaut de base légale*, fanno leva sull'aspetto sanzionatorio del mancato rispetto delle regole

---

<sup>196</sup> In tal senso Boré J., Boré L., *La Cassation en matière civile*, Paris, 2008, p. 437, n. ° 78.52.

<sup>197</sup> Ancel J.-P., *Le manque de base légale*, BICC, 2010, avril, n° 719 ; Boré J., Boré L., *La cassation en matière civile*, Dalloz action, 2010, 432 ss. ; Perdriau A., *Le rôle disciplinaire du juge du cassation*, JCP G, 2002, *Etude*, I, n° 1150.

processuali da parte del giudice di merito<sup>198</sup>. In quest'ordine di idee, la sentenza emessa su tale motivo di ricorso non veicolerebbe alcun messaggio normativo relativo all'interpretazione e all'esplicitazione della norma sostanziale violata (in senso ampio) dalla pronuncia cassata, ma si limiterebbe a sanzionare la negligenza del giudice di merito.

Quest'interpretazione, sebbene presenti profili di grande interesse laddove lascia trapelare un collegamento tra il difetto di base legale ed il corretto ed effettivo esercizio dell'*office du juge*, non può essere condivisa nella parte in cui nega la portata normativa del messaggio veicolato da una cassazione pronunciata per *défaut de base légale*.

Ed invero, una siffatta pronuncia contiene un messaggio normativo seppur solo nei riguardi del giudice del rinvio: indica la direzione ed il ragionamento giuridico verso i quali è opportuno che si diriga la decisione di rinvio; spiega quali erano le attività istruttorie che andavano poste in essere al fine di poter accertare il fatto costitutivo non menzionato nella sentenza cassata; stabilisce gli elementi di fatto che dovevano essere menzionati nella motivazione affinché risultassero giustificati tutti gli elementi necessari alla produzione dell'effetto giuridico disciplinato dalla norma sostanziale. E tale messaggio normativo è inserito in un quadro che è stato definito pedagogico<sup>199</sup>, in quanto la cassazione per difetto di base legale assumerebbe una funzione di orientamento e di guida nei confronti del giudice del rinvio.

Dalla stessa ammissione dell'esistenza della funzione pedagogica deriva quindi l'impossibilità di ridurre la portata delle pronunce di cassazione su difetto di base legale alla funzione sanzionatoria. Peraltro l'effettiva esistenza di un messaggio normativo diretto al giudice del rinvio, induce ad interrogarsi sulla portata generale del medesimo messaggio, essendo in proposito necessario stabilire se la funzione normativa della Corte di cassazione francese si esplica oltre che attraverso il vizio della violazione di legge anche attraverso il difetto di base legale.

---

<sup>198</sup> BEL J., *Le bicentenaire de la Révolution, retour aux sources pour la Cour de cassation*, D, 1989, Chronique, p. 106 s.

<sup>199</sup> FOUSSARD D., *Le manque de base légale*, BICC, 2010, avril, n° 719.

È vero infatti che l'opera normativa della Corte di legittimità si estrinseca tradizionalmente per il tramite delle pronunce di cassazione per violazione di legge, che si distinguono per l'enunciazione di un principio di diritto all'interno di quell'«*attendu*» che informalmente viene chiamato «*chapeau*»<sup>200</sup>. Tuttavia, nessuna disposizione positiva vieta che un principio di diritto possa essere espresso anche con riguardo ad un diverso *cas d'ouverture à cassation* – e a tal riguardo è esemplare quanto invece positivamente stabilito dal legislatore italiano sulla necessità che la Corte di cassazione enunci, quando perviene all'accoglimento del ricorso, il principio di diritto.

A tale considerazione si aggiunge peraltro che proprio che il legame con gli elementi legali della fattispecie e la loro specificazione concreta lascia intendere il contrario.

Va a tal proposito sottolineato che la migliore dottrina francese ha messo in rilievo il ruolo fondamentale del difetto di base legale nell'interpretazione e nell'elaborazione della legge sostanziale<sup>201</sup>.

Quanto all'interpretazione della norma la sopra menzionata dottrina porta un esempio eloquente in materia di nullità della compravendita per errore sulla sostanza del bene oggetto del contratto. Nullità che viene pronunciata con una cassazione per difetto di base legale. Nel caso di specie un quadro di valore era stato venduto sottoprezzo nell'erronea convinzione che si trattasse di un'opera di minore rilievo artistico. La Corte d'oltralpe rimprovera al giudice di merito di non aver preso in considerazione l'opzione per cui il venditore – che credeva di aver venduto un'opera minore quando invece dopo la vendita era emerso che il quadro fosse attribuibile ad un grande artista – non si era determinato a contrarre per la convinzione erronea che l'opera non fosse frutto del predetto grande artista. Ecco quindi che la giurisprudenza di legittimità specifica per il tramite del difetto di base legale il concetto giuridico indeterminato (peraltro elemento integrante una delle

---

<sup>200</sup> PERDRIAU A., *Visa, « chapeaux » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile*, JCP G, 1986, I, n° 3257; ID., *La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation*, JCP, 1990, II, n° 21509; TRICOT D., *L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation*, in JCP, 2004, I, n° 108 ; VOULET J., *L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation*, JCP, 1970, n° 2305;

<sup>201</sup> ANCEL J.-P., *Le manque de base légale*, BICC, 2010, avril, n° 719; BLONDEL P., *Le manque de base légale*, cit., p. 53 s.; FOUSSARD D., *Le manque de base légale*, BICC, 2010, avril, n° 719 ; ID., *Manque de base légale et création de la règle*, in *La Cour de Cassation et l'élaboration du droit*, Paris, 2004, p. 69 s.;

fattispecie di nullità della vendita) dell'errore sulla sostanza dell'oggetto venduto. E segnatamente collega quest'ultimo concetto a quello di convinzione erronea di guisa da dare completezza e concretezza ad un concetto altrimenti fluido<sup>202</sup>.

Specifica ed individua concretamente la *quaestio voluntatis* sottostante il giudizio di valore relativo alla qualificabilità della predetta *quaestio voluntatis* come errore sulla sostanza: la convinzione erronea non è altro se non la circostanza di fatto sussumibile nel fatto costitutivo della nullità del contratto per errore sulla sostanza.

Di tal guisa la Corte francese specifica e dà corpo uno degli elementi della fattispecie legale astrattamente stabilita dal legislatore e compie un'operazione non dissimile da quella posta in essere dalla Corte nostrana quando affermava che l'intenzione di rivendere sottesa alle attività di compravendita poste in essere da una delle parti litiganti e rilevanti ai fini della qualificazione di dette attività in termini di attività imprenditoriale è una *quaestio voluntatis* la cui ricostruzione storica è rimessa al giudice di merito<sup>203</sup>.

Sicché è difficile negare la portata normativa di simili pronunce, che mette appunto la portata applicativa della norma con un giudizio tipicamente nomofilattico. Difatti, la funzione nomofilattica della Cassazione è volta a tipizzare gli accadimenti empirici riconducibili alla fattispecie della norma elastica, e che tale tipizzazione funge come «parametro della sussunzione», sicché «ogni opzione valutativa discordante del giudice di merito viene colpita come falsa applicazione della norma»<sup>204</sup>.

Altrettanto si riscontra quando la Corte regolatrice francese del diritto riafferma la legge sostanziale violata dal giudice di merito. Sul punto, meritevole di attenzione è Cass. civ., 1<sup>er</sup>, 16 nov. 2004, n° 02-11.866<sup>205</sup>, in materia di primato della competenza arbitrale su quella del giudice statale<sup>206</sup>.

---

<sup>202</sup> ANCEL J.-P., *Le manque de base légale*, cit.

<sup>203</sup> SATTÀ S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. II, 2, Padova 1962, 208 ss.

<sup>204</sup> FABBRINI G., voce *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano 1985, 721 ss., 742.

<sup>205</sup> Citata in proposito da FOUSSARD D., *Le manque de base légale*, cit.

<sup>206</sup> Salvo il caso in cui la convenzione di arbitrato sia manifestamente nulla o inapplicabile – caso in cui invece il giudice statale può dichiarare la propria competenza.

Ebbene, la Corte sanziona per difetto di base legale la sentenza d'appello con cui il giudice statale si sia ritenuto competente a decidere della lite che era stata devoluta ad arbitri senza rilevare la nullità manifesta o l'inapplicabilità della convenzione di arbitrato; di tal fatta riaffermando gli elementi necessari per l'applicazione della norma giuridica ed estrinsecando il suo ruolo di guardiana della legge.

2. *Condizioni di applicazione del motivo di ricorso avente ad oggetto il défaut de base légale.*

Il controllo sulla base legale della decisione, secondo il diritto francese, deve peraltro essere messo in moto da un motivo di ricorso che soddisfi i due seguenti requisiti: si deve trattare di un motivo cosiddetto di puro diritto (il quale non sia volto quindi a chiedere al giudice di legittimità una nuova valutazione dei fatti accertati dal giudice di merito); e deve essere posto in relazione alle contestazioni e alle conclusioni delle parti.

2.1. *Un motivo di diritto: divieto di conoscere del fond des affaires.*

Il controllo di legittimità sull'atto sentenza opera con riguardo a vizi contestati dinanzi al giudice di merito, non potendosi certamente dedurre questioni coperte dal giudicato interno né tantomeno questioni di fatto. E ciò in quanto, l'organo di vertice della giurisdizione è sprovvisto di poteri istruttori e verifica unicamente la conformità a diritto delle decisioni impugnate dinanzi a lui.

Si pone quindi nel diritto francese la necessità di coordinare il motivo di difetto di base legale con la cosiddetta «*exception de nouveauté*»<sup>207</sup> e con il divieto di conoscere del *fond des affaires*.

Nessun problema si pone con riguardo alla questione del divieto del giudice di legittimità di rivalutare ed accertare i fatti. Si è visto infatti che il controllo sulla base legale della decisione lungi dal comportare un nuovo apprezzamento dei fatti accertati dal giudice si risolve nel controllo della razionale giustificazione della

---

<sup>207</sup> BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation*, cit., n° 78.83; p. 435 ; VOULET J., *L'irrecevabilité des moyens nouveaux dans la Cour de cassation en matière civile*, JCP, 1973, I, n° 2544.

ricognizione degli elementi di fatto corrispondenti ai presupposti di applicazione della norma di diritto, concernendo pertanto la completezza dell'*iter* del giudizio di fatto avuto riguardo i requisiti necessari della legge sostanziale applicata dal giudice di merito e la correttezza logica del testo della motivazione. Ed invero, la Corte d'oltralpe quando cassa per difetto di base legale chiede proprio al giudice del rinvio di integrare l'istruttoria con riguardo alle circostanze di fatto negligenemente non prese in considerazione dal giudice di merito<sup>208</sup>.

Il mancato esercizio da parte della Suprema Corte di un'attività valutativa del fatto e di un'attività istruttoria determinano, quindi, la conciliabilità del *cas d'ouverture* del difetto di base legale con il giudizio di cassazione.

Apparentemente più complessa è invece la questione che concerne la novità della questione di diritto dedotta con il *cas d'ouverture du défaut de base légale*. Se infatti, è vero che il difetto di base legale viene spesso denunciato per la prima volta in cassazione; è altrettanto vero che lo stesso, in codeste ipotesi, costituisce un vizio interno alla decisione impugnata, potendo pertanto le parti venire a conoscenza di siffatto vizio solo dalla lettura della pronuncia impugnata<sup>209</sup>. L'inerenza del difetto di base legale all'atto sentenza impugnato con ricorso per cassazione e l'impossibilità per le parti di venire a conoscenza di tale vizio durante il giudizio di appello determinano quindi l'eccezionalità del *cas d'ouverture* del difetto di base legale nel senso che tale vizio sfugge all'eccezione di novità.

Dal diverso regime delle questioni dedotte con il *défaut de base légale*, esenti dall'*exception de nouveauté*, deriva la sua conciliabilità con il giudizio di cassazione.

## 2.2. *Un vizio da apprezzare con riguardo alle contestazioni e conclusioni delle parti.*

Si è visto inoltre che la corrispondenza tra fatti accertati nella motivazione della sentenza e fatti costitutivi necessari per l'applicazione della legge sostanziale al caso di specie mettono in relazione il controllo della *base légale* della decisione con l'onere della prova e l'onere della contestazione delle parti<sup>210</sup>.

---

<sup>208</sup> BORÉ J., *La cassation en matière civile*, Paris, 1980, n. 222, p. 664.

<sup>209</sup> BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation*, cit., n° 78.82, p. 434.

<sup>210</sup> MOTULSKY H., *Principes d'une réalisation méthodique*, cit.; Le Bars T., *Le défaut de base légale*, cit.



Ed invero appare chiaro che l'applicazione o meno di una qualsiasi norma deve essere giustificata sulla base della constatazione – in motivazione – dell'esistenza dei fatti costitutivi e dell'inesistenza dei fatti impeditivi, modificativi ed estintivi e corrispettivamente l'esclusione dell'applicazione di una regola di diritto deve trovare giustificazione nella constatazione – in motivazione – dell'esistenza dei fatti impeditivi, modificativi ed estintivi del fatto costitutivo posto dall'attore a fondamento della domanda. La mancata giustificazione nella motivazione dell'esistenza o dell'inesistenza di tali fatti principali (costitutivi, impeditivi, modificativi, estintivi) o dei fatti secondari utilizzati dal giudice al fine di inferire l'esistenza o l'inesistenza dei primi comporta quindi la difettosità della motivazione.

Tuttavia, vi sono dei casi in cui la motivazione che contenga la mera indicazione o la mera affermazione dell'esistenza o dell'inesistenza di tali circostanze di fatto, sia ciò nonostante legittima. Si tratta del caso in cui le predette circostanze di fatto non siano state contestate dalla parte a sfavore della quale si producono gli effetti giuridici riconnessi e conseguenti la constatazione dell'esistenza o dell'inesistenza di tali circostanze. In tali casi, il giudizio di fatto non è il frutto della valutazione incrociata delle prove, essendo il fatto non contestato, pacifico e pertanto non bisognoso di prova.

L'assenza di contestazione su un punto di fatto della lite comporta quindi l'ammissibilità della mera indicazione di tale fatto nella motivazione, essendo tale menzione sufficiente a costituire la base legale della decisione e non sussistendo quindi il vizio di difetto di base legale.

Analoga soluzione vale con riguardo alle rapporto tra difetto di base legale e le conclusioni delle parti nel giudizio di appello<sup>211</sup>. Ed invero le parti nelle loro conclusioni chiedono al giudice di stabilire l'esistenza o l'inesistenza delle circostanze di fatto idonee ad integrare o una delle condizioni necessarie per l'applicabilità della legge o la base per l'inferenza presuntiva intorno all'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza dei fatti principali. Sicché il giudice deve prendere in considerazione tali fatti e darne conto in motivazione. Diversamente, quest'ultima risulterà inevitabilmente lacunosa e si esporrà ad essere censurata.

---

<sup>211</sup> BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation*, cit., n° 78.82, p. 434 s.

Ne deriva pertanto che l'effettiva sussistenza del *cas d'ouverture du défaut de base légale* deve essere commisurata alle conclusioni delle parti nel giudizio di appello.

3. *Il controllo indiretto del giudizio di fatto per il tramite delle massime di esperienza: l'elaborazione della Corte di cassazione italiana.*

Con massima stereotipata e prima della modifica dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. la Corte di cassazione italiana era solita affermare il principio secondo il quale «il giudizio di fatto è incensurabile, purché risulti immune da vizi logici e giuridici». Tale massima si riferiva al controllo sull'omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione su un punto decisivo della decisione, prospettato dalle parti e rilevabile d'ufficio dal giudice, controllo che venne elaborato già sotto la vigenza del codice di procedura civile del 1865.

Difatti, sebbene all'epoca non vi fosse alcuna norma che ammettesse il sindacato sulla sufficienza logica della motivazione, ma solo l'art. 361, comma 1°, n. 2, c.p.c. che prescriveva la nullità della sentenza priva dei requisiti indicati dall'art. 360 c.p.c. tra i quali al numero 6 figurava l'indicazione dei motivi, la prassi della giurisprudenza di legittimità e quella della classe forense incaricata di redigere i ricorsi per cassazione avevano nel tempo trasformato il controllo sulla mera esistenza formale della motivazione in un controllo sulla bontà e correttezza dei motivi<sup>212</sup>. In particolare, la mancanza della motivazione determinante la nullità della sentenza ai sensi dell'allora vigente art. 517, n. 2, c.p.c. fu all'inizio interpretata come «assenza dei motivi» nel rispetto della lettera della legge, per poi

---

<sup>212</sup> BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 693 ss.; BORSARI L., *Il codice Italiano di procedura civile annotato*, Torino 1865, p. 219 ss.; ID., *Il Codice di procedura civile annotato*, Torino, 1865, p. 374 ss. e p. 512 ss.; CAMMEO F., *Lezioni di procedura civile*, Padova 1909-1910, 584 ss.; CUZZERI E., *Il Codice italiano di procedura civile illustrato*, Verona, 1877, vol. II, p. 284 ss. e p. 494 ss.; ID., *Il codice italiano di procedura civile*, 2ª ed., Verona, 1908; GALANTE V., *Diritto processuale civile*, Napoli, 1909, p. 673 ss.; GALDI D., *Commentario del codice di procedura civile del Regno d'Italia*, Torino, 1890, vol. V, p. 53 ss.; GARGIULO F. S., *Il codice di procedura civile del Regno d'Italia*, Napoli, 1877, vol. II, p. 674 ss. e p. 748 ss.; ID., *Il codice di procedura civile del regno d'Italia*, 2ª ed., vol. II, Napoli 1877, p. 6 ss.; MANFREDINI G., *Procedura civile*, Bologna, 1899, p. 144 ss.; MARIANI M., *Appunti di procedura civile*, Pavia, 1879, p. 306 ss.; MATTIROLO L., *Trattato di diritto giudiziario civile*, Torino, 1904, vol. IV, p. 74 ss. e p. 931 ss.; MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di Procedura civile*, Milano, 1923, vol. IV, p. 92 ss. e p. 542 ss.; ID., *Manuale di procedura civile*, Napoli, 1921, p. 490 ss.; NAPPI G., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1943, II, p. 1101 ss.; RICCI F., *Commento al codice di procedura civile*, Firenze, 1905, Vol. II, p. 675 ss.; SIMONCELLI V., *Lezioni di diritto giudiziario*, Roma, 1903-1904, p. 722 ss.

essere trasformata ed ampliata alla categoria dei «motivi difettosi»<sup>213</sup>; giacché si riteneva che una motivazione manchevole (quindi illogica, lacunosa, oscura, insufficiente o contraddittoria) non potesse essere considerata una vera e propria motivazione e fosse invece equiparabile ad una motivazione mancante. In Italia, si arrivò pertanto ad affermare che nonostante la valutazione delle prove (*i.e.* il giudizio di fatto) fosse incensurabile da parte del giudice di legittimità, il giudice di merito avrebbe dovuto comunque darne adeguata giustificazione onde non sottrarsi all'obbligo di motivazione ed al relativo controllo di legittimità. Si precisava peraltro che quest'ultimo controllo era limitato alla verifica della correttezza formale della motivazione, ossia del rispetto dei principi della logica, delle leggi del pensiero e delle massime di esperienza<sup>214</sup>.

Tuttavia, di tal guisa la verifica della giustificazione logica della decisione finiva nella sostanza per assumere le vesti di un controllo di merito «che, in luogo di verificare se fosse corretto il rapporto formale tra le premesse e la conclusione, rientrava ad esaminare se fossero plausibili le premesse ed investiva così, attraverso il controllo logico su quella parte della motivazione che il giudice di merito aveva dedicato alla valutazione delle prove, anche la questione di fatto»<sup>215</sup>. La difficoltà di scindere il controllo del merito della motivazione dal riesame del giudizio di fatto e la primaria esigenza di soddisfare il controllo di logicità determinò, ad avviso della migliore dottrina<sup>216</sup>, la progressiva trasformazione della Corte Suprema italiana in giudice del fatto con la conseguente alterazione delle sue funzioni istituzionali.

L'elaborazione in via giurisprudenziale del controllo sulla difettosità della motivazione non ebbe tuttavia il successo che aveva invece riscosso l'elaborazione

---

<sup>213</sup> CALAMANDREI P., *La Cassazione civile*, Roma, 1920, parte II, 258 ss.; DE STEFANO M., *Se le modifiche apportate all'art. 360 n. 5 CPC dall'art. 42 della L. 14.7.50 n. 581 abbiano carattere interpretativo o innovativo* (nota a Cass. civ., 14 marzo 1951, n. 644), in *Giur. Cass. civ.*, 1951, 2° quadr., p. 54 ss.;

<sup>214</sup> Ossia quelle proposizioni verificate in base all'*id quod plerumque accidit* sulla base delle quali sono valutate le prove ed è accertata l'esistenza o l'inesistenza dei fatti storici della situazione sostanziale dedotta in lite, più approfonditamente *infra* § n. 3.2.

<sup>215</sup> Così CALAMANDREI P., FURNO C., *Cassazione civile*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1957, p. 1070 ss., spec. 1080.

<sup>216</sup> In questo senso cfr. CALAMANDREI P., FURNO C., *Cassazione civile*, cit., p. 1080; ma già CALOGERO G., *La logica del giudice ed il suo controllo in cassazione*, Padova, 1937.

d'oltralpe, tanto che il legislatore italiano del 1940<sup>217</sup>, come visto, all'atto della redazione del nuovo codice di procedura civile imbrigliò tale controllo nelle maglie del vizio «dell'omesso esame di un fatto decisivo per la soluzione della decisione». L'*intentio legis* era quella di escludere il controllo sulla sufficienza e la coerenza della motivazione, consentendo solo di censurare l'omessa motivazione intorno all'esistenza o l'inesistenza di un fatto decisivo; con una soluzione legislativa che riportava il controllo alla mera verifica dell'esistenza formale della motivazione ed alla sua completezza rispetto alla situazione sostanziale dedotta in lite.

La giurisprudenza se, da un lato, aveva accolto un'interpretazione restrittiva dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. (1942) nel senso di ritenere integrato tale vizio solo qualora fosse trascurato un fatto principale riconducibile ai fatti costitutivi, impeditivi, modificativi ed estintivi della fattispecie legale astratta, avente efficacia direttamente causale sulla decisione e del quale fosse peraltro controversa l'esistenza o l'inesistenza; dall'altro lato, sulla scia dell'interpretazione suggerita dal Carnelutti<sup>218</sup>, aveva anche continuato a censurare la motivazione illogica ed insufficiente ai sensi del n. 4 dell'art. 360 c.p.c., che prevede quale motivo di ricorso la nullità della sentenza. Nella specie, si faceva leva sull'inidoneità della sentenza la cui motivazione contenesse motivi illogici, contraddittori, insufficienti ed oscuri al raggiungimento dello scopo – i.e. della funzione endoprocessuale e extraprocessuale della motivazione - di rendere conoscibile alle parti e al popolo la *ratio decidendi*; essendo la motivazione un requisito essenziale della sentenza *ex art.* 132, comma 2°, n. 4, c.p.c. Inidoneità al raggiungimento dello scopo da cui discende la nullità della sentenza atto ai sensi dell'art. 156, comma 2°, c.p.c., con la

---

<sup>217</sup> Sui lavori preparatori del codice di procedura civile del 1940, cfr. *Atti della commissione delle assemblee legislative chiamata a dare il proprio parere sul progetto di codice di procedura civile* a cura di AA. VV., Roma, 1940, 144 ss.; *Osservazioni e proposte sul Progetto di codice di procedura civile* a cura di Vari Autori, Roma, 1938, vol. II, 746 ss., 829 ss.; CALAMANDREI P., *Parere della facoltà di giurisprudenza a S. E. il ministero della giustizia sul progetto preliminare del codice di procedura civile*, Firenze, 1937; MORTARA L., *Per il nuovo codice della procedura civile. Riflessioni e proposte*, Torino, 1926, p. 105 ss.; REDENTI E., *Lavori preparatori per la riforma del codice di procedura civile*, Roma, 1936, p. 311 ss.; SATTA S., *Parere della facoltà di giurisprudenza della R. Università di Padova sul progetto preliminare di codice di procedura civile*, Padova, 1937, 59 ss.; SOLMI A., *La riforma del codice di procedura civile*, Roma, 1937, 1 ss.; ID., *Codice di procedura civile. Progetto definitivo e relazione*, Roma, 1939, 121 ss.

<sup>218</sup> CARNELUTTI F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941, 453 ss.; ID., *Eccesso dal potere giudiziario per difetto di motivazione*, in *Riv. Dir. proc.*, 1947, II, 208; ID., *Appunti sulla motivazione*, in *Riv. Dir. proc.*, 1951, II, 88.

conseguenza che la pronuncia così viziata ben poteva essere censurata in cassazione attraverso il motivo di cui al n. 4 dell'art. 360 c.p.c.<sup>219</sup>

La Corte di legittimità italiana continuava quindi a controllare la logicità della giustificazione del giudizio di fatto. In particolare, tale controllo concerneva la verifica della bontà della scelta della massima di esperienza (premessa maggiore del sillogismo in cui si concreta il giudizio di fatto) in base alla quale il giudice di merito aveva valutato le prove e ritenuto provati ed esistenti alcuni fatti e non provati ed inesistenti altri fatti storici<sup>220</sup>.

Ora, come noto, il legislatore nistrano nel 1950, a fronte di tale prassi e a fronte delle spinte della dottrina e dei pratici del diritto, modificò l'omesso esame di un fatto decisivo, trasformandolo nel vizio di «omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia»<sup>221</sup>. L'istituzionalizzazione in una disposizione normativa della prassi giurisprudenziale del controllo di legittimità sulla logicità della motivazione determinò la stabilizzazione e la cristallizzazione del principio secondo cui «il giudizio di fatto è incensurabile, purché risulti immune da vizi logici e giuridici».

### 3.1. *L'influenza della Corte di cassazione francese sulla tecnica di cassazione italiana.*

L'elaborazione del controllo della motivazione è stata quindi anche in Italia frutto dell'opera interpretativa – e per certi aspetti creativa – della Corte di cassazione italiana, che sotto la vigenza del codice di rito del 1865 ricondusse al

---

<sup>219</sup> Cfr. *ex multis* Cass. 20 luglio 1942, n. 2252; Cass. 3 agosto 1942; Cass. 10 agosto 1942, n. 2544; Cass. 19 maggio 1947, n. 1277; Cass. 8 marzo 1948, n. 361; Cass. 19 giugno 1948, n. 963; Cass. 26 ottobre, n. 1775, in *Foro it.*, 1949, I, 325; Cass. 30 luglio 1948, n. 1298; Cass. 20 maggio 1950, n. 1292; Cass. 14 febbraio 1952, n. 375; Cass. 13 ottobre 1952, n. 375.

<sup>220</sup> Sul ruolo delle massime di esperienza nel controllo di legittimità cfr. *infra* n. 3.2. E comunque BETTI E., *Diritto processuale civile*, cit., p. 696 ss.; CALOGERO G., *La logica del giudice*, cit., p. 171 ss.; CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 1027 ss.; BIGIARI W., *Il controllo di logicità da parte della Corte di Cassazione*, in *Foro it.*, 1940, IV, p. 33; PAVANINI G., *Massime di esperienza e fatti notori in Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1937, I, p. 247; PIRAS A., *Le massime d'esperienza e la motivazione insufficiente*, in *Ius*, 1955, 79.

<sup>221</sup> ANGILELLA G. S., *La denunziabilità in Cassazione del vizio di difettosa motivazione*, in *Giur. Sic.*, 1951, p. 9; CALAMANDREI P., FURNO C., *Cassazione civile*, cit., p. 1070 ss.; DE STEFANO M., *Se le modifiche apportate all'art. 360 n. 5 CPC*, cit., p. 54; FAZZALARI E., *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1989, 407 ss.; ID., *Il processo ordinario di cognizione. Impugnazioni*, Torino, 1990, 144 ss.; BOVE M., *Giudizio di fatto e sindacato*, cit.; IMPAGNATIELLO G., *Pessime nuove in tema di appello*, cit., p. 755; TRISORIO LIUZZI G., *Il ricorso in Cassazione*, cit.

vizio formale dell'omissione totale e grafica dell'indicazione dei motivi anche il vizio inerente al merito della decisione e censurante il ragionamento scorretto del giudice.

Si è visto infatti che il combinato disposto degli artt. 360, n. 6, 361 e 517, n. 2, c.p.c. del 1865 consentiva di ricorrere per cassazione soltanto avverso alla sentenza «incompleta come atto scritto»<sup>222</sup>, nella quale il giudice avesse ommesso di rispondere alle domande, eccezioni e conclusioni delle parti ed in cui non risultassero graficamente le premesse della decisione contenuta in dispositivo. Sicché, il vizio di omessa motivazione non avrebbe dovuto ricomprendere i vizi relativi all'omissione o inesattezza del ragionamento del giudice né alla valutazione della bontà o meno del medesimo.

Tuttavia, con l'equiparazione dell'incompletezza dei motivi all'omissione della motivazione la Corte Suprema italiana giunse ad allargare le maglie del vizio di omessa motivazione fino a farvi rientrare quello di difettosa motivazione tanto che efficacemente il Carnelutti con riferimento a tale prassi affermava che il giudice incorre nel difetto di motivazione «non per non aver detto, ma per non aver pensato»<sup>223</sup>.

Se in quest'affermazione il Calamandrei lesse un rovesciamento del significato originario di tale motivo di ricorso e lo snaturamento della funzione di cassazione, giacché a suo avviso la trasformazione dell'*error in procedendo* in un *error in iudicando* comportava l'annullamento del n. 3 dell'art. 517 c.p.c. 1865 (violazione di legge) e permetteva alla Corte di «spingersi a riesaminare ogni errore di ragionamento (...) in cui il giudice sia incorso così nella risoluzione della questione di diritto, come nella risoluzione della questione di fatto, per cassare tutte le volte in cui tra la motivazione e il dispositivo non corra un rigoroso nesso di causalità, o tra i diversi motivi si manifesti un'apparenza di contraddizione»<sup>224</sup>; tuttavia la stessa è rivelatrice della somiglianza dell'elaborazione dell'Alta giurisdizione italiana a quella della Suprema giurisdizione francese o meglio dell'influenza da quest'ultima spiegata sulla prassi giurisprudenziale italiana.

---

<sup>222</sup> Così CALAMANDREI P., *La Cassazione civile*, Roma, 1920, vol. II, p. 371.

<sup>223</sup> CARNELUTTI F., *Limiti del rilievo dell'error in iudicando in corte di cassazione*, in *Studi di diritto processuale*, Padova, 1925, p. 365 ss.

<sup>224</sup> Così CALAMANDREI P., *La Cassazione civile*, cit., p. 373.

Ed invero il meccanismo del difetto di base legale sanziona proprio l'assenza di nesso di causalità tra la motivazione ed il dispositivo non così differentemente da quanto censurato dalle Corti italiane. La lettura delle prime pronunce con cui la Corte di cassazione cominciò ad equiparare il difetto di motivazione all'omessa motivazione rivela la corrispondenza tra grande parte degli errori di ragionamento del giudice fatti rientrare nel vizio di omessa motivazione con quelli censurati in Francia per il tramite del difetto di base legale<sup>225</sup>. In tale categoria di vizi rientravano la sentenza che «per determinare l'indole di un contratto si vale esclusivamente di elementi estrinseci e trascura di esaminare il contratto stesso»; quella che respinge una «deduzione di prova solamente perché contenente una materia vaga e generica»; quella che respinge una deduzione testimoniale, limitandosi ad affermarla inconcludente; quella che afferma l'influenza della prova «senza tener conto delle obiezioni che alla sua ammissione in diritto e in fatto aveva mosso l'avversario»; quella che accoglie un'istanza sulla base di semplici affermazioni o che tralascia l'esame di mezzi di prova; che contiene motivi che si distruggono a vicenda, laconici, incoerenti<sup>226</sup>; quelle in cui il giudice si limita ad affermare la commissione della colpa, la sussistenza della responsabilità civile, la qualità di commerciante senza rilevare gli elementi di fatto idonei ad essere posti a base di tali qualificazioni giuridiche.

A bene vedere tali ipotesi corrispondono in gran parte a quei vizi delle sentenze che agli inizi del 1900 erano ricondotti sotto la categoria del difetto di base legale e che, giova rammentarlo, erano stati raggruppati nelle seguenti sottocategorie: la complessità del motivo posto a base della decisione non consente di stabilire se il giudice ha statuito in fatto (affermando la sussistenza di circostanze di fatto) o in diritto (ovvero procedendo alla qualificazione dei fatti accertati); i motivi sono troppo generici per permettere alla Corte di cassazione il controllo sulla corretta applicazione della legge; il giudice, pur motivando intorno alla ricognizione di più fatti, omette di indicare la ricognizione di una delle condizioni essenziali per la giustificazione della qualificazione legale attribuita a tali fatti e delle conseguenze giuridiche da essi derivanti; come nel caso in cui

---

<sup>225</sup> OLIVIERI A., *Sentenza (materia civile)*, in Enc. Giur. It., Milano, 1915, vol. XV, p. 370 ss., spec. p. 430; TARUFFO M., *La motivazione*, cit. p. 478 ss.

<sup>226</sup> OLIVIERI A., *Sentenza (materia civile)*, cit., p. 433.

qualifichi come vendita la situazione storica ricostruita nel giudizio di fatto senza tuttavia menzionare in motivazione l'esistenza – né prendere in considerazione l'eventuale inesistenza – dell'accordo sul prezzo; la sentenza impugnata omette di motivare intorno all'esistenza o all'inesistenza di un fatto allegato, che se fosse stata riconosciuto come esistente o inesistente, avrebbe determinato una diversa decisione<sup>227</sup>. È il caso in cui il giudice affermi che il ritardo nella consegna della merce spedita non è dovuto a causa di forza maggiore, bensì all'insufficienza della merce da spedire, senza esaminare le circostanze invocate al fine di stabilire la sussistenza della causa di forza maggiore<sup>228</sup>; la decisione si fonda su un motivo inoperante e inconferente, pertanto inidoneo a risolvere la questione litigiosa.

A noi sembra quindi che il giudizio di cassazione italiano sebbene – a differenza di quello francese e come si vedrà nel prossimo paragrafo - abbia posto maggiormente l'attenzione sul ruolo espletato dalle massime di esperienza nel controllo della motivazione, anziché sul rapporto tra ricognizione dei presupposti del comando nella motivazione e testo della legge applicata nel dispositivo, è stato comunque influenzato dalla pratica giurisprudenziale d'oltralpe, e ciò con particolare riguardo alla formulazione giurisprudenziale del vizio e all'individuazione della sua inerenza al ragionamento del giudice.

### 3.2. *Il controllo della sufficienza e della logicità della motivazione.*

L'analisi della tecnica del controllo sulla sufficienza e sulla logica della motivazione elaborato dalla Corte di cassazione italiana non può peraltro prescindere dallo studio del ruolo sul punto svolto dalle massime di esperienza<sup>229</sup>. Di qui quindi l'esigenza di stabilirne l'esatta funzione ed i limiti della censurabilità.

---

<sup>227</sup> CREPON T., *Du pourvoi en Cassation*, cit., p. 48 ss.; FABREGUETTE M.P., *La logique judiciaire*, p. 529 ss.; FAYE E., *La Cour de Cassation*, cit., p. 106 ss.; GARSONNET E., CEZAR BRU CH., *Traité théorique et pratique*, cit., p. 646 ss.; GLASSON E., MOREL R., TISSIER A., *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire*, p. 468 ss.; Marty G., *op. cit.*, 279 ss.

<sup>228</sup> Cass. civ. 31 janvier 1984, Bull. Civ., n° 21.

<sup>229</sup> PIRAS A., *Le massime d'esperienza e la motivazione insufficiente*, in *Ius*, 1955, p. 79 ss. Sull'argomento cfr. anche BOVE M., *Il sindacato della Corte di Cassazione*, Milano, 1993; FAZZALARI E., *Il giudizio di Cassazione*, cit.; IACCARINO C. M., *Studi sulla motivazione*, Roma, 1933; MAZZARELLA F., *Analisi del giudizio civile di cassazione*, cit.; NAPPI A., *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, cit.; RICCI G. F., *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2013; TARUFFO M., *La motivazione*, cit.; ID., *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992.



Si tratta, invero, di una questione che ha origini antiche tanto quanto quelle del controllo della motivazione, essendo la medesima sorta in conseguenza di quest'ultimo. Tali regole, o meglio proposizioni verificate, sono fondate, costruite e verificate sulla base dell'esperienza e dell'osservazione, sotto l'egida del codice di procedura civile del 1865 venivano da una parte della dottrina equiparate alle norme giuridiche<sup>230</sup> e ciò al fine di poter far confluire il difetto di motivazione nell'art. 517 n. 3 e di ricondurlo alla falsa applicazione di legge. In particolare tale tesi era fondata sull'erronea considerazione secondo cui l'errore nella scelta della massima di esperienza comportava che la norma venisse applicata ad un fatto non correttamente accertato e non rientrante nell'ambito di applicazione della legge richiamata in sentenza.

Altra parte della dottrina italiana giuridicizzava<sup>231</sup> invece le massime di esperienza, ritenendo di conseguenza ammissibile la loro sindacabilità diretta in cassazione nel senso di ritenere legittimo il sindacato di legittimità sulla validità della massima di esperienza, sulla coerenza delle conclusioni intorno all'accertamento del fatto deduttivamente tratto da esse, sulla correttezza della scelta e dell'impiego. In quest'ordine di idee le massime di esperienza assurgevano a premessa del sillogismo in cui si risolveva – secondo l'opinione dominante allora vigente – il giudizio di fatto; con la conseguenza che il giudizio di fatto, o meglio il convincimento in fatto, contrario ad una massima di esperienza e posto alla base della sussunzione del fatto nella norma, avrebbe comportato il vizio di falsa applicazione di legge.

A ben vedere, però, entrambe queste ricostruzioni poggiano su un equivoco di fondo e su un erroneo presupposto. Quest'ultimo concerne la considerazione per cui le posizioni sopra esaminate tendono a sovrapporre gli errori dell'accertamento di fatto e l'errore di sussunzione là dove sembrano dimenticare che nell'operazione di sussunzione del fatto nella fattispecie, il fatto va considerato così come accertato, non potendosi al contrario ritenere che la

---

<sup>230</sup> BETTI E., *Diritto processuale civile*, cit., p. 696 ss.; CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 1027 ss.

<sup>231</sup> Così BIGIAMI W., *Il controllo di logicità*, cit., p. 33; PAVANINI G., *Massime di esperienza e fatti notori in Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1937, I, 247 ss.;

qualificazione del fatto implica anche un riesame dello stesso e permette di riconsiderare gli errori del suo accertamento<sup>232</sup>.

L'equivoco delle predette impostazioni deriva, invece, dalla confusione tra logica della motivazione e logica del convincimento del giudice intorno all'esistenza o l'inesistenza del fatto<sup>233</sup>.

Tale sovrapposizione del giudizio di fatto con la motivazione in fatto della decisione, era stata messa già in luce da chi sottolineava l'impossibilità in concreto di scindere il controllo di logicità dal riesame del giudizio di fatto<sup>234</sup>, in quanto l'errore logico è errore «nella verosimile ricostruzione dell'accadere» operata dal giudice di merito, cosicché la Cassazione nel censurarlo compie nuovamente e necessariamente il giudizio di fatto. La critica dell'A. poggia sulla considerazione che il giudice di Cassazione anziché porsi nella posizione di chi ascolta, il cui scopo è quello di partire dalla *quaestio facti* e dare una risposta alla *quaestio iuris* attraverso la sussunzione, sovrappone il suo ruolo a quello dello storico (il giudice di merito)<sup>235</sup>.

Ora, la migliore dottrina ha sottolineato che la predetta impostazione, fondata su un concetto errato di massime di esperienza, deve ritenersi superata per due ordini di considerazioni. L'una che fa leva sulla crisi del sillogismo quale struttura del giudizio di fatto, che invece come visto deve essere ritenuto improntato al modello retorico della probabilità inferenziale<sup>236</sup>. L'altra che fa, anzi faceva, leva sul venir meno dell'esigenza di equiparare le massime di esperienza alle norme di legge, essendo il controllo di logicità della motivazione positivamente riconosciuto dall'art. 360, comma 1°, n. 5 del codice di rito del 1940.

---

<sup>232</sup> Nello stesso senso TARUFFO M., *La motivazione*, cit., p. 518 ss.

<sup>233</sup> PUNZI C., *Giudizio di fatto*, cit., p. 145 ss.; NAPPI A., *Il sindacato di legittimità*, cit., p. 33 ss.; TARUFFO M., *La motivazione*, cit., p. 407 ss.

<sup>234</sup> CALOGERO G., *La logica del giudice*, cit.

<sup>235</sup> CALOGERO G., *La logica del giudice*, cit.

<sup>236</sup> Per tutti, v. FAZZALARI E., *Il giudizio di Cassazione*, cit., p. 80 ss.; TARUFFO M., *La motivazione*, cit., p. 520 ss. Ma sulla logica dell'argomentazione PERELMAN CH., *Droit, logique et épistémologie*, in *Le droit, les sciences humaines et la philosophie*, Vrin, Paris, 1973; ID., *La Motivation des décisions de justice, essai de synthèse*, in *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruyallant, 1978, p. 415 s.

Ne deriva quindi che il problema del ruolo delle massime di esperienza deve essere reimpostato ed individuato nella questione relativa alla possibilità di sindacare l'uso e la scelta delle massime di esperienza nella giustificazione del giudizio di fatto, ossia quali parametri dell'inferenza tra un fatto noto ed un fatto ignoto e della valutazione delle prove.

Lo snodo del problema viene rinvenuto nella distinzione tra ragionamento decisorio e ragionamento giustificativo. Distinzione precipuamente volta a sovvertire i termini del controllo delle massime di esperienza per come era stato elaborato dalla dottrina, avendo ad oggetto tale controllo non la verifica della coerenza delle conclusioni circa l'esistenza del fatto rispetto alla massima di esperienza, ma la coerenza e l'idoneità della scelta della massima di esperienza per fondare l'affermazione del giudice sul fatto<sup>237</sup>. Di tal guisa il controllo di logicità concernerebbe l'errore di giustificazione contenuto nel testo della motivazione e non l'errore di giudizio<sup>238</sup>; e segnatamente concerne la contraddittorietà e non corrispondenza «ciò che va giustificato (il fatto presentato come accertato) e l'elemento usato per accertarlo»<sup>239</sup>.

In tale ordine di idee, l'uso scorretto della massima di esperienza, l'errore nella sua scelta e l'assunzione di una massima non rispondente alla realtà dell'esperienza impediscono di ritenere razionalmente giustificata l'affermazione sui fatti contenuta in motivazione, mancando il nesso di causalità tra massima e fatto. Sicché, il controllo di tali vizi, vertendo sul testo della motivazione, non comporta l'immissione nel fatto né il riesame e la verifica della fondatezza del giudizio di fatto, con la conseguente compatibilità di tale controllo con il giudizio di cassazione.

Tale affascinante e acuta ricostruzione sembra tuttavia incorrere in un artificio là dove afferma che l'errore di motivazione sussiste quando l'affermazione di un fatto non è adeguatamente giustificata sulla base della

---

<sup>237</sup> A partire dalla conclusione enunciata dal giudice in motivazione intorno ai fatti accertati, tale controllo concerne la congruenza della giustificazione e la coerenza della massima nel contesto delle argomentazioni volte a fondare l'affermazione del giudice sul fatto.

<sup>238</sup> TARUFFO M., *La motivazione*, cit., p. 522.

<sup>239</sup> Così, ancora, Taruffo M., *La motivazione*, cit., p. 522.

massima di esperienza mentre l'errore di giudizio si verifica quando da una legge generale si deduca l'esistenza di un fatto con essa contrastante.

Ad ogni buon conto e al di là di tali considerazioni, ciò che rileva è che siffatta teoria scinde di fatto la motivazione dai motivi della decisione, allontanando quindi la motivazione dalla sua funzione di garanzia per trasformarla in mera dimostrazione formale del rispetto del diritto di difesa e del principio del contraddittorio. Ed invero, accogliere la concezione formale della motivazione intesa quale testo giustificativo e rifiutare la concezione sostanziale della motivazione quale estrinsecazione dei motivi della decisione rischia di divenire un mero espediente per aggirare il problema della sovrapposizione del controllo sulla motivazione e del controllo sul merito della decisione. Tuttavia, ciò vuol dire anche slegare la motivazione dalle risultanze di causa ed ammettere la validità di una sentenza logicamente motivata dal punto di vista linguistico e lessicale, ma che sostanzialmente potrebbe essere emessa in assenza di giudizio, là dove il giudice nella ricognizione di uno dei presupposti del comando non consideri uno dei due possibili in cui si concreta il giudizio di fatto<sup>240</sup>.

Sicché, ai fini della risoluzione del problema del ruolo delle massime di esperienza nel controllo sulla sufficienza della motivazione a noi sembra più opportuno muovere dalla concezione sostanziale della motivazione<sup>241</sup> e dalla costruzione del giudizio di fatto in termini di giudizio storico fondato su un'opzione.

---

<sup>240</sup> Critica la distinzione tra ragionamento decisorio e ragionamento giustificativo anche LOMBARDO L., *Contributo alla teoria del giudizio civile di cassazione*, Catania, 2012, p. 179 ss., secondo cui «l'asserita incomunicabilità della motivazione col merito del giudizio costituisce un artificio retorico, con cui si cerca di dividere ciò che, nella realtà, costituisce un *unicum* indissolubile». L'A., ferma la distinzione epistemologica tra «contesto della scoperta» e «contesto della giustificazione», pone l'accento sulla circostanza per cui le inferenze sui fatti che hanno dato origine alla scoperta rimangono fuori dalla motivazione della sentenza, ma anche dal ragionamento decisorio, giacché il giudice una volta - giunto alla decisione - trasferisce nella motivazione il ragionamento decisorio finale, con la conseguenza che il ragionamento svolto dal giudice nella motivazione corrisponde al suo ragionamento decisorio. In quest'ordine di idee risulta pertanto teorica la distinzione tra «ragionamento decisorio» e «ragionamento giustificativo»; senza contare che - sempre ad avviso dell'A. - l'obbligo di motivare la sentenza sarebbe un non senso se venisse meno la presunzione secondo cui il giudice nella motivazione rende manifesto il suo ragionamento decisorio, dovendo pertanto corrispondere le argomentazioni esposte nel ragionamento giustificativo a quelle del ragionamento decisorio.

<sup>241</sup> L'idea secondo cui la motivazione rappresenta la documentazione dell'*iter* logico seguito dal giudice per giungere all'affermazione dell'esistenza o dell'inesistenza dei fatti controversi e alla soluzione della *quaestio facti* traspare da Cass., 11 luglio 2007, n. 15489, in *Guida al lavoro*, 2007, p. 31 ss.; Cass., 27 luglio 2006, n. 17145, in *corriere giur.*, 2007, p. 1428 ss.; Cass., 28 giugno 2006, n. 14972; Cass., 13 luglio 2004, n. 12912; citate da LOMBARDO L., *Contributo*, cit., p. 183.

In quest'ordine di idee, per evitare che il controllo sulla motivazione e sulle massime di esperienza non si traducano in un controllo sul merito della decisione con conseguente rivalutazione del fatto non è necessario operare la distinzione tra discorso decisorio e discorso giustificativo, ma è sufficiente intendere il controllo sulla motivazione (intesa come estrinsecazione dei motivi della decisione) quale controllo sull'*iter* del giudizio di fatto, ossia sulla considerazione di tutti i possibili dati idonei a fondare «una deviazione dalla comune esperienza» ed un giudizio di fatto diverso da quello ritenuto dal giudice di merito. Fermo restando che la struttura argomentativa della motivazione della decisione non corrisponde alla struttura retorica ed inferenziale che invece contraddistingue il giudizio di fatto e che la complessità delle ragioni che hanno portato il giudice all'affermazione o alla negazione di un fatto non possono rientrare ed essere estrinsecati dalla motivazione<sup>242</sup>.

### 3.3. *Sintomo e causa del vizio di motivazione.*

La ricostruzione accolta nel precedente paragrafo, basata sulla concezione sostanziale della motivazione<sup>243</sup>, induce peraltro ad un'ulteriore considerazione circa il rapporto tra motivazione, motivi e vizi della motivazione.

Se, infatti, come visto, il controllo sulla motivazione è volto a verificare la completezza e la sufficienza dell'esame dei dati della causa, affinché possa dirsi veramente espletato il giudizio di fatto<sup>244</sup>; allora appare anche logico affermare che la motivazione sia lo strumento dal quale emerga l'incompletezza del giudizio di fatto. In particolare, l'omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione sull'esistenza o sull'inesistenza di un fatto storico decisivo per la controversia sono il riflesso dell'assenza o dell'incompletezza del giudizio di fatto laddove si osserva che se il fatto (trascurato) fosse stato preso in considerazione o sufficientemente

---

<sup>242</sup> Nello stesso senso LOMBARDO L., *Contributo*, cit., p. 179 ss.

<sup>243</sup> Ossia della motivazione intesa nel suo rapporto con le risultanze istruttorie della causa.

<sup>244</sup> Occorre pertanto verificare che il giudice abbia preso in considerazione tutti i possibili per la ricostruzione del fatto sostanziale dedotto in lite.

esaminato<sup>245</sup>, lo stesso avrebbe condotto ad una soluzione della *quaestio facti* diversa da quella ritenuta dal giudice di merito<sup>246</sup>.

In quest'ordine di idee, il non aver adeguatamente dato conto e giustificato nel testo della motivazione le affermazioni – o meglio dell'esame – in ordine all'esistenza o all'inesistenza di un certo fatto storico rappresenta il sintomo dell'incompletezza dell'*iter* del giudizio di fatto, vizio quest'ultimo che nella precedente versione dell'art. 360, comma 1°, n. 5, il legislatore censurava non direttamente, ma per l'appunto per il tramite del suo riflesso sintomatico, ossia attraverso le difettosità della motivazione.

Diversamente, nell'attuale versione del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. il legislatore pare aver preferito censurare direttamente la causa dell'incompletezza dell'*iter* del giudizio di fatto. Da un lato infatti l'omesso esame circa un fatto decisivo – secondario - si risolve nell'implicito apprezzamento negativo della rilevanza di tale fatto ai fini della ricostruzione inferenziale del fatto principale, con la conseguenza che nella sostanza ciò che viene sanzionato è un vizio di omessa motivazione<sup>247</sup>. Dall'altro lato, tuttavia, emerge che ad esser sanzionato non è più il sintomo del mancato compimento dell'opzione sulla *quaestio facti* – come avveniva prima della modifica del d.l. n. 83/2012 - quanto piuttosto la causa, essendo sanzionata l'omessa considerazione di uno dei due possibili (*i.e.* le massime di esperienza) in cui si concreta il giudizio di ricostruzione storica del fatto.

---

<sup>245</sup> CONSOLO C., *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di «svaporamento»*, in *Corriere giur.*, 2012, p. 1139 ss.

<sup>246</sup> Sulla decisività, cfr. ANICHINI U., *L'omesso esame del "fatto decisivo pel giudizio" come mezzo di ricorso in Cassazione*, in *Giur. It.*, 1946, IV, p. 81; DI IASI C., *Il vizio di motivazione*, cit., p. 1441 ss.; DIDONE A., *Ancora sul vizio di motivazione*, cit., p. 631 ss.; MALTESE D., *Controllo della motivazione*, cit., p. 78 ss.; NAPPI A., *Limiti di sindacabilità e limiti di rilevanza del vizio di motivazione*, in *Giust. Civ.*, 2008, I, p. 419 ss.; POGGESCHI R., *La nozione di fatto decisivo agli effetti dell'art. 360 n. 5 cod. proc. civ.* (nota a Cass. civ., 4 marzo 1946 n. 236), in *Temì*, 1947, n. 17; RUBINO D., *Limiti di influenza del "fatto decisivo" sulla controversia* (nota a Cass. civ., 3 luglio 1947, n. 1049), in *Giur. Cass. civ.*, 1947, 2° quadr., p. 368 ss.; TISCINI R., *Commento all'art. 360*, in *Commentario al codice di procedura civile* a cura di Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella, Torino, 2013, p. 547 ss.; VOCINO C., *Prime riflessioni sull'«omesso esame di fatto decisivo»* (nota a Cass. civ., 23 gennaio 1946, n. 64), in *Giur. Cass. civ.*, 1946, 1° sem., p. 168 ss.

<sup>247</sup> PORCELLI F., *Sul vizio di omesso esame circa un fatto decisivo*, nota a Cass. civ., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 1600 ss.

Alla luce di tali considerazioni, può quindi affermarsi che il rapporto tra motivazione, vizio logico e vizi sanzionati nelle successive e multiple versioni dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. si articola nell'alternativa tra sintomo e causa del vizio logico – *rectius* della *faillite du raisonnement du juge* - laddove causa del vizio è l'omessa o insufficiente considerazione di un dato (*i.e.* le massime di esperienza) idoneo a determinare una diversa risoluzione sulla *quaestio facti* e sintomo del vizio è l'inadeguatezza, l'incongruenza o l'insufficienza quantitativa della motivazione che tale ragionamento estrinseca.

Peraltro, tale risultato non muterebbe nemmeno accogliendo quella teoria che distingue tra ragionamento decisorio e ragionamento giustificativo, giacché l'errore di giudizio rappresenterebbe la conseguenza – incensurabile dal giudice di legittimità – dell'incompletezza dell'*iter* del giudizio di fatto e l'errore di giustificazione (che si manifesta per il tramite dell'assenza di un adeguato e razionale nesso argomentativo tra affermazione del fatto e massima di esperienza) incarnerebbe il sintomo del vizio del ragionamento del giudice, ossia dell'omessa considerazione di uno dei due possibili in cui si concreta il giudizio di ricostruzione storica del fatto. Ne deriva pertanto che, anche accogliendo la tesi che distingue tra ragionamento decisorio e ragionamento giustificativo, ciò che viene realmente sanzionato dal cosiddetto vizio di motivazione non è la scelta o l'uso delle massime di esperienza quali criteri giustificativi sul piano testuale delle affermazioni di fatto contenute in motivazione, ma l'incompletezza dell'*iter* del giudizio di fatto.

#### 3.4. *Inerenza del controllo di logicità alla funzione di cassazione e sua funzione normativa. Cenni.*

Alla luce delle considerazioni effettuate nei paragrafi precedenti emerge la compatibilità del controllo sulla motivazione con il giudizio di legittimità.

Eppure in senso contrario si sono levate le voci del legislatore italiano e della stessa Corte di cassazione<sup>248</sup>. Le ragioni della modifica dell'art. 360, comma

---

<sup>248</sup> Cass., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053, pronuncia segnalata da ARCADI A., *Osservatorio sulla cassazione civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, 1294 ss., spec. 1302 s. Per le prime osservazioni a questa sentenza cfr. PERROTTA G., *Il decreto crescita si applica anche alle liti tributarie*, in *Dir. e giustizia* 2014, 298 ss.; RUSSO A., *Ricorso per cassazione tributario soggetto allo stesso filtro del ricorso per cassazione dei giudizi civili*, in *Il fisco* 2014, 1682 ss. La sentenza è stata peraltro oggetto del commento di PORCELLI F.,

1°, n. 5, c.p.c. e le motivazioni dell'interpretazione sostanzialmente abrogatoria che di questa disposizione hanno fornito le Sezioni Unite sono improntate all'esigenza di riportare il controllo della Corte di cassazione entro i limiti istituzionali della funzione nomofilattica. Tali affermazioni meritano tuttavia alcune precisazioni.

Si tratta, invero, come è stato acutamente dimostrato, di un equivoco di fondo che affonda le sue radici nell'interpretazione del concetto di nomofiliachia<sup>249</sup> sul quale si rende pertanto necessaria una precisazione.

La più attenta dottrina ha sottolineato che la funzione nomofilattica intesa nell'accezione originaria – la cui paternità deve essere attribuita a Calamandrei – concerne «il compito della Corte di reprimere la violazione concretamente perpetrata dal giudice di merito»<sup>250</sup>. Sicché, la nomofiliachia non differisce dalla funzione di legittimità quale controllo esplicito dalla Suprema Corte sull'esatta applicazione della legge e volto a «reprimere la violazione concretamente perpetrata dal giudice di merito»<sup>251</sup>.

Diversa, invece, è la funzione volta a regolare, orientare e uniformare l'interpretazione giurisprudenziale della legge, che deve essere distinta e separata dall'*office du juge de cassation* per come sopra disegnato, né tantomeno deve essere confusa e sovrapposta con l'originario significato della funzione nomofilattica.

Eppure, la stessa Corte di cassazione ha dato adito e ha alimentato siffatta confusione, trovando peraltro il bene placido del legislatore. Da almeno un decennio ormai la Suprema Giurisdizione nostrana ha inteso la funzione nomofilattica nel suo «spurio significato» di funzione di indirizzo e di uniformazione della giurisprudenza, assumendo talvolta le vesti del legislatore e trasformando i propri arresti in dotte e lunghe elaborazioni dottrinarie spesso condite da pericolosi *obiter dictum*. È stato peraltro in tal modo dato ingresso ad

---

*Sul vizio di omesso esame circa un fatto decisivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1600 ss.; PASSANANTE L., *Le Sezioni unite riducono al «minimo costituzionale» il sindacato di legittimità sulla sentenza civile*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2015, p. 179 e ss. Nonché, cfr. Cass. civ., sez. un., 22 settembre 2014, n. 19881.

<sup>249</sup> Da ultimo ROVELLI L., *La nomofiliachia alla prova del nuovo art. 360 n. 5 c.p.c.*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2015, (Relazione tenuta al Congresso annuale del Consiglio Nazionale Forense, in Roma, Complesso di S. Spirito in Sassia, Marzo 2014).

<sup>250</sup> Così SASSANI B., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in cassazione*, in *Corriere giur.*, 2013, p. 839 ss.

<sup>251</sup> Così SASSANI B., *Riflessioni sulla motivazione*, cit., p. 839 ss..



un'alterata concezione del precedente scisso del tutto dal fatto sostanziale origine della controversia e inteso solo con riguardo ai profili di diritto delle decisioni della Suprema Corte.

Ora, al di là delle questioni connesse all'alterazione del concetto di precedente, giova in questa sede sottolineare che la confusione tra funzione nomofilattica e funzione nomofilattica spuria ha portato la Corte italiana ad espungere il controllo di legittimità dai limiti istituzionali della sua funzione in virtù della presunta estraneità e non attinenza del «fatto» in cassazione.

Tale punto di vista non può tuttavia essere condiviso, giacché laddove perde di vista l'originario significato della funzione nomofilattica della Corte di cassazione, perde anche di vista l'insopprimibile ruolo del fatto, «mediato dal giudizio», ai fini del controllo sul rispetto della legge in assenza del quale non è peraltro nemmeno svolgere la cosiddetta funzione nomofilattica spuria.

Se infatti il giudizio di fatto è volto alla ricognizione dei presupposti di fatto corrispondenti agli elementi generatori della regola di diritto<sup>252</sup>; il giudizio di legittimità sulla corretta applicazione della legge condotto senza la possibilità di verificare la legalità della base della decisione sarà inevitabilmente falsato e fondato su qualificazioni giuridiche del tutto slegate dalla verifica dei presupposti. Senza contare peraltro che la Suprema Corte di cassazione, nel verificare l'esatta applicazione della legge, ha gli stessi poteri di ricognizione dei presupposti di applicazione della legge di quelli posseduti dal giudice di merito<sup>253</sup>; con l'unica differenza che quest'ultimo, come lo storico, ha il compito di ricostruire le *questiones voluntatis* mentre la prima, come lo storiografo, assume il fatto quale situazione storica già ricostruita e rappresentata documentalmente nella motivazione della sentenza impugnata<sup>254</sup>.

La verifica della corrispondenza tra elementi di fatto rappresentati nella motivazione e presupposti di applicazione della legge, sottesa al controllo sull'esatta qualificazione, e la verifica della corrispondenza del testo della legge nel

---

<sup>252</sup> FAZZALARI E., *Il giudizio di Cassazione*, Milano, 1960, p. 68 ss.

<sup>253</sup> Per tutti, cfr. LUISE F. P., *Diritto processuale*, cit., vol. II, p. 422 ss.;

<sup>254</sup> CALOGERO G., *La logica del giudice*, cit.; TARUFFO M., *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, p. 438 ss.; POLI R., *Le modifiche*, cit., p. 272 s.

testo della sentenza necessitano quindi della preliminare verifica della correttezza della base legale della decisione, ossia della rappresentazione del giudizio di fatto.

Emerge pertanto l'intrinseca inerenza del controllo di logicità al giudizio di cassazione, ma emerge peraltro anche la sua funzione normativa, sia con riguardo all'individuazione delle condizioni di applicazione della legge sia con riguardo alla specificazione delle predette condizioni di applicazione della legge specie nei casi in cui le stesse siano concetti fluidi, norme elastiche o clausole generali.

Si pensi al caso in cui la norma è costituita da norme elastiche la cui ricognizione presupponga il giudizio presuntivo. In tali ipotesi l'inferenza volta ad attribuire all'insieme di alcuni dati fattuali valore ai fini della sussunzione nella norma elastica comporta il parallelismo tra tali dati e l'elemento costitutivo della fattispecie, con la conseguente specificazione concreta di quest'ultimo. Di tal fatta, la Corte formula «un giudizio implicito sul tipo rappresentato da quella fattispecie storica, che funge da *exemplum* di quello che è sussumibile sotto la norma»<sup>255</sup> e crea così il collegamento tra giudizio di fatto e giudizio di valore costruito sul primo spiegando una funzione prettamente normativa; là dove individua le fattispecie storiche in concreto sussumibili nella norma elastica. E nell'esplicare detta funzione normativa, la Corte, non può prescindere dal «fatto», il quale al contrario costituisce il presupposto documentalmente rappresentato nella motivazione da cui muovere per verificare l'esattezza e la legalità dei giudizi di valore atti a dare contenuto alle norme elastiche e, in ultima analisi, per verificare la corretta applicazione della legge al caso di specie.

---

<sup>255</sup> RIZZA C., *Controllo di legittimità e rivalutazione del fatto nel sindacato della Cassazione sul c.d. vizio logico* (nota a Cass. 8 maggio 2012, n. 6931), in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 736 ss., spec. 744.

## CAPITOLO TERZO

### L'OMESSO ESAME DEI FATTI DECISIVI

SOMMARIO: Sezione I : Un'evoluzione della giurisprudenza della Corte di cassazione francese con riguardo ad una *facette* del *défaut de base légale*. - 1. Insufficienza dei motivi di fatto con riguardo alle *déductions* delle parti: i presupposti di applicazione. - 1.1. Fatto allegato e rappresentato dalle prove. - 1.2. La nozione di fatto secondario. - 2. Similitudini e differenze con il vizio di *défaut de motifs par manque de réponse à conclusions*. - 2.1. *Moyens et arguments*. - 1732.2. Criteri della distinzione. - 3. Una sanzione del dovere di decidere *causa cognita*. - 3.1. La non corrispondenza tra fatti acquisiti e contenuto della decisione. - 3.2. Una garanzia del diritto alla valutazione di tutti i fatti e delle prove. - Sezione II : Un'involuzione del legislatore italiano. La modifica dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. - 1. La posizione della dottrina italiana. - 1.1. Il delicato problema del controllo di logicità della motivazione in fatto. - 1.2. Fatto decisivo, omissa esame e possibilità di censurare le massime di esperienza. - 1.3. Il presunto riconoscimento positivo del *défaut de base légale*. - 1.4. La capacità attrattiva del nuovo n. 5 dell'art. 360 c.p.c. - 1.5. Prova e fatto decisivo. - 2. La posizione della Corte di cassazione italiana. - 2.1. La definizione di fatto decisivo: un fatto storico esistente, principale o secondario. - 2.2. L'impossibilità di censurare l'omessa valutazione di una prova. - 2.3. La confusione con il vizio di omessa pronuncia su eccezione e violazione di legge. - Sezione III: Necessità di condurre l'esame (razionale) circa il fatto di cui si discute secondo le regole del giudizio di fatto di cui all'art. 115 c.p.c. - 2071. Brevi considerazioni su *ubac* del *défaut de base légale*, omissa esame circa un fatto decisivo e incompletezza dell'*iter* del giudizio di fatto. - 1.1. La tecnica del controllo. - 1.2. Il sintomo del vizio: la mancata corrispondenza tra motivazione della decisione e materiale probatorio. - 1.3. Un rimedio posto a presidio della violazione del dovere di decidere *causa cognita*. - 2. Possibilità di assimilare il vizio di cui all'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. all'*ubac* del *défaut de base légale*. - 2.1. Una soluzione derivante dall'identità dell'oggetto del controllo del *défaut de base légale pour omission de tenir compte des faits dans le débat* e dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. - 2.2. Una soluzione derivante dalla violazione dei medesimi principi. - 3. I vizi di motivazione denunciabili ai sensi del nuovo art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. - 3.1. La nozione di fatto decisivo. - 2153.2. Il parametro per la constatazione dell'omesso esame del fatto. - 3.3. Proposta interpretativa.

#### SEZIONE I: UN'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE FRANCESE CON RIGUARDO AD UNA *FACETTE* DEL *DÉFAUT DE BASE LÉGALE*

##### 1. *Insufficienza dei motivi di fatto con riguardo alle déductions delle parti: i presupposti di applicazione.*

La nozione di difetto di base legale<sup>1</sup> è stata elaborata dalla giurisprudenza della Corte di cassazione francese con riferimento a quelle ipotesi in cui

---

<sup>1</sup> Per l'elaborazione della nozione di difetto di base legale v., per tutti, BLONDEL P., *Le manque de base légale, son avenir, Mélanges Ponsard*, Litec, 2003, 59; BORÉ J, BORÉ L., *La cassation en matière civile*, Paris, 2015/2016, n.° 78 s., p. 427 ss.; CADIET L., JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, Paris;

l'insufficienza dei motivi di fatto impedisce al giudice di legittimità di esercitare il controllo sull'esatta applicazione della legge. In particolare, si è visto che tale vizio sanziona tanto la carenza dell'indicazione, nella motivazione, dell'esistenza o dell'inesistenza dei fatti corrispondenti agli elementi generatori della norma di diritto<sup>2</sup> applicata dal giudice di merito nel dispositivo quanto la valutazione insufficiente imprecisa o contraddittoria di tali fatti nel contesto argomentativo del testo motivazionale. Ma si è visto anche che in tale categoria rientrano altresì l'omessa ammissione di un mezzo di prova, l'omessa valutazione della prova, l'omessa o inesatta indicazione delle fonti di prova poste a fondamento della ricostruzione di un fatto corrispondente ad uno degli elementi generatori della norma di legge applicata, l'omessa valutazione nel loro insieme di fatti che complessivamente e non singolarmente valutati sarebbero stati idonei a fondare una presunzione intorno all'esistenza o all'inesistenza di un fatto principale<sup>3</sup>. Se, infatti, l'obbligo di motivazione è rispettato quando il giudice a) prende in considerazione ed accerta l'esistenza o l'inesistenza dei fatti rilevanti per la soluzione della controversia, b) giustifica tale accertamento con riferimento alle prove, c) attraverso argomentazioni logiche, razionali, e d) idonee – secondo le leggi dell'esperienza – a sorreggere la decisione<sup>4</sup>, le ipotesi di cui sopra viziano, inevitabilmente, la motivazione e ostacolano la verifica della corretta applicazione della legge al caso di specie.

Ciò premesso, occorre rilevare che la giurisprudenza francese, sin dalla metà degli anni ottanta, ha ampliato la nozione di difetto di base legale ad un'ulteriore e distinta ipotesi di difetto motivazionale. Si rinvengono, infatti, alcune decisioni in cui la cassazione della sentenza di merito non sanziona l'insufficienza delle constatazioni di fatto atte a caratterizzare uno degli elementi costitutivi della

---

CHARTIER Y., *La Cour de Cassation*, Paris, 1999, p. 61 ss. ; CREPON T., *Du pourvoi en cassation en matière civile*, Paris, 1892, t. III, p. 47 ss. ; FAYE E., *La Cour de cassation*, Paris, 1903, p. 119 s. et p. 121 ss.; FERRAND F., *Cassation française et Révision allemande*, Paris, 1990, 160, spec. 166 s.; LE BARS TH., *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris, 1997.

<sup>2</sup> Per l'elaborazione del concetto di éléments générateurs de la règle de droit cfr. MOTULSKY H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, 1948.

<sup>3</sup> Per tutti, cfr. BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation*, cit., n° 78.111 s. ; p. 436 s.

<sup>4</sup> Per tale suddivisione cfr. POLI R., *Le modifiche relative al giudizio di cassazione*, in C. Punzi *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, Torino, 2015, p. 275.

norma, ma l'omessa considerazione di uno o più fatti, allegati dalle parti e "provati" (*i.e.* rappresentati) dal fatto fonte di prova, che se fossero stati esaminati avrebbero avuto un'incidenza decisiva sulla soluzione della controversia<sup>5</sup>.

Si tratta di un vizio che evoca, nel pensiero del giurista italiano, la nuova formulazione dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c., sicché a tal proposito appare opportuno riportare ed analizzare alcune delle fattispecie che hanno dato origine a tale evoluzione giurisprudenziale.

In particolare, la Corte di cassazione francese con riferimento ad un caso in cui una banca era stata ritenuta responsabile dell'aggravamento della situazione debitoria di un'impresa in crisi per aver continuato a concederle finanziamenti nonostante la situazione di indebitamento della detta impresa, ha affermato che la corte di appello avrebbe dovuto stabilire - così come veniva chiesto dalla banca nelle conclusioni del giudizio di secondo grado - se le relazioni positive dei revisori contabili e il controllo esercitato sull'attività della banca dai revisori della clientela amministrativa non erano tali da giustificare il legittimo affidamento della banca nella veridicità dei documenti che certificavano una situazione contabile - apparentemente - sana della società<sup>6</sup>. La sanzione del difetto di base legale consegue, quindi, all'omessa considerazione di alcuni fatti (l'idoneità dei documenti di revisione contabile a ingenerare l'affidamento della banca), aventi natura secondaria e risultanti dai documenti prodotti in causa, che la banca aveva invocato nelle sue conclusioni al fine di suffragare - a livello argomentativo - l'insussistenza della propria responsabilità. In proposito, è peraltro interessante notare che tali fatti, sebbene fossero secondari, erano rivestiti del carattere della decisività, essendo idonei gli stessi - se ritenuti esistenti - a fondare una presunzione intorno all'inesistenza della colpa della banca, ossia di uno degli elementi costitutivi della responsabilità *ex art.* 1382 CC.

Analoga soluzione è stata adottata in un caso in cui era stata chiesta la risoluzione del contratto di vendita di un forno a legna ritenuto difettoso e

---

<sup>5</sup> Cass. com., 11 janvier 1978, in Bull., 1978, IV, n° 20, p. 16; Cass. com., 20 février 1979, in Bull., 1979, IV, n° 71, p. 54. In dottrina cfr. già JONQUÈRES J., *Le contrôle des constatations de fait par le juge de cassation. (Aspects de droit civil)*, in *Journées de la Société de législation comparée*, 1980, vol. II, p. 117 s., spec. p. 125 e s.;

<sup>6</sup> Cass. Com., 10 juin 1986, in Bull., 1986, IV, n. 118, in BACHELLIER J., NOËLLE M., *La technique de cassation*, Paris, 2010, p. 174 e s.

inadatto alla produzione del pane. Ebbene, la Suprema Corte ha cassato, *sous le visa* dell'art. 1135 CC, la decisione che aveva rigettato tale domanda sulla base della considerazione secondo cui l'acquirente avrebbe dovuto adattare il suo modo di produzione alla specificità del bene – in questo caso il forno – acquistato e ciò senza prendere in considerazione, così come chiesto dall'acquirente, il fatto che il venditore non avesse nel caso di specie preso conoscenza dei bisogni dell'acquirente né lo avesse informato dell'idoneità del bene venduto al particolare modo di produzione dell'acquirente<sup>7</sup>. È interessante notare che nel caso di specie il vizio di omesso esame commesso dai giudici di merito ha ad oggetto gli elementi di fatto corrispondenti agli elementi costitutivi delle obbligazioni di informazione e di protezione proprie del venditore; con la conseguenza che anche in questo caso i fatti di cui viene omesso l'esame, oltre ad avere natura secondaria, rivestono il carattere della decisività, avendo gli stessi un'influenza sulla soluzione della decisione<sup>8</sup>.

Più recentemente e con riferimento ad un caso in cui era stata proposta dalla società X la domanda di risoluzione di un contratto di agenzia concluso con Y, i giudici di legittimità avevano annullato la decisione di appello che, accertata la modifica unilaterale da parte di Y della natura del contenuto e delle sanzioni contenute nel suddetto contratto di agenzia, aveva comunque riconosciuto a Y medesimo l'indennità compensatoria prevista per il caso di risoluzione, senza tuttavia considerare che la risoluzione del contratto poteva essere giustificata da circostanze imputabili ad Y medesimo<sup>9</sup>. La particolarità di tale caso di specie risiede nella circostanza per cui i fatti secondari ignorati dai giudici di merito, che hanno dato origine al vizio di difetto di base legale, erano stati allegati dalle parti e risultavano anche univocamente stabiliti.

---

<sup>7</sup> Cass. Com., 4 janvier 2005, *pourvoi* n. 03/16.790, in BACHELLIER J., NOËLLE M., *La technique de cassation*, cit., p. 176.

<sup>8</sup> È peraltro interessante notare che, al di là della natura disciplinare di siffatta decisione di annullamento, la medesima ha anche una portata normativa, precisando l'estensione del «*devoir du conseil du vendeur*», BACHELLIER J., NOËLLE M., *La technique de cassation*, cit., p. 176.

<sup>9</sup> Cass. Com., 27 octobre 2009, *pourvoi* n. 08/18650, in BACHELLIER J., NOËLLE M., *La technique de cassation*, cit., p. 177.

L'analisi di tali decisioni e degli altri arresti di cassazione<sup>10</sup> che censurano attraverso il motivo di difetto di base legale il vizio di omesso esame di fatti ha messo in luce che gli elementi caratterizzanti siffatto vizio – che la dottrina ha efficacemente denominato *ubac* del difetto di base legale<sup>11</sup> – sono: i) l'omessa considerazione di un fatto allegato dalle parti che risulti “provato” dagli atti di causa; ii) il carattere decisivo del fatto ignorato; iii) e l'invocazione di tale fatto nelle conclusioni di appello redatte dal ricorrente in cassazione.

Sotto quest'ultimo profilo, la dottrina ha attentamente sottolineato che tali ipotesi di cassazione per difetto di base legale sono contraddistinte dall'uso – alternativo – delle locuzioni «*sans rechercher si (...) ainsi que l'y invitaient les conclusions de (...)*» e «*sans rechercher si (...) ainsi que le faisait valoir (...)*»<sup>12</sup>. Ed invero, gli arresti pronunciati per difetto di base legale sono solitamente introdotti dalle locuzioni «*sans affirmer, sans constater, sans rechercher, sans relever tel ou tel élément nécessaire à la justification légale de l'arrêt*». Sicché, l'aggiunta delle locuzioni «*ainsi que l'y invitaient les conclusions de*» e «*ainsi que le faisait valoir*» va a sottolineare la circostanza per cui le parti hanno, nelle conclusioni, specificamente chiesto l'esame di determinati fatti, poi ignorati dal giudice di merito.

A nostro avviso, siffatto elemento lessicale di distinzione caratterizzante le pronunce di cassazione per omesso esame di fatti decisivi – se, da un lato, contribuisce ad individuare e distinguere il cosiddetto *ubac* del difetto di base legale dall'*adret* del difetto di base legale; dall'altro lato, rischia tuttavia di ingenerare confusione nell'interprete, giacché nel sistema processuale francese l'omessa considerazione delle conclusioni di appello rientra nel vizio di *défaut de réponse à conclusions*, che – lungi dall'essere un'ipotesi di difetto di base legale o un'ipotesi

---

<sup>10</sup> *Ex multis* cfr. Cass. com., 11 janvier 1978, in Bull., 1978, IV, n° 20, p. 16; Cass. com., 20 février 1979, in Bull., 1979, IV, n° 71, p. 54.; Cass. soc., 20 fév. 1991, n° 89-45.251 ; Cass. 1re civ., 2 mai 2001, in Bull. Civ., I, n° 77, p. 76; Cass. 2ème civ., 21 février 2002, in Bull. civ., II, n° 19, p. 18; Cass. soc., 20 fév. 1991, n° 89-45.251.

<sup>11</sup> Definizione efficacemente coniata da BLONDEL P., *Le manque de base légale*, cit., p. 53 s. L'*ubac* è la parte della montagna non colpita dal sole, sicché, in questo senso, l'Autore designa quei vizi che, pur non rientrando nelle ipotesi tradizionali di difetto di base legale (l'*adret* o parte della montagna colpita dal sole), sono sanzionate dalla Corte di cassazione francese per il tramite del difetto di base legale medesimo.

<sup>12</sup> BACHELLIER J., NOËLLE M., *La technique de cassation*, cit., p. 176 ; BLONDEL P., *Le manque de base légale*, cit., p. 53 ss.; JONQUÈRES J., *Le contrôle des constatations de fait*, cit., p. 117 ss.

d'*omission de statuer* ex art. 463 CPC<sup>13</sup> dante apertura a *rectification* – costituisce, invece, un'ipotesi di *défaut de motifs*.

Al fine di risolvere le difficoltà relative alla distinzione delle ipotesi di difetto di base legale per omesso esame di fatti decisivi dalle ipotesi di *défaut de réponse à conclusions* occorre, pertanto, preliminarmente analizzare gli altri presupposti del vizio di omesso esame di fatti *entrés dans le débat*, ossia i presupposti indicati *sub i)* e *sub ii)*, diversi da quello relativo all'invocazione del fatto ignorato nelle conclusioni di appello redatte dal ricorrente in cassazione

### 1.1. *Fatto allegato e rappresentato dalle prove.*

Si è visto anzitutto che i fatti ignorati dal giudice di merito atti ad integrare il vizio di difetto di base legale per omesso esame devono essere stati previamente allegati dalle parti e devono essere *constants*. Ciò significa che – sotto quest'ultimo profilo – è necessario che i termini materiali di tali fatti siano univocamente stabiliti, essendo tali fatti rappresentati da una prova.

Quanto, invece, alla circostanza secondo cui i predetti fatti devono essere allegati, si osserva che l'onere di allegazione dei fatti posti dalle parti a sostegno delle proprie pretese è previsto, in via generale, dall'art. 6 CPC<sup>14</sup> quale corollario del principio dispositivo che informa il processo civile francese. Simmetricamente,

---

<sup>13</sup> Nell'ordinamento francese infatti il vizio di omessa pronuncia su domanda ed il vizio di omessa pronuncia su eccezione non rientrano nella medesima categoria del vizio di violazione della corrispondenza tra il chiesto e pronunciato come viene dai più ritenuto nell'ordinamento italiano. In particolare, se il vizio di omessa pronuncia su eccezione costituisce un difetto assoluto di motivi censurabile in cassazione attraverso il motivo di *défaut de motifs*, diversamente il vizio di omessa pronuncia su domanda non è sussumibile in alcun *cas d'ouverture à cassation*, ma rientra tra i "vizi" ai quali può porre rimedio il giudice che ha reso la decisione, "rettificando" tale decisione o meglio "integrandola" con il capo di domanda su cui non si era pronunciato. E ciò fa il giudice ai sensi dell'art. 463 CPC, che stabilisce che «*La juridiction qui a omis de statuer sur un chef de demande peut également compléter son jugement sans porter atteinte à la chose jugée quant aux autres chefs, sauf à rétablir, s'il y a lieu, le véritable exposé des prétentions respectives des parties et de leurs moyens.*

*La demande doit être présentée un an au plus tard après que la décision est passée en force de chose jugée ou, en cas de pourvoi en cassation de ce chef, à compter de l'arrêt d'irrecevabilité.*

*Le juge est saisi par simple requête de l'une des parties, ou par requête commune. Il statue après avoir entendu les parties ou celles-ci appelées.*

*La décision est mentionnée sur la minute et sur les expéditions du jugement. Elle est notifiée comme le jugement et donne ouverture aux mêmes voies de recours que celui-ci.*

<sup>14</sup> Così stabilisce il citato art. 6 CPC: «*A l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder.*



va sottolineato che l'art. 7 CPC<sup>15</sup> al primo comma stabilisce che il giudice non può porre a fondamento della decisione fatti che non siano legalmente entrati *dans le débat*, ribadendo così il divieto di scienza privata del giudice. Al secondo comma, invece, tale norma consente al giudice di porre a fondamento della decisione anche i fatti – risultanti dagli atti di causa – che le parti non abbiano specificamente invocato a sostegno delle loro pretese<sup>16</sup>.

Al fine di comprendere il significato e la portata di tale disposizione legislativa<sup>17</sup>, occorre muovere dalla definizione del concetto di allegazione o meglio di quello di allegazione specifica. L'allegazione specifica viene intesa, nell'ordinamento processuale francese, quale invocazione (*id est* rilievo) degli effetti giuridici di un fatto posto a sostegno di una pretesa. In particolare, l'invocazione specifica di un fatto (i.e. allegazione specifica) sottende la volontà della parte di sollevare un *moyen*<sup>18</sup> al quale il giudice dovrà “rispondere” – o meglio sul quale il giudice dovrà pronunciarsi - a pena di incorrere nel vizio di *défaut de réponse à conclusions* che, come visto, nel sistema francese costituisce un'ipotesi di totale assenza di motivazione, mentre nel sistema italiano darebbe origine al vizio di omessa pronuncia su eccezione. Da tali considerazioni discende, quindi, che i fatti sui quali la parte fonda un *moyen* sono i fatti principali da cui derivano effetti costitutivi, modificativi, impeditivi o estintivi del rapporto giuridico dedotto in lite.

Resta ad ogni modo ferma la possibilità per la parte di invocare all'interno di un *moyen* anche altri fatti di natura secondaria al precipuo fine di argomentare

---

<sup>15</sup> Così stabilisce l'art. 7 CPC «*Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat.*

*Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions.»*

<sup>16</sup> Si tratta dei cosiddetti *faits adventices*. Sul ruolo del giudice e delle parti e sul concetto di *faits adventices* MOTULSKY H., *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits*, in *Etudes de droit contemporain*, Paris, 1959, t. II, p. 355 e ss.

<sup>17</sup> Il giurista italiano vi leggerebbe il riconoscimento positivo del principio di acquisizione.

<sup>18</sup> Sul concetto di *moyen* cfr. GUINCHARD S., FERRAND F., CHAINAIS C., *Procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, Paris, Dalloz, 2013, n° 500 e s., p. 406; LE CLEC'H J.- F., *Moyens de forme et moyens de fond devant la Cour de cassation*, JCP, 1947, I, p. 634 s.; ID., *Moyens et arguments devant la Cour de cassation*, JCP, 1951, I, p. 939 s.; VOULET J., *Le défaut de réponse à conclusions*, JCP G, 1965, I, n° 1912; ID., *L'irrecevabilité des moyens nouveaux dans la Cour de cassation en matière civile*, JCP, 1973, I, n° 2544;

intorno all'esistenza – o dell'inesistenza - del fatto principale<sup>19</sup>, con la conseguenza che il giudice di merito ha il dovere di tenere in considerazione tali fatti e ciò indipendentemente dalla circostanza secondo cui i medesimi non siano stati specificamente invocati, ma semplicemente allegati a norma degli artt. 6 e 7 CPC.

Ebbene, la violazione dell'obbligo di prendere in considerazione ai fini della decisione i fatti semplicemente allegati e *constants* viene sanzionata dalla Corte di cassazione francese attraverso il motivo del difetto di base legale per omesso esame di un fatto decisivo legittimamente acquisito agli atti di causa, essendo tale fatto rappresentato da una prova.

### 1.2. *La nozione di fatto secondario.*

Quanto, invece, alla natura dei fatti di cui è omesso l'esame e che contraddistinguono il cosiddetto *ubac* del difetto di base legale, si tratta dei fatti secondari che nel sistema francese prendono il nome di *faits pertinents*<sup>20</sup>.

Come visto tali fatti rilevano non in quanto produttivi di effetti giuridici direttamente rilevanti per la ricostruzione della fattispecie legale, ma in quanto atti a costruire un'inferenza probatoria intorno all'esistenza o all'inesistenza del fatto principale da provare. Sicché, sotto tale profilo, tali fatti hanno comunque un'incidenza sulla soluzione della *quaestio facti*, essendo idonei, se presi in considerazione dal giudice, a determinare una diversa decisione. Si pensi al caso, sopra menzionato, dell'omessa considerazione dell'idoneità delle relazioni dei revisori contabili ad indurre in errore la banca circa la situazione di crisi della situazione finanziata<sup>21</sup>, che per l'appunto aveva condotto la corte di appello a ritenere la responsabilità della banca nell'aggravamento del passivo. Appare,

---

<sup>19</sup> Sulle presunzioni in diritto francese cfr. Perelman Ch., *Présomptions et fiction en droit, essai de synthèse*, in *Les présomptions et les fictions en droit droit*, Bruxelles, Bruylant, , 1974; Weser M., *Présomptions et fiction en droit, essai de synthèse*, in *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974 ; Le Gac-Pech S., *La place confortée des présomptions en matière de responsabilité du fait des produits*, Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 10 juillet 2013, pourvoi numéro 12-21.314, JCP E, 2013, p. 35 s.

<sup>20</sup> CHEVALLIER J., *Le control de la cour de cassation sur la pertinence de l'offre de preuve*, in D, 1956, Chr., p. 37 e ss.; BACHELLIER J., NOËLLE M., *La technique de cassation*, cit., p. 176 ; BLONDEL P., *Le manque de base légale*, cit., p. 53 ss. ; JONQUÈRES J., *Le contrôle des constatations de fait*, cit., p. 117 ss.

<sup>21</sup> Cass. Com., 10 juin 1986, cit.

infatti, evidente che se i giudici di merito avessero tenuto in considerazione il fatto dell'idoneità delle relazioni dei revisori contabili ad indurre in errore la banca circa la situazione di crisi dell'impresa finanziata, i medesimi non avrebbero potuto considerare sussistente l'elemento costitutivo della colpa, essendo inesistenti i fatti storici da cui l'esistenza di siffatto elemento poteva essere dedotta.

Oltre a tali osservazioni, preme sottolineare l'intensa somiglianza tra il controllo sotteso alla verifica della sussistenza del vizio di *omission de tenir compte des faits dans le débat* e il controllo della motivazione così come lo si è ricostruito nel secondo capitolo, ossia quale verifica della considerazione da parte del giudice di merito di tutti i possibili in cui si concreta l'opzione per la ricostruzione della *quaestio facti*<sup>22</sup>. In altre parole, a noi sembra che il vizio di *omission de tenir compte des faits dans le débat* censuri l'incompletezza dell'*iter* del giudizio di fatto là dove il giudice decida senza prendere in considerazione tutti i dati della causa, risultanti dal materiale probatorio.

Ed invero, l'omesso esame da parte del giudice di merito francese di un fatto, allegato e "provato da una prova", avente carattere decisivo per la soluzione della lite determina il venir meno dell'opzione in cui si concreta il giudizio di fatto sull'esistenza o sull'inesistenza di un fatto principale (la colpa nel caso appena analizzato), con un risultato che emergerà dalla motivazione della decisione impugnata, non corrispondendo il contenuto di quest'ultima al materiale istruttorio.

Di tal guisa, la Corte di cassazione francese, oltre ad accogliere la concezione sostanziale della motivazione (intesa quindi come «ragionamento che il giudice effettua sulla base del materiale di fatto acquisito per giungere alla pronuncia»<sup>23</sup>), fa rientrare la censura dell'incompletezza dell'*iter* del giudizio di fatto (ossia della mancata considerazione di uno dei due possibili in cui si concreta il giudizio di fatto) e la violazione del dovere del giudice di decidere *causa cognita* (ossia di decidere tenendo conto di tutti gli elementi di fatto risultanti dalle prove) nella categoria del vizio di motivazione.

---

<sup>22</sup> SATTI S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. II, 2, Padova, 1962, 208 ss.

<sup>23</sup> RICCI G.F., in AA. VV., *Le novità in materia di impugnazioni*, Incontro di studio Firenze, 12 aprile 2013, *Quaderni dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile*, LXIII, p. 232. Cfr. anche *supra* Cap. II, sez. I, § n. 2.; sez. III, § n. 3.2., 3.3.

2. *Similitudini e differenze con il vizio di défaut de motifs par manque de réponse à conclusions.*

Quanto poi all'autonomia di tale particolare figura di difetto di base legale rispetto ad altri *cas d'ouverture à cassation*, va osservato come l'analisi di alcune delle decisioni sanzionanti l'omesso esame di fatti decisivi allegati dalle parti ha posto in evidenza la forte similitudine tra questa ipotesi di difetto di base legale ed il vizio di *défaut de réponse à conclusions*. Ne deriva quindi la necessità di individuare gli esatti criteri distintivi dei predetti *cas d'ouverture* onde evitare la sovrapposizione di due vizi diversi.

Si è visto infatti che tali vizi se rientrano entrambi nell'ampia categoria dei vizi di motivazione, tuttavia, differiscono con riguardo alla natura, essendo il difetto di base legale un vizio di merito ed essendo invece l'omessa risposta a conclusioni un vizio di forma rientrante nella sotto-categoria del *défaut de motifs*. Sotto quest'ultimo profilo è peraltro interessante notare che *le défaut de réponse à conclusions*<sup>24</sup> corrisponde funzionalmente alla categoria italiana dell'omessa pronuncia su eccezione, giacché ciò che viene lamentata è la mancata presa in considerazione, da parte del giudice di merito, degli effetti giuridici di un fatto specificamente invocato dalla parte a sostegno della propria pretesa.

L'inquadramento sistematico nella più ampia categoria dei vizi motivazionali<sup>25</sup> e precipuamente nella sotto-categoria del *défaut de motifs* si spiega in

---

<sup>24</sup> Su tale specifico vizio cfr. BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation*, cit., n° 77 s., p. 400 s.; CHARTIER Y., *La Cour de cassation*, cit., p. 64; COUCHEZ G., LAGARDE X., *Procédure civile*, Paris, 2014, p. 483 s.; FABREGUETTES M.P., *La logique judiciaire et l'art de juger*, Paris, 1914, p. 529 ss.; FAYE E., *La Cour de Cassation*, Paris, 1903, p. 106 e ss.; FATTACCINI C., *Pourvoi en cassation*, in AA. VV., *Droit et pratique de la procédure civile*, diretto da Guinchard S., Paris, 2014-2015, n° 553.475, p. 1660; HÉRON J., LE BARS T., *Droit judiciaire privé*, Paris, 2012, p. 690; JULIEN P., FRICERO N., *Procédure civile*, Paris, LGDJ, 2011, p. 485 e ss.; LEFORT C., *Procédure civile*, Paris, 2011, p. 510 e ss.; MARTY G., *La distinction du fait et du droit*, Paris, 1929, p. 279 e ss.; MEKKI S.A., STRICKLER Y., *Procédure civile*, Paris, 2013; RIGAUX F., *La nature du contrôle de la Cour de Cassation*, Bruxelles, 1966, p. 314 ss.; VOULET J., *Le défaut de réponse à conclusions*, *JCP G*, 1965, I, n° 1912.

<sup>25</sup> Nel sistema francese rientrano, nella categoria dei vizi di motivazione, il *défaut de motifs*, il difetto di base legale ed il vizio di *dénaturation*. In particolare quest'ultimo si configura qualora il giudice, nell'interpretare una clausola contrattuale o un documento chiaro e preciso, gli attribuisca un significato diverso da quello fatto palese dalle parole, così da stravolgerne la portata giuridica. Si tratta, come per il caso del difetto di base legale, di un motivo di ricorso per cassazione elaborato in via giurisprudenziale dalla Suprema Corte di cassazione nel lontano. La prima pronuncia di cassazione per *dénaturation* risale al 15 aprile 1872 (*arrêt Veuve Foucauld et Coulombe c. Pringault*, Civ., 15 avril 1872, in H. CAPITANT, F. TERRÉ,

ragione della teoria accolta dal codice di procedura civile francese in riferimento al concetto di eccezione – *rectius* di *moyen de défense*. In particolare il *moyen*, diversamente dalla domanda riconvenzionale, non mira a modificare l'*objet du litige*, ma influenza il contenuto della motivazione della sentenza, dovendo il giudice prendere in considerazione ai fini della decisione e prendere posizione nella motivazione sui fatti introdotti dalle parti attraverso il *moyen*<sup>26</sup>.

Ciò premesso, appare evidente che nessun problema si pone quando a fronte dell'omesso esame di un fatto la parte soccombente formuli tanto un motivo di ricorso per cassazione sanzionante il difetto di base legale, quanto un motivo di ricorso volto a denunciare un *défaut de réponse à conclusions*.

Maggiori difficoltà pratiche sorgono invece quando tale vizio venga inquadrato in un solo motivo di ricorso, potendo in tali casi la parte incorrere in una decisione di inammissibilità qualora non sia correttamente sussunto il vizio nel motivo di ricorso per cassazione.

---

Y. LEQUETTE, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, Paris, 2008, n° 161, p. 156) e sanzionava la violazione dell'art. 1134 CC, che concerne l'efficacia del contratto. Al giorno d'oggi, la cassazione di sentenze per vizio di *dénaturation* continua ad essere pronunciata *sous le visa* dell'art. 1134 CC, salvo alcuni casi in cui ad essere denaturato non è un documento proveniente direttamente dalle parti o se si tratta di atti processuali di parte. Nel primo caso la Suprema Corte ha recentemente fatto ricorso al principio generale che fa leva su «*l'obligation faite au juge de ne pas dénaturer les documents de la cause*» (Cass., 2e Civ., 10 mai 2012, pourvoi n° 11-19.270 ; Cass., 2e Civ., 29 mars 2012, pourvoi n° 11-14.661 ; Cass., 2e Civ., 15 septembre 2011, pourvoi n° 10-19.694). Nel secondo caso, i giudici di legittimità hanno fondato l'annullamento della decisione impugnata sull'art. 4 CPC, avendo la denaturazione degli atti di parte alterato la corretta determinazione dell'*objet du litige* (il quale si individua per l'appunto con riferimento agli atti di parte. Cfr. Cass., 2e Civ., 30 avril 2009, pourvoi n° 07-15.582, *Bull.* 2009, II, n° 108. In argomento cfr., per tutti, [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2012\\_4571/livre\\_3\\_etude\\_preuve\\_4578/partie\\_1\\_objet\\_preuve\\_4579/preuve\\_fait\\_4581/chapitre\\_2\\_dénaturation\\_26208.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2012_4571/livre_3_etude_preuve_4578/partie_1_objet_preuve_4579/preuve_fait_4581/chapitre_2_dénaturation_26208.html); BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation*, cit., n° 79, p. 440 ss.; CHARTIER Y., *La Cour de cassation*, cit., p. 62 e s.; COUCHEZ G., LAGARDE X., *Procédure civile*, cit., 483 e s.; FABREGUETTES M.P., *La logique judiciaire*, cit., p. 529 ss.; FATTACCINI C., *Pourvoi en cassation*, cit., n° 553.447, p. 1658; HÉRON J., LE BARS T., *Droit judiciaire privé*, cit., p. 695 e s.; JULIEN P., FRICERO N., *Procédure civile*, cit., p. 485 e ss.; LEFORT C., *Procédure civile*, cit., p. 510 e ss.; MARTY G., *La distinction*, cit., p. 293 e ss.; MEKKI S.A., STRICKLER Y., *Procédure civile*, cit.; VOULET J., *Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation*, *JCP G*, 1971, I, n° 2410.

<sup>26</sup> È interessante notare che nella dottrina italiana tale tesi è sottesa al pensiero in materia di eccezione di FABBRINI G., *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano 1973, 245 ss., spec. 281; FAZZALARI E., *Istituzioni di diritto processuale*, 5a ed., Padova 1989, 407 ss. Secondo tale impostazione, se l'introduzione di una nuova domanda influisce sui limiti oggettivi della pronuncia, l'introduzione per il tramite dell'eccezione di fatti impeditivi, modificativi ed estintivi si limita ad arricchire la *quaestio facti*; con la conseguenza che il loro omesso o insufficiente esame determina un vizio della motivazione.

Ne deriva quindi l'esigenza di analizzare la differenza tra *moyen et simple allégation* – o *argument* – e di enunciare, quindi, i criteri distintivi tra *défaut de base légale* e *défaut de réponse à conclusions*.

## 2.1. Moyens e arguments.

Elementi costitutivi di un *moyen*<sup>27</sup> sono a) l'invocazione specifica di un fatto; b) la deduzione delle conseguenze giuridiche legalmente scaturenti dal fatto invocato; c) la costruzione di un ragionamento giuridico atto ad influire sulla decisione della controversia.

Per quanto concerne il requisito *sub a)*, si osserva che deve trattarsi di fatti rilevanti per la decisione idonei a caratterizzare uno degli *éléments générateurs*<sup>28</sup> della norma giuridica.

Con riferimento, invece, al requisito *sub b)* appare evidente che la parte non può limitarsi ad allegare il fatto, ma deve specificamente invocare l'effetto giuridico astrattamente rilevante per la costruzione della fattispecie legale astratta. Così ad esempio non è sufficiente che la parte allegghi, nella propria difesa, che l'autore di un incidente stradale conduceva il proprio veicolo a una velocità superiore a quella consentita dai limiti del codice della strada, ma è necessario che deduca specificamente che il guidare a tale velocità eccessiva rappresentava una colpa idonea a imputare la responsabilità in capo all'autore del danno. Egualmente, non è sufficiente lamentare l'inadeguatezza di un dato macchinario all'esercizio della professione di maniscalco, ma è necessario dedurre che tale inadeguatezza rappresenti una difformità della cosa venduta tale da far sorgere in capo al venditore la responsabilità contrattuale. Ancora, al fine di sottrarsi alla disciplina dei contratti conclusi con i consumatori, l'imprenditore non potrà limitarsi a dimostrare che la sua controparte aveva una conoscenza tecnica elevata, ma dovrà anche affermare che siffatta conoscenza faceva sì che la controparte fosse qualificata anch'essa come professionista.

---

<sup>27</sup> Peraltro, occorre sottolineare che affinché un *moyen* possa essere preso in considerazione dal giudice, la parte ha l'onere di depositare tempestivamente le conclusioni che lo contengono.

<sup>28</sup> MOTULSKY H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des élément générateurs des droits subjectifs*, Paris, 1948.

Diversamente e in assenza dell'invocazione delle conseguenze giuridiche del fatto, ci si troverebbe di fronte ad un semplice *argument* o ad una *simple allégation*<sup>29</sup>.

Da tali osservazioni deriva quindi che l'*argument* consiste nella mera enunciazione di un fatto, a prescindere dalla deduzione delle conseguenze giuridiche che la legge può ricondurre a tale fatto. Così, riprendendo gli esempi fatti nel § 1., la circostanza che la banca avesse sottolineato che le relazioni dei revisori contabili avessero carattere positivo rappresenta solo un'enunciazione di fatto volta a supportare argomentativamente la propria difesa. Eguale considerazione deve essere mossa con riguardo all'invocazione dell'inadeguatezza del forno a legna da pane acquistato e all'invocazione della circostanza che Y aveva modificato unilateralmente la natura, il contenuto e le sanzioni relative al rapporto di agenzia intrattenuto con la società X.

## 2.2. *Criteri della distinzione.*

Alla luce delle specificazioni operate nel paragrafo precedente, è possibile ora delineare con più precisione i criteri della distinzione tra omesso esame di un fatto decisivo acquisito agli atti di causa e *défaut de réponse à conclusions*.

Sul punto, autorevole dottrina ha sottolineato che la distinzione si trova nell'aver il giudice di merito completamente omesso o meno qualsivoglia «*recherche sur le moyen soulevé*»<sup>30</sup>. In particolare, la predetta dottrina fa l'esempio del caso in cui il terzo che abbia contratto con un soggetto privo di poteri invochi nelle conclusioni il mandato apparente di tale soggetto, distinguendo pertanto i predetti vizi con riferimento al tipo di ricerche effettuate dal giudice di merito. Così, quando la Corte di appello si limita a rigettare la pretesa del terzo sulla base dell'assenza di poteri del contraente si verserebbe in un'ipotesi di vizio sussumibile nel *défaut de réponse à conclusions*, avendo il giudice omesso qualsiasi ricerca sul *moyen soulevé* dal terzo. Diversamente, nel caso in cui il terzo, nelle conclusioni, specifichi che il contraente si era avvalso di carta intestata del preteso mandante e il giudice, nella sentenza, affermi che il terzo non poteva lamentare l'assenza di poteri,

---

<sup>29</sup>LE BARS T., *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris, 1997, p. 105 e ss. ; VOULET J., *Le défaut de réponse à conclusions*, JCP G, 1965, I, n° 1912.

<sup>30</sup> BACHELLIER J., NOËLLE M., *La technique de cassation*, Paris, 2010, p. 201.

giacché conosceva il rappresentante abituale del preteso mandante e costui non era la persona con la quale aveva contratto, si verserebbe in un omesso esame di fatto. E ciò in quanto, il giudice avrebbe comunque condotto alcune “ricerche” sull’eccezione sollevata dal predetto terzo, avendo tuttavia omesso di prendere in considerazione un fatto decisivo<sup>31</sup>. Secondo tale impostazione, il criterio distintivo andrebbe ravvisato nella quantità delle “ricerche” effettuate dal giudice di merito.

Tale tesi per quanto raffinata ed affascinante non pare tuttavia fornire un reale criterio distintivo, giacché, a ben guardare, le “ricerche” del giudice o meglio la presa in considerazione dell’eccezione o del fatto decisivo sono omesse in entrambi i casi. Difatti, tanto nel primo quanto nel secondo caso la motivazione dell’ipotetica decisione criticata sarebbe carente con riferimento al punto relativo all’accertamento del mandato apparente e al punto relativo all’utilizzo della carta intestata del preteso mandante, con il risultato che non sarebbe comunque agevole la distinzione tra difetto di base legale per omesso esame di un fatto decisivo e *défaut de réponse à conclusions*.

Alla luce delle considerazioni mosse nel precedente paragrafo a noi sembra, invece, più opportuno far assurgere a criterio distintivo dei due vizi la circostanza che la parte abbia invocato o meno le conseguenze giuridiche del fatto allegato, facendo quindi leva sulla distinzione dei due momenti della disciplina dei fatti giuridici: quello dell’indicazione del fatto decisivo e quello della rivelazione dei suoi effetti<sup>32</sup>. Sicché nel primo caso la lacuna motivazionale concernerà l’omessa presa di posizione del giudice circa l’esistenza o l’inesistenza del fatto invocato dalle parti; mentre, nel secondo caso, tale lacuna consisterà nel non aver il giudice preso in considerazione gli effetti di tale fatto ai fini della valutazione circa la sussistenza del diritto controverso, ossia ai fini della ricostruzione della fattispecie legale astratta<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> BACHELLIER J., NOËLLE M., *La technique de cassation*, cit., p. 201.

<sup>32</sup> Per una dettagliata individuazione de termini della questione, cfr. MENCHINI S., *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, Milano 1993, III, 23 ss., spec. 29.

<sup>33</sup> È peraltro interessante notare che tale ricostruzione determina l’irrilevanza della natura del fatto ai fini della configurazione dell’omesso esame di un fatto decisivo, ben potendo il giudice non aver preso posizione, nella motivazione, sull’esistenza o sull’inesistenza di un fatto principale. Tuttavia, va osservato che in tale ipotesi l’*adret* e l’*ubac* del difetto di base legale verrebbero a coincidere, avendo ad oggetto l’omesso esame di un fatto decisivo un fatto corrispondente ad uno degli elementi costitutivi del diritto dedotto in lite.



3. *Una sanzione del dovere di decidere causa cognita.*

La possibilità di sussumere, nella categoria del difetto di base legale, *les hypothèses où le juge a omis de tenir compte des faits régulièrement entrés dans le débat et de nature à avoir une incidence sur la solution du litige*, e quindi nella sostanza il vizio di omesso esame di un fatto decisivo, rappresenta un'importante evoluzione giurisprudenziale per il sistema francese: vuoi perché come visto il difetto di base legale viene elevato a rimedio avverso la violazione del dovere del giudice di decidere *causa cognita*, vuoi perché di tal guisa viene esplicitato uno degli aspetti dell'*office du juge*<sup>34</sup>.

A tal proposito, è stato infatti attentamente rilevato che siffatta scelta esegetica si pone in linea di continuità con l'art. 12 CPC<sup>35</sup>, il quale fissa i termini dell'*office du juge* là dove stabilisce che «*le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables*» e che «*il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposées*». In particolare, il legame tra dovere del giudice di decidere la controversia conformemente alle norme applicabili alla medesima e dovere di prendere in considerazione tutto il materiale della causa deriva dalla circostanza per cui l'organo giudicante non potrebbe legittimamente rigettare o accogliere una domanda senza aver preso posizione su tutti i fatti rappresentati dalle prove risultanti dagli atti di causa e aventi un'efficacia per la decisione. E ciò in quanto, il giudice verrebbe meno al suo *office* applicando o disapplicando una od un'altra norma giuridica<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Sull'*office du juge* anche nel suo rapporto con i poteri delle parti cfr. BOLARD G., *L'office du juge et le rôle des parties: entre arbitraire et laxisme*, in *JCP G*, 2008, I, n° 156; MOTULSKY H., *L'office du juge et la loi étrangère*, in *Ecrits III, Etudes et notes de droit international privé*, Paris, 1978, p. 87; ID., *L'office du juge et la loi étrangère*, in *Mélanges Maury*, 1955, tome 1, p. 22 s.; ID., *La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge*, in *D*, 1964, chr. p. 38 ; ID., *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits*, in *Etudes de droit contemporain*, Sirey, Paris, 1959, t. II, p. 355 ; NORAMAND J., *L'office du juge et la contestation*, Thèse, LGDJ, 1965 ; ouvrage également paru sous le titre *Le juge et le litige*, LGDJ, 1965.

<sup>35</sup> BLONDEL P., *Le manque de base légale*, cit., p. 53 s.

<sup>36</sup> Si è infatti già avuto modo di osservare come la qualificazione sia fortemente influenzata dalla soluzione della *quaestio facti*. Cfr. supra cap. II, sez. I, n. 3.1. In dottrina cfr. AUBERT J-L., *La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile*, in *D*, 2005, p. 1115 s.;

In particolare, la specificazione di tale profilo dell'*office du juge* e l'inclusione al suo interno del dovere del giudice di prendere posizione nella motivazione su tutti i fatti regolarmente acquisiti al giudizio sottendono, peraltro, il riconoscimento positivo della garanzia per le parti del diritto a vedere esaminate le prove proposte<sup>37</sup>, dovendo il giudice necessariamente analizzare tutte le prove dedotte al fine di poter prendere posizione su tutti i fatti da esse rappresentati.

### 3.1. *La non corrispondenza tra fatti acquisiti e contenuto della decisione.*

Dall'analisi del cosiddetto *ubac* del difetto di base legale emerge inoltre un'importante differenza con l'*adret* del medesimo motivo di ricorso per cassazione. Se infatti la tecnica tradizionalmente usata dalla Corte di cassazione per individuare l'esistenza di un'insufficienza motivazionale si basa sulla verifica della – mancanza della – corrispondenza tra testo della motivazione della decisione e testo della legge, diversamente, la tecnica usata per verificare l'omessa considerazione di un fatto decisivo non consiste nella predetta comparazione. In tale caso la comparazione consiste nella verifica della corrispondenza tra contenuto della motivazione della decisione e contenuto del materiale probatorio legittimamente acquisito agli atti di causa<sup>38</sup>.

Ed invero, negli esempi sopra citati, le relazioni dei revisori contabili erano documenti regolarmente prodotti in giudizio<sup>39</sup>, l'inadeguatezza del forno a legna

---

BAYART A., *La distinction du fait et du droit. Le point de vue de l'avocat*, in *Le fait et le droit*, Bruxelles, 1961, p. 89 s.; BETOUILLE J., *La distinction contrôle lourd/contrôle léger de la Cour de cassation. Mythe ou réalité*, JCP G, 2002, I, p. 171 s.; CROZE H., *Recherche sur la qualification en droit processuel français*, thèse Lyon, 1981; FORIERS P., *La distinction du fait et du droit devant la Cour de cassation de Belgique*, in *Le fait et le droit* Bruxelles, 1951, p. 51 s.; HABSCHEID W.-H., *Le Cours supérieures en République Fédérale d'Allemagne et la distinction du fait et du droit devant les juridictions suprêmes en France et en Allemagne*, in RIDC, 1968, p. 79 s.; HALLEMASNS W., *Le juge devant la distinction du fait et du droit*, in *Le fait et le droit*, Bruxelles, 1961, p. 78 s.; IVALINER TH., *L'interprétation des faits en droit*, in JCP G, 1986, I, n° 3235 ; MAURY J., *La distinction du fait et du droit devant la Cour de cassation*, in RCDIP, 1931, p. 583 s.; RIVERO J., *La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, in *Le fait et le droit*, Bruxelles, 1961, p. 130 s.

<sup>37</sup> Cfr. infra § 3.2.

<sup>38</sup> Nello stesso senso BLONDEL P., *Le manque de base légale*, cit., p. 65 e 76 e s.

<sup>39</sup> Cass. Com., 10 juin 1986, in *Bull.*, 1986, IV, n. 118, in BACHELLIER J., NOËLLE M., *La technique de cassation*, cit., p. 174 e s.

da pane era stata dedotta dall'acquirente nelle conclusioni di appello<sup>40</sup>, ed egualmente l'invocazione della circostanza che Y avesse modificato unilateralmente la natura, il contenuto e le sanzioni relative al rapporto di agenzia intrattenuto con X<sup>41</sup> risultavano dagli atti di causa.

Preme peraltro sottolineare nuovamente che l'inquadramento del vizio di *omission de tenir compte des faits dans le débat* nella categoria del *défaut de base légale* determina l'accoglimento della concezione sostanziale della motivazione. Difatti affermare che la motivazione deve contenere, affinché risulti completa, la presa di posizione del giudice su tutte le deduzioni – anche istruttorie – delle parti significa riconoscere che la motivazione deve rappresentare il «ragionamento che il giudice effettua sulla base del materiale di fatto acquisito per giungere alla pronuncia»<sup>42</sup>.

Tali considerazioni sembrano inoltre trovare precipuo riscontro nella tecnica del controllo esplicito dalla Corte di cassazione francese per verificare la sussistenza del cosiddetto *nbac* del difetto di base legale, giacché la completezza della motivazione è in tal caso verificata attraverso la comparazione tra il testo della motivazione della decisione e contenuto del materiale di causa – *in* comprese le prove rappresentanti il fatto trascurato del giudice di merito.

### 3.2. *Una garanzia del diritto alla valutazione di tutti i fatti e delle prove.*

Vi è infine un'ulteriore conseguenza derivante dall'evoluzione giurisprudenziale in esame, alla quale peraltro si è già accennato.

La possibilità di censurare l'omesso esame dei fatti decisivi, da un lato, e l'accoglimento della concezione della motivazione sostanziale, dall'altro, determinano il riconoscimento in capo alle parti del diritto delle parti a vedere esaminate dal giudice di merito tutte le prove e tutti i fatti da quest'ultime

---

<sup>40</sup> Cass. Com., 4 janvier 2005, *pourvoi* n. 03/16.790, in BACHELLIER J., NOËLLE M., *La technique de cassation*, cit., p. 176.

<sup>41</sup> Cass. Com., 27 octobre 2009, *pourvoi* n. 08/18650, in BACHELLIER J., NOËLLE M., *La technique de cassation*, cit., p. 177.

<sup>42</sup> Per la dottrina italiana RICCI G.F., in AA. VV., *Le novità in materia di impugnazioni*, Incontro di studio Firenze, 12 aprile 2013, *Quaderni dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile*, LXIII, p. 232; analogo pensiero l'autore esprime in RICCI G. F., *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2013, 165 e ss.

rappresentati. Ed invero, è proprio la violazione del predetto diritto ad essere sanzionata nei casi in cui la Suprema Corte francese sanziona il giudice di merito che *a omis de tenir compte des faits régulièrement entrés dans le débat et de nature à avoir une incidence sur la solution du litige*.

Più in generale e come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, si può cominciare ad affermare che l'*ubac* del *défaut de base légale* sottende ed è quindi posto a tutela dell'effettività del diritto alla prova<sup>43</sup>. Difatti, è il diritto delle parti alla prova<sup>44</sup> che genera il dovere del giudice di «di prendere adeguatamente in considerazione le istanze e le allegazioni in cui l'esercizio del diritto di difendersi si è in concreto manifestato»<sup>45</sup>. Detto altrimenti, l'omesso esame di un fatto decisivo secondo i massimi giudici francesi sanziona l'omessa considerazione di un fatto decisivo (avente influenza causale sulla decisione) “provato” o meglio rappresentato da una prova e la conseguente omessa presa di posizione, nella motivazione, sull'esistenza o l'inesistenza del fatto ignorato.

## **SEZIONE II: UN'INVOLUZIONE DEL LEGISLATORE ITALIANO. LA MODIFICA DELL'ART. 360, COMMA 1°, N. 5, C.P.C.**

### *1. La posizione della dottrina italiana.*

Se nell'ordinamento francese la possibilità di censurare, con il motivo di ricorso del difetto di base legale, il vizio dell'omesso esame di fatti decisivi ha rappresentato un'importante evoluzione giurisprudenziale che di fatto consacra il diritto delle parti a veder esaminati tutti i mezzi di prova proposti, al contrario, nell'ordinamento italiano, la trasformazione del vizio di omessa, insufficiente e

---

<sup>43</sup> Cfr. *infra* cap. III, sez. III, § 1. e ss.

<sup>44</sup> In argomento cfr. BERGEAUD A., *Le droit à la preuve*, Paris, LGDJ, 2010 ; GOUBEAUX G., *Le droit à la preuve*, in *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 277 s.; MARRAUD C., *Le droit à la preuve, la production forcée des preuves en justice*, in *JCP*, 1973, I, n° 2572.

<sup>45</sup> COMOGLIO L.P., *Preclusioni istruttorie e diritto alla prova*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1998, p. 968 ss.

contraddittoria motivazione nel vizio di omesso esame circa un fatto decisivo è stata da subito percepita come un'involuzione legislativa volta a porre nel nulla i risultati della sessantennale elaborazione giurisprudenziale sul controllo indiretto del giudizio di fatto. Ed invero sia la – più volte citata - relazione di accompagnamento alla riforma dell'art. 54 d.l. n. 83/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 134/2012, che la relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012 del Primo Presidente della Corte di cassazione, Ernesto Lupo<sup>46</sup>, sottolineano l'esigenza di ripristinare l'originaria funzione della Suprema Corte quale giudice del diritto esercente funzioni nomofilattiche e, quindi, quella di restringere il sindacato sul vizio di motivazione degli accertamenti di fatti compiuti dai giudici di merito.

Tuttavia, a fronte di tale modifica e del chiaro intento legislativo di ridurre ai minimi termini il controllo sulla motivazione al fine di garantire la genuinità della funzione di cassazione, la dottrina ha anzitutto sottolineato l'inconsistenza di siffatta giustificazione legislativa.

Difatti, come si è già avuto modo di vedere, il controllo indiretto sul giudizio di fatto non è affatto incompatibile con il giudizio di cassazione, giacché il predetto controllo concerne la verifica della correttezza e della completezza delle argomentazioni del giudice di merito senza invece censurare il merito della

---

<sup>46</sup> Si riportano qui di seguito le parole del discorso pronunciato dal Primo Presidente della Corte di cassazione, Ernesto Lupo: «L'intento, del tutto condivisibile, dell'intervento normativo, è evidentemente di restringere l'ambito del controllo esercitabile in Cassazione sui vizi di motivazione dell'accertamento dei fatti compiuto dal giudice del merito. Lo strumento opportunamente predisposto dal legislatore dovrà certamente essere utilizzato in conformità, non tanto con la *voluntas legislatoris* in sintonia con gli auspici che larga parte di teorici e pratici hanno da tempo espresso, quanto con la *ratio legis*, fatta palese dai termini utilizzati. Né è prevedibile, e tanto meno auspicabile, che possa ripetersi quanto avvenne nel vigore del codice di procedura del 1865 (che non prevedeva uno specifico motivo di ricorso) e di quello del 1942, e cioè che, sotto la spinta delle parti che chiedono di rimettere in discussione il giudizio di fatto, si formarono orientamenti di giurisprudenza che, andando oltre una rigorosa interpretazione del dettato normativo, hanno consentito, ancor prima delle modifiche introdotte nel 1950, il sindacato sul vizio logico e sull'insufficienza della motivazione. L'entità della domanda, e la dimensione della pendenza, in particolare dell'arretrato, uniche nel panorama europeo delle corti di ultima istanza, sono corpose ragioni che debbono spingere ad adottare una interpretazione della nuova disposizione coerente con le esigenze sistematiche e funzionali che dovrebbero riportare la Corte a sviluppare le sue funzioni di nomofilachia, depresse o quanto meno fortemente ridotte dall'enorme numero dei ricorsi».

ricostruzione dei fatti operata da quest'ultimo<sup>47</sup>. Al contrario di quanto sostenuto dal legislatore nella predetta relazione di accompagnamento, si è invece dimostrata l'inerenza del controllo sulla motivazione al giudizio di legittimità e la sua funzione fondamentale ai fini del corretto espletamento della verifica della corretta applicazione della legge al caso di specie e, quindi, all'esercizio della funzione nomofilattica correttamente intesa<sup>48</sup>.

Nondimeno, è stata rilevata la pericolosità di una lettura restrittiva della modifica dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. Difatti interpretare la nuova norma nel senso di consentire il controllo della motivazione nei soli casi di omesso esame significa, di fatto, privare le parti del diritto ad ottenere dal giudice di merito una motivazione logica e sufficiente e completa rispetto alle risultanze del materiale probatorio, con un risultato che mal si concilia con i principi costituzionali in materia di motivazione che già si sono analizzati<sup>49</sup>. E ciò in quanto, la perdita per le parti del diritto costituzionale alla motivazione determina anche la lesione del

---

<sup>47</sup> Va comunque rilevato con TARUFFO M., *Il vertice ambiguo*, Bologna 1991, 111 s., che la Suprema Corte, nel valutare l'attendibilità e l'efficacia probatoria delle presunzioni in relazione alla dimostrazione del *factum probandum*, sconfina in un rifacimento del giudizio di fatto.

<sup>48</sup> Sulla compatibilità del controllo della motivazione con il giudizio di cassazione e sulla sua essenzialità ai fini di una verifica effettiva della corretta applicazione della legge si vedano ANCEL J.-P., *Le manque de base légale*, BICC, 2010, avril, n° 719 ; BLONDEL P., *Le manque de base légale*, cit. p. 62; BORÉ J., *La Cassation en matière civile*, Paris, 1980; BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, Paris, 2015/2016; CHARTIER Y., *La Cour de cassation*, cit., 48 s.; CROZE H., MOREL CH., *Procédure civile*, Paris, 1988; FERRAND F., *Cassation française*, cit.; FOUSSARD D., *Le manque de base légale*, BICC, 2010, avril, n° 719 ; ID., *Manque de base légale et création de la règle*, in *La Cour de Cassation et l'élaboration du droit*, Paris, 2004, p. 69 s.; GRIMALDI C., *L'analyse structurale de la règle de droit au service du juge*, in *D*, 2007, p. 1448 s.; LE BARS T., *Le défiant de base légale*, cit.; MOTULSKY H., *Le manque de base légale, pierre de touche de la technique judiciaire*, JCP, 1949, I, p. 775 s. ; WEBER JEAN-FRANÇOIS, *La Cour de cassation*, Paris, 2011.

Principio ribadito nella dottrina italiana all'indomani della riforma dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. da SASSANI B., *La logica del giudice e la sua scomparsa in cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 639 ss.; SASSANI B., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in cassazione*, in *Corriere giur.*, 2013, 839 ss.; ma cfr. anche CAPONI R., *La modifica dell'art. 360, 1° comma n. 5, c.p.c.*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012; CAPONI R., *Norme processuali «elastiche» e sindacato in cassazione (dopo la modifica dell'art. 360, 1° comma, n. 5 cpc)*, in *Foro it.*, 2013, V, p. 149 ss.; FORNACIARI M., *Ancora una riforma dell'art. 360<sup>1</sup> n. 5 cpc: basta, per favore, basta!*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012; LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, Milano, 2013, II, p. 422 ss.; TRISORIO LIUZZI G., *Il ricorso in Cassazione: le novità introdotte dal d.l. 83/2012*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2013.

<sup>49</sup> DI IASI C., *Il vizio di motivazione dopo la legge n. 134 del 2012*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it); ID., *Il vizio di motivazione dopo la legge n. 134 del 2012*, in *riv. trim. dir. proc.*, 2013, p. 1441 ss.; IMPAGNATIELLO G., *Crescita del Paese e funzionalità delle impugnazioni civili: note a prima lettura del d.l. 83/2012*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); ID., *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, p. 755 ss.; TRISORIO LIUZZI G., *Il ricorso in Cassazione*, cit.

diritto di difesa del principio del contraddittorio, nonché l'impossibilità di controllare il legittimo esercizio della funzione giurisdizionale ed il rispetto dei principi cardine della giurisdizione alla cui tutela la motivazione è preposta<sup>50</sup>.

Di qui, l'esigenza di interrogarsi sulla possibilità di recuperare la facoltà di censurare i più gravi vizi motivazionali ai sensi degli altri motivi di ricorso o ricorrendo ad una lettura estensiva dello stesso art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c., che almeno consenta ad esempio la possibilità di censurare l'omesso esame di una prova.

A tal proposito è stato dai più sottolineato che gli artt. 111, comma 6°, Cost., 132, comma 2°, n. 4, c.p.c. e 118 c.p.c. non richiedono una motivazione purchessia o la mera presenza grafica della motivazione, ma una motivazione idonea al conseguimento dello scopo (i.e. funzione) endoprocessuale ed extraprocessuale della motivazione medesima. Appare infatti evidente che una motivazione contraddittoria o manifestamente illogica non è idonea a far trapelare la *ratio decidendi*, a permettere alle parti di percepire e censurare dinanzi ad un giudice superiore i vizi – di fatto e di diritto - della decisione, a dimostrare al popolo il rispetto del principio del contraddittorio, di legalità, imparzialità e indipendenza del giudice e degli altri principi cardine della giurisdizione.

In quest'ordine di idee, si è pertanto affermato che la trasformazione del motivo di cui al n. 5 non sarebbe invero idonea ad espungere dall'ordinamento la possibilità di sanzionare tali vizi della motivazione i quali potrebbero essere comunque fatti valere ai sensi dell'art. 360, comma 1°, n. 4, c.p.c. che prevede, quale motivo di ricorso, la nullità della sentenza.

È inoltre interessante notare che sul punto parte della dottrina ha addirittura sostenuto che la modifica apportata dalla Novella del 2012 avrebbe determinato una «maggiore idoneità del quadro normativo conseguente a consentire il controllo della motivazione»<sup>51</sup>. E ciò in quanto, se fino al giorno antecedente la

---

<sup>50</sup> In particolare, il rispetto del principio di imparzialità, terzietà, legalità, nonché del già citato diritto di difesa. In proposito si vedano, per tutti, Per tutti, EVANGELISTA S., *Motivazione della sentenza civile*, in *Enc. Dir.*, 1977, XVII, p. 154 ss.; POLI R., *Le modifiche relative al giudizio di cassazione*, in C. Punzi *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, Torino, 2015, p. 271 ss.; TARUFFO M., *Motivazione della sentenza civile (controllo della)*, in *Enc. Dir.*, Agg. III, 1999, p. 785 ss. Sulla funzione della motivazione cfr, anche *supra* cap. II, sez. I, § 1.2.

<sup>51</sup> FORNACIARI M., *Ancora una riforma dell'art. 360<sup>1</sup> n. 5 cpc: basta, per favore, basta!*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012.

riforma i vizi di motivazione erano censurabili solo con riguardo ai parametri dell'omissione, dell'insufficienza e della contraddittorietà – con la conseguenza che potevano essere censurati solo i vizi sussumibili nelle predette categorie - diversamente, l'eliminazione dei «parametri di idoneità» della motivazione consentirebbe la piena censurabilità di qualsiasi vizio logico e ciò indipendentemente dalla circostanza che tale vizio rientri o meno nella categoria dell'insufficienza, della contraddittorietà o dell'omissione di motivazione.

Altri, invece, ferma l'esigenza di recuperare la controllabilità della motivazione in sede di legittimità - vuoi per fare salva per le parti la possibilità di censurare le aporie del ragionamento del giudice, vuoi per salvaguardare l'esigenza di responsabilizzazione dei giudici e di assicurare «decisioni solide e giuste»<sup>52</sup> - hanno suggerito la necessità di integrare la formula utilizzata dal legislatore con «l'aggettivo insufficiente»<sup>53</sup>. Di tal guisa ai sensi del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. potrebbero essere censurati non solo i vizi di omesso esame di fatto decisivo, ma anche tutte le ipotesi di «grave leggerezza e superficialità logica nella (...) valutazione [del fatto] che, anche in tal caso, [la motivazione] risulta - al fine - “omessa”». <sup>54</sup>

Ciò premesso, è ora opportuno soffermarsi ad analizzare le altre soluzioni interpretative suggerite dalla dottrina e ciò con precipuo riguardo al significato e alle conseguenze della riforma del d.l. n. 83/2012.

### *1.1. Il delicato problema del controllo di logicità della motivazione in fatto.*

Autorevole dottrina ha da subito denunciato la scomparsa della possibilità di censurare la logica del giudice dinanzi alla Corte di cassazione per effetto della

---

<sup>52</sup> Così, CONSOLO C., *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di «svaporamento»*, in *Corriere giur.*, 2012, p. 1139 ss.

<sup>53</sup> Così, CONSOLO C., *op. loc. cit.*

<sup>54</sup> CONSOLO C., *op. loc. cit.*



trasformazione del motivo di ricorso di omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione nel vizio di omesso esame circa un fatto decisivo<sup>55</sup>.

In particolare, è stato finemente sottolineato che con la riforma dell'art. 360 c.p.c. «ci si avvia a perdere»<sup>56</sup> la comprensione del vizio del *défaut de base légale* e la possibilità di attribuire una giusta collocazione nel giudizio di legittimità al controllo dei concetti giuridici indeterminati, delle clausole generali e del ragionamento presuntivo.

La criticità relativa alla possibilità di continuare a censurare i giudizi di valore ed il ragionamento presuntivo deriva quindi non tanto dall'impossibilità teorica di ricondurre tale controllo nell'alveo del motivo della falsa applicazione di legge – dove peraltro il controllo sui giudizi di valore troverebbe più giusta collocazione - quanto piuttosto dalla difficoltà che una simile interpretazione prenda piede in seno alla Corte di cassazione<sup>57</sup>.

Il pregio di tale lettura disincantata e realista si trova nell'aver sottolineato l'essenzialità del mantenimento del rapporto tra fatto e norma ai fini del giudizio di legittimità. In particolare, viene dimostrata la debolezza della posizione di chi ritiene di poter sopprimere il controllo indiretto sul giudizio di fatto senza che vi siano ripercussioni sul giudizio di diritto, il quale è invece “costruito” dal giudice di merito a partire da un determinato accertamento di fatto. Viene in altre parole messo in luce che l'eliminazione della possibilità di censurare il c.d. vizio logico della motivazione comporta la perdita dell'effettiva possibilità di controllare la corretta applicazione della legge al caso di specie, giacché viene meno la possibilità di sanzionare le lacune e le oscurità della giustificazione della ricognizione degli elementi di fatto corrispondenti ai presupposti di applicazione della norma, ossia il difetto di base legale.

A tal proposito è stato peraltro acutamente rilevato che «la disinvolta eliminazione dell'ampio controllo del n. 5 non elimina solo il controllo sulla rappresentazione/ricostruzione dei fatti storici (come racconta la vulgata), ma

---

<sup>55</sup> SASSANI B., *La logica del giudice*, cit. p. 639 ss.; SASSANI B., *Riflessioni sulla motivazione*, cit. 840 e ss.

<sup>56</sup> Così, SASSANI B., *Riflessioni sulla motivazione*, cit., p. 840 e ss.

<sup>57</sup> Si tratta della lettura del nuovo art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c., che risulta essere la più realista, specie alla luce dell'interpretazione proposta dalle Sezioni Unite a meno di un anno di distanza dalla pubblicazione degli scritti in commento.

taglia alla radice la possibilità di verifica di quella miriade di giudizi la cui rappresentazione nella sentenza forma la base della piramide sulla quale si assidono ricognizione ed interpretazione della norma»<sup>58</sup>.

È questa a nostro avviso la più grave lacuna che viene ad aprirsi nel sistema di tutele approntato dall'ordinamento italiano avverso i vizi della sentenza, essendo pertanto necessario volgere l'attenzione alla ricerca di un'esegesi della norma in oggetto idonea a consentire alle parti di continuare a censurare la scelta, l'uso od il mancato uso delle massime di esperienza<sup>59</sup>.

#### 1.2. *Fatto decisivo, omissio esame e possibilità di censurare le massime di esperienza.*

Sotto quest'ultimo profilo, altra parte della dottrina ha invece dato una lettura della modifica dell'art. 360 c.p.c. - opposta a quella che si è appena analizzata – secondo la quale a seguito della Novella del 2012 sarebbe ancora ammessa la possibilità per le parti di censurare l'impiego delle massime di esperienza.

Tale dottrina fa infatti leva sulla diversa formulazione dell'attuale n. 5 dell'art. 360 c.p.c. rispetto alla formulazione che tale motivo di ricorso aveva nel codice del 1940 al fine di ampliare i vizi denunciabili ai sensi del predetto n. 5. In particolare, l'utilizzo della preposizione «circa» in luogo della preposizione «di» equivarrebbe ad ammettere che l'omissione concerna non solo il fatto, «ma anche tutto ciò che possa avere “relazione” (...) con il fatto»<sup>60</sup> e che invece doveva essere tenuto in considerazione ai fini dell'affermazione dell'esistenza o dell'inesistenza di tale fatto<sup>61</sup>.

In quest'ordine di idee, è stato affermato che la possibilità di censurare l'utilizzo delle massime di esperienza rileverebbe quale «causa dell'omissione di una circostanza di fatto rilevante» e non più *ex se*, come invece era possibile

---

<sup>58</sup> SASSANI B., *La logica del giudice*, cit., p. 640.

<sup>59</sup> V. *infra*, in questo capitolo, Sez. III, § 3.3.

<sup>60</sup> RICCI G. F., *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2013, p. 191 e ss.

<sup>61</sup> Attribuisce rilievo all'uso della preposizione “circa” anziché della preposizione “di” anche IMPAGNATIELLO G., *Crescita del Paese e funzionalità delle impugnazioni*, cit.; ID., *Pessime nuove in tema di appello*, cit., p. 755 ss.

sostenere sotto la vigenza del vecchio art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. In particolare, è interessante notare che i sostenitori di tale tesi ritengono censurabile anche l'uso di regole di esperienza contraddittorie nella valutazione della prova, l'erronea interpretazione delle norme elastiche quando ciò derivi dall'omessa considerazione di una «situazione sociale» cui invece si sarebbe dovuto fare riferimento. Ma non basta. Nel nuovo n. 5 rientrerebbero, secondo tale impostazione, anche le censure relative alla motivazione *per relationem*, la motivazione apparente e le censure concernenti l'errore del consulente tecnico o del ragionamento del giudice sulla consulenza tecnica quando l'uno e l'altro abbiano omesso una circostanza rilevante che se fosse stata considerata avrebbe condotto il consulente o il giudice ad una conclusione diversa<sup>62</sup>.

Ora, tale interpretazione, sebbene sia ispirata all'esigenza di garantire alle parti un rimedio effettivo ed efficace avverso le storture del ragionamento del giudice, non può essere condivisa, giacché di fatto ignora del tutto la *voluntas legis* e finisce per considerare la riforma *tamquam non esset*, facendo rivivere la previgente versione del n. 5 a dispetto di quanto prevede la lettera della legge.

Maggiormente condivisibile, anche sotto il profilo del metodo, è l'opinione di chi, pur sempre attribuendo rilievo alla formulazione testuale dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. e all'impiego della preposizione “circa”, ritiene che l'omesso esame circa il fatto decisivo attenga all'omessa considerazione, da parte del giudice, nell'affermazione dell'esistenza o dell'inesistenza di un fatto delle «c.d. norme sul (metodo del) giudizio di fatto»<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> RICCI G. F., *Il giudizio civile di cassazione*, cit., p. 198.

<sup>63</sup> POLI R., *Le modifiche relative al giudizio di cassazione*, in C. Punzi *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, Torino, 2015, p. 284. Sotto tale specifico profilo, siffatta dottrina rinvia all'elaborazione Sattiana del giudizio di fatto quale opzione tra due possibili, rilevanti ai fini della ricostruzione del fatto storico, e al dovere del giudice di utilizzare le massime di esperienza nella valutazione della prova ai sensi dell'art. 116 c.p.c. In quest'ordine di idee, l'omessa considerazione di una massima di esperienza nell'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza del fatto decisivo potrebbe ancora essere censurata ai sensi dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. qualora determini l'omesso esame circa un fatto decisivo, ossia quando sia mancato il giudizio di fatto intorno alla ricostruzione storica di tale fatto per non essere stato considerato uno dei due possibili in cui tale giudizio si concreta. Con riferimento alla violazione dell'art. 116 c.p.c. quale norma contenente le regole sul metodo del giudizio di fatto cfr. LOMBARDO L., *Contributo alla teoria del giudizio civile di cassazione*, Catania, 2012, p. 175 ss.

1.3. *Il presunto riconoscimento positivo del défaut de base légale.*

Degna di menzione è poi certamente la tesi di chi, premessa l'irrilevanza dello sforzo interpretativo volto ad individuare l'esatto significato del nuovo n. 5 a fronte della circostanza per cui l'uso scorretto delle massime di esperienza sarebbe comunque censurabile quale violazione dell'art. 116 c.p.c. quale norma che fisserebbe le regole metodologiche del giudizio di fatto, propone di attribuire all'errore giuridico dell'omesso esame circa un fatto decisivo il nome – convenzionale – di difetto di base legale, «quale violazione di una regola di completezza nella sussunzione giuridica avente come referente un concetto giuridico indeterminato»<sup>64</sup>. In quest'ordine di idee, il nuovo n. 5 dell'art. 360 c.p.c. enuncerebbe «una delle regole sul metodo del giudizio di fatto, ossia quella che attiene ad un'esigenza di completezza nel giudizio sussuntivo avente come referente un concetto giuridico indeterminato»<sup>65</sup>.

Siffatta teoria, sebbene sia affascinante e sebbene consenta – se accolta – di censurare i vizi della motivazione con l'ampiezza con la quale sono censurati nell'ordinamento francese, non pare convincente. In particolare, non appare opportuno ricorrere – anche solo nominativamente e non concettualmente - alla categoria del *défaut de base légale* per individuare nominativamente un vizio che, anche per come definito, non corrisponde alla definizione del concetto di difetto di base legale per come elaborato dalla giurisprudenza francese.

Se infatti è vero che il *défaut de base légale* sanziona un'incompletezza della motivazione, non è altrettanto vero che tale incompletezza viene valutata con riferimento esclusivo ai concetti giuridici indeterminati. Al contrario, proprio alle origini, la dottrina francese aveva messo in dubbio la possibilità di censurare con il difetto di base legale anche le «*notions juridiques indéterminées*» che, addirittura, in alcune classificazioni venivano inserite nella categoria delle «*notions juridiques non*

---

<sup>64</sup> BOVE M., *Giudizio di fatto e sindacato della corte di cassazione: riflessioni sul nuovo art. 360 n. 5 cpc*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012; ID., *Ancora sul controllo della motivazione in cassazione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012; ID., *Ancora sul controllo della motivazione in cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, p. 432 ss.; ID., *Ancora sul controllo della motivazione in cassazione*, in AA. VV., *Le novità in materia di impugnazioni*, Incontro di studio Firenze, 12 aprile 2013, *Quaderni dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile*, LXIII, p. 73 e ss., spec. 97 e ss.

<sup>65</sup> BOVE M., *Ancora sul controllo della motivazione in cassazione*, cit., p. 97 e ss.

*controlées»* dalla Corte di cassazione<sup>66</sup>. Si è visto infatti che il difetto di base legale è un'insufficienza quantitativa degli elementi di fatto necessari a caratterizzare i presupposti di applicazione della norma e ciò indipendentemente dalla circostanza che gli elementi costitutivi della norma siano concetti giuridici determinati o concetti giuridici indeterminati.

Né peraltro il *défaut de base légale* sembra sanzionare le regole sul metodo del giudizio di fatto, quanto piuttosto i criteri della giustificazione razionale e completa della decisione.

Nemmeno pare corretto escludere la possibilità di inquadrare il difetto di base legale tra gli *errores in iudicando*, facendo leva sull'argomento secondo cui «la norma metodologica che si assume essere stata violata non è la norma di giudizio»<sup>67</sup>. Al contrario si osserva che i ricorsi per cassazione che deducono, come motivo di nullità della sentenza, il difetto di base legale e le pronunce che cassano le decisioni impugnate sul fondamento del difetto di base legale richiamano, gli uni e gli altri, *dans le visa* e nel primo *attendu*, la norma di diritto applicata dal giudice di merito nel dispositivo<sup>68</sup>. Se infatti tale norma non può dirsi violata direttamente, non potendosi stabilire la conformità a diritto della decisione a causa dell'insufficienza motivazionale, la stessa non è comunque rispettata laddove viene applicata nonostante l'insufficiente giustificazione dell'esistenza di uno degli elementi di fatto necessari per la caratterizzazione di uno degli elementi costitutivi della norma stessa.

---

<sup>66</sup> Sulla portata del controllo delle “*qualifications*”, per l'individuazione delle formule lessicali rivelatrici dell'esistenza o dell'assenza del controllo sulle nozioni giuridiche e delle ragioni per le quali la Corte di cassazione stabilisce di controllare attraverso il difetto di base legale una determinata *notion juridique* o di abbandonarla all'*appreciation souveraine* cfr. LE BARS T., *Le défaut de base légale*, n° 177 e s., p. 134 e s. Sull'estensione del *pouvoir souverain des juges du fond* cfr. BACHELLIER X., *Le pouvoir souverain des juges du fond*, in *BICC*, 2009, mai, p. 18 e ss.; CHARRUAULT C., *La souveraineté du juge du fond à l'épreuve de quelques faits*, 2009, mai, p. 24 ss.

<sup>67</sup> BOVE M., *Ancora sul controllo della motivazione in cassazione*, cit., spec. 97 e ss.

<sup>68</sup> Come visto, infatti, il difetto di base legale è un *vice de fond*. In dottrina cfr. BLONDEL P., *Le manque de base légale*, cit., p. 59; CADIET L., JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, Paris, 7. ed. ; CHARTIER Y., *La Cour de Cassation*, cit., p. 61 s. ; CREPON T., *Du pourvoi en cassation en matière civile*, cit., p. 47 s.; FAYE E., *La Cour de cassation*, cit., p. 119 s. et 121 s.; FERRAND F., *Cassation française*, cit., p. 160, spec. P. 166 s.; GUINCHARD S., FERRAND F., CHAINAIS C., *Procédure civile*, Paris, 2013, p. 614; LE BARS TH., *Le défaut de base*, cit. *Contra* BORÉ J., BORÉ L., *La cassation*, cit., n° 78.31, p. 430 s.

A ciò si aggiunge peraltro che secondo parte – minoritaria - della dottrina francese il difetto di base legale costituirebbe un errore del procedere del giudice che è venuto meno all'obbligo di motivazione delle sentenze<sup>69</sup>, soluzione che invece viene a priori esclusa dai fautori della tesi in commento.

Alla luce di tali considerazioni, pertanto, deve escludersi che con la modifica dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. il legislatore abbia coscientemente voluto codificare il difetto di base legale.

#### 1.4. *La capacità attrattiva del nuovo n. 5 dell'art. 360 c.p.c.*

Particolare apprezzamento merita invece l'originale ricostruzione di quella parte della dottrina secondo cui l'omesso esame circa un fatto decisivo ricomprenderebbe tutte quelle ipotesi in cui «il giudice di merito non prende posizione, agli effetti invocati dalle parti, sull'esistenza o inesistenza di un fatto decisivo»<sup>70</sup>. Tale teoria dà infatti rilievo alla volontà del legislatore di espungere, dall'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. il vizio di motivazione. In particolare, secondo tale ricostruzione, il vizio di omesso esame di un fatto non potrebbe essere limitato alla mera censura della mancanza grafica, nella motivazione, dell'indicazione di tale fatto, ma andrebbe a sanzionare anche la mancata valutazione – degli effetti – del fatto ignorato e allegato delle parti.

In quest'ordine di idee, è stata configurata la capacità attrattiva del nuovo n. 5 dell'art. 360 c.p.c. nel senso che tale motivo di ricorso sarebbe idoneo a sanzionare autonomamente tutti i vizi derivanti dall'omesso esame di un fatto, che fino alla riforma dell'estate del 2012, venivano dedotti attraverso gli altri motivi di ricorso<sup>71</sup>. Così per l'omessa valutazione di un fatto idoneo a radicare la competenza del giudice: vizio che tradizionalmente veniva censurato attraverso il n. 2 dell'art. 360 c.p.c. Simili considerazioni valgono con riguardo all'ipotesi in cui

---

<sup>69</sup> BORÉ J, BORÉ L., *La cassation*, cit. n° 78.31, p. 430 ss.

<sup>70</sup> PICCININNI L., *I motivi di ricorso in Cassazione dopo la modifica dell'art. 360 n. 5*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 407 ss., spec. p. 42.3

<sup>71</sup> Nella specie, a seconda della natura del fatto ignorato, l'omesso esame di un fatto decisivo veniva censurato ai sensi dei nn. 2 o 4 dell'art. 360 c.p.c.

il fatto decisivo trascurato sia un fatto costitutivo<sup>72</sup>. Particolare attenzione è poi dedicata dall'Autore al caso in cui il fatto trascurato sia un fatto principale impeditivo, modificativo o estintivo, potendo in tal caso il vizio dell'omesso esame circa un fatto decisivo attrarre a sé quei vizi che erano tradizionalmente censurati con il motivo di omessa pronuncia su eccezione ai sensi dell'art. 360, comma 1° , n. 4, c.p.c.<sup>7374</sup>.

L'accostamento del vizio di omesso esame circa un fatto decisivo all'omessa presa di posizione, da parte del giudice, agli effetti invocati dalle parti, sull'esistenza o inesistenza di un fatto decisivo» evoca peraltro l'ulteriore problema relativo alla censurabilità dell'omessa considerazione del *factum probans*. Resta quindi ora da verificare se il vizio di omessa pronuncia sulla richiesta di un mezzo istruttorio o di omessa valutazione della prova possano essere attratti nell'alveo del nuovo n. 5.

#### 1.5. *Prova e fatto decisivo.*

A tal ultimo proposito va senz'altro segnalata la tesi di chi ha letto nella modifica dell'art. 360 c.p.c. il riconoscimento positivo della motivazione sostanziale, intesa quale ragionamento che il giudice effettua sulla base del materiale istruttorio raccolto<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> Sul punto si osserva che, la mancata considerazione ai fini della decisione del fatto posto a fondamento della domanda integra un vizio di omessa pronuncia su domanda. Ed infatti se il giudice, a fronte dell'allegazione del fatto principale costitutivo, omette di valutarlo, viola il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c.

<sup>73</sup> Ancora in tal senso v. ampiamente PICCININNI L., *I motivi di ricorso*, cit., p. 407 ss.

<sup>74</sup> In quest'ordine di idee, ben potrebbe l'omesso esame del fatto fondante l'eccezione assurgere ad autonomo vizio, non rimanendo mera causa efficiente del vizio di omessa pronuncia su eccezione. La dottrina ha, tuttavia, da subito attentamente rilevato che il tradizionale inquadramento di tale vizio nella categoria delle nullità della sentenza per violazione della regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato non è «imprescindibile». A ben vedere, sebbene la rubrica dell'art. 112 c.p.c. fa espresso riferimento al principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, la lettera di tale norma si riferisce al dovere del giudice di pronunciare su tutta la domanda e non fa alcun riferimento al dovere di decidere sulle questioni sollevate con eccezioni. Più ampiamente sul punto PICCININNI L., *I motivi di ricorso*, cit., p. 407 ss.

<sup>75</sup> RICCI G.F., in AA. VV., *Le novità in materia di impugnazioni*, Incontro di studio Firenze, 12 aprile 2013, *Quaderni dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile*, LXIII, p. 232; analogo pensiero l'autore esprime in RICCI G. F., *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2013, 165 e ss.

Tale interpretazione fa leva sull'utilizzo del termine «fatto decisivo», che, oltre a confermare una volta per tutte che la motivazione censurabile ai sensi del n. 5 è la motivazione in fatto e non anche quella in diritto, sottolinea l'esigenza «del collegamento della motivazione con l'attività probatoria»<sup>76</sup>, non prendendo quindi in considerazione la motivazione sotto il mero profilo dell'esposizione argomentativa testuale della giustificazione della decisione. Ciò ovviamente non comporta la possibilità per la Corte di cassazione di censurare la scelta delle prove poste a fondamento della decisione, ma consente tuttavia alla Suprema Corte di sanzionare l'omessa valutazione di una prova o, inversamente, la valutazione di una prova che non poteva essere valutata qualora tali vizi spieghino un'influenza causale sul dispositivo.

In quest'ordine di idee e tenuto presente il collegamento tra motivazione e materiale probatorio acquisito, risulta evidente che l'omesso esame di una prova emerge dal raffronto tra testo della motivazione – in cui mancherà il riferimento alla prova trascurata – e materiale probatorio acquisito. In particolare ciò che il giudice di legittimità verifica è la compatibilità tra il contenuto della motivazione della decisione e i risultati dell'istruzione probatoria di guisa che l'omessa giustificazione sulla prova non esaminata diviene il sintomo dell'omesso esame del fatto decisivo<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> RICCI G. F., *Il giudizio civile di cassazione*, cit., p. 166.

<sup>77</sup> La possibilità di far rientrare la prova nella nozione di fatto decisivo avrebbe, peraltro, potuto essere dimostrata, facendo leva sulla circostanza secondo cui il tema sotteso alla prova è quello della rappresentazione di un fatto passato, il quale emerge - direttamente - da una fonte rappresentativa quale il documento o la dichiarazione testimoniale o confessoria oppure è indirettamente dedotto tramite un ragionamento inferenziale costruito a partire da una fonte rappresentativa di un fatto diverso da quello da provare (ossia dall'indizio). Per tutti, PUNZI C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, Torino, 2009, I, p. 409 ss.

Il riferimento alla rappresentazione di un fatto passato evoca così la suddivisione tra mezzi di prova e fatti fonte di prova. Come noto, con i primi si intendono gli strumenti predisposti dal legislatore per dimostrare la verità dei fatti da provare e le modalità con le quali il fatto da provare entra nel processo. Rientrano in questa categoria la prova testimoniale, la prova documentale, l'interrogatorio formale. Con riferimento invece al concetto di fonte di prova, ci si riferisce alla prova quale fatto fonte rappresentativo del fatto da provare, ossia al *factum probans*. Rientrano tra le fonti di prova tipiche le dichiarazioni di scienza dei terzi rese dinanzi al giudice oralmente o per iscritto, il documento quale fatto rappresentativo di dichiarazioni di scienza, la confessione quale dichiarazione di fatti sfavorevoli a sé e favorevoli alla controparte, e via dicendo. La prova sarebbe pertanto essa stessa un fatto, seppur un fatto "particolare" che rappresenta – o se si preferisce prova – il *factum probandum*.

Inoltre e a tal proposito è stato sottolineato che il giudice non percepisce direttamente il *factum probandum* – come accade invece per quelle situazioni oggettive che rilevano per la sfera del potere di accertamento del giudice – ma percepisce un fatto diverso, il *factum probans*, «che è la descrizione orale o scritta altrui intorno al fatto medesimo, dalla quale deduce il fatto da



A risultati simili perviene peraltro anche quella dottrina che ricostruisce la struttura della motivazione attraverso il ricorso ai concetti di giustificazione interna e giustificazione esterna della decisione<sup>78</sup>, facendo a tal ultimo proposito riferimento al modello dell'argomentazione elaborato da Toulmin<sup>79</sup>. Giova rammentare che tale modello è costruito su quattro elementi e fa sostanzialmente riferimento a dati (elementi di fatto D), ad una garanzia (criterio di inferenza I), al fondamento della garanzia (l'esperienza ricorrente B) e alla conclusione C, che è argomentata a partire dal fatto D tramite un criterio di inferenza fondato sull'esperienza. Ora, nell'argomentazione in fatto il dato D è la prova (*factum probans*), la conclusione C è il fatto da provare (*factum probandum*) inferito sulla base di una massima di esperienza che poggia su una serie di osservazioni ricorrenti;

---

provare» (CARNELUTTI F., *La prova civile*, Roma, 1936, p. 89.). I fatti percepiti – direttamente – dal giudice sono quindi i fatti fonte di prova, che rappresentano il fatto – passato – da provare. In particolare, tali fatti servono al giudice per dedurre l'esistenza o l'inesistenza del fatto da provare, con la conseguenza che il *factum probans*, per un verso, non ha esistenza autonoma rispetto al fatto da provare (Id., *op. cit.*, p. 108), e, per altro verso, potrebbe in senso tecnico essere configurato quale fatto secondario rispetto al *factum probandum*. Così, per esempio, se il fatto da provare è l'avvenuto pagamento del prezzo della cosa venduta, il giudice non percepirà il fatto del pagamento, che ormai appartiene al passato, ma ne dedurrà l'esistenza o l'inesistenza a partire dalle dichiarazioni contenute – o meglio rappresentate – da un documento proveniente dal venditore. Ebbene, in questo caso, il documento è la fonte di prova, ossia il fatto – secondario – rappresentativo del fatto principale da provare, ossia il pagamento.

In quest'ordine di idee la rappresentazione di un fatto passato che si vuole provare si ottiene attraverso la percezione di un fatto diverso (il *factum probans*) dal fatto rappresentato (*factum probandum*) e ciò indipendentemente dalla circostanza per cui siffatta rappresentazione può essere oggettiva (rappresentazione documentale) o soggettiva (rappresentazione testimoniale, confessoria etc.). In quest'ordine di idee, testimonianza, documento e indizi sono tutti «fatti dai quali il giudice deduce, mediante la regola d'esperienza il fatto da provare» (Id., *op. cit.*, p. 241).

Alla luce di tali considerazioni è stato quindi affermato che il processo probatorio è costituito da «tre ordini di elementi diversi: un fatto da provare (*oggetto della prova*): una attività del giudice (percezione, deduzione: *mezzo della prova*) e un fatto (o una serie di fatti) *esteriore* (fatto che serve alla deduzione: *fonte della prova*)» (Id., *op. cit.*, p. 237). Sicché, la prova assumerebbe – rispetto al fatto da provare – la natura di fatto – secondario – rappresentativo da cui si può desumere l'esistenza o l'inesistenza del fatto rappresentato da provare.

<sup>78</sup> Per tale suddivisione della struttura della motivazione cfr. NAPPI A., *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Torino, 2011, p. 30 e ss. Per quanto riguarda invece l'utilizzo di tale tesi quale punto di partenza per un'ipotesi ricostruttiva del nuovo art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c., cfr. DIDONE A., *Note sull'appello inammissibile perché probabilmente infondato e il vizio di motivazione in cassazione dopo il decreto legge c.d. «sviluppo»*, in *Giur. It.*, 2012, IV, p. 12 ss.; ID., *Ancora sul vizio di motivazione dopo la modifica dell'art. 360 n. 5 c.p.c. e sul tassello mancante del modello di Toulmin*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, p. 631 ss.;

<sup>79</sup> Sulla teoria dell'argomentazione retorica sottesa anche al modello argomentativo di Toulmin, cfr. PERELMAN CH., OLBRECHTS-TYTECA L., *Traité sur l'argumentation*, Paris, 1958.

con la conseguenza che le valutazioni compiute dal giudice nel giudizio di fatto attengono alla persuasività delle prove.

Ne deriva, secondo tale modello argomentativo, la necessità di fare riferimento nella motivazione in fatto alle prove su cui il giudice ha fondato il proprio convincimento. Tale esigenza risulta peraltro avvalorata dalla circostanza per cui siffatto modello dell'argomentazione non si esaurisce nei quattro elementi sopra menzionati, ma si completa con altri due elementi: i qualificatori modali Q e le condizioni di rikusazione od eccezione R. I primi hanno la funzione di condizionare la bontà della conclusione C all'inesistenza delle condizioni di rikusazione R, la quale quindi sarà presumibilmente vera a meno che non sussista R.

A ben vedere, quindi, nel giudizio di fatto le condizioni di eccezione o rikusazione sono integrate dalla prova contraria astrattamente idonea – in quanto decisiva – ad inficiare il convincimento del giudice e a condurre – se correttamente presa in considerazione – a conclusioni diverse rispetto alla conclusione C assunta dal giudice intorno all'esistenza o all'inesistenza del *factum probandum*. Sicché, il giudice non potrà limitarsi a fare riferimento nella motivazione alle prove poste a base della decisione, ma dovrà necessariamente dare conto anche delle ragioni per le quali non ha ritenuto attendibili le prove contrarie, pena l'incompletezza della giustificazione del giudizio di fatto.

Ebbene, conformemente a tale impostazione è stata proposta una lettura del nuovo art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. che consente di sanzionare l'omesso esame di documenti qualora da tali documenti risulti un fatto decisivo, ossia un fatto che se fosse stato considerato avrebbe determinato una soluzione della decisione favorevole al ricorrente<sup>80</sup>.

Ci si chiede tuttavia per quale ragione l'applicazione del modello di Toulmin al motivo di ricorso di cui al nuovo n. 5 consenta di elevare a condizione di rikusazione R i soli documenti e non anche le altre prove acquisite al materiale di causa. Avallare in pieno siffatta – pur pregevole - soluzione esegetica significherebbe infatti introdurre una discriminazione tra mezzi di prova documentali e mezzi di prova non documentali e ciò senza nemmeno

---

<sup>80</sup> DIDONE A., *Ancora sul vizio di motivazione dopo la modifica dell'art. 360 n. 5 c.p.c. e sul tassello mancante del modello di Toulmin*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, p. 631 ss.; p. 643.

argomentare una simile discriminazione<sup>81</sup>, con la conseguenza che tale teoria se può essere condivisa ed apprezzata nelle premesse, non può di certo essere accolta nelle conclusioni cui perviene.

## 2. *La posizione della Corte di cassazione italiana.*

Come noto, recentemente anche la Suprema Corte di cassazione italiana ha avuto modo di prendere posizione sulla riforma dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c.

In particolare i massimi giudici si sono dapprima pronunciati sul significato ermeneutico del vizio di omesso esame circa un fatto decisivo con un *obiter dictum*<sup>82</sup> e, in un secondo momento, con la sentenza del 22 settembre 2014, n. 19881, hanno fatto assurgere a principio di diritto quanto affermato nel predetto *obiter dictum*.

A ben vedere, infatti, con le sentenze nn. 8053 e 8054 del 7 aprile 2014, il Supremo Collegio ha risolto la questione dell'applicabilità della Novella di cui all'art. 54 d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, ai ricorsi per cassazione proposti avverso le pronunce delle commissioni tributarie regionali; questione che era stata sollevata con l'ordinanza 14 ottobre 2013, n. 23273<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> L'identità tra documenti e altri mezzi di prova è ormai riconosciuta dal legislatore e trova riconoscimento positivo negli artt. 345 e 437 c.p.c. In giurisprudenza cfr. Cass., sez. un., 20 aprile 2005, n. 8202, e Cass., sez. un., 20 aprile 2005, n. 8203, con nota di RUFFINI G., *Preclusioni istruttorie in primo grado e ammissione di nuove prove in appello: gli artt. 345, comma 3°, e 437, comma 2°, c.p.c. al vaglio delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2005, p. 940 e ss.

<sup>82</sup> Il riferimento è a Cass., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053. Pronuncia segnalata da ARCADIA A., *Osservatorio sulla cassazione civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, 1294 ss., spec. 1302 s. Per le prime osservazioni a questa sentenza cfr. PERROTTA G., *Il decreto crescita si applica anche alle liti tributarie*, in *Dir. e giustizia* 2014, p. 298 ss.; RUSSO A., *Ricorso per cassazione tributario soggetto allo stesso filtro del ricorso per cassazione dei giudizi civili*, in *Il fisco* 2014, p. 1682 ss. La sentenza è stata peraltro oggetto del commento di PORCELLI F., *Sul vizio di omesso esame circa un fatto decisivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1600 ss.; PASSANANTE L., *Le Sezioni unite riducono al «minimo costituzionale» il sindacato di legittimità sulla sentenza civile*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2015, p. 179 e ss.; CAPPONI B., *L'omesso esame del n. 5) dell'art. 360 c.p.c. Secondo la Corte di cassazione*, in *www.judicium.it*, 2015; LOMBARDO L., *La natura del sindacato della Corte di Cassazione*, in corso di pubblicazione per la collana *La biblioteca di diritto processuale civile*, Torino, 2015; SANTANGELI F., *Il controllo del giudizio di fatto in Cassazione e le sentenze delle Sezioni Unite*, in *www.judicium.it*, 2015.

<sup>83</sup> Ordinanza segnalata da PERIN A., *Osservatorio sulla cassazione civile*, in *Riv. dir. Proc.*, 2014, 254 ss., spec. 265. Tale ordinanza sembra peraltro recepire l'opinione di MERONE A., *La riforma del*

Siffatta questione si è posta in quanto l'eccezione all'applicazione delle disposizioni previste dall'art. 54 d.l. n. 83/2012 concerne il «processo tributario» che il d.lgs. n. 546/1992 compiutamente disciplina con norme speciali solo con riguardo alla fase di primo grado e a quella d'appello, rinviando invece a quanto previsto dal codice di procedura civile per la disciplina del giudizio di legittimità. Sicché sul punto molti sostengono che la giurisdizione tributaria riguardi solo le fasi di merito dinanzi alle commissioni tributarie, con la conseguenza che il giudizio tributario di cassazione – a seguito della riforma del d.lgs. n. 546/1992 – avrebbe assunto i caratteri dell'ordinarietà.

Ebbene, le Sezioni Unite, accolta la tesi prospettata nell'ordinanza di rimessione, hanno dichiarato l'inesistenza di un processo tributario di legittimità regolato da norme *ad hoc* e la conseguente applicabilità della Novella anche ai ricorsi per cassazione proposti avverso le decisioni delle commissioni tributarie regionali. Si tratta di una soluzione che discenderebbe, tra l'altro, dalla circostanza secondo cui il rinvio *sic et simpliciter* operato dall'art. 62, comma 2°, d.lgs. n. 546/1992 alla disciplina del codice di rito sarebbe inidoneo a far assumere al giudizio tributario di legittimità i tratti della specialità.

Al di là dell'opportunità di ritenere che la disciplina del processo ordinario richiamata dalle clausole di rinvio di cui agli artt. 1, comma 2°, 49 e 61 d.lgs. n. 546/1992 sia idonea ad entrare nel complesso di norme tracciato dal decreto completandolo e rimanendo assorbita in esso e che al contrario la disciplina del codice di rito richiamata dall'art. 62, comma 2°, d.lgs. n. 546/1992 rimanga esterna a tale apparato di norme in virtù di un mero criterio quantitativo<sup>84</sup>, ciò che preme rilevare è che invero non era necessario affrontare le questioni poste dalla nuova formulazione dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. Difatti, il motivo di ricorso volto a sanzionare l'omesso esame di un fatto decisivo per la controversia era stato dichiarato inammissibile per difetto di autosufficienza. Sicché, appare evidente che l'esegesi del quadro normativo in materia di sindacato di legittimità sul vizio di

---

*giudizio di cassazione e la sua applicabilità al processo tributario*, in *Riv. dir. trib.* 2013, 235 ss. Per quanto concerne, invece, le problematiche sollevate dall'ordinanza interlocutoria in questione si veda GLENDI C., *Ricorso per cassazione, processo tributario e decreto crescita*, in *Corriere giur.* 2014, 100 ss.; RUSSO A., *Affidata alle Sezioni Unite civili l'ammissibilità, nel processo tributario, dei filtri al ricorso in Cassazione*, in *Il fisco* 2013, 6910 ss.

<sup>84</sup> Sia consentito in proposito rinviare a quanto sul punto si è già avuto modo di affermare, PORCELLI F., *Sul vizio di omesso esame*, cit., p. 1600 e ss.

motivazione operata da Cass. n. 8053/2014 risente della tendenza della Suprema Corte a sistematizzare il diritto positivo per mezzo dell'uniforme interpretazione della legge, o meglio attraverso quella che la migliore dottrina ha definito funzione nomofilattica spuria<sup>85</sup>.

Diverso è invece il caso della successiva Cass. n. 19881/2014, che si è librata alla predetta esegesi per poter decidere il ricorso per omessa motivazione circa un punto decisivo proposto dalla Idroelettrica Florense s.r.l. avverso la decisione del Tribunale superiore delle acque pubbliche. Nella specie, è interessante notare che le Sezioni Unite hanno ripreso letteralmente le argomentazioni, contenute in motivazione, delle precedenti Cass. nn. 8053 e 8054/2014, facendo quindi assurgere a principio di diritto l'*obiter dictum* ivi contenuto.

In particolare, le sentenze in esame hanno affermato il seguente principio di diritto, che per tuziorismo si riporta per intero qui di seguito:

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

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

---

<sup>85</sup> Problema acutamente sviscerato da SASSANI B., *Riflessioni sulla motivazione*, cit. p. 858.

c) *L'omesso esame di elementi istruttori non integra di per sé vizio di omesso esame di un fatto decisivo, se il fatto storico rilevante in causa sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, benché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie.*

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

Si è già avuto modo di soffermarsi sulla scelta di rendere nuovamente attuale il *revirement de jurisprudence* delle Sezioni Unite del 1992<sup>86</sup> in tema di ricorso straordinario per cassazione e vizio di motivazione e sul conseguente accoglimento della concezione formale della motivazione<sup>87</sup>. Sicché, in questa sede l'attenzione sarà principalmente volta all'analisi critica dell'interpretazione esegetica della locuzione omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti.

Prima di affrontare le questioni poste dall'interpretazione della nozione di fatto decisivo, dal conseguente rischio di sovrapposizione di tale motivo di ricorso per cassazione con i motivi di cui ai numeri 3 e 4 dell'art. 360 c.p.c., nonché dalle affermazioni concernenti l'incensurabilità dell'omessa valutazione di elementi istruttori, occorre porre l'attenzione sulla distinzione che la Suprema Corte pare introdurre tra vizio di motivazione e vizio di omesso esame circa un fatto decisivo.

I massimi giudici, dopo aver fatto leva sulla riformulazione dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. e sull'eliminazione della parola “motivazione” dal testo di siffatta norma, hanno circoscritto la possibilità di censurare il vizio di motivazione ai casi in cui tale vizio sia talmente grave da trasformarsi in violazione di legge e determinare la nullità della sentenza per mancanza di motivazione ai sensi dell'art. 132, comma 2°, n. 4 c.p.c. In particolare, la motivazione sarebbe censurabile

---

<sup>86</sup> Cass., sez. un., 16 maggio 1992, n. 5888, in *Giur. it.* 1994, 4 ss., con nota di DE CRISTOFARO M., *Ricorso straordinario per cassazione e censure attinenti alla difettosa motivazione (del rapporto fra art. 360, n. 5, c.p.c. ed art. 111, 2° comma, Cost.)*; in *Corriere giur.* 1992, 751 ss., con nota di MANDRIOLI C., *Le Sezioni Unite limitano l'accesso al ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Costituzione*, in *Foro it.* 1992, I, 1737 ss., con nota di BARONE M. C.; in *Corriere trib.* 1992, 2069 ss., con nota di GUARNIERI G., *L'attualità di Cass. n. 5888/1992 discenderebbe dall'eliminazione della parola motivazione dal testo del nuovo art. 360 c.p.c.*

<sup>87</sup> Si veda, *supra*, cap. II, Sez. II, § 2.2.

esclusivamente con riferimento ai parametri dell'esistenza e della coerenza, avendo il legislatore escluso la possibilità di censurarne l'insufficienza.

A nostro avviso, quindi, il Supremo Collegio ha di tal guisa fatto confluire quel che resta del vizio di motivazione nell'alveo dell'art. 360, comma 1°, n. 4, c.p.c. Ed invero, affermare che il vizio di motivazione censurabile in sede di legittimità è solo quello che, trasformandosi in violazione di legge, determina la nullità della sentenza ai sensi dell'art. 132, comma 2°, n. 4, c.p.c. significa negare l'autonomia del vizio di motivazione quale motivo di ricorso per cassazione e attribuirgli rilievo solo nei casi in cui determini la nullità della sentenza, con la conseguente possibilità di continuare a censurare tale vizio solo ai sensi dell'art. 360, comma 1°, n. 4, c.p.c. Peraltro, è interessante notare che siffatta soluzione interpretativa accoglie, di fatto, le istanze della migliore dottrina, che per l'appunto aveva suggerito l'opportunità di recuperare il controllo della motivazione ai sensi dell'art. 360, comma 1°, n. 4, c.p.c.<sup>88</sup>.

L'esegesi qui proposta sembra poi essere confermata dalla circostanza per cui i massimi giudici, dopo aver enunciato il principio di diritto concernente i limiti in cui a seguito della Novella è censurabile il vizio di motivazione, stabiliscono che invece «*il nuovo testo del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. introduce nell'ordinamento un vizio specifico che concerne l'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo (vale a dire che se esaminato avrebbe determinato un esito diverso della controversia)*». Difatti, affermare che il nuovo art. 360, comma 1°, n. 5, introduce un «vizio specifico» significa voler contrapporre siffatto

---

<sup>88</sup> BOVE M., *Giudizio di fatto e sindacato della Corte di cassazione: riflessioni sul «nuovo» art. 360, n. 5, c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.* 2012, p. 682; CARRATTA A., *Giudizio di cassazione e nuove modifiche legislative: ancora limiti al controllo di legittimità*, in *www.treccani.it* 2012; COMOGLIO L.P., *Requiem per il processo giusto*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2013, p. 47 ss., spec. p. 62; CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 2a ed. agg., Torino 2013, vol. III, p. 419; ID., *Nuovi e indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di «svaporamento»*, in *Corriere giur.* 2012, p. 1139 ss., spec. 1140; DE CRISTOFARO M., *Appello e cassazione alla riprova della ennesima «riforma urgente»: quando i rimedi peggiorano il male (considerazioni di prima lettura del d.l. n. 83/2012)*, in *www.judicium.it* 2012; FORNACIARI M., *Ancora una riforma dell'art. 360 n. 5 c.p.c.*, cit.; GALLETTO T., *«Doppio filtro» in appello, «doppia conforme» e danni collaterali*, in *www.judicium.it*, 2012; IMPAGNATIELLO G., *Pessime nuove*, cit., spec. p. 757; PAGNI I., *Gli spazi per le impugnazioni dopo la riforma estiva*, in *L'appello e il ricorso per cassazione nella riforma del 2012*, in *Foro it.* 2012, V, 304 ss.; PICCININNI L., *I motivi di ricorso*, cit., p. 410; POLI R., *Le modifiche relative al giudizio di cassazione*, in C. Punzi *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, Torino, 2015, p. 271 ss., spec. 279 e s.; TARUFFO M., *Addio motivazione?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, 375 ss., spec. 382.

“nuovo” vizio specifico dal “vecchio” – e già analizzato nella massima antecedente - vizio di motivazione.

Eppure, tale esegesi non sembra essere stata recepita da parte della dottrina che diversamente ritiene che l’affermazione relativa all’introduzione nell’ordinamento, da parte del nuovo art. 360 c.p.c., del vizio specifico concernente l’omesso esame di un fatto storico principale o secondario sia una precisazione relativa ai limiti in cui – a seguito della Novella - è circoscritto il controllo di legittimità della motivazione, che quindi deve essere considerato ammesso nella sola ipotesi di 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 e abbia carattere decisivo<sup>89</sup>. Sicché, in quest’ordine di idee, l’omesso esame circa un fatto decisivo integrerebbe un’ipotesi di mancanza di motivazione tale da determinare la nullità della sentenza ai sensi dell’art. 132, comma 2°, n. 4, c.p.c., censurabile ai sensi del nuovo n. 5.

Tale soluzione esegetica, sebbene abbia il pregio di dare una lettura coordinata e unitaria dei diversi principi di diritto enunciati dalla Suprema Corte con le sentenze che qui si esaminano, non pare convincente laddove non attribuisce rilievo al dato letterale utilizzato dai massimi giudici per distinguere il vizio di carenza assoluta di motivazione atta a determinare la nullità della sentenza dal vizio di omesso esame circa un fatto decisivo della controversia e laddove amalgama e fonde i predetti vizi, ponendoli in un rapporto di genere a specie. Invero, di tal guisa si esclude *a priori* la possibilità di far rientrare nel vizio di omesso esame circa un fatto decisivo anche il vizio di omessa valutazione della prova, avendo la Suprema Corte espressamente escluso la possibilità di censurare la motivazione con riguardo al parametro della sufficienza e in relazione al materiale probatorio; con un risultato che mal si concilia con le esigenze di garanzia che dovrebbero ispirare anche l’opera ermeneutica del giurista.

A nostro avviso, è invece preferibile fare leva sulla circostanza secondo cui la Suprema Corte definisce il vizio di omesso esame circa un fatto decisivo quale

---

<sup>89</sup> Così PASSANANTE L., *Le Sezioni unite riducono al «minimo costituzionale»*, cit., p. 194 e s. e questa la ricostruzione offerta già da LOMBARDO L., *Contributo alla teoria*, cit. p. 175 ss.; Lombardo L., *La natura del sindacato*, cit.



«vizio specifico» introdotto dal nuovo testo dell'art. 360 c.p.c.<sup>90</sup>, contrapponendolo così al vizio di motivazione censurabile ai sensi dell'art. 360, comma 1°, n. 4, c.p.c.<sup>92</sup>, si da attribuire a tale vizio una sua indipendenza rispetto al predetto vizio di motivazione e cercare pertanto di far rientrare nella nozione di fatto decisivo anche la nozione di *factum probans*. E ciò in quanto l'interprete dovrebbe, tra più interpretazioni possibili di una medesima norma, accordare sempre preferenza a quella più garantista per le parti – e per quanto riguarda il caso in esame, a quella conforme a Costituzione.

### 2.1. *La definizione di fatto decisivo: un fatto storico esistente, principale o secondario.*

Per quanto concerne, invece, l'analisi del principio di diritto relativo all'interpretazione del nuovo art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c., si osserva che i massimi giudici hanno anzitutto voluto escludere che l'uso, da parte del legislatore, della preposizione “circa” anziché della preposizione “di” sia idoneo ad ampliare la portata del vizio di omesso esame di un fatto, come pure era stato ritenuto in dottrina<sup>93</sup>. Si è visto infatti che secondo tale dottrina l'uso linguistico della

---

<sup>90</sup> Così, testualmente la Corte afferma che «*Il nuovo testo del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. introduce nell'ordinamento un vizio specifico che concerne l'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo (vale a dire che se esaminato avrebbe determinato un esito diverso della controversia)*».

<sup>91</sup> Per questa lettura si consenta di rinviare a quanto già sottolineato in PORCELLI F., *Sul vizio di omesso esame*, cit., p. 1601 s.

<sup>92</sup> Tale opinione è peraltro stata recentemente sposata anche da autorevole dottrina, cfr. CAPPONI B., *L'omesso esame del n. 5) dell'art. 360 c.p.c. secondo la Corte di cassazione*, cit.; secondo il quale «il vizio di motivazione [è] stato scacciato dalla sua tradizionale sede (nell'attuale codice) mentre il n. 5) versione 2012 prende in esame un diverso vizio, che peraltro non coincide con quanto intesero i conditores del codice del 1942». Nella specie secondo tale ricostruzione, il legislatore, con la modifica del n. 5 dell'art. 360 c.p.c., avrebbe assegnato alla Corte di legittimità uno strumento per il controllo diretto del giudizio di fatto laddove con le parole di altra autorevolissima dottrina (SASSANI B., *Lineamenti del processo civile italiano*, 5a ed., Milano, 2015, p. 586 s.) afferma che «se le parole hanno un senso, che la denuncia di questo vizio investe la Corte di un vero e proprio giudizio di fatto, seppure circoscritto alla ricognizione della vicenda processuale concretamente avutasi e limitato alla sola omissione».

<sup>93</sup> Si tratta della tesi, sostenuta con diverse sfumature, da IMPAGNATIELLO G., *Crescita del Paese e funzionalità delle impugnazioni civili*, cit.; ID., *Pessime nuove*, cit., p. 755 ss.; RICCI G. F., *Il giudizio civile di cassazione*, cit., p. 198.; POLI R., *Le modifiche relative*, cit., p. 284.

preposizione “circa” avrebbe potuto far ritenere che il ricorso per cassazione *ex art. 360 n. 5* fosse ammesso non solo nell’ipotesi in cui l’esame del fatto fosse stato completamente omesso, ma anche nell’ipotesi di violazione delle norme funzionali alla valutazione di tale fatto. Così con riguardo all’ipotesi di violazione delle regole sull’interpretazione dei contratti, delle regole di prova legale, ma anche con riguardo all’ipotesi in cui venga ritenuto irrilevante un mezzo istruttorio o di illogica e insufficiente valutazione delle prove<sup>94</sup>.

Ebbene, ad avviso della Suprema Corte, siffatta differenza testuale sarebbe del tutto irrilevante, in quanto mero frutto dell’uso scorretto della lingua italiana<sup>95</sup>.

Maggiore interesse suscita invece la definizione, offerta da tali pronunce, della nozione di fatto decisivo, dovendosi intendere per fatto decisivo un fatto storico di natura secondaria o principale, che sia stato oggetto di discussione tra le parti.

Va preliminarmente osservato che nessun problema si pone con riguardo al requisito della natura controversa del fatto ignorato, essendo quest’ultimo un carattere essenziale affinché tale vizio possa essere distinto dall’errore di fatto revocatorio<sup>96</sup>.

La definizione della nozione di fatto decisivo adottata dalla Suprema Corte è peraltro idonea a risolvere gli interrogativi che in proposito sono stati posti nel primo capitolo<sup>97</sup>. Nella specie e secondo l’impostazione offerta da siffatte sentenze deve escludersi che nella categoria del fatto decisivo rientrino tanto i

---

<sup>94</sup> Così IMPAGNATIELLO G., *Crescita del Paese e funzionalità delle impugnazioni civili*; ID., *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2012,, cit. p. 755 ss.

<sup>95</sup> Nello stesso senso e per l’opinione secondo cui la differenza linguistica con la versione del codice 1942 non comporta una differenza sostanziale, perché la preposizione “circa” introduce il complemento di argomento (ossia un complemento diretto circostanziale, che completa la circostanza in cui si verifica l’azione) al pari delle preposizioni “di”, “su” e della locuzione “intorno a” per cui le ipotesi di omissione dell’esame del fatto decisivo non vengono ampliate, cfr. in dottrina DIDONE A., *Note sull’appello inammissibile perché probabilmente infondato e il vizio di motivazione in cassazione dopo il decreto legge c.d. «sviluppo»*, in *Giur. It.*, 2012, 12, IV.

<sup>96</sup> In argomento cfr. DE CRISTOFARO M., *Appello e cassazione alla riprova*, cit.; PICCININNI L., *I motivi di ricorso*, cit., p. 414. *Contra* e per l’opinione secondo cui il fatto decisivo di cui viene omesso l’esame potrebbe essere anche il fatto pacifico CAPONI R., *Norme processuali «elastiche» e sindacato in cassazione (dopo la modifica dell’art. 360, 1° comma, n. 5 cpc)*, in *Foro it.*, 2013, V, p. 149 ss.

<sup>97</sup> Cfr. *supra*, cap. I, § 3.1.

comportamenti processuali delle parti suscettibili di essere valutati come argomenti di prova, quanto il giudicato, quanto anche le prove. Tali “fatti” pur potendo ricoprire in astratto il carattere della decisività non rientrano invece nella categoria dei fatti storici, dovendosi intendere per fatti storici i fatti della vicenda materiale storica che ha dato origine alla vicenda litigiosa dedotta in giudizio.

Siffatta esclusione appare peraltro ragionevole con riguardo ai comportamenti delle parti suscettibili di essere valutati come argomenti di prova quanto del giudicato alla luce della considerazione secondo cui l'inclusione nella portata del nuovo art. 360 c.p.c. del giudicato avrebbe certamente determinato l'inutile e caotica sovrapposizione del vizio di omesso esame circa un fatto decisivo con il vizio di omessa pronuncia sull'eccezione di giudicato e l'inclusione dei comportamenti processuali delle parti nella categoria dei fatti decisivi avrebbe implicitamente comportato l'ammissione della possibilità di fondare la decisione anche solo sugli argomenti di prova, con un risultato che tuttavia non è ancora accolto dalla maggior parte della dottrina.

Maggiori perplessità suscita invece l'esclusione delle prove dalla categoria dei fatti decisivi di cui al nuovo n. 5, esclusione che fa leva sull'argomento secondo cui le prove non sarebbero fatto storico. E ciò in quanto siffatta soluzione ermeneutica lede il diritto di difesa delle parti, che, da un lato, si vedono private dello strumento privilegiato attraverso il quale veniva dedotta la censura dell'omessa valutazione delle prove e, dall'altro lato, perdono il diritto ad ottenere dal giudice di rinvio una motivazione completa e razionale sulle *quaestiones facti*.

## 2.2. *L'impossibilità di censurare l'omessa valutazione di una prova.*

Le perplessità derivanti da tale scelta interpretativa sono poi destinate ad aumentare se messe in relazione con l'esegesi del nuovo art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. ed in particolare con l'affermazione secondo cui «l'omesso esame di elementi istruttori, in quanto tale, non integra l'omesso esame circa un fatto decisivo previsto dalla norma, quando il fatto storico rappresentato sia stato comunque preso in considerazione dal giudice». Tale affermazione sembra ammettere che il giudice di merito possa prendere posizione sull'esistenza o sull'inesistenza di un fatto senza tener conto del risultato delle prove e senza che

l'omessa valutazione di queste ultime possa essere censurata, essendo stato il fatto comunque preso in considerazione<sup>98</sup>.

A dispetto del suo tenore letterale, tale asserzione non è tuttavia idonea ad escludere la possibilità di censurare in sede di legittimità l'omesso esame degli elementi istruttori. E ciò in quanto l'omessa valutazione delle prove aventi ad oggetto un fatto controverso integra in ogni caso una violazione della legge<sup>99</sup>; vuoi perché a livello costituzionale il principio del contraddittorio ed il diritto di difesa impongono che il giudice oltre a prendere posizione sul modo di essere del fatto debba anche far riferimento alle prove sulle quali ha fondato il proprio convincimento<sup>100</sup>, vuoi perché a livello ordinario il dovere di decidere si accompagna al dovere di porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o disponibili d'ufficio, secondo quanto previsto dall'art. 115 c.p.c.<sup>101</sup>

---

<sup>98</sup> Sia consentito in proposito affermare nuovamente quanto sul punto si è già avuto modo di stabilire in altro scritto. Cfr. PORCELLI F., *Sul vizio di omesso esame*, cit., p. 1600 e ss.

<sup>99</sup> In argomento, si veda NAPPI A., *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, 2a ed., Torino 2011, p. 183 ss.

<sup>100</sup> In particolare, la mera indicazione nel testo della motivazione dei fatti decisivi è insufficiente quando tali fatti sono controversi. In simili casi, infatti, il convincimento del giudice intorno all'esistenza od inesistenza del fatto è frutto della valutazione critica delle prove, ovvero del giudizio di fatto, con la conseguenza che al fine di consentire alle parti il controllo della ragionevolezza del comando (CALAMANDREI P., *Processo e democrazia*, in *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli 1965, 628 ss., spec. p. 664 ss.) è necessario che il giudice indichi i mezzi di prova su cui ha fondato il suo convincimento (EVANGELISTA S., voce *Motivazione (motivazione della sentenza civile)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano 1977, p. 154 ss., spec. p. 162 s.; TARUFFO M., *La motivazione*, cit.; TARUFFO M., voce *Motivazione (motivazione della sentenza civile – controllo della –)*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. III, Milano 1999, p. 772 ss., spec. p. 778).

<sup>101</sup> Tale considerazione poggia sull'arguta tesi di quella dottrina che legge nell'art. 115 c.p.c. il «riconoscimento positivo del diritto alla prova»: RICCI E. F., *Il principio dispositivo come problema del diritto vivente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 380 ss.; RUFFINI G., «Argomenti di prova» e «fondamento della decisione» del giudice civile, in *Riv. trim. dir. proc.* 2004, p. 1329 ss., spec. p. 1353. Se, infatti, l'opinione tradizionale ritiene che tale norma codifichi il principio dispositivo in senso processuale, diversamente, la formulazione letterale della medesima ha, come detto, portato alcuni Autori a ravvisarvi la cristallizzazione del diritto alla prova. Ed invero l'art. 115 c.p.c. laddove afferma che «il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero» determina, quale unica conclusione, l'illegittimità del rifiuto di una prova chiesta dalla parte o dal p.m., in quanto è «sufficiente l'istanza della parte o del p.m. a creare nel giudice l'obbligo di considerare la stessa prova ai fini della sentenza». Così RICCI E. F., *Il principio dispositivo*, cit., p. 380 ss.

Va peraltro osservato che il riconoscimento, in capo alle parti, del diritto alla prova, quale diritto processuale soggettivo, discende dall'esigenza di non vanificare il diritto di agire e difendersi in giudizio di cui all'art. 24 Cost. Sul punto tanto la dottrina francese (BERGEAUD A., *Le droit à la preuve*, Paris, 2010; GOUBEAUX G., *Le droit à la preuve*, in *La preuve en droit*, Bruxelles, 1981, p. 277 s., spec. P. 280; MARRAUD C., *Le droit à la preuve, la production forcée des preuves en justice*, in *JCP*, 1973, I, n° 2572) quanto quella italiana (COMOGLIO L.P., *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova 1970, 148 ss.; 301 ss.; ID., *Le prove civili*, Torino,

---

2010, p. 19 ss.; TARUFFO M., *Il diritto alla prova nel proc. civ.*, in *Riv. dir. proc.* 1984, p. 74 ss., spec. p. 103 ss.; ID., *Note per una riforma del diritto delle prove*, in *Riv. dir. proc.* 1986, 258 ss.; ID., *La prova nel processo civile*, in A. Cicu, F. Messineo, L. Mengon (diretto da) *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano 2012, p. 83 ss.; VIGORITI V., *Garanzie costituzionali del processo civile*, Milano 1970, 96 ss.) sono concordi nel ritenere che attribuire alle parti la possibilità di far valere i propri diritti dinanzi l'autorità giurisdizionale senza tuttavia assicurargli la possibilità di dimostrare la verità dei fatti sui quali si fondano le proprie pretese sarebbe poca cosa. Difatti, il diritto di azione e il diritto di difesa comprendono, necessariamente, anche il diritto per le parti di impiegare tutti i mezzi di prova di cui dispongano al fine di dimostrare la verità dei fatti allegati e di «influire sul convincimento del giudice intorno ai fatti di causa, servendosi delle prove relative a tali fatti» (TARUFFO M., IN COMOGGIO-FERRI-TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 2011, pp. 512-513; COMOGGIO L.P., *Preclusioni istruttorie e diritto alla prova*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1998, p. 968 ss.). Fermo restando che tale diritto è comunque condizionato dalla proposizione di mezzi di prova ammissibili e rilevanti.

In quest'ordine di idee, il diritto alla prova delle parti entra a far parte dei *principes directeurs du procès*, rappresentando una garanzia fondamentale per l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti.

Il diritto alla prova ha tuttavia un contenuto più ampio rispetto a quello delineato fin ora, non essendo il medesimo limitato al diritto di produrre e dedurre le prove nella propria disponibilità o di chiedere la produzione delle prove che si trovino nella disponibilità della controparte o di un terzo (ID., *Preclusioni*, cit., p. 979; GOBEAUX G., *Le droit à la preuve*, cit., p. 281. Con riguardo all'ipotesi in cui la parte gravata dell'onere della prova non abbia la disponibilità materiale della prova stessa, essendosi il fatto da provare verificatosi nella sfera giuridica della controparte, viene in gioco il principio di vicinanza alla prova quale temperamento e integrazione completare alla regola di cui all'art. 2697 c.c. e 1315 CC francese. Si tratta di un principio elaborato negli ultimi quindici anni dalla giurisprudenza italiana [ex multis Cass. civ., Sez. Unite, 10 ottobre 2001, n. 13533; Cass. civ., Sez. Unite, 10 gennaio 2006, n. 141; Cass. civ., Sez. Unite, 11 gennaio 2008, n. 577; Cass. civ., Sez. Unite, 11 gennaio 2008, n. 582; Cass. civ., Sez. III, 9 febbraio 2010, n. 2847; Cass. civ., Sez. III, 9 febbraio 2010, n. 2847] e che pare operare nella fase di decisione del processo, ossia a seguito dell'inutile ricorso agli strumenti posti dal legislatore a disposizione delle parti per far fronte alla mancata disponibilità della prova, come ad esempio l'ordine di esibizione. Peraltro, è interessante notare che, in Francia, l'affermazione del diritto all'*expertise biologique* [cfr. *infra*, cap. IV, § 3.7.] e del diritto alla prova ha preso le mosse proprio dall'esigenza di porre rimedio all'indisponibilità della prova).

Occorre infatti precisare che il diritto di dedurre le prove comprende anche il diritto alla dichiarazione di ammissibilità delle prove rilevanti e il diritto all'assunzione delle prove ammesse, giacché in caso contrario sarebbe vanificato il diritto stesso alla prova. Difatti, quest'ultimo trova completa attuazione solo quando le prove sono effettivamente assunte e valutate dal giudice (così TARUFFO M., *La prova*, cit., p. 88.; COMOGGIO L. P., *Preclusioni*, cit., p. 968 ss.), diversamente il predetto diritto, qualora le prove siano dichiarate ammissibili ma non siano assunte, sarebbe vanificato.

Estrinsecazione del diritto alla prova è poi anche il diritto alla prova contraria, ossia al diritto per le parti di dedurre le prove necessarie a contrastare quanto affermato e provato dalla controparte. In particolare, la configurabilità di tale diritto si deduce dall'esistenza di quelle norme processuali, come l'art. 209 c.p.c., che stabiliscono che «il giudice istruttore dichiara chiusa l'assunzione (...) quando non vi sono altri mezzi da assumere, oppure quando egli ravvisa superflua, per i risultati già raggiunti, la ulteriore assunzione». Se, infatti, il giudizio di superfluità porta il giudice a ritenere superflue quelle ulteriori prove proposte da una parte che se acquisite condurrebbero ad un risultato pienamente conforme con il convincimento già raggiunto dal giudice o qualora abbiano ad oggetto un fatto divenuto irrilevante (RUFFINI G., «*Argomenti di prova*», cit. p. 1338.); se ne ricava che, al contrario, le parti abbiano diritto all'acquisizione delle prove idonee ad influire e mutare il convincimento del giudice.

Il diritto alla prova include, peraltro, anche il diritto alla motivazione sulle prove e sui criteri di valutazione, selezione ed esclusione delle medesime (per tutti v. TARUFFO M., *La prova*, cit., p. 88.; COMOGGIO L. P., *Preclusioni*, cit., p. 968 ss.). Ne deriva quindi il dovere del giudice di

Appare quindi evidente che l'omesso esame degli elementi istruttori sarà comunque censurabile ai sensi del n. 4 dell'art. 360 c.p.c. e ciò a prescindere dalla portata che si vuole assegnare al nuovo art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c.

### 2.3. *La confusione con il vizio di omessa pronuncia su eccezione e violazione di legge.*

Maggiori difficoltà esegetiche si pongono invece in ordine all'individuazione del significato dell'omesso esame del fatto principale esistente, venendo qui in considerazione l'omessa valutazione degli effetti giuridici del fatto esistente e non anche un vizio di motivazione. Così interpretato il nuovo art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. oltre al vizio di omessa motivazione sanzionerebbe anche il vizio di omessa pronuncia<sup>102</sup> e quello di falsa applicazione di legge quando il fatto storico principale trascurato avrebbe dovuto essere rilevato d'ufficio dal giudice<sup>103</sup>. La

---

indicare nella motivazione le prove poste a fondamento della decisione e di giustificare razionalmente tale scelta, nonché di illustrare le ragioni per le quali ha ritenuto di non fondare la decisione sulla prova X o Y.

<sup>102</sup> A tal specifico riguardo non si può infatti *a priori* escludere che il Supremo Collegio non abbia voluto accogliere quell'elaborazione dottrinale che inquadra il mancato esame di un'eccezione nella categoria del vizio di omessa o insufficiente motivazione e non anche in quella dell'omessa pronuncia (cfr. FABBRINI G., *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano 1973, p. 245 ss., spec. p. 281; tesi altresì sottesa al pensiero in materia di eccezione di FAZZALARI E., *Istituzioni di diritto processuale*, Padova 1989, p. 407 ss.). Soluzione quest'ultima che peraltro si pone in linea di continuità con la ricostruzione sistematica del vizio di omessa pronuncia su eccezione nell'ordinamento processuale francese. Come visto, infatti, il vizio di *défaut de réponse à conclusions* rientra nella categoria del vizio del *défaut de motifs* e non anche in quella dell'*omission de statuer*, che al contrario concerne solo la mancata pronuncia sul fatto costitutivo della domanda, incidendo quest'ultimo sui limiti oggettivi del giudicato e non anche sull'ampiezza del contenuto della motivazione della decisione.

Ad ogni modo, resta comunque ferma la considerazione per cui con riferimento all'omesso esame del fatto costitutivo, secondo la tesi in questione (inclusa quindi anche la ricostruzione fatta propria dal sistema processuale francese), si configurerebbe il vizio di omessa pronuncia su domanda e ciò in quanto il fatto costitutivo inerisce ai limiti oggettivi della pronuncia e non si limita ad arricchire la *quaestio facti* come invece si verifica per i fatti impeditivi, modificativi ed estintivi. Sicché, vi sarebbe comunque l'assenza di omogeneità dei vizi denunciabili ai sensi del n. 5 dell'art. 360 c.p.c., assumendo quest'ultimo portata giuridica diversa a seconda della natura, costitutiva o impeditiva, modificativa e estintiva, del fatto ignorato.

<sup>103</sup> Si tratta della ricostruzione proposta da SATTI S., *Diritto processuale civile*, Padova 1948, p. 313. Ma allora in quest'ordine di idee l'interpretazione della Suprema Corte è idonea anche a confermare uno degli interrogativi paventati nel primo capitolo (cap. I, § 3.1.), ossia quello relativo alla possibilità che il vizio di omesso esame circa un fatto decisivo configuri un'ipotesi di violazione di legge derivante dall'incompleta e inesatta qualificazione. Si tratta, peraltro, della tesi autorevolmente sostenuta da LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, Milano, 2013, II, p. 422 ss., spec. p. 440 ss., che ha configurato l'omesso esame circa un fatto decisivo quale *error iuris* in ordine all'incompleta ricostruzione del fatto storico complesso, avendo il giudice

Suprema Corte dissolve di tal guisa la possibilità di individuare l'esatta portata del nuovo n. 5 dell'art. 360 c.p.c.<sup>104</sup> e fa assurgere tale motivo – eccezion fatta per l'ipotesi dell'omesso esame del fatto secondario – a duplicato dei motivi di ricorso di cui ai nn. 3 e 4 dell'art. 360 c.p.c.

Nonostante siffatta soluzione esegetica ingeneri confusione nell'interprete in ordine al modo in cui proporre le censure in questione, la stessa è comunque condivisibile laddove sembra recuperare – almeno potenzialmente – la facoltà di censurare i vizi del ragionamento presuntivo ai sensi dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. Sicché si può concludere che l'imprecisione della Suprema Corte consiste certamente nell'aver specificato che l'omesso esame concerne un fatto esistente avente anche carattere principale.

Ma oltre a tale imprecisione, va rilevato che il vero nodo della questione si trova, a nostro avviso, nella sovrapposizione del piano concernente l'indicazione del fatto decisivo con il piano della rilevazione degli effetti giuridici di tale fatto. Distinzione che invece, come visto, risulta ben chiara alla Corte di cassazione francese che ha elaborato la particolare ipotesi di difetto di base legale per omesso esame di fatti decisivi legittimamente acquisiti agli atti di causa, differenziandola in modo abbastanza netto dal vizio di *défaut de réponse à conclusions*; con una scelta sistematica che, da un lato, riconduce nell'alveo del difetto di base legale il vizio relativo all'omessa presa di posizione, nella motivazione, sull'esistenza o sull'inesistenza di un fatto risultante dagli atti di causa (*i.e.* rappresentato dalle prove) e, dall'altro lato, fa rientrare il vizio di omessa presa di posizione nella motivazione sugli effetti giuridici di un fatto – esistente o inesistente – nella categoria del *défaut de motifs*, in conformità alla ricostruzione sistematica del vizio di omessa pronuncia su eccezione quale vizio di motivazione.

Pertanto e con specifico riguardo all'interpretazione del nuovo art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c., si osserva che se i due momenti della disciplina dei fatti

---

ritenuto implicitamente irrilevante il fatto trascurato ai fini dell'esatta ricostruzione della fattispecie legale. Occorre poi rammentare che simile ricostruzione del vizio di omesso esame era già stata delineata da TARUFFO M., *La motivazione*, cit., p. 546, con precipuo riferimento all'errore di qualificazione della fattispecie.

<sup>104</sup> Impossibilità derivante dalla circostanza, già evidenziata da SATTA S., *Diritto processuale civile*, cit., p. 313., con riferimento alla prima versione dell'art. 360 c.p.c., per cui la portata del motivo di ricorso di cui al n. 5 è direttamente ancorata al significato che si assegna al «fatto» di cui è stato omesso l'esame.

giuridici fossero stati distinti nettamente<sup>105</sup> sulla scia dell'esempio della giurisprudenza di legittimità francese, l'omesso esame del fatto principale – *sic et simpliciter* – avrebbe configurato un'ipotesi di omessa motivazione per non aver il giudice preso posizione «circa» l'esistenza o l'inesistenza del fatto principale<sup>106</sup> e sarebbe stata così preservata l'omogeneità dei vizi sindacabili ai sensi dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. Ciò non toglie comunque che, a fronte dell'assenza nella motivazione di una qualsiasi asserzione sul fatto principale, si configura certamente anche il vizio di omessa pronuncia sugli effetti del fatto principale invocato dalle parti a fondamento di una domanda o di un'eccezione o – in ipotesi – non rilevato d'ufficio<sup>107</sup>. Non è infatti un caso che in Francia i ricorsi per cassazione deducono tanto il difetto di base legale per omesso esame di un fatto decisivo quanto il vizio di *défaut de réponse à conclusions*, giacché il primo dei predetti vizi, se ha ad oggetto un fatto principale, si accompagna al secondo.

### **SEZIONE III: NECESSITÀ DI CONDURRE L' ESAME (RAZIONALE) CIRCA IL FATTO DI CUI SI DISCUTE SECONDO LE REGOLE DEL GIUDIZIO DI FATTO DI CUI ALL'ART. 115 C.P.C.**

#### *1. Brevi considerazioni su ubac del défaut de base légale, omesso esame circa un fatto decisivo e incompletezza dell'iter del giudizio di fatto.*

L'analisi delle pronunce della Corte di cassazione francese che hanno ricondotto il vizio di omesso esame di un fatto decisivo risultante dagli atti di causa nell'alveo del *cas d'ouverture* del *défaut de base légale* e lo studio della posizione della giurisprudenza di legittimità italiana in ordine alla modifica dei motivi di ricorso per cassazione operata dal d.l. n. 83/2012 hanno messo in rilievo una certa assonanza tra i predetti vizi.

---

<sup>105</sup> Per una dettagliata individuazione dei termini della questione relativa alla disciplina dei fatti giuridici, cfr. MENCHINI S., *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, Milano 1993, III, p. 23 ss., spec. p. 29.

<sup>106</sup> Pensiero già espresso in PORCELLI F., *Sul vizio di omesso esame*, cit., p. 1607. Nello stesso senso, cfr. già FORNACIARI M., *Ancora una riforma dell'art. 360<sup>1</sup> n. 5 cpc*, cit..

<sup>107</sup> PICCININNI L., *I motivi di ricorso*, cit., p. 418.



Invero, in entrambe le ipotesi la Suprema Corte – tanto francese quanto italiana – censura il giudice di merito per non aver tenuto conto, ai fini della risoluzione della *quaestio facti* – di un fatto risultante dagli atti di causa che se fosse stato preso in considerazione avrebbe portato ad una diversa soluzione della controversia (ossia un fatto decisivo).

Sorge, così, l'esigenza di verificare se la circostanza della similitudine tra vizio di *omission de tenir compte des faits dans le débat* e omesso esame circa un fatto decisivo per come interpretato dalle Sezioni Unite del 2014 sia idonea ad ampliare la gamma dei vizi censurabili ai sensi del nuovo n. 5.

### 1.1. *La tecnica del controllo.*

Il predetto interrogativo assume particolare rilevanza in quanto la tecnica del controllo sotteso alla verifica della sussistenza del vizio di *omission de tenir compte des faits dans le débat* corrisponde alla tecnica del controllo della motivazione intesa quale verifica della considerazione, da parte del giudice di merito, di tutti i possibili in cui si concreta l'opzione per la ricostruzione della *questio facti*<sup>108</sup>. Si è visto infatti che l'*ubac* del *défaut de base légale* censura l'incompletezza dell'*iter* del giudizio di fatto là dove il giudice decida senza prendere in considerazione un fatto, allegato e “provato (*i.e.* risultante) da una prova”, avente carattere decisivo per la soluzione della lite, che se fosse stato esaminato avrebbe condotto ad una diversa soluzione della *quaestio facti*. E ciò in quanto l'omesso esame di tale fatto determina il venir meno dell'opzione in cui si concreta il giudizio di ricostruzione storica dell'esistenza o dell'inesistenza di un fatto principale da provare.

Non così differentemente, nel caso in cui il giudice di merito italiano non esamini un fatto secondario, il vizio di cui all'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. si risolve nell'implicito apprezzamento negativo della rilevanza di tale fatto ai fini della ricostruzione inferenziale del fatto principale e viene ad integrare un vizio di omessa motivazione per non aver il giudice nella motivazione preso posizione sull'esistenza o l'inesistenza di tale fatto; con la differenza che rispetto alla precedente versione del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. ad esser censurato non è più il sintomo del mancato compimento dell'opzione sulla *quaestio facti*, quanto piuttosto

---

<sup>108</sup> SATTÀ S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. II, 2, Padova 1962, 208 ss.

la causa, essendo sanzionata l'omessa considerazione di uno dei due possibili in cui si concreta il giudizio di ricostruzione storica del fatto<sup>109</sup>.

L'omesso esame del fatto decisivo sanziona pertanto un difetto di elaborazione dei dati della causa risultanti dagli atti del processo, tra i quali rientrano certamente le prove<sup>110</sup> o meglio i fatti rappresentati dalle prove. Si tratta quindi di una *faillie* del ragionamento del giudice volto a formare il convincimento intorno all'esistenza o all'inesistenza "circa" un fatto. Ed infatti, il giudice che omette di esaminare un fatto – decisivo – compie un giudizio di fatto incompleto, non avendo nell'*iter* preso in considerazione tutti i possibili in cui si concreta l'opzione sottesa al giudizio di fatto medesimo.

Il fatto decisivo trascurato rappresenta, in quest'ordine di idee, uno dei dati su cui si esercita la predetta opzione, con la conseguenza che se fosse stato esaminato la soluzione relativa alla *quaestio facti* sarebbe stata differente.

#### 1.2. *Il sintomo del vizio: la mancata corrispondenza tra motivazione della decisione e materiale probatorio.*

Oltre alla forte somiglianza della tecnica sottesa alla verifica della sussistenza dell'*nbac* del difetto di base legale e del vizio di cui all'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. per come interpretato dalle Sezioni Unite del 2014<sup>111</sup>, si è visto inoltre che l'omesso esame di un fatto risultante dagli atti di causa e idoneo ad influire sulla decisione si riflette nell'omessa presa di posizione, nella motivazione, sull'esistenza o l'inesistenza del predetto fatto.

Sotto tale profilo, è interessante notare che il vizio di omesso esame si manifesta in una carenza motivazionale, che emerge dalla mancata corrispondenza tra contenuto della motivazione della decisione e contenuto del materiale istruttorio legittimamente acquisito agli atti di causa.

---

<sup>109</sup> Cfr. supra Cap. II, sez. II, § n. 3.3.

<sup>110</sup> RICCI G.F., *Il giudizio civile*, cit., p. 164 e s.

<sup>111</sup> Mancano infatti allo stato casi in cui la Suprema Corte italiana si sia librata al controllo della sussistenza del vizio di omesso esame circa un fatto decisivo, essendo stati fino ad ora i motivi che lo deducevano dichiarati inammissibili.

Analogamente, la dottrina francese ha, come visto<sup>112</sup>, osservato che l'*ubac* del *défaut de base légale* non sanziona la mancata corrispondenza tra elementi di fatto accertati nel testo della motivazione della decisione impugnata e fatti costitutivi risultanti dal testo della norma di legge applicata dal giudice nel dispositivo della detta decisione censurata, quanto piuttosto l'assenza di corrispondenza tra contenuto della motivazione della decisione e "contenuto" risultante dagli atti di causa. In particolare, ciò che viene censurato è l'omessa presa di posizione, da parte del giudice, sull'esistenza o l'inesistenza di un *fatto* rappresentato da un fatto fonte di prova, risultante dalle deduzioni delle parti o comunque emergente dagli atti di causa e avente efficacia causale ai fini della soluzione della lite, come ad esempio per il caso in cui il giudice non tenga in considerazione il comportamento tenuto dalle parti nel processo<sup>113</sup>.

Ne deriva quindi che, anche sotto il profilo del sintomo da cui emerge la sussistenza del vizio, vi è un'assimilabilità del vizio censurato dal nuovo art. 360 all'*ubac* del difetto di base legale.

### 1.3. Un rimedio posto a presidio della violazione del dovere di decidere causa cognita.

Un'ultima osservazione si impone poi in relazione alla funzione svolta dal nuovo n. 5 dell'art. 360 c.p.c. e dal *défaut de base légale pour omission de tenir compte des faits dans le débat*. Se infatti tali motivi di ricorso per cassazione vanno a sanzionare (almeno teoricamente per quanto concerne l'omesso esame circa un fatto decisivo, avendo la Suprema Corte italiana solo enunciato il principio di diritto relativo al significato del nuovo n. 5 e non anche cassato decisioni per la sussistenza di tale vizio) l'incompletezza dell'*iter* del giudizio di fatto, i medesimi assurgono a rimedio posto a presidio della completezza della correttezza del procedere del giudice nella risoluzione della *quaestio facti*.

---

<sup>112</sup> Sul punto, cfr., in questo capitolo, Sez. I, § 1 e ss.

<sup>113</sup> Si pensi al caso in cui il giudice non tenga conto ai fini della decisione del comportamento della parte che ha rifiutato di collaborare all'*administration de la preuve*, violando così il precetto di cui all'art. 11 CPC che attribuisce al giudice la facoltà di trarre dal rifiuto delle parti *d'apporter leur concours aux mesures d'instruction* tutte le conseguenze che ritiene proprie, e quindi anche la prova dell'esistenza del fatto che il documento non esibito era volto a provare.

Invero, il controllo della completezza della motivazione rispetto alle risultanze istruttorie, pur anche comportando secondo alcuni uno strumento atto a consentire il controllo diretto sul giudizio di fatto<sup>114</sup>, risponde all'esigenza di garantire alle parti il controllo di legalità della decisione in riferimento all'osservanza delle regole che presiedono all'accertamento dei fatti e alla formazione del convincimento del giudice. In particolare, la verifica della corrispondenza tra contenuto della motivazione e risultati del materiale probatorio assicura le parti contro le decisioni arbitrarie in cui il fatto è «adattato» alla norma giuridica<sup>115</sup>.

Sicché, in quest'ordine di idee, la possibilità per le parti di censurare di fronte alla Corte di cassazione il vizio di omesso esame circa un fatto decisivo risponde sì all'esigenza di tutelare il diritto delle parti ad ottenere una motivazione completa in ordine alla *quaestio facti*, ma configura anche il diritto delle stesse a che il giudice conduca un giudizio di fatto completo, rispettando il dovere di decidere *causa cognita*, ossia tenendo conto di tutto il materiale – non solo istruttorio – risultante dagli atti di causa.

Peraltro, sotto tale profilo, i predetti motivi di ricorso per cassazione, assurgono anche a rimedio posto a presidio di un interesse generale e pubblicistico, ossia quello di per salvaguardare l'esigenza di responsabilizzazione dei giudici e di assicurare «decisioni solide e giuste»<sup>116</sup>.

2. *Possibilità di assimilare il vizio di cui all'art. 360, comma 1° , n. 5, c.p.c. all'ubac del défaut de base légale.*

Alla luce di quanto sopra illustrato, si osserva che se la formulazione del nuovo art. 360, comma 1° , n. 5, c.p.c. impedisce certamente di censurare il vizio di motivazione nell'ampiezza delle ipotesi sanzionabili con l'*adret* del *défaut de base*

---

<sup>114</sup> In questo senso, se ben ne intendo il pensiero, CAPPONI B., *L'omesso esame del n. 5) dell'art. 360 c.p.c. secondo la Corte di cassazione*, cit.; secondo cui l'omesso esame – sempre per come interpretato dalle Sezioni unite – «contribuisce a connotare la Corte come giudice senz'altro disposto a calarsi nel “fatto”, che è quanto dire attento allo *jus litigatoris*».

<sup>115</sup> ANDOLINA I., VIGNERA G., *Fondamenti costituzionali della giustizia civile*, Torino, 1997, p. 202.

<sup>116</sup> Così, CONSOLO C., *Nuovi ed indesiderabili esercizi*, cit., p. 1139 ss.

*légale*, siffatta modifica legislativa non elimina tuttavia la possibilità di denunciare ai sensi del nuovo n. 5 i vizi che nell'ordinamento francese sono denunciati attraverso l'*ubac* del *défaut de base légale*.

In particolare, la censurabilità dell'incompletezza dell'*iter* del giudizio di fatto con riguardo all'omesso esame circa un fatto decisivo secondario consentirebbe di censurare per mezzo del nuovo n. 5 anche «le più incredibili storture del ragionamento compiuto dal giudice di merito nell'accertamento del fatto»<sup>117</sup> così come fa la Corte di cassazione francese attraverso la tecnica del *défaut de base légale pour omission des faits dans le débat*.

Ne deriva quindi la possibilità di assimilare il motivo di ricorso per cassazione dell'omesso esame circa un fatto decisivo al vizio di *défaut de base légale pour omission de tenir compte des faits dans le débat*. E ciò per due ordini di ragioni. Il primo fa leva sull'identità dell'oggetto del controllo del *défaut de base légale pour omission de tenir compte des faits dans le débat* e di quello di cui all'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. (cfr. n. 3.1.). Il secondo poggia invece sulla considerazione per cui entrambi tali motivi di ricorso sanzionano la violazione dei medesimi principi (cfr. n. 3.2.).

2.1. *Una soluzione derivante dall'identità dell'oggetto del controllo del défaut de base légale pour omission de tenir compte des faits dans le débat e dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c.*

Quanto all'identità dell'oggetto del controllo del *défaut de base légale pour omission de tenir compte des faits dans le débat* e di quello di cui all'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c., si è visto che l'*ubac* del *défaut de base légale* ha ad oggetto le affermazioni di fatti decisivi risultanti da prove legittimamente acquisite. Egualmente si è dimostrato che l'omesso esame di fatti decisivi può concernere anche l'omesso esame di fatti risultanti dagli atti di causa aventi ad oggetto la rappresentazione del *factum probandum* o di fatti aventi influenza diretta sul dispositivo.

---

<sup>117</sup> SATTÀ S., *Commentario*, cit. 208 ss.,

Si è visto inoltre che nel sistema francese il vizio di *omission de tenir compte de faits dans le débat* assurge a sanzione della violazione del diritto delle parti a veder esaminate tutte le deduzioni e tutte le risultanze degli atti del processo.

Siffatta identità di oggetto avvalorata pertanto la qualificazione del vizio di omesso esame circa un fatto decisivo quale rimedio posto a presidio del dovere del giudice di decidere *causa cognita*, così come per il vizio di *omission de tenir compte des faits dans le débat*.

## 2.2. *Una soluzione derivante dalla violazione dei medesimi principi.*

L'altro elemento che consente di affiancare il motivo di cui all'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. al vizio di *omission de tenir compte des faits dans le débat* concerne l'identità dei principi processuali violati dal giudice di merito che ometta – nella motivazione – di prendere posizione sull'esistenza o sull'inesistenza di un fatto decisivo per il giudizio risultante dagli atti di causa e quindi anche dalle prove.

Come visto, in entrambe le ipotesi infatti, ciò che si sanziona è il mancato rispetto da parte del giudice del dovere di decidere *causa cognita*, ossia di decidere tenendo conto di tutti gli elementi di fatto risultanti dalle prove.

D'altra parte illustre dottrina all'indomani dell'entrata in vigore del codice di procedura civile del 1940 affermava che «quanto al n. 5 (omesso esame di un fatto decisivo ecc.), secondo noi, prospetta espressamente un caso di errore (vizio) *in procedendo de iudicando* cioè una trasgressione (probabilmente inavvertita) del dovere del giudice di decidere *causa cognita*, cioè ponderando tutti gli elementi che gli siano stati forniti affinché la sua decisione riesca conforme a verità ed a giustizia, e di renderne conto nella motivazione della sua sentenza»<sup>118</sup> e che tale vizio «deve corrispondere a un reale difetto di elaborazione dei dati della causa, cioè alla omessa considerazione di un elemento [quindi anche una prova] decisivo per il giudizio. È dunque un difetto intrinseco, non estrinseco, che deve viziare la

---

<sup>118</sup> REDENTI E., *Diritto processuale civile*, Milano, 1949, II, p. 118.

sentenza; del ragionamento [in relazione al materiale probatorio]<sup>119</sup>, non della manifestazione del ragionamento»<sup>120</sup>.

Ne deriva, pertanto, che anche sotto il profilo dei principi violati dal giudice che omette di considerare, ai fini della formazione del suo convincimento sulla *quaestio facti*, un fatto “esistente” alla luce degli atti di causa, l’assimilabilità del vizio di cui al nuovo n. 5 dell’art. 360 c.p.c. al c.d. *ubac* del *défaut de base légale*.

### 3. *I vizi di motivazione denunciabili ai sensi del nuovo art. 360, comma 1°*, n. 5, c.p.c.

Nei precedenti paragrafi si è visto che la lettura del nuovo n. 5 dell’art. 360 c.p.c. offerta dalle Sezioni Unite nelle pronunce Cass. n. 8043/2014 e Cass. n. 19881/2014 corrisponde – di fatto - al vizio di *omission de tenir compte des faits dans le débat* che la Corte di cassazione francese ha ricondotto nell’alveo del *défaut de basé légale* e ciò nonostante la diversità del concetto sotteso al predetto vizio rispetto a quello sotteso alla nozione tradizionale di *défaut de base légale*. In particolare, dall’esegesi proposta dalle Sezioni Unite discende la possibilità per le parti di denunciare dinanzi al giudice di legittimità l’omessa considerazione di un fatto, avente carattere decisivo e risultante dal testo della sentenza (di primo grado) o dagli atti del processo; con un risultato che anziché restringere l’ambito del sindacato della Suprema Corte finisce per ampliarlo laddove viene ora ammesso quanto prima era inimmaginabile chiedere alla Corte di legittimità<sup>121</sup>. Le si può chiedere infatti ora – o almeno così pare alla luce del principio di diritto enunciato dalle menzionate Sezioni Unite – di verificare se il giudice di merito ha ommesso di esaminare (*i.e.* di valutare) un fatto che risulti esistente dagli atti di causa e ciò quando tale fatto abbia carattere decisivo e sia quindi idoneo a determinare una diversa decisione della lite in punto di fatto.

---

<sup>119</sup> RICCI G.F., in AA. VV., *Le novità in materia di impugnazioni*, cit., p. 232; analogo pensiero l’autore esprime in RICCI G. F., *Il giudizio civile di cassazione*, cit., p. 165 e ss.

<sup>120</sup> SATTA S., *Diritto processuale civile*, Padova, 1948, p. 333.

<sup>121</sup> L’attenta osservazione è di SASSANI B., *Lineamenti*, cit., p. 586; ma cfr. anche da ultimo CAPPONI B., *L’omesso esame del n. 5) dell’art. 360 c.p.c. secondo la Corte di cassazione*, cit.

Se i confini con l'errore di fatto revocatorio sono labili, dovendosi rinvenire il criterio distintivo di tali vizi nella circostanza che vi sia stata «discussione tra le parti» sul fatto ignorato, lo sconfinamento nel riesame del fatto è ora, per effetto della pronuncia delle Sezioni Unite, un rischio palpabile.

Ad ogni buon conto e in attesa di vedere come nel concreto la Suprema Corte metterà in pratica il principio di diritto pronunciato nel 2014, occorre sciogliere il nodo relativo al significato del nuovo art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. e ai vizi denunciabili ai sensi del motivo di ricorso per cassazione ivi previsto. Nella specie occorre verificare se l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti consente ancora la possibilità di censurare – l'uso e la scelta de - le massime di esperienza e ciò per il caso in cui il giudice di merito prenda in considerazione tutti i fatti risultanti dagli atti di causa, decidendo quindi *causa cognita*.

### 3.1. *La nozione di fatto decisivo.*

La lettera della norma è chiara nel senso di stabilire che il fatto ignorato di cui sia stato omesso l'esame debba essere stato oggetto di discussione tra le parti, con la conseguenza che i fatti pacifici restano esclusi dall'ambito di applicazione del motivo di ricorso per cassazione di cui all'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c., essendo i fatti oggetto di discussione tra le parti i soli fatti controversi.

Eppure, in dottrina è stato sottolineato che in astratto anche l'omessa valutazione di un fatto pacifico potrebbe assurgere a vizio della decisione laddove si sostenesse che non è il fatto ad essere oggetto di discussione tra le parti, quanto piuttosto «il punto, il tema sollevato dietro la sua allegazione e che, in concreto, l'errore del giudice risieda proprio nella mancata considerazione del fatto (non dunque delle conseguenze giuridiche che ne derivano)»<sup>122</sup>.

Altra parte della dottrina ha invece escluso che il fatto decisivo trascurato dal giudice di merito debba essere anche controverso<sup>123</sup>, facendo leva sulla circostanza che nella nuova versione del n. 5 il testo della legge stabilisce che il

---

<sup>122</sup> PICCININNI L., *op. cit.*, p. 414.

<sup>123</sup> CAPONI R., *Norme processuali «elastiche» e sindacato in cassazione*, cit., p. 9.



fatto trascurato deve essere «decisivo e oggetto di discussione tra le parti» e non anche «decisivo e controverso» come prevedeva la norma prima della Novella del 2012.

Quest'ultima lettura, sebbene finemente argomentata, non può tuttavia essere condivisa, giacché non tiene conto della differenza testuale tra il motivo di ricorso per cassazione di cui all'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. e il motivo di revocazione ordinaria di cui all'art. 395, comma 1°, n. 4, c.p.c. Ed infatti quest'ultima norma stabilisce che vi è errore di fatto *«quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare»*. La dicitura di tale norma è chiara nel senso di escludere che il fatto supposto – o meglio la supposizione della sua esistenza o della sua inesistenza – sia tanto un fatto controverso quanto un fatto che non costituì oggetto di un punto controverso, laddove si riferisce alla supposizione di un *«fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa»* o *«la cui verità è positivamente stabilita»*.

Far rientrare il fatto non controverso nella nozione di fatto decisivo che è stato oggetto di discussione tra le parti determinerebbe la sovrapposizione del motivo di ricorso per cassazione di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c. con il motivo di revocazione di cui al n. 4 dell'art. 395 c.p.c., con un risultato che, oltre a creare indebita confusione tra gli interpreti in ordine all'individuazione del mezzo di impugnazione e del giudice dinanzi al quale censurare la sentenza viziata per omesso esame, non pare nemmeno corretto a livello sistematico.

Siffatta esclusione trova peraltro conferma se si prende in considerazione il significato delle parole – coscientemente – scelte dal legislatore. La differenza tra il vizio di cui all'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. e quello di cui all'art. 395, comma 1°, n. 4, c.p.c. si coglie infatti attraverso l'analisi del verbo “supporre”, che come acutamente osservava Salvatore Satta nel suo commentario, significa porre il fatto (i.e. supporlo) «sopra e al di là del giudizio»<sup>124</sup>, con la conseguenza che il travisamento del fatto non costituisce un difetto di motivazione, non essendo l'errore di fatto frutto di un errore di giudizio.

Escluso, quindi, che il fatto decisivo del nuovo n. 5 possa essere un fatto

---

<sup>124</sup> SATTA S, *Comm.*, cit., II, 2, 328 s.

non controverso, si deve anche escludere che esso possa essere rappresentato dal fatto materiale (i.e. il *factum probandum*) consolidato, giacché in tal caso, come visto, il predetto motivo di ricorso finirebbe per sanzionare il vizio di omessa pronuncia<sup>125</sup> e quello di falsa applicazione di legge quando il fatto storico principale trascurato avrebbe dovuto essere rilevato d'ufficio dal giudice<sup>126</sup>.

La nozione di fatto decisivo deve invece essere riferita a tutti quei fatti materiali di cui si discute circa l'esistenza – o l'inesistenza –.

Peraltro si è osservato<sup>127</sup> come nella nozione di fatto decisivo potrebbe rientrare anche la «prova», laddove si faccia leva sulla circostanza secondo cui il tema sotteso alla prova è quello della rappresentazione di un fatto passato, il quale emerge - direttamente - da una fonte rappresentativa quale il documento o la dichiarazione testimoniale o confessoria oppure è indirettamente dedotto tramite un ragionamento inferenziale costruito a partire da una fonte rappresentativa di un fatto diverso da quello da provare (ossia dall'indizio)<sup>128</sup>. La prova sarebbe pertanto essa stessa un fatto, seppur un fatto “particolare” che rappresenta – o se si preferisce prova – il *factum probandum*.

Inoltre e a tal proposito è stato sottolineato che il giudice non percepisce direttamente il *factum probandum* – come accade invece per quelle situazioni oggettive che rilevano per la sfera del potere di accertamento del giudice – ma percepisce un fatto diverso, il *factum probans*, «che è la descrizione orale o scritta altrui intorno al fatto medesimo, dalla quale deduce il fatto da provare»<sup>129</sup>. I fatti percepiti – direttamente – dal giudice sono quindi i fatti fonte di prova, che rappresentano il fatto – passato – da provare. In particolare, tali fatti – con cui la prova «entra» nel processo – servono al giudice per inferire l'esistenza o l'inesistenza del fatto da provare, con la conseguenza che il *factum probans*, per un verso, non ha esistenza autonoma rispetto al fatto da provare<sup>130</sup>, e, per altro verso,

---

<sup>125</sup> Per l'elaborazione dottrinale che inquadra il mancato esame di un'eccezione nella categoria del vizio di omessa o insufficiente motivazione e non anche in quella dell'omessa pronuncia cfr. FABBRINI G., *L'eccezione di merito*, cit., p. 281; tesi altresì sottesa al pensiero in materia di eccezione di FAZZALARI E., *Istituzioni*, cit., p. 407 ss.

<sup>126</sup> SATTA S., *Diritto processuale civile*, cit., p. 313.

<sup>127</sup> V. supra in questo capitolo, sez. II, § 1.5., nota 77.

<sup>128</sup> Per tutti, PUNZI C., *Il processo civile*, cit., I, p. 409 ss.

<sup>129</sup> CARNELUTTI F., *La prova civile*, Roma, 1936, p. 89.

<sup>130</sup> ID., *op. cit.*, p. 108.

potrebbe in senso atecnico essere configurato quale fatto secondario rispetto al *factum probandum*. Così, per esempio, se il fatto da provare è l'avvenuto pagamento del prezzo della cosa venduta, il giudice non percepirà il fatto del pagamento, che ormai appartiene al passato, ma ne dedurrà l'esistenza o l'inesistenza a partire dalle dichiarazioni contenute – o meglio rappresentate – da un documento proveniente dal venditore. Ebbene, in questo caso, il documento è la fonte di prova, ossia il fatto – secondario – rappresentativo del fatto principale da provare, ossia il pagamento.

In quest'ordine di idee la rappresentazione di un fatto passato che si vuole provare si ottiene attraverso la percezione di un fatto diverso (il *factum probans*) dal fatto rappresentato (*factum probandum*) e ciò indipendentemente dalla circostanza per cui siffatta rappresentazione può essere oggettiva (rappresentazione documentale) o soggettiva (rappresentazione testimoniale, confessoria etc.). In quest'ordine di idee, testimonianza, documento e indizi sono tutti «fatti dai quali il giudice deduce, mediante la regola d'esperienza il fatto da provare»<sup>131</sup>.

Alla luce di tali considerazioni è stato quindi affermato che il processo probatorio è costituito da «tre ordini di elementi diversi: un fatto da provare (oggetto della prova): una attività del giudice (percezione, deduzione: mezzo della prova) e un fatto (o una serie di fatti) esteriore (fatto che serve alla deduzione: fonte della prova)»<sup>132</sup>. Sicché, la prova assumerebbe - rispetto al fatto da provare - la natura di fatto – secondario - rappresentativo da cui si può desumere l'esistenza o l'inesistenza del fatto rappresentato da provare.

### 3.2. *Il parametro per la constatazione dell'omesso esame del fatto.*

Stabilito, quindi, che il fatto decisivo è il fatto materiale di cui si discute circa l'esistenza, occorre stabilire ora quando vi sia omesso esame del fatto decisivo della cui esistenza si discute. In altre parole, ai fini dell'individuazione dei vizi censurabili ai sensi del nuovo art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. è necessario

---

<sup>131</sup> ID., *op. cit.*, p. 241

<sup>132</sup> CARNELUTTI F., *op. cit.*, p. 89.

determinare gli elementi di giudizio che devono sussistere affinché possa dirsi avvenuto l'esame circa l'esistenza del fatto di cui si discute.

A tal fine, occorre a nostro avviso muovere dai principi che informano il giudizio volto a stabilire i termini materiali del fatto della cui esistenza le parti discutono, ossia i principi regolatori del giudizio di fatto.

Sul punto soccorre anzitutto l'art. 115 c.p.c., che non codifica, come invece ritiene l'opinione tradizionale, il principio dispositivo in senso processuale, ma, diversamente, oltre a cristallizzare il diritto alla prova (come ravvisato argutamente da alcuni Autori)<sup>133</sup>, disciplina le regole del giudizio di fatto. E ciò in quanto «la decisione» cui si riferisce la predetta norma è *in primis* quella relativa alla soluzione della *quaestio facti*, laddove la predetta norma prevede che – salvi i casi previsti dalla legge - il giudice debba porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti e disponibili d'ufficio, i fatti non contestati, i fatti notori e le massime di esperienza (*i.e.* nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza)<sup>134</sup>.

In proposito, va comunque rilevato che parte della dottrina ha ritenuto che l'art. 115 c.p.c. regolasse solo il fatto notorio e non anche le massime di esperienza, che sarebbero invece indirettamente ammesse dall'art. 116 c.p.c., che prevede che il giudice valuti le prove secondo il suo prudente apprezzamento<sup>135</sup>. In particolare, tale tesi fa leva sull'argomento secondo cui il codice di procedura civile italiano, menzionando le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza senza operare alcuna distinzione tra fatti notori (ossia quei fatti di carattere storico suscettibili di essere conosciuti dai componenti di una data "comunità" in un dato momento storico) e massime di esperienza (ossia quelle regole idonee a regolare fenomeni suscettibili di ripetersi<sup>136</sup> e formatesi grazie all'esperienza dell'osservazione di una serie di casi singoli), disciplinerebbe solo i fatti notori che il giudice può, senza bisogno di prova, porre a fondamento della

---

<sup>133</sup> RICCI E.F., *Il principio dispositivo*, cit., p. 380 ss.; Ruffini G., «*Argomenti di prova*», cit., p. 1353.

<sup>134</sup> Stabilisce infatti tale norma che «*Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita. / Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza.*»

<sup>135</sup> MONTESANO L., *In tema di fatti notori*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, p. 227 e ss.

<sup>136</sup> PUNZI C., *Processo civile*, cit., vol. I, p. 402.

decisione.

Ad ogni buon conto, occorre a nostro avviso porre l'attenzione sulla circostanza, rilevata nell'analisi del giudizio di fatto per come disciplinato dall'art. 115 c.pc.<sup>137</sup>, secondo la quale la peculiarità di tale giudizio è quella di essere un giudizio di carattere storico volto alla ricostruzione della situazione di fatto che ha dato vita alla vicenda litigiosa dedotta in giudizio<sup>138</sup>, dovendo il giudice accertare l'esistenza o l'inesistenza dei fatti allegati dall'attore e dal convenuto a sostegno delle loro pretese. Si è poi osservato anche che l'apparente semplicità di tale accertamento scompare a fronte della considerazione secondo la quale il giudizio di fatto è invero il risultato di una «indefinita serie di premesse»<sup>139</sup> che dipendendo dalla scelta sul punto operata dal giudice. Tuttavia, siffatta scelta discrezionale lungi dall'esser connotata dall'arbitrio è essa stessa un giudizio, giacché l'opzione che esercita il giudice nel porre le premesse del giudizio di fatto è fondata su altre premesse e segnatamente sull'esperienza<sup>140</sup>. In particolare, la difficoltà deriva dal fatto che le massime di esperienze, non costituendo premesse valide universalmente per tutti i giudizi (come le norme di diritto), ammettono di conseguenza una premessa contraria o comunque la «deviazione in concreto dall'esperienza»<sup>141</sup>. Sicché ad esempio se in base al normale decorso degli eventi lo scambio di proposta e accettazione implica la formazione di un contratto, ciò non può tuttavia *a priori* escludere che la parte cosiddetta proponente abbia invece voluto porre in essere una donazione, dovendo pertanto il giudice tenere in considerazione anche la massima di esperienza in base la quale se una vendita è effettuata ad un prezzo di gran lunga inferiore o meglio irrisorio rispetto al valore della cosa venduta, si è di fronte ad una donazione e non tanto ad una vendita.

Sembra pertanto che l'art. 115 c.p.c., laddove afferma che il giudice può porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza, si riferisce tanto ai fatti notori quanto alle massime di esperienza.

---

<sup>137</sup> Cfr. *supra* cap. II, sez. I, § 3.1.

<sup>138</sup> SATTÀ S., *Commentario*, cit., vol. II, 2, p. 187 ss.

<sup>139</sup> SATTÀ S., *Commentario*, cit., vol. II, 2, p. 192 ss.

<sup>140</sup> SATTÀ S., *Commentario*, cit., vol. II, 2, p. 192 ss. Nello stesso senso C. PUNZI, *Il processo civile*, cit., p. 482; POLI R., *Le modifiche*, cit., p. 276.

<sup>141</sup> SATTÀ S., *Commentario*, cit., vol. II, 2, p. 193.

Oltre agli elementi specificamente individuati dall'art. 115 c.p.c. e strumentali al compimento dell'esame (*i.e.* alla formazione del convincimento) circa l'esistenza di un fatto, occorre peraltro non dimenticare il ruolo giocato dagli argomenti di prova di cui all'art. 116, comma 2°, c.p.c. Ed invero il giudice può – attraverso un duplice ragionamento inferenziale – porre a fondamento della decisione gli argomenti di prova che desume dal comportamento processuale delle parti. È stato infatti finemente dimostrato che l'art. 115 c.p.c., laddove fa salvi i casi previsti dalla legge, deve essere anzitutto riferito ai fatti presi in considerazione dal legislatore quali fatti fonte di argomenti di prova<sup>142</sup>.

Ora, alla luce di tali osservazioni, si può pertanto affermare che il giudice quando esamina (*i.e.* accerta) il fatto di cui si discute circa l'esistenza deve prendere in considerazione le prove proposte dalle parti, dal p.m. o disponibili d'ufficio, i fatti non contestati, gli argomenti di prova, i fatti notori e le massime di esperienza, con la conseguenza che l'esame non può dirsi compiuto qualora non sia condotto in base a tali regole, ossia alle regole del giudizio di fatto<sup>143</sup>. In altre parole, il giudice ha omesso l'esame circa l'esistenza o l'inesistenza del fatto, laddove non ha condotto il giudizio circa l'esistenza o l'inesistenza di tale fatto alla stregua delle regole stabilite dall'art. 115 c.p.c. per il giudizio di fatto.

### 3.3. *Proposta interpretativa.*

Ciò premesso in relazione alla nozione di fatto decisivo e ai parametri in base ai quali verificare la circostanza che il giudice abbia o meno esaminato il fatto, si può affermare che attraverso il motivo di ricorso per cassazione dell'omesso esame circa un fatto decisivo che è stato oggetto di discussione tra le parti può essere fatto valere, oltre che l'omessa presa di posizione nella motivazione sull'esistenza o l'inesistenza di un fatto materiale e l'omesso esame di un fatto secondario rappresentativo (*i.e. factum probans*) del fatto da provare (*i.e.*

---

<sup>142</sup> RUFFINI G., «*Argomenti di prova*», cit., p. 1329 ss. Gli argomenti di prova peraltro si differenziano dalle presunzioni, nonostante ne condividano la natura indiziaria, perché si fondano sul comportamento delle parti e non sui fatti notori e sui risultati delle prove.

<sup>143</sup> Nello stesso senso, ma con argomentazione parzialmente diversa che fa leva sulla differenza testuale dell'attuale testo dell'art. 360 c.p.c. che discorre di omesso esame *circa* un fatto decisivo, cfr. POLI R., *op. cit.*, p. 283 e s.

l'omesso esame della prova), anche la censura della scelta o dell'uso delle massime di esperienza laddove il giudizio di fatto circa l'esistenza o l'inesistenza del fatto di cui le parti discutono non sia il risultato di un esame razionale – circa l'esistenza o l'inesistenza - del fatto condotto nel rispetto dei principi regolatori di cui all'art. 115 c.p.c.<sup>144</sup>, tra i quali rientra anzitutto quello secondo cui «il giudizio di fatto risulta da una opzione che come tale è incensurabile: la censurabilità sta nell'*iter*, e cioè nel controllo se l'opzione ci sia effettivamente stata, se il giudice ha tenuto conto, dandone adeguata ragione, dell'altra possibilità determinata da un fatto risultante dagli atti, e tale da portare a un giudizio opposto a quello censurato»<sup>145</sup>.

Se quindi il fatto di cui le parti discutono circa l'esistenza è stato considerato – esistente o inesistente - dal giudice di merito, ma sulla base di un ragionamento del tutto illogico o non rispondente alle regole della comune esperienza, non si potrà affermare che vi sia stato «esame» razionale del fatto secondo le regole del giudizio di fatto di cui all'art. 115 c.p.c. La motivazione risulterà infatti insufficiente, perché illogica secondo la comune esperienza, sia se si censura la circostanza che una persona con il braccio destro ingessato potesse essere stata alla guida dell'autovettura che non abbia rispettato il semaforo rosso sia se si denuncia che il giudice ha omesso di prendere in considerazione che, secondo la comune esperienza, chi ha il braccio destro ingessato difficilmente può guidare.

Sarebbe di tal guisa fatta salva la possibilità di continuare a censurare dinanzi al giudice di legittimità l'uso o meglio l'omessa considerazione delle massime di esperienza nell'esame del fatto (i.e. giudizio di fatto) ed invero, sul punto, già Salvatore Satta, nel suo Commentario, affermava che «a nessuno verrebbe in mente, ragionando col senso comune, che il giudice del diritto non possa rilevare le più incredibili storture del ragionamento compiuto dal giudice di merito nell'accertamento del fatto»<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> In senso sostanzialmente analogo e per l'affermazione secondo cui «Omesso esame circa un fatto decisivo vuol dire che il giudice, nell'affermare l'esistenza/verità (o l'inesistenza/falsità) di un fatto decisivo, non ha preso in esame qualcosa che era invece suo compito considerare, secondo le c.d. norme sul (metodo del) giudizio di fatto», cfr. POLI R., *op. cit.*, p. 283 e s.

<sup>145</sup> Così SATTÀ S., *Commentario*, cit., p. 208 ss.; SATTÀ S., PUNZI C., *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, p. 499 ss.; POLI R., *op. cit.*, p. 283 e s.

<sup>146</sup> SATTÀ S., *Commentario*, cit., vol. II, 2, p. 208 ss.

## CAPITOLO QUARTO

### LA CORTE DI CASSAZIONE FRANCESE E L'USO DEL DIFETTO DI BASE LEGALE QUALE TECNICA DI POLITICA GIURISPRUDENZIALE

SOMMARIO: 1. Evoluzione giurisprudenziale nell'interpretazione dei concetti giuridici indeterminati. - 1.1. Il fatto di forza maggiore esclusivo dell'obbligo di risarcimento: l'*arrêt Desmares*. - 1.2. La riduzione della clausola penale. - 1.3. Il licenziamento per motivi economici. - 2. La cassazione per *défaut de base légale*, tecnica di anticipazione di un *revirement de jurisprudence*. - 2.1. La legge straniera: dalla giurisprudenza *Bisbal* all'applicazione d'ufficio della legge straniera. Rinvio. - 2.2. Garanzia dei *vices cachés* e difetto di conformità della cosa venduta. - 2.3. La clausola limitativa della garanzia dei vizi nei rapporti tra professionisti della medesima specialità. - 2.4. La nozione di *affectio societatis*. - 2.5. *Le fait de la chose inerte*. - 2.6. *Les troubles anormaux de voisinage*: la necessità di un nesso di causalità diretto. - 2.7. *Le droit à l'expertise biologique* in materia di *status* e filiazione. - 2.8. Il diritto alla prova. - 2.9. *Communication des pièces* e rispetto del principio del contraddittorio: una nuova sfumatura de l'*office du juge*. - 3. Criteri comuni per l'anticipazione di un *revirement de jurisprudence* attraverso il vizio di *défaut de base légale*. - 3.1. Un uso incostante. - 3.2. Importanza delle pronunce di rigetto. - 3.3. Influenza della natura della questione giuridica oggetto di mutamento di giurisprudenza. - 3.4. Presenza di un conflitto all'interno della stessa *chambre* o tra *chambres* differenti. - 3.5. Volontà di sollecitare l'intervento dell'*Assemblée Plénière*.

#### 1. Evoluzione giurisprudenziale nell'interpretazione dei concetti giuridici indeterminati.

L'analisi della tecnica del controllo sulla motivazione delle sentenze elaborata dalla Corte di cassazione francese ha messo in luce la funzione normativa<sup>1</sup> propria del motivo di ricorso per cassazione del difetto di base legale, essendo possibile individuare attraverso l'analisi di una pronuncia di annullamento

---

<sup>1</sup> Sulla portata normativa delle pronunce della Corte di cassazione francese cfr. AA.VV., *Interprétation et portée des arrêts de la Cour de cassation en matière civile*, in *BICC*, 2007, n° 661, p. 6 ss; BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, Paris, 2015/2016, n° 124 ss., p. 698 s.; FOSSEUREAU J., *L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation (en matière civile)*, in *BICC*, octobre 1987, p. 3; FRANK E.E., *L'élaboration des décisions de la Cour de cassation ou la partie immergées de l'iceberg*, in *D*, 1983, Chr., p. 122; LINDON R., *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*, *JCP G*, 1975, n° 2681; MUIR WATT H., *La motivation des arrêts de la cour de cassation et l'élaboration de la norme*, in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit* (dirigé par Molfessis Nicolas), Paris, 2004, p. 53 s.; PERDRIAU A., *La pratique des arrêts civils de la cour de cassation. Principes et méthode de rédaction*, Paris, Litec, 1993, p. 17 ss.; ID., *La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation*, in *JCP G*, 1990, II, n° 21509; ID., *Visa, « chapeaux » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile*, *ivi*, 1986, I, n° 3257; ID., *Le pragmatisme de la cour de cassation*, *ivi*, 2001, Étude n° 364; ID., *Les avertissements donnés par la Cour de cassation*, *ivi*, 1998, I, n° 188; VOULET J., *L'étendue de la cassation en matière civile*, in *JCP G*, 1977, I, n° 2877; ID., *L'interprétation des arrêt de la Cour de cassation*, *ivi*, 1970, n° 2305; WEBER J.-F., *Comprendre un arrêt de la Cour de cassation*, in *BICC*, 2009, mai, n° 702, p. 6 ss.; WELAMSON L., *La motivation des décisions des Cours judiciaires suprêmes*, in *RIDC*, 1979, p. 509.



per difetto di base legale tanto le condizioni di applicazione della legge regolante il caso concreto posto all'attenzione dei Supremi giudici quanto l'esatto significato giuridico delle predette condizioni di applicazioni della legge sostanziale.

La funzione normativa del difetto di base legale assume particolare rilievo con riguardo ai concetti giuridici indeterminati controllati dalla Corte di cassazione, giacché (risolta positivamente dalla giurisprudenza francese la questione relativa alla controllabilità in sede di legittimità anche delle *notions juridiques indéterminées*<sup>3</sup>) la sanzione dell'assenza - nella motivazione della sentenza di merito - dell'accertamento degli elementi di fatto corrispondenti all'elemento costitutivo della norma astratta rappresentato da un concetto giuridico indeterminato si accompagna inevitabilmente alla specificazione e all'interpretazione del medesimo concetto.

In proposito e oltre all'individuazione delle fattispecie concrete sussumibili nei concetti giuridici indeterminati, si osserva che la Corte di cassazione francese ha fatto ricorso al difetto di base legale per far evolvere l'interpretazione giurisprudenziale di alcuni dei predetti concetti giuridici indeterminati<sup>3</sup>. In particolare, gli arresti di cassazione per difetto di base legale determinano l'abbandono di una certa interpretazione giurisprudenziale e si pongono a base di una ragionata e motivata evoluzione esegetica volta a soddisfare le esigenze dettate dai mutamenti del tempo e della società<sup>4</sup>.

Siffatto uso del difetto di base legale è, ad esempio, riscontrabile nelle soluzioni ermeneutiche offerte dalla Suprema Corte in materia di fatto di forza maggiore esclusivo dell'obbligo di risarcimento.

Peraltro, è interessante notare che il difetto di base legale è stato usato anche per affermare regole di interpretazione evolutiva del diritto sostanziale in

---

<sup>2</sup> LE BARS T., *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris, 1997, n° 177 e ss., p. 134 e ss. Sull'estensione del *pouvoir souverain des juges du fond* cfr. BACHELLIER X., *Le pouvoir souverain des juges du fond*, in *BICC*, 2009, mai, p. 18 e ss.; CHARRUAULT C., *La souveraineté du juge du fond à l'épreuve de quelques faits*, ivi, 2009, mai, p. 24 ss.

<sup>3</sup> Sulla politica giurisprudenziale della Suprema Corte francese cfr. CANIVET G., MOLFESSIS N., *La politique jurisprudentielle*, in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Paris, 2007, p. 79 e ss.; MUIR WATT H., *La motivation des arrêts de la cour de cassation*, cit., p. 53 s.

<sup>4</sup> Sui mutamenti di giurisprudenza in ordine all'interpretazione delle clausole generali cfr. BOCCARA B., *Le clair et l'obscur. (A propos de l'interprétation judiciaire des clauses type)*, in *JCP G*, 1978, n° 2910.

favore di soggetti posti in posizione di debolezza contrattuale. Rientrano in tali ipotesi alcuni arresti in materia di riduzione della clausola penale e di licenziamento economico.

1.1. *Il fatto di forza maggiore esclusivo dell'obbligo di risarcimento: l'arrêt Desmares.*

L'art. 1384 del codice civile francese disciplina la responsabilità extracontrattuale del custode per il fatto dannoso provocato a terzi dalla cosa *que l'on a sous sa garde*, configurandola quale ipotesi di responsabilità oggettiva.

A tal riguardo, la giurisprudenza di legittimità esigeva, quale fatto esclusivo della responsabilità del custode, il fatto colposo della vittima che rivestisse i caratteri dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità. Nella specie qualora il danneggiato avesse contribuito a provocare il danno a causa della propria negligenza e imprudenza, la Suprema Corte era solita cassare per difetto di base legale tutte quelle decisioni che rigettavano la domanda di risarcimento del danneggiato *sans rechercher si l'imprudence de cette victime était imprévisible pour le gardien de la chose et avait rendu le dommage inévitable*<sup>5</sup>.

Così nel caso in cui un operatore del cinema era stato ferito dalla caduta di un proiettore dal camion dal quale tale operatore stava scaricando il predetto proiettore, il Supremo Collegio ha cassato la sentenza di appello che aveva rigettato la domanda di risarcimento dell'operatore cinematografico sulla base della considerazione che quest'ultimo non aveva dato prova della colpa del custode del proiettore ed era stato invece egli stesso causa della caduta del proiettore e ciò senza tuttavia accertare se l'imprudenza della vittima era imprevedibile per il custode del proiettore. Di tal guisa la Corte di cassazione francese, se per un verso escludeva l'onere del danneggiato di provare la colpa del custode – disciplinando l'art. 1384 CC un'ipotesi di responsabilità oggettiva – per altro verso, riconosceva al comportamento della vittima l'idoneità ad esonerare, almeno parzialmente, il custode dalla responsabilità qualora tale comportamento rivestisse il carattere dell'imprevedibilità<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Così Cass. 2ème, 26 octobre 1960, in *Bull. civ. II*, n° 607.

<sup>6</sup> Così anche Cass. civ., 2ème, 29 Juillet 197, *Cull. Civ. II*, n° 239. In dottrina, su tale problematica cfr. BLONDEL P., *Le manque de base légale, son avenir*, in *Mélangés Ponsard*, Paris, 2003, p. 53 s.

Ebbene, qualche anno più tardi i giudici di legittimità, in caso in cui il conducente di un'auto (il sig. Desmares) aveva investito due pedoni che in *une heure d'affluence* attraversavano le strisce pedonali di una strada ben illuminata, hanno escluso che il fatto che la coppia avesse attraversato senza valutare se avesse avuto il tempo di attraversare prima che l'auto del Desmares giungesse all'altezza delle strisce pedonali potesse esonerare il custode dell'auto dalla responsabilità per l'urto<sup>7</sup>.

La Suprema Corte interpreta quindi diversamente il requisito dell'imprevedibilità del comportamento colposo della vittima, stabilendo che il comportamento del danneggiato non costituisce più causa di esonero della responsabilità di cui all'art. 1384 c.c.; ma escludendo di fatto anche l'esistenza di una qualsivoglia *cause d'exoneration partielle de la responsabilité du gardien*.

In particolare, è interessante notare che l'utilizzo del difetto di base legale per far evolvere l'interpretazione del concetto di fatto esclusivo della responsabilità del custode per fatto della cosa ha portato all'affermazione della regola secondo cui il custode può beneficiare esclusivamente dell'esonero totale della responsabilità qualora venga stabilita l'esistenza di un fatto di forza maggiore, non assurgendo più il comportamento della vittima a fatto di esclusione parziale della responsabilità del danneggiante<sup>8</sup>.

## 1.2. *La riduzione della clausola penale.*

Con una pronuncia del 1991 e ai fini della legittima riduzione giudiziale della clausola penale la Corte di cassazione francese ha invece imposto ai giudici di merito di specificare sotto quale profilo e per quale ragione il montante di una clausola penale risulti manifestamente eccessivo<sup>9</sup>, facendo pertanto uscire tale concetto dalla categoria delle *notions juridiques non contrôlées*.

---

<sup>7</sup> Cass. civ., 2<sup>ème</sup>, 21 juillet 1982, n° 81-12850, con nota di AUBERT J.L., *L'arrêt Desmares : une provocation... à quelles réformes ?*, in *D*, 1983, chr, n° I.

<sup>8</sup> In proposito e sulla sottile distinzione tra interpretazione e creazione del diritto cfr. CANIVET G., MOLFESSIS N., *La politique jurisprudentielle*, cit., p. 85.

<sup>9</sup> Cass. soc., 20 fév. 1991, n° 89-45.251.

In particolare, nella decisione di merito che ha dato origine a tale svolta giurisprudenziale i giudici della Corte di appello di Lione avevano ridotto la penale per il ritardo nella consegna dei materiali dovuta da una società all'autore di un'opera, limitandosi ad affermare che, tenuto conto delle circostanze del caso di specie, l'ammontare della predetta clausola risultava eccessivo.

Ora, di là dalle considerazioni relative alla preminente funzione disciplinare che, in tale ipotesi, svolge l'annullamento per difetto di base legale<sup>10</sup>, si osserva che di tal guisa la Suprema Corte, oltre a ribadire il principio secondo cui una mera affermazione non è idonea a soddisfare il requisito della motivazione<sup>11</sup> – dovendo il giudice illustrare le ragioni specifiche poste a fondamento della riduzione della clausola penale – fa assurgere il difetto di base legale a strumento di tutela della parte debole del rapporto contrattuale (l'autore dell'opera)<sup>12</sup>.

### 1.3. *Il licenziamento per motivi economici.*

Altra ipotesi in cui il difetto di base legale è stato elevato dai giudici di legittimità a strumento di tutela della parte debole di un rapporto contrattuale è ravvisabile nella fattispecie di licenziamento per motivi economici disciplinato nell'allora art. L. 122-14-4 del codice del lavoro<sup>13</sup>.

Nel caso di specie posto all'attenzione di Cass. soc., 20 fév. 1991, n° 89-45.251, un ex dipendente della società X facente parte del gruppo Y domandava il risarcimento danni per esser stato licenziato senza una causa *réelle et sérieuse*, non avendo la società X vagliato sufficientemente la possibilità di adibirlo ad un'altra posizione lavorativa. La domanda veniva quindi rigettata dai giudici di appello sulla base dell'assenza di documenti idonei a provare che la società X potesse effettivamente ricollocare l'ex-dipendente tra il suo personale, con una soluzione

---

<sup>10</sup> ANCEL M., *Le rôle du juge de cassation*, in RIDP, 1975, p. 31 s.; PERDRIAU A., *Le rôle disciplinaire du juge du cassation*, JCP G, 2002, *Etude*, I, n° 1150.

<sup>11</sup> Cass. Civ., 22 novembre 1965, *Bull. Civ. I*, n° 635 citata da Boré J., *La cassation en matière civile*, Paris, 1980, p. 636.

<sup>12</sup> Così anche BLONDEL P., *Le manque de base légale*, cit., p. 53 s.

<sup>13</sup> Sull'evoluzione della giurisprudenza in materia cfr. anche BLONDEL P., *Le manque de base légale*, cit., p. 53 s.; CANIVET G., MOLFESSIS N., *La politique jurisprudentielle*, in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Paris, 2007, p. 79 e ss., spec. p. 87 e s.

che è stata tuttavia cassata dai giudici di legittimità. La Suprema Corte ha infatti affermato il principio per cui «*la réalité du motif économique d'un licenciement et l'examen des possibilités de reclassement du salarié doivent s'apprécier dans le cadre du groupe auquel appartient la société concernée*». E ciò attraverso il difetto di base legale, o meglio attraverso l'*ubac* del défaut de base légale<sup>14</sup>. In particolare, i massimi giudici hanno stabilito che la corte di appello, che «*n'a pas recherché, comme elle y était invitée*» se il dipendente poteva essere adibito ad altra posizione lavorativa all'interno del gruppo Y di cui la società X faceva parte, «*a privé sa décision de base légale*» con riguardo all'art. L. 122-14-4 del codice del lavoro.

L'omesso esame di un fatto decisivo assurge qui a motivo di annullamento idoneo non solo a garantire il diritto della parte a veder esaminati tutte le deduzioni – anche istruttorie – fatte nel corso del giudizio di merito, ma idoneo anche a fondare un'interpretazione evolutiva del concetto di *cause réelle et sérieuse* di licenziamento. Situazione di fatto quest'ultima che si configura, a seguito della sentenza in commento, solo a fronte della constatata impossibilità del datore di lavoro di adempiere all'*obligation de reclassement* del dipendente all'interno del gruppo di società. Viene, pertanto, di tal guisa e a mezzo dello strumento del difetto di base legale ampliata la portata dell'*obligation de reclassement* e corrispettivamente assicurata una tutela effettiva dei lavoratori, in conformità all'allora già stringente esigenza di assegnare preferenza all'interpretazione del diritto sostanziale più garantista per la parte debole del rapporto contrattuale e di riequilibrare così l'asimmetria delle posizioni contrattuali delle parti.

## 2. *La cassazione per défaut de base légale, tecnica di anticipazione di un revirement de jurisprudence.*

Ciò premesso in ordine all'essenzialità dello strumento di base legale per l'evoluzione dell'interpretazione del diritto sostanziale, occorre ora prendere in esame alcune, anche recenti, applicazioni giurisprudenziali di tale motivo di ricorso che hanno sollevato la questione dell'uso politico del difetto di base legale<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Sull'elaborazione giurisprudenziale del difetto di base legale per omesso esame di fatti decisivi cfr., *supra*, cap. III, sez. I.

<sup>15</sup> Su tale problematicità cfr. *supra* Cap. I, § n. 3.2.

Nell'analizzare la tecnica del controllo di legittimità sulla sufficienza della motivazione<sup>16</sup>, si è infatti osservato che nell'ordinamento francese, a differenza di quanto rilevato con riguardo all'ordinamento italiano - non si riscontrano particolari difficoltà interpretative in ordine al significato e alla portata del motivo di ricorso del difetto di base legale, né vi sono orientamenti legislativi e giurisprudenziali che mirino a restringere le ipotesi di censurabilità dei vizi motivazionali in cassazione.

Ciò non esclude tuttavia l'esistenza di alcune problematiche connesse alla funzione recentemente attribuita al difetto di base legale dalla Corte di cassazione francese. Se tradizionalmente tale motivo di ricorso ha rivestito la funzione di contribuire all'esatta e corretta interpretazione e applicazione della legge, vuoi determinando il dominio degli - accertamenti di fatto necessari per la caratterizzazione degli - elementi costitutivi della fattispecie astratta applicata al caso concreto, vuoi specificando il significato normativo delle clausole generali e dei concetti giuridici indeterminati, a partire dagli anni sessanta la Suprema Corte ha cominciato a ricorrere al difetto di base legale, quale motivo di annullamento delle decisioni impugnate, per anticipare il compimento di un *revirement de jurisprudence*<sup>17</sup>.

Sul punto va rilevato che il mutamento dell'interpretazione giurisprudenziale del diritto sostanziale e processuale avviene ad opera di quelle sentenze di cassazione - pronunciate - per violazione di legge che, nel censurare le decisioni in cui il giudice di merito ha interpretato la norma regolatrice del caso di specie conformemente all'orientamento di legittimità fino a quel momento "vigente", mutano repentinamente un proprio indirizzo giurisprudenziale consolidato e costante per aderire invece ad una diversa e nuova interpretazione. Tratto distintivo del *revirement de jurisprudence* è quindi la repentinità e l'imprevedibilità del cambiamento di interpretazione di una regola giuridica<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Sul punto ci si permette di rinviare al Cap. II, Sez. III, § n. 1 e ss.

<sup>17</sup> L'attenta individuazione di tale prassi giurisprudenziale è di FERRAND F., *Cassation française et Révision allemande*, Presses Universitaires de France, 1990, n. 408, p. 314 s.

<sup>18</sup> Sulla tematica dei mutamenti di giurisprudenza cfr. AA.VV., *Les revirements de jurisprudence: rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet, mardi 30 novembre 2004*, Paris, LexisNexis -Litec, 2005; BOCCARA B., *Le clair et l'obscur*, cit.; MOLFESSIS N. (dir.), *Les revirements de jurisprudence: rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Paris, 2005; MUIR WATT H.,

Di là dalle considerazioni relative alle questioni del problema della retroattività dell'orientamento innovativo formatosi successivamente l'insorgere della fattispecie concreta cui risulterebbe applicabile e al conseguente problema della tutela dell'affidamento delle parti sull'orientamento medesimo specie con riguardo ai mutamenti di giurisprudenza aventi ad oggetto norme processuali e idonei ad influire negativamente sul diritto di azione e di difesa delle parti, preme in questa sede rilevare che la predetta tendenza della Corte di cassazione francese, oltre ad incidere su uno dei tratti essenziali dei *revirements de jurisprudence*, introduce un uso del difetto di base legale quale strumento di politica giurisprudenziale<sup>19</sup>. Difatti, ammettere che le pronunce di annullamento per difetto di base legale costituiscano, al ricorrere di determinate circostanze, anticipazioni di un mutamento di giurisprudenza significa riconoscere che i *revirements de jurisprudence* non sono necessariamente caratterizzati dall'elemento dell'imprevedibilità, né di quello della repentinità, essendo possibile che tali *revirements* siano preannunciati da arresti per difetto di base legale e che siano pertanto frutto di un'evoluzione graduale e non repentina.

Il difetto di base legale assurgerebbe quindi a strumento di politica giurisprudenziale là dove venga dalla Suprema Corte preferito alla violazione di legge quale motivo di annullamento della decisione impugnata, ovviamente per entrambi i motivi di ricorso. In particolare, tale tendenza sarebbe indice della volontà – politica – della Corte di legittimità di non prendere, su una questione giuridica “calda”, una posizione netta e inversa rispetto a quella consolidatasi fino

---

*La motivation des arrêts*, cit. p. 53 s.; TASCHER M., *Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation*, Besançon, 2011.

Più in generale e sulla tematica del ruolo della giurisprudenza quale fonte del diritto si vedano AUBERT J.L., *De quelques risques d'une image troublée de la jurisprudence de la Cour de cassation*, in *Le juge entre deux millénaires*, in *Mélanges offert à P. Draï*, Paris, 2000; DUPEYROUX O., *La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit*, in: *Mélanges Marty*, Univ. Sc. Soc. Toulouse, 1978, p. 463 et s.; ID., *La jurisprudence source abusive du droit*, in: *Mélanges Maury*, t. II, p. 349 s.; HEBRAUD P., *Le juge et la jurisprudence*, in *Mélanges P. Couzinet*, 1974, p. 365 s.

<sup>19</sup> FERRAND F., *op. loc. cit.* Ma si vedano anche ANCEL J.-P., *L'élaboration de la norme et le contrôle de la Cour de cassation*, in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit* Nicolas Molfessis (dir), Paris, 2004, p. 94 s.; ID., *Le manque de base légale*, in *BICC*, 2010, avril, n° 719; BLONDEL PH., *Le manque de base légale*, cit., p. 90 s.; CANIVET G., MOLFESSIS N., *La politique jurisprudentielle*, in *La création du droit jurisprudentiel*, *Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Paris, 2007, p. 79 e ss., spec. p. 87 e s.; FOUSSARD D., *Le manque de base légale*, in *BICC*, 2010, avril, n° 719; ID., *Manque de base légale et création de la règle*, publié dans *La Cour de Cassation et l'élaboration du droit*, Paris, 2004, p. 69 s.; MUIR WATT H., *La motivation des arrêts de la cour de cassation*, cit.

a quel momento, ma di accordare – a sé e al mondo degli operatori del diritto - un “tempo di riflessione”<sup>20</sup> funzionale alla “metabolizzazione” di un *revirement de jurisprudence* sul punto. Tempo di riflessione ottenibile attraverso una cassazione per *défaut de base légale*, che come visto è pur sempre idonea a veicolare un messaggio giuridico<sup>21</sup> e - con particolare riguardo alla problematica in esame - è suscettibile di introdurre e cominciare ad estrapolare dal testo della legge l'interpretazione normativa sottesa al futuro mutamento di giurisprudenza.

Si è visto infatti che il difetto di base legale non determina una violazione della disposizione di legge *sous le visa* della quale viene comunque cassata la decisione impugnata, ma determina solo un'insufficienza quantitativa dei motivi di fatto atti a giustificare l'applicazione di una certa disposizione legislativa al caso di specie<sup>22</sup>. A ben vedere, però, la Suprema Corte, censurando la mancata corrispondenza tra elementi di fatto accertati dal giudice ed elementi costitutivi necessari per l'applicazione di quella regola di diritto al caso di specie, oltre a lamentare l'impossibilità di verificare la correttezza – legale – della decisione, individua e specifica gli elementi empirici sussumibili negli elementi astratti della fattispecie, con un risultato che presuppone a monte l'individuazione e la specificazione del significato giuridico dei predetti elementi legali della fattispecie. Di qui, la funzione normativa del difetto di base legale cui si accompagna la capacità di veicolare un messaggio giuridico al giudice del rinvio e ciò indipendentemente dal fatto che l'esegesi della norma così veicolata sia aderente o meno all'indirizzo di legittimità sul punto consolidatosi.

La Corte di cassazione francese annulla quindi per difetto di base legale *sous le visa* della norma applicata dal giudice di merito al caso di specie e veicola un messaggio giuridico sia quando conferma un suo precedente orientamento sia

---

<sup>20</sup> LE BARS TH., *Le défaut de base légale*, cit., p. 221.

<sup>21</sup> Sulla funzione normativa del difetto di base legale cfr. ANCEL J.-P., *Le manque de base légale*, cit.; BLONDEL PH., *Le manque de base légale*, p. 90 s.; FOUSSARD D., *Le manque de base légale*, cit.; ID., *Manque de base légale et création de la règle*, publié dans *La Cour de Cassation et l'élaboration du droit*, Paris, 2004, p. 69 s.

<sup>22</sup> Sulla nozione di *défaut de base légale*, per tutti, cfr. BLONDEL P., *op. loc. cit.*; BORÉ J, BORÉ L., *La cassation en matière civile*, cit., 432 ss.; CADIET L., JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, Paris, 7. ed.; CHARTIER Y., *La Cour de Cassation*, Paris, 1999, p. 61 ss.; CREPON T., *Du pourvoi en cassation en matière civile*, Paris, 1892, t. III, p. 47 ss.; FAYE E., *La Cour de cassation*, Paris, 1903, 119 s. et 121 ss.; FERRAND F., *Cassation française et Révision allemande*, Paris, 1990, p. 160, spec. p. 166 s.; LE BARS TH., *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris, 1997.



quando si discosta da un suo consolidato orientamento per suggerire una diversa interpretazione della norma.

Ecco, quindi, che in tale ultima ipotesi l'annullamento per difetto di base legale di una decisione che aveva fatto applicazione di un consolidato indirizzo di legittimità annuncia un mutamento di giurisprudenza sulla questione giuridica posta all'attenzione della Corte regolatrice, suggerendo la futura soluzione interpretativa al giudice del rinvio<sup>23</sup>.

Ciò premesso e atteso che, come visto, tale tecnica è stata effettivamente adottata dalla Suprema Corte con riguardo alla questione dell'applicabilità d'ufficio della legge francese di diritto internazionale privato<sup>24</sup> e che non si tratta di un'applicazione isolata, ci si propone di analizzare le varie fattispecie in cui il difetto di base legale è stato utilizzato quale strumento di politica giurisprudenziale al fine di inferire i criteri caratterizzanti l'uso di tale tecnica e di individuare gli indici attraverso cui sia possibile individuare e anticipare l'avvento di un mutamento di giurisprudenza. Di tal guisa, il difetto di base legale consentirebbe peraltro ai consociati di prevedere l'evoluzione del diritto sostanziale, arginando le incertezze che solitamente contraddistinguono i *revirements de jurisprudence* e accrescendo l'effettività del principio della certezza del diritto.

#### 2.1. *La legge straniera: dalla giurisprudenza Bisbal all'applicazione d'ufficio della legge straniera. Rinvio.*

La prima ipotesi in cui la Corte di cassazione francese ha usato il difetto di base legale per perseguire fini di politica giurisprudenziale è stata quella relativa all'annosa questione dell'applicabilità d'ufficio o meno della legge straniera designata per il tramite della legge di diritto internazionale privato francese<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Sulla c.d. funzione pedagogica delle pronunce di cassazione per difetto di base legale cfr. ANCEL J.-P., *Le manque de base légale*, BICC, 2010, avril, n° 719.

<sup>24</sup> Ferrand F., *Cassation française*, cit., n. 408, p. 314.

<sup>25</sup> In argomento cfr. ANCEL B., *Le controle de l'interprétation de la loi étrangère n'est pas souhaitable*, nota a Cass 17 mai 1989, in RCDIC, 1989, p. 516 e ss.; ANCEL B., LEQUETTE Y., *L'abandon de la jurisprudence Bisbal* (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 octobre 1988), in RCDIP, 1989, p. 278 s.; ANCEL B., MUIR WATT H., *A propos de deux arrêts «de concert»: l'office du juge et la loi étrangère*, in *Le nouveau code de procédure civile* sous la direction de Foyer J. E Puigelier C., Paris, 2004, p. 399 ss.; BATTIFOL H., *Observations à Cour de cassation (Ch. Civ.)* 12

Senza entrare nei dettagli della vicenda giurisprudenziale, già esposta nel primo capitolo, preme in questa sede porre l'accento sul profilo della delicatezza della predetta questione, essendo stato tale profilo causa e ragione dell'uso strumentale del difetto di base legale.

Il consolidato orientamento giurisprudenziale (giurisprudenza Bisbal) riteneva l'inapplicabilità d'ufficio tanto della legge di diritto internazionale quanto soprattutto della legge straniera designata di conseguenza, imponendo pertanto alle parti l'onere di richiedere l'applicazione di tale legge. Tale scelta interpretativa faceva leva sull'argomento secondo cui solo le leggi inderogabili di ordine pubblico potevano essere conosciute ed applicate d'ufficio dal giudice e su quello secondo cui la legge straniera in virtù della sua estraneità all'ordinamento francese non rivestiva il carattere di ordine pubblico.

Tale giustificazione era probabilmente fondata, oltre che su alcune considerazioni sistematiche prive di pregio, su considerazioni relative alle implicazioni politiche discendenti dal riconoscimento dell'applicabilità d'ufficio della legge straniera. Siffatta applicabilità avrebbe infatti comportato non solo l'apertura dell'ordinamento a valori esterni al medesimo, ma soprattutto una "cessione" di sovranità da parte dello Stato francese in favore della legge di un altro Stato. In particolare lo stesso Stato francese per mano dell'organo giurisdizionale avrebbe riconosciuto la prevalenza del potere legislativo di un altro Stato e il dovere, del giudice francese, di applicare un atto espressione di tale potere straniero.

Ora, negli anni sessanta un simile risultato sarebbe stato inaccettabile anche in ragione dell'intima connessione tra sovranità e giurisdizione e sovranità e potere legislativo.

---

*mai 1959*, in RCDIP, 1960, p. 62 s. ; ID., *Observations à Cour de cassation (Ch. Civ.) 19 mai 1958*, ivi, 1958, p. 701 s. ; ID., *Observations à Cour de cassation (Ch. Civ.) 2 mars 1960*, ivi, 1960, p. 67 s. ; ID., *Observations à Cour de cassation (Ch. Civ.) 21 juin 1982*, ivi, 1983, p. 70 s. ; COURBE P., *Observation à Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.) 10 octobre 1978*, in RCDIP, 1979, p.776 s. ; GAUTIER P.-Y., nota a Cass. 8 nov. 1988 e Cass. 23 nov. 1988, ivi, 1989, P. 377 ; LAGARDE P., *Observation à Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.) 21 novembre 1961*, ivi, 1962, p. 330 s.; ID., *Observation à Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.) 24 janvier 1984*, ivi, 1985, p. 89 s. ; LEQUETTE Y., *L'abandon de la jurisprudence Bisbal* (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 octobre 1988), ivi, 1989, p. 278 s.; MOTULSKY H., *L'office du juge et la loi étrangère*, in *Mélanges Maury*, 1955, tome 1, p. 22 s. ; ID., *Observation à Cass. Civ., 1<sup>re</sup>, 12 mai 1959, Bisbal c. Bisbal*, in JCP, 1960, II, p. 11734 ; ID., *L'office du juge et la loi étrangère*, in *Ecrits III, Etudes et notes de droit international privé*, Paris, 1978, p. 87.

Con la nascita ed il progressivo sviluppo della Comunità economica europea, dell'Euratom, della Ceca e dell'attività legislativa connessa a tali organizzazioni, si è cominciato a sgretolare il monopolio della sovranità nazionale con riguardo tanto al potere legislativo quanto al potere giurisdizionale. Come noto, infatti, i regolamenti della Comunità europea sono direttamente applicabili negli Stati membri, con la conseguenza che nelle materie di competenza della Comunità europea la sovranità statale subisce una consistente limitazione. Egualmente, i giudici sono tenuti ad applicare la normativa europea e a disapplicare quella interna previgente o disciplinata dal legislatore in spregio alla ripartizione delle competenze legislative proprie della CEE (ora UE). Si cominciano pertanto a delineare con maggiore frequenza casi in cui i giudici debbano applicare – d'ufficio – una normativa di fonte c.d. esterna e si comincia anche ad accettare più di buon grado l'idea di una cessione di sovranità dello Stato verso un ente diverso e, nel caso della comunità europea, sovraordinato al potere Statale.

Nonostante la circostanza dell'applicazione da parte del giudice francese di un diritto non proveniente dal legislatore francese fosse stata accettata con riguardo alla normativa europea, ben diverso era il caso della legge straniera richiamata dalle norme di diritto internazionale privato di cui le parti non avevano chiesto espressamente l'applicazione. E ciò in ragione dell'estraneità dell'ente sovrano di provenienza della normativa da applicare dal giudice francese.

Ben si comprende pertanto che la Suprema Corte francese agli inizi della seconda metà degli anni ottanta, resasi conto della confusione e della sovrapposizione tra concetto di norme di ordine pubblico e concetto di norme di diritto francesi (nei casi di specie oggetto di Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 25 nov. 1986, n° 85-10.524, e Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 11 ottobre 1988, n° 87-11.198, gli artt. 311-14 e 311-16 c.c.) richiamanti la legge straniera ma comunque applicabili in virtù dell'art. 12 CPC, abbia preferito in un primo momento veicolare la nuova interpretazione attraverso una pronuncia di annullamento per difetto di base legale che attraverso una repentina cassazione per violazione di legge. Vagliato il campo e preparata la comunità giuridica al mutamento di giurisprudenza, Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 11 ottobre 1988, n° 87-11.198 e Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 18 oct. 1988, n° 86-16.631, hanno inaugurato il nuovo indirizzo giurisprudenziale.

## 2.2. *Garanzia dei vices cachés e difetto di conformità della cosa venduta.*

Suscita particolare attenzione la vicenda giurisprudenziale che ha visto la prima sezione civile e la sezione commerciale, da una parte, e la terza sezione civile, dall'altra parte, assumere posizioni agli antipodi in materia di azione di garanzia per i vizi occulti di cui alla precedente versione dell'art. 1648 CC<sup>26</sup> e azione di responsabilità contrattuale per violazione dell'obbligo di consegnare una cosa conforma alla destinazione naturale.

In proposito, occorre premettere che già dalla metà degli anni ottanta, nell'*affaire* Moto Guzzi, la prima sezione della Corte di cassazione propose una soluzione giuridica innovativa al problema relativo all'impossibilità per le parti di far valere i vizi della cosa venduta con l'azione di garanzia una volta scaduto il breve termine di cui all'art. 1648 CC nella sua vecchia formulazione<sup>27</sup>.

Nel caso di specie, il signor G all'inizio del giugno del 1972 aveva acquistato dal signor K una motocicletta della marca Moto Guzzi e diciotto giorni dopo aveva avuto un incidente a causa del blocco della ruota posteriore della moto, bloccaggio a sua volta dovuto, ad avviso del perito, all'assenza di lubrificazione derivante da un difetto di costruzione. I giudici di merito, aditi dal signor G. per la richiesta di risarcimento danni, avevano tuttavia rigettato la domanda dell'attore, facendo leva sulla circostanza del decorso del breve termine di cui alla precedente versione dell'art. 1648 CC entro cui proporre l'azione di garanzia. L'attore proponeva quindi ricorso per cassazione avverso la sentenza della corte di appello censurando, sotto diversi profili, il mancato rispetto dell'art. 1603 CC<sup>28</sup>, che disciplina l'obbligo di consegna della cosa del venditore.

La sezione prima, constatato l'effettivo decorso del termine per la proposizione dell'azione di garanzia, dichiara tuttavia che la corte territoriale, non avendo cercato se il vizio di costruzione non integrasse "per caso" una violazione

---

<sup>26</sup> Così stabiliva la precedente versione dell'art. 1648 CC: «*l'action résultante des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires, et l'usage du lieu où la vente a été faite*».

Ora l'art. 1648 CC stabilisce che «*L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice.*

*Dans le cas prévu par l'article 1642-1, l'action doit être introduite, à peine de forclusion, dans l'année qui suit la date à laquelle le vendeur peut être déchargé des vices ou des défauts de conformité apparents*».

<sup>27</sup> Cass. 5 nov. 1985, n° 83-12.621, in Bull. Civ., I, 1985, n° 287.

<sup>28</sup> Art. 1603 CC: *Il a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend.*

del costruttore-venditore all'obbligo di consegnare una cosa conforme all'uso al quale è destinata, ha privato la decisione della base legale. Viene di tal guisa suggerita una scelta interpretativa volta a tutelare la posizione del compratore e a rendere effettivi i rimedi ad esso concessi dall'ordinamento per far fronte ai vizi della cosa venduta. La riconduzione del difetto di conformità nell'alveo delle violazioni dell'obbligo di consegna del venditore e l'esclusione della ricorrenza, nel caso di specie, di un vizio occulto da far valere attraverso nel breve termine di cui all'art. 1648 CC sono quindi affermati attraverso l'annullamento della decisione per difetto di base legale.

In proposito, è peraltro interessante osservare che a ben guardare il non aver preso in considerazione la possibilità che il vizio di costruzione derivasse dalla violazione dell'obbligo di consegna, oltre ad evocare l'elaborazione sattiana intorno al giudizio di fatto quale opzione tra due possibili che il giudice di legittimità controlla nell'effettiva sussistenza dell'*iter* dell'opzione e non nel merito della scelta la quale è al contrario rimessa insindacabilmente alla discrezionalità del giudice di merito<sup>29</sup>, deriva da una violazione di legge a monte. In particolare, il difetto di base legale è conseguenza dell'erronea interpretazione dell'art. 1603 CC, non avendo la corte d'appello incluso nell'alveo dell'obbligo di consegna anche l'obbligo di consegnare una cosa conforme all'uso al quale è destinata.

Ne deriva quindi che la scelta di annullare la sentenza per difetto di base legale e non anche per violazione di legge e la circostanza della dipendenza del difetto di base legale da un'erronea interpretazione della legge a monte sono in realtà indici della volontà della Suprema Corte di non prendere una posizione netta in merito a tale questione di diritto e di posticipare pertanto il mutamento di giurisprudenza sul punto.

Siffatta riflessione è peraltro avvalorata dalla circostanza per cui solo un anno dopo Cass. 5 nov. 1985, n° 83-12.621, la corte di legittimità ha assunto in tale materia una posizione più netta. Difatti, l'*Assemblée Plénière* nel 1986 in un caso in cui negli immobili costruiti con i mattoni forniti dalla società PCA erano apparse delle fessure, ha rigettato il ricorso proposto dalla predetta società avverso la decisione di merito che aveva riconosciuto in capo al costruttore dell'opera e al sub-acquirente l'ammissibilità dell'azione contrattuale diretta contro il fabbricante

---

<sup>29</sup> SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. II, 2, Padova 1962, p. 208 ss.

del materiale venduto (la società PCA), non avendo quest'ultimo rispettato l'obbligo di consegnare una cosa conforme all'uso alla quale era destinata<sup>30</sup>.

Ecco, quindi, che la Suprema Corte, lasciato passare un tempo c.d. di riflessione, prende posizione sulla questione della possibilità di far valere i vizi della cosa venduta attraverso l'azione di responsabilità contrattuale per difetto di conformità e non anche attraverso l'azione di garanzia e quindi oltre la scadenza del breve termine di cui all'art. 1648 CC.

Peraltro è interessante notare che la scelta presa dall'Assemblée Plénière, sebbene fosse chiara nel senso di avallare l'interpretazione innovativa propugnata dalla sezione prima e nonostante il fatto che tale scelta fosse stata confermata tanta dalla sezione prima in una pronuncia del 1989<sup>31</sup> e in una del 1991<sup>32</sup> quanto da una sentenza della sezione commerciale del 1991<sup>33</sup>, non fu accettata all'unanimità da tutte le sezioni della Suprema Corte.

Se, infatti, la prima sezione civile in un caso in cui era stato venduto un trattore con un difetto di potenza ha cassato la sentenza di appello che aveva dichiarato irricevibile la domanda di risarcimento danni del compratore proposta oltre il termine di cui all'art. 1648 CC riconoscendo quindi in capo a quest'ultimo la possibilità di far valere la violazione dell'obbligo di consegna di cosa conforme con l'azione di responsabilità contrattuale<sup>34</sup>, la sezione terza in un caso analogo ha negato che il vizio delle piastrelle acquistate da Alfa potesse essere fatto valere oltre il suddetto termine e ha affermato che la decisione di appello che aveva dichiarato l'irricevibilità dell'azione del compratore aveva correttamente giustificato la propria decisione<sup>35</sup>. La *troisième chambre civile* oppone quindi resistenza all'evoluzione giurisprudenziale in materia di difetto di conformità, distinguendo nettamente tra qualità della cosa e vizio di fabbricazione della cosa venduta<sup>36</sup>.

---

<sup>30</sup> Così, Cass. Ass. Pl. 7 février 1986, 83-14.631, in *Bull. Civ.*, 1986, n° 1.

<sup>31</sup> Cass. 1re, 13 décembre 1989, n 87-14.360, in *Bull. Civ.*, 1989, n. 393.

<sup>32</sup> Cass 1re civ., 29 janvier 1991, in *JCP G*, 1992, n. 21935, con nota di GINESTET.

<sup>33</sup> Il riferimento è a Cass. com, 22 mai 1991, in *Bull. Civ.*, IV, n° 176

<sup>34</sup> Cass 1re civ., 29 janvier 1991, cit.

<sup>35</sup> Cass. 3ème civ., 27 mars 1991, in *JCP G*, 1992, n. 21935, con nota di GINESTET.

<sup>36</sup> Così GINESTET, op. loc. cit.

Di là dalle questioni relative all'opportunità sistematica di sovrapporre la nozione di *vices cachés* e quella di difetto di conformità, si osserva che il contrasto giurisprudenziale alimentato dalla terza sezione civile rappresenta un esempio eloquente dell'utilizzo strumentale del difetto di base legale quale strumento di politica giurisprudenziale.

Infatti a seguito di tale contrasto di giurisprudenza, la *première chambre civile* ha in un primo momento dato seguito al proprio orientamento e, facendo leva sull'*obligation de sécurité* che peserebbe in capo al venditore imponendogli di consegnare prodotti esenti da vizi e conformi alla destinazione alla quale sono destinati, ha affermato che l'azione di responsabilità contrattuale volta a far valere il difetto di conformità non è *soumise au bref délai imparti par l'art. 1648 du Code civil*<sup>37</sup>.

Tuttavia, Cass. 1re civ., 10 mars 1993, rivede il predetto orientamento della stessa sezione prima laddove afferma timidamente che i giudici di merito sono legati alle deduzioni delle parti e che pertanto non possono modificare l'oggetto della lite, trasformando un'azione di garanzia in un'azione di responsabilità contrattuale per difetto di conformità. Ciò che rileva ai fini della presente ricerca è che tale pronuncia non è rimasta isolata, ma al contrario nella scia tracciata dal predetto arresto si sono inserite Cass. 1re civ., 5 mai 1993, n. 90-18331<sup>38</sup>, e Cass. 1re civ., 27 octobre 1993, n° 91-21.416<sup>39</sup>, che rispettivamente affermano che non ha privato di base legale la propria decisione la corte di appello che ha dichiarato irricevibile l'azione proposta dagli acquirenti di una cosa viziata oltre il termine di cui all'art. 1648 CC e che non ha violato la legge la corte di appello che ammette quale unica azione avverso il venditore di una cosa viziata l'azione di garanzia di cui all'art. 1648 CC. In particolare, l'arresto autunnale afferma la regola per cui i vizi occulti, i quali rendono la cosa impropria alla destinazione normale, non sono idonei a fondare un'azione di responsabilità contrattuale, ma possono esclusivamente essere posti a fondamento di un'azione di garanzia *ex art. 1648 CC*.

---

<sup>37</sup> Cass 1re, 11 juin 1991, n.° 89-12748.

<sup>38</sup> Cass. 1re civ., 5 mai 1993, n. 90-18331, in *Bull. Civ.*, 1993, I, n. 158, p. 109 e s.

<sup>39</sup> Cass. 1re civ., 27 octobre 1993, n° 91-21.416, in *Bull. Civ.*, 1993, I, n. 305, p. 210 e s.

Orbene, si tratta di un vero e proprio *revirement de jurisprudence* che, oltre a porre fine al contrasto giurisprudenziale sorto tra prima sezione civile e sezione commerciale da una parte e terza sezione civile dall'altra in relazione alla materia dei rapporti tra vizi occulti e difetto di conformità, rappresenta un esempio di uso politico del difetto di base legale e ciò indipendentemente dal fatto che tale mutamento di giurisprudenza e la sua anticipazione siano avvenute per mano di due sentenze di rigetto<sup>40</sup>. Si è visto infatti che la *première chambre civile* prima di affermare il proprio innovativo orientamento (Cass. 1re civ., 27 octobre 1993, n° 91-21.416), ha preferito suggerire la soluzione interpretativa affermando che i giudici di merito avevano dato giustificazione legale della decisione laddove avevano dichiarato irricevibile l'azione proposta oltre il termine di cui all'art. 1648 CC (Cass. 1re civ., 10 mars 1993; Cass. 1re civ., 5 mai 1993, n. 90-18331).

### 2.3. *La clausola limitativa della garanzia dei vizi nei rapporti tra professionisti della medesima specialità.*

Altro campo fertile per l'adozione della tecnica dell'uso politico del difetto di base legale è quello dei rapporti contrattuali tra professionisti con particolare riferimento alla valida esperibilità della clausola limitativa della garanzia dei vizi – occulti – della cosa venduta quando venditore e compratore siano specializzati nella medesima attività professionale.

L'art. 1643 CC francese, in materia di garanzia per i vizi della cosa venduta, stabilisce che il venditore «*est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie*». A norma della predetta disposizione legislativa, il venditore risponde dei vizi occulti della cosa venduta a meno che le parti non abbiano sul punto escluso l'operatività della

---

<sup>40</sup> Sulla portata normativa delle sentenze di rigetto cfr. infra § 3.2. In dottrina cfr. AA.VV., *Interprétation et portée des arrêts de la Cour de cassation en matière civile*, in *BICC*, 2007, n° 661, p. 6 ss.; BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, cit., n° 124 ss., p. 698 e ss.; FOSSEREAU J., *L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation (en matière civile)*, in *BICC*, octobre 1987, p. 3; FRANK E.E., *L'élaboration des décisions*, cit.; LINDON R., *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*, cit.; PERDRIAU A., *La pratique des arrêts civils de la cour de cassation. Principes et méthode de rédaction*, Paris, 1993, p. 17 ss.; ID., *La portée doctrinale des arrêts*, cit.; p. 698 e ss., *Visa*, «*chapeaux*», cit.; ID., *Le pragmatisme*, cit.; ID., *Les avertissements donnés par la Cour de cassation*, in *JCP G*, 1998, I, n° 188; VOULET J., *L'étendue de la cassation en matière civile*, *JCP*, 1977, I, n° 2877; VOULET J., *L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation*, *JCP*, 1970, n° 2305; WEBER J.-F., *Comprendre un arrêt de la Cour de cassation*, in *BICC*, 2009, mai, n° 702, p. 6 ss.



garanzia. Tuttavia, dalla lettura della norma emerge che presupposto per l'applicazione della medesima, con riguardo all'operatività della clausola limitativa della garanzia, è la natura occulta e non palese del vizio, essendo pertanto necessario accertare tanto la sua mancata conoscenza da parte del venditore quanto la sua inconoscibilità da parte del compratore. Ne deriva, quindi, che la conoscenza del vizio da parte del venditore e la sua "facile" percepibilità da parte del compratore escludono l'operatività della clausola limitativa della garanzia.

Ebbene, la sezione commerciale della Corte di cassazione francese, nel 1993, in un caso in cui il proprietario di una stazione di servizio aveva acquistato un serbatoio per la benzina dalla società Total, la quale si era invero premurata di avvertire il compratore dell'anno di produzione del serbatoio data la vetustà del medesimo, ha cassato per difetto di base legale la decisione impugnata che aveva rigettato la domanda di risarcimento del compratore e riconosciuto l'operatività della clausola limitativa della garanzia a motivo del fatto che il compratore, esercitando l'attività da molti anni, avrebbe dovuto conoscere i rischi connessi al deterioramento dei materiali usati per la costruzione del serbatoio. In particolare, secondo i massimi giudici, la Corte di appello *«en se déterminant ainsi, sans relever que l'acheteur était un professionnel de la même spécialité que le vendeur et qui par conséquent pouvait déceler, lors de la livraison, non pas " les risques de détérioration " dus à l'âge des cuves, mais, les vices cachés de la chose vendue, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision»*<sup>41</sup>.

Non è quindi la possibilità che il compratore professionista della stessa attività propria del venditore conosca i rischi connessi al deterioramento dei materiali acquistati che consente l'operatività della clausola limitativa della garanzia per i vizi nascosti, ma la circostanza per cui un compratore professionista della stessa professione del venditore può e deve riconoscere i vizi, anche nascosti, della cosa venduta.

Breve è allora il passo da compiere per affermare il principio secondo cui nei rapporti tra professionisti della medesima attività professionale la clausola limitativa della garanzia di cui all'art. 1643 CC non opera e ciò in quanto stabilire che il compratore professionista della medesima attività del venditore deve poter riconoscere i vizi nascosti significa di fatto escludere l'inconoscibilità di tali vizi.

---

<sup>41</sup> Cass. com., 22 juin 1993, n° 91-13.598.

L'esclusione dell'impossibilità di percepire il vizio determina peraltro il venir meno di uno degli elementi costitutivi previsti dalla fattispecie legale astratta dell'art. 1643 CC, con la conseguente inoperatività e invocabilità della clausola limitativa della garanzia dei vizi nei rapporti tra professionisti esercitanti identica attività professionale.

Ebbene, tale passo è stato compiuto da Cass. com., 3 fév. 1998, n° 95-18.602, che in un caso di vendita a catena di un veicolo difettoso ha cassato per violazione di legge la pronuncia dei giudici di appello che avevano escluso l'operatività della clausola limitativa della garanzia sulla base della considerazione che il venditore X chiamato in garanzia dal venditore Y – anch'egli meccanico professionista – avendo effettuato alcune riparazioni sul veicolo che aveva venduto a Y, ne conosceva i vizi<sup>42</sup>.

Ecco quindi che la Corte di cassazione esplicita e precisa con vigore il principio latentemente suggerito dalla sua precedente decisione di legittimità, rimproverando i giudici di merito per non dato rilievo alla circostanza che X e Y erano due meccanici professionisti, e ciò sempre attraverso l'uso politico del difetto di base legale.

#### 2.4. *La nozione di affectio societatis.*

Degno di menzione è anche l'innovativo orientamento di Cass. com., 10 février 1998, n° 95-21.906<sup>43</sup>, in materia di *affectio societatis*.

Come noto, ai fini della valida costituzione di una società devono concorrere due requisiti, uno oggettivo e uno soggettivo: il primo concerne il

---

<sup>42</sup> Si riporta il testo della pronuncia di cassazione citata: «Vu l'article 1643 du Code civil ;  
*Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Y..., garagiste, a vendu un véhicule d'occasion à la société Val Agri ; que ce véhicule étant tombé en panne en raison de graves désordres affectant la boîte de vitesses, la société Val Agri a demandé la réparation de ses préjudices à M. Y... ; que celui-ci a appelé en garantie, son propre vendeur, M. X..., également garagiste professionnel ; que ce dernier a invoqué la clause d'exclusion de garantie du contrat ;*  
*Attendu que pour écarter cette clause et condamner M. X... à garantir M. Y... des condamnations mises à sa charge, l'arrêt retient qu'il est établi que M. X... qui avait effectué des réparations sur le véhicule litigieux en connaissait les vices ;*  
*Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle relevait que M. X... et M. Y... étaient des professionnels de la même spécialité, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».*

<sup>43</sup> Cass. com., 10 février 1998, n° 95-21.906, in *Bull. joly soc.*, 1998, 767 e ss., con nota di DAIGRE J.-J., *L'affectio societatis consiste dans la volonté de s'associer, qui ne se confond pas avec les motifs et les motivations des parties.*

conferimento in comune di beni o dell'azienda, il secondo l'intenzione di «*partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter*».

Per quanto concerne la ricorrenza del requisito soggettivo, ossia dell'*affectio societatis*, la giurisprudenza di legittimità era contraddistinta da un alto tasso di imprecisione interpretativa, non essendo agevole individuare e caratterizzare le motivazioni soggettive delle parti atte ad integrare il predetto requisito. E ciò in quanto i massimi giudici identificavano la *volonté de s'associer* con le motivazioni – personali – delle parti, con la conseguenza che ai fini della dimostrazione della sussistenza del requisito soggettivo era necessario indagare il foro interno dei sedicenti associati.

Di là dalle difficoltà derivanti dall'effettiva possibilità di accertare, da un lato, e di provare, dall'altro lato, l'esistenza o l'inesistenza delle motivazioni sottese alla reale volontà di creare una società, appare evidente che il maggior inconveniente di siffatta soluzione giuridica derivava dalla vaghezza del predetto criterio e dalla conseguente scarsa prevedibilità delle decisioni.

Ebbene, in un caso in cui due società avevano a loro volta costituito una società al fine di concludere contratti di locazione e gestione commerciale, la Corte di cassazione ha cassato per difetto di base legale la decisione impugnata che aveva escluso la sussistenza del requisito dell'*affectio societatis*, facendo leva sulla circostanza secondo cui i motivi per cui le società avevano costituito la società *de qua* erano relativi alla volontà di mantenere il controllo della fetta di mercato delle locazioni, per la società che aveva conferito gli immobili in società, e alla volontà di accedere al predetto mercato, per quanto concerne l'altro associato. La discordanza delle motivazioni degli associati e l'assenza di una reale volontà di associarsi avrebbe determinato, quindi, ad avviso dei giudici di merito, l'assenza del requisito soggettivo di cui all'art. 1382 c.c., con la conseguente nullità del contratto di società.

La Suprema Corte, come accennato, non ha accolto la ricostruzione interpretativa offerta dalla corte territoriale e, discostatasi dal suo precedente orientamento in materia di *affectio societatis*, afferma l'inidoneità del riferimento alle motivazioni soggettive delle parti ad escludere l'esistenza della reale volontà di associarsi. Di tal guisa, per la prima volta, i massimi giudici distinguono tra motivazioni – interne – delle parti e *volonté de s'associer* e accolgono una nozione oggettiva dell'*affectio societatis*.

Ai fini della presente ricerca, è interessante osservare che, successivamente a tale pronuncia, la Corte di legittimità al fine di escludere o ritenere sussistente il predetto requisito non ha più verificato l'effettivo svolgimento da parte dei giudici di merito di un'indagine del foro interno delle parti, ma ha richiesto l'accertamento dei dati oggettivi idonei a dimostrare la sussistenza o meno della volontà di condividere i benefici e le perdite derivanti dall'esercizio comune dell'attività d'impresa<sup>44</sup>. Si può pertanto affermare che dall'applicazione in concreto della regola della nozione oggettiva dell'*affectio societatis* deriva anche il definitivo abbandono della giurisprudenza precedente.

## 2.5. Le fait de la chose inerte.

Con le pronunce Cass. 2e civ., 24 févr. 2005, n° 03-13.536, e Cass. 2e civ., 24 févr. 2005, n° 03-18.135, la Corte di cassazione francese torna sulla questione relativa alla responsabilità per i danni provocati da cose in custodia di cui all'art. 1384, comma 1°, CC francese<sup>45</sup> e risolve il contrasto giurisprudenziale concernente i presupposti per la configurabilità della responsabilità *ex art.* 1384

---

<sup>44</sup> Per esempio Cass. com., 8 février 2000, n. 97-19283, nella parte in cui afferma che « *Mais attendu que l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés que n'est démontrée ni une volonté de s'associer, ni une volonté de réaliser un partage des bénéfices et que les relations entre les parties n'ont pas eu pour finalité de réaliser des économies ou de partager des bénéfices ou des pertes, mais d'organiser au mieux l'exercice indépendant de leur profession ; qu'en l'état de ces constatations et énonciations, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise, a légalement justifié sa décision ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé.* ».

<sup>45</sup> Si riporta il testo dell'art. 1384 CC: «*On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.*

*Toutefois, celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable. Cette disposition ne s'applique pas aux rapports entre propriétaires et locataires, qui demeurent régis par les articles 1733 et 1734 du code civil.*

*Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux.*

*Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ;*

*Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.*

*La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.*

*En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur, à l'instance ».*

CC. In particolare, la Suprema Corte consacra l'esigenza del carattere anormale della cosa inerte ai fini della configurabilità della responsabilità del custode, escludendo di tal fatta l'esigenza di *une intervention matérielle de la chose inerte* che, al contrario, era stata affermata dalla giurisprudenza precedente.

Peraltro, la seconda delle predette sentenze sembra anche richiedere, ai fini dell'esonero dalla responsabilità per i danni provocati dalle cose in custodia, la ricorrenza di un utilizzo anormale della cosa.

La fattispecie oggetto del primo arresto citato si inserisce nella serie di sentenze emesse in materia di urti contro pareti vetrate. Nella specie, si trattava di una porta finestra a vetri scorrevoli posta all'interno di un appartamento e dante accesso ad una terrazza. La signora X, dirigendosi dall'interno verso la terrazza dell'appartamento, aveva urtato contro la porta finestra a vetri e, essendosi ferita, aveva chiesto il risarcimento danni *ex art. 1384 CC*. Tale causa veniva decisa in primo grado con una sentenza con la quale il tribunale negava il riconoscimento della pretesa attrice. La corte di appello, adita in secondo grado, dopo aver rilevato che la vetrata non era in posizione anormale e che l'urto era dovuto esclusivamente alla disattenzione della danneggiata, negava il risarcimento del danno signora X, non avendo avuto la vetrata alcun ruolo attivo nella causazione del danno.

La sentenza d'appello veniva impugnata dalla signora X che lamentava la violazione dell'art. 1384 CC.

Ebbene, la sezione seconda della Corte di cassazione, rilevato che dalle constatazioni di fatto contenute nella sentenza impugnata risultava che «*la porte vitrée, qui s'était brisée, était fragile*» e rilevato che in conseguenza della predetta fragilità della cosa risultava che «*la chose, en raison de son anormalité, avait été l'instrument du dommage*», ha cassato la decisione impugnata per violazione dell'art. 1384 CC.

La seconda delle decisioni sopra menzionate concerneva, invece, un incidente verificatosi su un trampolino installato da una società sportiva sul bordo di uno stagno al fine di permettere ai ciclisti di saltare nello stagno con le biciclette VTT (*vélo tout terrain*). In particolare, il signor Y, mentre si preparava a tuffarsi era scivolato sulla destra del trampolino e si era ferito a causa del basso livello dell'acqua. Il signor Y citava dunque in giudizio la società sportiva, custode del trampolino, per veder riconosciuto il risarcimento dei danni causati a suo avviso

dal trampolino. La decisione impugnata che ha dato origine alla sentenza Cass. 2e civ., 24 févr. 2005, n° 03-18.135, aveva negato il risarcimento danni all'appellante e poi ricorrente in Cassazione a motivo del fatto che il trampolino non era affatto di natura anormale e che peraltro il danneggiato aveva commesso una colpa, avendolo utilizzato come trampolino per tuffi e non come trampolino per salti con le biciclette.

Ebbene, la Corte di cassazione conferma la soluzione ermeneutica offerta dalla Corte di merito e nel rigettare il ricorso stabilisce che, per un verso, *«la présence d'un tel tremplin n'avait rien d'insolite ni d'anormal dans un lieu d'animation sportive, qu'il ne présentait lui-même aucun caractère de dangerosité»* e, per altro verso, il signor Y *«qui connaissait parfaitement les lieux et savait qu'il n'existait aucune profondeur au droit du tremplin, a détourné sciemment l'usage du tremplin qui ne présentait aucun risque dans le cadre de son utilisation normale»*.

Cass. 2e civ., 24 févr. 2005, n° 03-13.536, e Cass. 2e civ., 24 févr. 2005, n° 03-18.135, consacrano quindi l'esigenza dell'anormalità della cosa ai fini della configurabilità della responsabilità *ex art. 1384* e elevano peraltro l'uso anormale della cosa a elemento idoneo a esonerare parzialmente il custode dalla responsabilità per danno. Ma soprattutto, di tal guisa, i massimi giudici riconoscono la possibilità che causa del danno sia anche la cosa inerte, ossia immobile, rovesciando così quell'orientamento che, al contrario, riteneva configurabile siffatta responsabilità solo in presenza di un ruolo attivo della cosa.

Nella specie, secondo tale orientamento il solo fatto che la cosa fosse in movimento consentiva di presumere la sussistenza del nesso di causalità tra cosa e danno dal contatto della cosa con la persona. Si tratta di una soluzione ermeneutica che fa leva sul dato letterale della norma - che, ai fini della configurabilità della responsabilità del custode, richiede *«le fait de la chose»* - e che quindi avrebbe portato ad escludere che la cosa inerte avesse potuto avere un ruolo attivo nella causazione del danno.

La necessaria ricorrenza del ruolo attivo della cosa aveva pertanto indotto la giurisprudenza ad esigere, nel caso di danni causati da cose inerti, la dimostrazione

tanto della c.d. «*intervention matérielle de la chose*» quanto del suo ruolo attivo, ossia della sua difettosità, pericolosità o della sua posizione anormale<sup>46</sup>.

Ora, sul punto, va rilevato che tale soluzione ermeneutica, oltre ad assimilare indebitamente il posizionamento anormale o pericoloso della cosa con il suo essere o meno in movimento, era frutto di un artificio interpretativo, sicché devono essere accolte con favore le sentenze in esame in questa sede che, hanno in proposito fatto chiarezza precisando che è l'anomalia della cosa inerte e non la sua pericolosità in sé a rilevare ai fini e per gli effetti dell'art. 1384 CC.

La scelta interpretativa sottesa a siffatto *revirement jurisprudentiel* non è tuttavia del tutto innovativa, giacché la stessa era già contenuta in embrione in almeno due pronunce della Suprema Corte: l'una di poco precedente Cass. 2e civ., 24 févr. 2005, n° 03-13.536, e l'altra più risalente Cass. 2e civ., 24 févr. 2005, n° 03-18.135.

Invero, già Cass. civ. 2ème, du 25 novembre 2004, n° 03-11.730, aveva rigettato un ricorso per cassazione che censurava il difetto della motivazione della decisione impugnata con cui i giudici di merito escludevano la responsabilità *ex* 1384 CC, facendo leva sulla circostanza che l'anormalità della cosa non aveva avuto alcun ruolo causale nella causazione nel danno. Nella specie, la Suprema Corte aveva escluso che l'irregolarità del *veinage* del legno di uno scalino di una scala a pioli potesse essere stato causa della caduta e del danno. La scelta dei massimi giudici sottende, quindi, la negazione della naturala anormale della cosa inerte (la scala), ma sottende anche l'affermazione latente della regola per cui ai fini della configurabilità della responsabilità per danni da cose in custodia è necessario che la cosa abbia un carattere anormale e non tanto che la stessa intervenga dinamicamente nella realizzazione del danno.

Peraltro, è interessante notare che Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 fév. 1996, n° 94-12.745, nel rigettare un ricorso per *motifs inopérants*, ha velatamente affermato il principio per cui in assenza di un uso anormale della cosa inerte non è possibile essere esonerati dalla responsabilità *ex* art. 1384 CC.

---

<sup>46</sup> Così TRAIN F.X., *Le fait de la chose inerte, le retour à l'anormal*, in *Lamy Droit civil*, 2005, 20, anche per riferimenti giurisprudenziali tra cui in ordine al citato orientamento cfr. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 janv. 1995, n° 92-20.162, in *Bull. civ.* II, n° 18 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 févr. 1999, n° 97-13.456, in *Bull. civ.* II, n° 29, *Resp. civ. et assur.* 1999, comm. 97 ; voir déjà par exemple, Cass. civ., 19 oct. 1961, n° 59-13.077, in *Bull. civ.* II, n° 675 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 29 mai 1964, n° 62-13.156 (2<sup>e</sup> esp.), in *Bull. civ.* II, n° 428, in *JCP G* 1965, II, n° 14248, note BORÉ J.).

A ben vedere, quindi, i principi affermati con forza dal *revirement* del febbraio del 2005 erano già latenti nella giurisprudenza della Suprema Corte.

Ben può quindi la fattispecie che è stata esaminata rientrare nell'ambito della ricerca e ciò nonostante non ci sia un riferimento espresso al difetto di base legale, ma solo al difetto dei motivi e ai *motifs inopérants*. Nel secondo capitolo, si è osservato che un'ipotesi di vizio di motivazione al confine tra difetto di base legale e difetto di motivi è proprio quella dei *motifs inopérants*, con la conseguenza che almeno per quanto concerne l'affermazione della regola per cui solo l'uso anormale della cosa è idoneo di per sé ad escludere la responsabilità per danno provocato da cose in custodia si può affermare che la Corte di cassazione francese abbia anticipato il *revirement de jurisprudence* attraverso una decisione di rigetto avverso un ricorso per vizio di motivazione. Non è poi idonea ad escludere tale ipotesi dall'ambito della presente ricerca la circostanza che il mutamento di giurisprudenza avvenga per "mano" di una pronuncia di rigetto<sup>47</sup>. Escludere la portata normativa delle pronunce di rigetto della Corte di cassazione significherebbe infatti negare del tutto il rilievo alla decisione di confermare la soluzione offerta dai giudici di merito sia nel caso in cui siffatta soluzione sia conforme all'interpretazione della Suprema Corte sia nel caso in cui tale soluzione sia difforme dalla predetta interpretazione, con un risultato che non pare coerente con la volontà sottesa alla decisione di rigetto di riaffermare l'interpretazione del Supremo Collegio o di discostarsene dando origine a un mutamento di giurisprudenza.

Difatti, quando in un ricorso siano dedotti i vizi di difetto di base legale o di violazione di legge e quando la decisione censurata abbia applicato la legge conformemente alla soluzione esegetica della Suprema Corte, la decisione di

---

<sup>47</sup> Sulla portata normativa delle sentenze di rigetto cfr. infra § 3.2. In dottrina cfr. AA.VV., *Interprétation et portée des arrêts de la Cour de cassation en matière civile*, in *BICC*, 2007, n° 661, p. 6 ss; BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, cit., n° 124 ss., p. 698 e ss.; FOSSEREAU J., *L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation (en matière civile)*, in *BICC*, octobre 1987, p. 3; FRANK E.E., *L'élaboration des décisions*, cit.; LINDON R., *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*, cit.; PERDRIAU A., *La pratique des arrêts civils de la cour de cassation. Principes et méthode de rédaction*, Paris, 1993, p. 17 ss.; ID., *La portée doctrinale des arrêts*, cit.; p. 698 e ss., *Visa*, « chapeaux », cit.; ID., *Le pragmatisme*, cit.; ID., *Les avertissements donnés par la Cour de cassation*, in *JCP G*, 1998, I, n° 188; VOULET J., *L'étendue de la cassation en matière civile*, *JCP*, 1977, I, n° 2877; VOULET J., *L'interprétation des arrêt de la Cour de cassation*, *JCP*, 1970, n° 2305; WEBER J.-F., *Comprendre un arrêt de la Cour de cassation*, in *BICC*, 2009, mai, n° 702, p. 6 ss.



rigetto ben può avere la stessa portata giuridica di una decisione di cassazione che annulli per violazione di legge la decisione di appello che non abbia interpretato la legge conformemente all'esegesi offerta dalla Corte di cassazione.

Analoga regola vale peraltro per il caso in cui i giudici di appello diano una soluzione innovativa ad una questione di diritto e la Suprema Corte ritenga di aderire ad essa rigettando il ricorso che tendeva a censurarla e decidendo così di mutare la propria giurisprudenza. La decisione di rigetto ha invero lo stesso valore giuridico, ossia quello di promuovere un indirizzo interpretativo innovativo, della sentenza di cassazione per violazione di legge che censuri la decisione con cui i giudici di appello si siano uniformati al precedente orientamento esegetico della Corte di cassazione.

## 2.6. Les troubles anormaux de voisinage: *la nécessité di un nesso di causalità diretto.*

Meritevole di attenzione ai fini della ricerca sull'uso politico del difetto di base legale da parte della Corte di cassazione francese è certamente la fattispecie avente ad oggetto la responsabilità per *troubles anormaux de voisinage*.

Con l'arresto Cass. civ. 3ème, 30 juin 1998, n° 96-13.039<sup>48</sup>, la giurisprudenza di legittimità aveva notevolmente ampliato l'ambito di operatività della teoria dei *troubles anormaux de voisinage*, introducendo la nozione di *voisin occasionnel*. Secondo tale impostazione chiunque entrasse, anche occasionalmente, in rapporto con il fondo confinante con quello sul quale si erano ripercosse le immissioni (i.e. *troubles anormaux de voisinage*) veniva ritenuto responsabile delle immissioni medesime e ciò indipendentemente dalla prova della sussistenza o meno del requisito soggettivo. Così, nel caso concreto oggetto della pronuncia citata, l'impresa subappaltante i lavori di costruzione di una scuola era stata ritenuta responsabile per il danno creato da una colata di cemento ai conduttori dell'immobile del fondo contiguo per il solo fatto di aver materialmente compiuto l'ordine impartitogli dall'impresa appaltante.

La capacità espansiva della responsabilità per *troubles anormaux de voisinage* aveva peraltro sollevato notevoli perplessità in seno alla dottrina, potendo - in

---

<sup>48</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 30 juin 1998, n° 96-13.039, Bull. civ. III, n° 144, in *RD imm.*, 1998, p. 647, obs. MALINVAUD PH. et BOUBLI B., in *RTD civ.* 1999, p. 114, obs. JOURDAIN P., Defrénois, 1999, art. 36977, obs. PÉRINET-MARQUET H.

applicazione della predetta teoria - essere ritenuti responsabili di un danno tanto le imprese subappaltanti svolgenti operazioni materiali quanto le imprese svolgenti opera meramente intellettuale.

Tali perplessità sembrano essere state recepite da Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 9 févr. 2011, n°09-71.570 e Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 28 avr. 2011, n° 10-14.516, che hanno posto fine alla teoria del *voisin occasionel*, affermando l'esigenza dell'accertamento della sussistenza di un nesso di causalità diretto tra *troubles de voisinage* e compimento di un'attività idonea a produrre tale danno.

Con la prima delle due decisioni citate, la Suprema Corte ha cassato per difetto di base legale la sentenza di merito che aveva affermato la responsabilità di tutti gli intervenenti in un'operazione di costruzione in ragione del mero fatto del loro intervento e ciò a prescindere dalla circostanza che tali contributi fossero qualificabili come materiali e direttamente causali o intellettuali e non direttamente causali rispetto al danno. In particolare, ad avviso dei giudici di merito *«dès lors que ces intervenants ont participé à quelque titre que ce soit à l'opération de construction de l'immeuble à l'origine des troubles, ils ne sont pas fondés à exciper de leur simple intervention intellectuelle ou ponctuelle sur le chantier pour s'exonérer de leur responsabilité objective en leur qualité de voisin occasionnel»*. Si tratta a ben vedere di un'applicazione della teoria della responsabilità del *voisin occasionnel* per le immissioni che superino la normale soglia della tollerabilità.

Ebbene, la Corte di cassazione, dopo aver rilevato che dai motivi della decisione di merito non risultava che *«les troubles subis étaient en relation de cause directe avec la réalisation des missions d'études de sol, de maîtrise d'œuvre, de contrôle technique (...) et avec l'exécution du lot « pieux forés »*, ha stabilito che *«la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision de ce chef»*.

Viene di tal guisa aperta una breccia alla teoria della responsabilità del *voisin occasionnel* che per più di un decennio aveva informato la prassi giurisprudenziale di merito e di legittimità. Ma di tal fatta la Suprema Corte comincia anche a far emergere la regola latente sottesa al principio per cui nessuno può provocare ad altri illegittime immissioni, censurando la decisione di merito nella cui motivazione non era stata accertata la sussistenza degli elementi di fatto corrispondenti ad uno degli elementi costitutivi della predetta responsabilità: ossia il legame di causalità diretta tra *troubles de voisinage* e compimento dell'opera nel fondo confinante.

Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 9 févr. 2011, n°09-71.570, è poi destinata ad assumere un rilievo ancor più importante se rapportata alla successiva Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 28 avr. 2011, n° 10-14.516, che ribadisce il principio ivi affermato.

Il caso che ha dato origine a tale arresto deriva da una lite sorta tra la società *Avenir immobilier finance* e la società France Telecom a causa della riqualificazione di un immobile sito in Parigi e della costruzione di un parcheggio sotterraneo a quattro livelli nel sottosuolo sottostante il predetto immobile, ordinate entrambe dalla società AIF.

In particolare France Telecom, proprietaria di una galleria vicina all'immobile da restaurare, aveva convenuto in giudizio la società AFI per chiedere l'indennizzo del danno causato dai lavori di restaurazione alla galleria di sua proprietà e corrispettivamente la società AFI si era rivalsa sull'architetto che aveva diretto i lavori, sulla società incaricata degli studi tecnici, su quella responsabile dei controlli tecnici nella loro qualità di *voisin occasionnel* e sulle rispettive società assicuratrici.

La Corte di appello, adita in secondo grado, aveva condannato in solido i predetti soggetti, facendo leva sulla circostanza che avessero tutti assunto il ruolo di *voisins occasionnels* e che il loro contributo aveva comunque influito sulla causazione del danno alla galleria di proprietà della società France Telecom, senza tuttavia distinguere il tipo e le modalità di ciascun contributo.

Diversamente, la Corte di cassazione ha negato l'idoneità della teoria del *voisin occasionnel* a fondare la responsabilità per *troubles anormaux de voisinage*, non sussistendo il nesso di causalità diretto tra danno e contributi dei *voisins occasionnels*. Nella specie, i massimi giudici osservano che «*en statuant ainsi, par des motifs impropres à caractériser l'existence d'une relation de cause directe entre les troubles subis et les missions respectivement confiées aux constructeurs dont elle a retenu la responsabilité, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision de ce chef*».

La terza sezione della Corte Suprema conferma quindi il suo precedente di febbraio e rafforza il messaggio giuridico in essa contenuto.

Si delinea pertanto in modo netto l'intenzione del Supremo Collegio di mutare indirizzo giurisprudenziale in materia di immissioni.

Ebbene l'atteso *revirement de jurisprudence* è intervenuto recentemente in un caso in cui la Corte di cassazione francese ha fatto applicazione della regola secondo cui è necessario accertare il nesso di causalità diretta tra danni e

comportamenti e ciò al fine di poter escludere la responsabilità per danni da cose in custodia del proprietario di un fondo di caccia adiacente alle colture dei fondi adiacenti. Nella specie, il proprietario di tali fondi aveva citato in giudizio l'associazione *Les Fays de Maulnes*, titolare di un diritto di caccia nel fondo adiacente al suo, per veder riconosciuto l'indennizzo dei danni provocati dai volatili riprodottosi in numero eccessivo a causa dell'abbondante quantità di cibo messogli a disposizione dall'associazione *Les Fays de Maulnes*. La decisione impugnata dinanzi la Corte di cassazione aveva condannato la predetta associazione al pagamento dell'indennizzo, ritenendo applicabili alla materia regolata dagli artt. L. 426-1 à L. 426-8 del codice dell'ambiente l'art. 1382 CC e anche il principio in base al quale *nul ne doit causer à autrui un trouble excédant les inconvénients normaux du voisinage*. Ad avviso dei giudici di merito la situazione dannosa, «*liée à l'exercice du droit de chasse par l'association sur les terres voisines de celles de la société, provoque pour celle-ci des inconvénients anormaux de voisinage lui ouvrant droit à une indemnisation correspondant aux dommages subis*». In quest'ordine di idee, quindi, l'associazione *Les Fays* per il sol fatto di essere titolare del diritto di caccia del fondo adiacente a quello danneggiato viene ritenuta responsabile dei danni subiti da tale fondo.

Tale soluzione non è tuttavia condivisa dai massimi giudici secondo i quali «*en statuant ainsi, sans relever une faute de nature à engager la responsabilité de l'association sur le fondement de l'article 1382 du code civil, la cour d'appel a violé les textes susvisés*»<sup>49</sup>. Ne deriva quindi l'esigenza di accertare la colpa dell'associazione nella causazione del danno ed il nesso di causalità tra comportamento colposo dell'associazione (nella specie, l'aver fornito troppo nutrimento ai volatili del fondo di caccia) e danno provocato sul fondo confinante, non potendo la responsabilità *ex art. 1382 CC* essere configurata solo in ragione della posizione di *voisin occasionnel*.

La Corte di cassazione fa, a nostro avviso, applicazione della regola già affermata dalle pronunce del 2011 là dove richiede che tra danni e comportamento colposo sia accertato un nesso di causalità diretta. Sicché ben si può ritenere che Cass, 2ème civ., 11 settembre 2014, n. 13-18136, abbia finalmente operato l'atteso mutamento di giurisprudenza preannunciato dagli

---

<sup>49</sup> [Vu les articles L. 426 -1 et L. 426-4 du code de l'environnement et 1382 du code civil]

arresti di annullamento per difetto di base legale, Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 9 févr. 2011, n°09-71.570, e Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 28 avr. 2011, n° 10-14.516.

## 2.7. Le droit à l'expertise biologique *in materia di status e filiazione*.

Un'altra ipotesi in cui la Corte di cassazione francese ha fatto ricorso ad un uso strumentale del difetto di base legale al fine di affermare un'interpretazione innovativa di una norma di legge può essere ravvisata nella delicata questione relativa al riconoscimento del diritto processuale alla consulenza tecnica biologica in materia di *status*.

In proposito e con particolare riguardo ai limiti entro cui è ammessa la consulenza tecnica, occorre anzitutto rilevare che l'art. 146 CPC<sup>50</sup> stabilisce che *une mesure d'instruction* può essere ammessa per provare un fatto solo qualora la parte che lo abbia allegato non disponga di elementi sufficienti per provarlo e che la predetta misura istruttoria non può mai essere concessa per supplire ad una carenza della parte nell'*administration de la preuve*. La lettera della legge sottopone quindi la concessione della consulenza tecnica a rigorosi limiti e impone alle parti di dimostrare l'insufficienza delle prove già prodotte o ammesse a dimostrare l'esistenza del fatto allegato.

Tuttavia, va osservato che il primo comma dell'art. 146 CPC, laddove ammette che la consulenza tecnica sia concessa in mancanza della possibilità per la parte di provare il fatto allegato con le prove di cui ha la disponibilità, impone al giudice – accertata siffatta situazione di impossibilità - di ammettere la consulenza tecnica, con la conseguenza che la sua negazione comporta la violazione dell'art. 146 CPC.

Tale è stata infatti l'interpretazione suggerita dalla Suprema Corte in un caso in cui l'*expertise biologique* era stata richiesta dal signor Y per veder accertato il fatto che fosse affetto da sindrome di transessualismo e ciò al fine di poter ottenere l'indicazione del mutamento di sesso nell'atto di nascita. La corte di appello, adita in secondo grado, ha rifiutato tale richiesta, ritenendola inutile, ed ha quindi

---

<sup>50</sup> Une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver.  
En aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve».

confermato la pronuncia di prime cure nella parte in cui negava la rettificazione dell'atto di nascita.

Ebbene, la Corte di cassazione, ha annullato tale pronuncia, affermando che *«qu'en s'abstenant de prescrire cette mesure et en considérant comme démontré l'état dont se prévalait M. Y..., la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision»*<sup>51</sup>.

Siffatto principio non è peraltro restato isolato nella giurisprudenza di legittimità, che, al contrario, gli ha attribuito otto anni dopo nuovo “vigore” giuridico.

L'occasione è stata offerta da un caso in cui la signora Y, madre di Z, aveva chiesto un'*expertise sanguine* al fine di poter efficacemente contestare l'atto di riconoscimento di paternità effettuato da X. Analogamente a quanto già osservato nel caso di specie precedentemente analizzato, i giudici di merito avevano negato la *mesure d'instruction*, questa volta facendo leva - non sull'inutilità della stessa ma - sull'impossibilità di ammettere la consulenza tecnica al fine di supplire ad una carenza probatoria della parte<sup>52</sup> e ciò indipendentemente dall'accertamento della disponibilità, in capo alla signora X, di prove idonee a dimostrare il fatto dalla stessa allegato a fondamento della propria pretesa.

I giudici di legittimità, investiti del ricorso della signora X, hanno deciso conformemente al proprio precedente del 1992 e hanno cassato per violazione degli artt. 339, 311-12 CC e dell'art. 146 CPC la sentenza di appello che aveva rifiutato di ammettere la consulenza tecnica<sup>53</sup>.

È interessante notare che l'affermazione della regola secondo cui *«l'expertise est de droit en matière de filiation sauf s'il n'existe un motif légitime de ne pas y procéder»*<sup>55</sup>, oltre ad inaugurare un nuovo indirizzo giurisprudenziale in materia di diritto

---

<sup>51</sup> Cass. Ass. Plen., 11 décembre 1992, n° 91-12.373.

<sup>52</sup> Nella specie, la signora X non aveva dimostrato il carattere menzognero dell'atto di riconoscimento di paternità.

<sup>53</sup> Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 28 mars 2000, n° 98-12.806. In dottrina cfr. MARGUÉNAUD J-P., *Le droit à «l'expertise équitable»*, in *D*, 2000, p. 111.

<sup>54</sup> Per le condizioni di accesso al diritto alla prova MONSALLIER-SAINTE MLEUX M-C., *Conditions du droit d'accès à la preuve scientifique en matière de filiation*, in *JCP*, 2000, II, n° 10409.

<sup>55</sup> GARÉE T., *L'expertise biologique est de droit en matière de filiation*, in *JCP*, 2000, II, n° 10410 ; GARÉE T., *L'expertise biologique est de droit en matière de filiation*, in *D*, 2000, p. 731

processuale delle parti alla consulenza tecnica - qualora quello di cui all'art. 146 CPC sia l'unico mezzo attraverso cui le stesse possano provare i fatti allegati a sostegno della domanda - pone peraltro le basi per il riconoscimento del diritto alla prova<sup>56</sup>.

## 2.8. *Il diritto alla prova.*

L'evoluzione e il mutamento di giurisprudenza operato dal Supremo Collegio in materia di diritto all'*expertise biologique* mettono in crisi la regola - costantemente affermata dalla giurisprudenza di legittimità - per cui in materia di ammissibilità delle prove il giudice di merito ha pieni poteri discrezionali, non potendo la sua scelta essere censurata dinanzi il giudice di legittimità.

Tale regola, sebbene fosse stata incrinata nella particolare materia della filiazione da Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 28 mars 2000, n° 98-12.806, anche in ragione dell'indisponibilità dei diritti in gioco, continuava tuttavia ad essere riaffermata in materia di *production forcée des pièces*.

A tal proposito, si osserva infatti che in un caso di responsabilità disciplinare di un avvocato in cui quest'ultimo aveva impugnato la decisione con cui i giudici di merito avevano omesso di pronunciarsi sulla domanda di *production forcée* dei documenti in possesso dell'ordine degli avvocati e necessari per provare il fatto allegato dall'avvocato, la Suprema Corte ha rigettato il ricorso, stabilendo che «*c'est dans l'exercice du pouvoir laissé par la loi à sa discrétion d'ordonner ou non la production d'un élément de preuve détenu par une partie que la cour d'appel, sans être tenue de s'expliquer sur une telle demande, a statué comme elle l'a fait*»<sup>57</sup>.

La discrezionalità del potere del giudice di merito di ordinare o meno l'esibizione dei documenti e l'insindacabilità della scelta sono state peraltro riaffermate anche di recente da Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 28 juin 2006, n° 05-1795. Pertanto, a differenza di quanto era stato stabilito dal *revirement* del 2000, con riguardo alla *production forcée des pièces* sembrerebbe non rilevare che il documento di cui è chiesta

---

<sup>56</sup> COCTEAU-SENN D., *Dernières précisions sur le régime de l'action en rétablissement de la présomption de paternité légitime*, note sur Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 29 mai 2001, in *D*, 2002, p. 1588 ;

<sup>57</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 16 octobre 2003, n° 01-13.770. In dottrina cfr. anche HAUSER J., *Cass. civ. 1<sup>re</sup> 17 sept. 2003, obs.*, in *RTDciv.*, 2004, chr., p. 74.

l'esibizione sia nell'esclusiva disponibilità della controparte e che sia l'unico mezzo attraverso cui la parte possa provare il fatto allegato e ciò nonostante il diligente adempimento dell'*administration de la preuve*. Si è visto infatti che, a norma dell'art. 146 CPC, la richiesta di una *mésure d'instruction* non potrebbe supplire alle carenze probatorie della parte richiedente.

A ben vedere, però, siffatta scelta interpretativa finisce per pregiudicare il diritto di agire della parte, essendo evidente che l'impossibilità di provare i fatti posti a fondamento della domanda a causa del rigetto della richiesta della *production forcée* determina la soccombenza per mancato assolvimento dell'onere della prova.

Ed infatti, l'orientamento restrittivo delle sezioni civili è stato sottoposto ad una graduale critica da parte della *chambre commerciale* che con una serie di pronunce di annullamento per difetto di base legale ha portato la *première chambre civile* a mutare il proprio orientamento in materia di riconoscimento del diritto delle parti alla *production forcée*, in un primo momento, e del diritto alla prova, in un secondo momento.

In particolare, la breccia nel predetto indirizzo giurisprudenziale è stata aperta da Cass. com., 21 nov. 2006, n° 05-15128, che, in un caso in cui la decisione impugnata aveva dichiarato non ammissibile la produzione dei documenti contabili e delle fatture necessarie a provare il pagamento del debito contratto per l'acquisto di automobili, ha affermato che i giudici di merito non avevano dato base legale alla decisione, non avendo spiegato le ragioni per le quali i documenti contabili e le fatture non erano ammissibili come mezzi di prova. La *chambre commerciale* prende quindi le distanze da quell'orientamento di legittimità che faceva discendere dal potere discrezionale del giudice in materia di ammissibilità delle prove e dall'insindacabilità di detto potere l'assenza di un obbligo di motivazione sul punto<sup>58</sup>, imponendo pertanto ai giudici di merito di giustificare razionalmente l'utilizzo del potere discrezionale in materia di prove.

Tale affermazione ha il pregio di sottolineare che la discrezionalità del potere dei giudici di merito non si accompagna alla sua totale insindacabilità, essendo necessario giustificare alle parti e al popolo il legittimo esercizio del

---

<sup>58</sup> Difatti, come visto, Cass. civ. 2ème, 16 octobre 2003, n° 01-13.770, cit. e Cass. civ. 2ème, 28 juin 2006, n° 05-1795, cit., avevano affermato che «*Mais attendu que c'est dans l'exercice du pouvoir laissé par la loi à sa discrétion d'ordonner ou non la production d'un élément de preuve détenu par une partie que la cour d'appel, sans être tenue de s'expliquer sur une telle demande, a statué comme elle a fait*».



potere pena altrimenti la ricaduta nelle antiche e deprecabili abitudine dell'*Ancien Régime* quando l'esercizio arbitrario del potere giudiziario trovava terreno fertile nell'assenza dell'obbligo di motivazione.

Oltre a delimitare la portata dell'obbligo di cui all'art. 455 CPC, siffatta pronuncia rappresenta il punto di partenza per l'affermazione del diritto delle parti alla prova.

Difatti, è la medesima *chambre commerciale* che solo un anno dopo il summenzionato arresto ha annullato per violazione degli artt. 6 e 8 CEDU la decisione con cui la corte di appello aveva rigettato la domanda di produzione dei certificati medici del signor Y, amministratore della società X, in ragione della violazione del diritto alla riservatezza di Y. Nella specie, Z, figlio di Y, aveva impugnato per nullità derivante da incapacità lo stato passivo della società X sottoscritto da Y e tali documenti erano necessari a Z per dimostrare che Y in conoscenza di causa non avrebbe mai firmato il predetto stato passivo.

Ebbene, la Suprema Corte afferma per la prima volta che «*l'atteinte à la vie privée n'est pas interdite s'elle peut être justifiée au motif de l'exigence de la protection du droit de la défense et si cette atteinte reste proportionné aux intérêt antinomiques en présence*»<sup>59</sup>. E di tal guisa riconosce, sebbene implicitamente, l'esistenza di un diritto processuale della parte alla prova prevalente rispetto agli altri interessi in causa, con un risultato che si pone in aperto contrasto con l'indirizzo giurisprudenziale di legittimità seguito dalle *chambre civiles*.

L'importanza di tale soluzione ermeneutica è peraltro destinata ad essere accresciuta dalla successiva Cass. com., 23 mai 2007, n° 05-17.818<sup>60</sup>, che afferma la medesima regola in riferimento alla normativa processuale francese. Il caso di specie che ha dato origine a tale pronuncia concerneva un caso di concorrenza sleale e in particolare la società Alfa datrice di lavoro del dipendente Caio aveva chiesto la misura istruttoria preventiva dell'accesso ai dati del computer dalla medesima messo a disposizione del Caio e ciò al fine di entrare in possesso della

---

<sup>59</sup> Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-10.606, con osservazioni di PERROT R., *Cass. com. 15 mai 2007 pourvoi n° 06-10.606*, *Cass. com. 23 mai 2007 pourvoi n° 05-17.818 obs.*, in *RTDciv.*, 2007, chr p. 637.

<sup>60</sup> FABRE A., *Mesure d'instruction in futurum et respect de la vie privée du salarié*, obs. sur Cass. soc., 23 mai 2007, in *D*, 2007, p. 1590 ; PERROT R., *Cass. com. 15 mai 2007 pourvoi n° 06-10.606*, *Cass. com. 23 mai 2007 pourvoi n° 05-17.818 obs.*, in *RTDciv.*, 2007, chr p. 637.

comunicazione intrattenuta da quest'ultimo con altri due soggetti ed ottenere così la prova dell'esistenza di manovre sleali volte alla costituzione di una società concorrente per opera del Caio.

La Corte d'appello *per rétracter l'ordonnance et annuler le procès-verbal dressé par l'huissier* aveva fatto leva sulla considerazione secondo la quale siffatta misura istruttoria ha come effetto quello di ledere un diritto fondamentale del lavoratore (il diritto alla riservatezza) e pertanto la dichiara legalmente inammissibile.

Tale soluzione ermeneutica viene però ribaltata dalla Suprema Corte, secondo la quale il rispetto del diritto alla riservatezza del dipendente non è un ostacolo all'applicazione dell'art. 145 CPC qualora il giudice accerti che le misure istruttorie preventive ordinate siano chieste in base ad un motivo legittimo e siano necessarie per la tutela dei diritti della parte richiedente<sup>61</sup>. In quest'ordine di idee, il Supremo Collegio, rinvenuto il motivo legittimo di cui all'art. 145 CPC nel sospetto di azioni di concorrenza sleale da parte del dipendente, afferma – anche qui implicitamente – l'esistenza di un diritto alla prova (anche preventiva) connesso al diritto di difesa della parte richiedente, che diversamente resterebbe inevitabilmente frustrato.

L'esplicitazione della necessità di tutelare il diritto di difesa delle parti attraverso la concessione delle misure istruttorie che siano le sole idonee a dimostrare i fatti posti a fondamento della pretesa del richiedente la predetta misura arriva, inaspettatamente, per la penna dei giudici della *première chambre civile*. Nella specie, i massimi giudici erano stati chiamati a pronunciarsi sulla legittimità della decisione di appello che, nel rigettare una domanda di risarcimento danni con cui l'attore contestava la legittimità della produzione della prova posta a base della decisione, ledendo tale documento la propria riservatezza, si era limitata a stabilire che la produzione di tale documento era giustificata dal diritto di difesa e che non era del tutto sconnessa dai fatti di causa<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Così, nel primo “*attendu*” la Corte afferma che «*le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau code de procédure civile dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées*».

<sup>62</sup> Nella specie, la Corte afferma che «*Attendu que pour rejeter la demande en dommages-intérêts de M. Z... soutenant que la production contestée avait porté une atteinte à sa vie privée, l'arrêt retient seulement, par motifs propres, "que l'intérêt supérieur de la défense le justifiait", et, par motifs adoptés, que la pièce dont s'agit "n'était pas dépourvue de rapport avec les faits objet de l'information judiciaire et pouvant au contraire leur conférer un éclairage particuliers*».

La prima sezione, *sous le visa* dell'art. 9 CPC e degli artt. 6 e 8 CEDU, ha annullato la decisione impugnata, facendo leva sulla considerazione per cui «*en statuant ainsi, sans caractériser la nécessité de la production litigieuse quant aux besoins de la défense et sa proportionnalité au but recherché, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision*»<sup>63</sup>.

Ecco, quindi, che viene specificato il collegamento tra diritto della parte ad ottenere la misura istruttoria e diritto di difesa e ciò, non a caso, attraverso una pronuncia di annullamento per difetto di base legale.

Tuttavia, il *revirement de jurisprudence* che sancisce il passaggio dal diritto delle prove al diritto alla prova<sup>64</sup> interviene solo quattro anni dopo con la sentenza Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 5 avr. 2012, n° 11-14.177<sup>65</sup>, che trova origine in un caso in cui la decisione impugnata aveva escluso dagli atti di causa una lettera prodotta dal curatore dell'*indivision successorale* dei defunti genitori; lettera che dimostrava la donazione di un immobile a beneficio di sua madre.

Se la Corte di appello aveva ritenuto che tale produzione ledesse il diritto alla riservatezza e alla segretezza della corrispondenza del redattore della lettera, al contrario, la prima sezione civile ha ritenuto che i giudici di secondo grado «*en statuant ainsi, sans rechercher si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision*».

Con tale pronuncia di annullamento per difetto di base legale viene pertanto consacrato il diritto delle parti alla prova e riconosciuto il suo fondamento positivo nell'art. 9 CPC e nell'art. 6 CEDU<sup>66</sup>, con il solo limite dell'

---

<sup>63</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 oct. 2008, n°07-15.778, con osservazioni di PERROT R., *Cass. civ. 1<sup>re</sup> 16 oct. 2008 pourvoi n° 07-15.778 obs.*, in *RTDciv.*, 2009, chr. p. 167.

<sup>64</sup> L'efficace espressione è di LARDEUX G., *Du droit de la preuve au droit à la preuve*, in *D*, 2012, n° 1596.

<sup>65</sup> Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 5 avr. 2012, n° 11-14.177 con nota di Lardeux, cit. ; con osservazioni di FRICERO N., *Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 5 avr. 2012, n° 11-14.177 obs.*, in *D*, 2013, n° 274 ; HAUSER J., *Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 5 avr. 2012, n° 11-14.177 obs.*, in *RTDciv.*, 2012, chr. p. 506.

<sup>66</sup> In proposito, si osserva che se la questione della possibilità di cassare una pronuncia invocando direttamente le disposizioni della CEDU è di importanza capitale per la sistematizzazione e l'evoluzione del diritto francese, altrettanto essenziale è la questione del fondamento del diritto alla prova. La Suprema Corte ha infatti di tal guisa accolto la ricostruzione del predetto diritto che era stata prospettata dalla dottrina (BERGÉAUD A., *Le droit à la preuve*, Paris, LGDJ, 2010, p. 185 e ss.).

indispensabilità della prova di cui si lamenta la mancata ammissione per l'esercizio del diritto alla prova medesimo e di quello della proporzionalità di tale diritto ai contrapposti interessi in causa<sup>67</sup>.

---

Al fine di dimostrare l'esistenza del diritto delle parti alla prova, la dottrina aveva fatto leva sull'art. 9 CPC, sottolineando come tale norma nella parte in cui stabilisce «*il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention*» non miri tanto a disciplinare il principio dell'onere della prova né la *technique de l'administration de la preuve*, ma piuttosto attribuisce alle parti l'onere ed il potere di dimostrare la verità dei fatti posti a sostegno delle sue pretese (GOUBEAUX G., *Le droit à la preuve*, in *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 277 s.). In quest'ordine di idee, il diritto alla prova si configura quale strumento necessario ai fini dell'espletamento di tale onere-potere. L'esistenza di tale diritto nell'ordinamento francese era stata peraltro ricavata dall'analisi delle disposizioni del codice di procedura civile attributive dei poteri in materia di prove e ciò con particolare riferimento al *pouvoir de produire une preuve* e al *pouvoir d'obtenir une preuve* (GOUBEAUX G., *Le droit à la preuve*, cit., p. 277 s.; e più recentemente BERGEAUD A., *Le droit à la preuve*, cit., p. 185 e ss.), che trovano entrambi fondamento nel principio di lealtà processuale e nel principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti.

Altro fondamento del diritto alla prova era stato rinvenuto dalla dottrina nell'art. 30 CPC, che definisce il diritto di azione in giustizia nei seguenti termini: *l'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention*. Sul punto si è già osservato - e è sufficiente ribadire - che il collegamento tra diritto alla prova e diritto di agire e difendersi in giustizia discende dall'esigenza di rendere effettivo quest'ultimo, essendo il riconoscimento del diritto alla prova strumentale alla realizzazione effettiva della tutela giurisdizionale dei diritti.

Inoltre, a nostro avviso, il diritto alla prova potrebbe trovare fondamento anche nell'art. 7 CPC. E ciò in quanto, tale norma laddove afferma che *le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat*, oltre a stabilire il divieto di scienza privata del giudice, impone al giudice di porre a fondamento della decisione i fatti allegati dalle parti ai sensi dell'art. 6 CPC e le prove proposte ai sensi dell'art. 9 CPC. Ne deriverebbe quindi l'illegittimità del rifiuto del giudice di ammettere o di esaminare una prova e ciò in quanto è sufficiente l'allegazione del fatto o l'istanza istruttoria della parte per far sorgere ai sensi degli artt. 6 e 9 CPC il dovere del giudice di prendere in considerazione tale fatto se "provato dalla prova" e la prova medesima. In quest'ordine di idee, appare chiaro che l'omesso esame dei fatti che *sont dans le débat* e che risultano dalle prove proposte dalle parti comporterebbe pertanto la violazione del dovere del giudice di porre a fondamento della decisione i *faits dans les débats* e le prove proposte dalle parti.

<sup>67</sup> Quanto ai limiti del diritto alla prova, si osserva che il diritto alla prova potrebbe quindi potenzialmente cedere dinanzi a diritti meritevoli di maggiore tutela e sotto tale profilo si presenta come un'arma spuntata.

Sul punto va infatti rilevato che la successiva Cass., 1<sup>re</sup> civ., 4 juin 2014, n. 12-21244 ha stabilito che il diritto alla prova subisce una limitazione a fronte del carattere assoluto del dovere di riservatezza del notaio, con la conseguente legittimità delle decisioni che escludano la produzione di documenti coperti dal segreto professionale. In particolare la Suprema Corte ha stabilito che « *le droit à la preuve découlant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne peut faire échec à l'intangibilité du secret professionnel du notaire, lequel n'en est délié que par la loi, soit qu'elle impose, soit qu'elle autorise la révélation du secret ; qu'ayant exactement retenu que les lettres produites évoquant les relations que leur auteur, M. C..., notaire, avait entretenues avec l'acquéreur et son intermédiaire, M. Z..., à l'occasion de la préparation des actes de ventes à réméré litigieux, étaient couvertes par le secret professionnel, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision d'écarter ces pièces des débats* ».

In proposito, è peraltro interessante notare che il difetto di base legale, oltre ad assurgere a strumento attraverso il quale è stata possibile la cristallizzazione progressiva del diritto alla prova, viene elevato a rimedio specifico avverso la violazione di tale diritto, avendo il predetto arresto sancito l'obbligo dei giudici di merito di specificare nella motivazione le ragioni per le quali una prova non sia ammissibile ovvero non indispensabile per l'esercizio del diritto alla prova.

Un'ultima notazione in materia deve essere poi fatta con riferimento a Cass. 1re civ., 10 settembre 2014, n. 13-22612, giacché tale arresto richiama e fa diretta applicazione del diritto alla prova là dove esclude che la produzione di un rapporto di un *detective* leda il diritto alla riservatezza, essendo invece necessario garantire il diritto alla prova<sup>68</sup>.

#### 2.9. Communication des pièces e rispetto del principio del contraddittorio : una nuova sfumatura de l'office du juge.

D'interesse ai fini della presente analisi è anche la vicenda giurisprudenziale relativa alla questione dell'ammissibilità o meno dei documenti prodotti "l'ultimo minuto" antecedente la chiusura della fase istruttoria e dei poteri officiosi dei giudici di merito.

In proposito, va rilevato che l'artt. 15 del codice di procedura francese impone alle parti di *«faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense»* e, corrispettivamente, l'art. 135 CPC stabilisce che il giudice *«peut écarter du débat les pièces qui n'ont pas été communiquées en temps utiles»*.

---

<sup>68</sup> Nella specie, la prima sezione afferma che *«attendu que l'arrêt, saisi de la production par M. Y...d'un rapport de détective privé destiné à vérifier un préjudice oculaire allégué par Mme X..., s'il énonce à tort que le simple récit d'activités, observées à partir de la voie publique, notamment en direction du balcon de l'intéressée, ne constitue pas une atteinte à sa vie privée, il reste, d'une part, qu'une telle atteinte n'est pas disproportionnée lorsque, eu égard au droit à la preuve de toute partie en procès, elle se réduit, dans ce but et comme en l'espèce, à la simple constatation de l'absence de port de lunettes lors de la conduite d'un véhicule ou lors du ménage et rangement d'un balcon, et, d'autre part, qu'aucune atteinte au droit de chacun sur son image ne peut être retenue dès lors que la mauvaise qualité de celle-ci, au terme d'une constatation souveraine effectuée en l'espèce, rend impossible l'identification de la personne représentée ; d'où il suit que la décision n'encourt pas le grief du moyen»*.

L'obbligo per le parti di comunicare ciascuna all'altra in tempo utile – e prima della chiusura dell'istruttoria – le difese e le prove che si producono e il potere del giudice di dichiarare inammissibili i documenti prodotti tardivamente rispondono, pertanto all'esigenza del rispetto effettivo del principio del contraddittorio (art. 16 CPC). Se con riguardo alla funzione di tali norme la lettera del codice non pone particolari difficoltà interpretative, maggiori difficoltà sorgono invece con riguardo alla concretizzazione della nozione di “tempo utile” e all'individuazione di un criterio idoneo a caratterizzare le ipotesi di violazione del contraddittorio.

La posizione sul punto adottata dalla Corte di cassazione è stata a lungo consolidata nel senso di un'interpretazione particolarmente severa volta a tutelare anche le esigenze difensive della parte produttore il documento e non solo quelle della parte contro cui il documento è prodotto e ciò al fine di non vanificare il diritto di azione e di difesa della parte non ammessa a provare i fatti posti a fondamento della propria pretesa. In particolare, la Suprema Corte richiedeva che un documento, affinché potesse essere legalmente dichiarato non ammissibile perché prodotto tardivamente, avrebbe dovuto essere depositato in un momento – prossimo alla chiusura dell'istruzione – tale da impedire alla controparte di replicare alla produzione documentale e ciò, quindi, nei soli casi in cui il predetto documento implicasse una risposta e il tempo disponibile prima della chiusura dell'istruzione non fosse sufficiente per l'esplicazione della difesa.

Il criterio individuato dalla Suprema Corte faceva quindi leva sul contenuto del documento, facendo pertanto dipendere la violazione del contraddittorio «*de l'importance des pièces communiquées en dernière heure par un examen de leur contenu*»<sup>69</sup>. In quest'ordine di idee, il deposito dell'ultima ora di un documento non decisivo per la soluzione del litigio, ma comunque rilevante ai fini della decisione per la precisazione delle modalità di svolgimento del fatto o del *quantum* della prestazione dovuta, non comportava una violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa della controparte, con la conseguente prevalenza delle esigenze difensive della parte produttore il documento. Diversamente, se la produzione documentale avesse avuto ad oggetto un documento “importante” – o meglio decisivo - siffatta produzione avrebbe leso il

---

<sup>69</sup> BOLZE A., *note sous Cass., chambre mixte, 6 février 2006*, in *Dalloz*, 2006, p. 1268.

diritto di difesa della controparte e vanificato l'effettività del principio del contraddittorio.

A ben vedere, però, siffatta esegesi degli artt. 15 e 135 CPC<sup>70</sup> aggravava notevolmente il compito dei giudici di merito, che dovevano analizzare i documenti prodotti all'ultimo momento e decidere della loro ammissibilità. Sicché i medesimi si opposero all'interpretazione della Suprema Corte. Ciò nonostante la Corte di legittimità aveva continuato a censurare per difetto di base legale le decisioni in cui il giudice di merito escludeva le predette produzioni documentali «*sans préciser les circonstances particulières qui avaient empêché de respecter le principe de la contradiction*»<sup>71</sup>.

Siffatto rigorismo ha tuttavia subito una battuta d'arresto con la pronuncia Cass. 2ème, 2 décembre 2004, n.° 02-20194, che ha rigettato il ricorso proposto per difetto di base legale avverso una decisione di appello che aveva escluso l'ammissibilità di un documento prodotto *quelques instants avant la clôture* e che era nella disponibilità della parte produttrice da molti mesi, affermando che la «*cour d'appel avait caractérisé un comportement contraire à la loyauté des débats et légalement justifié sa décision de déclarer la pièce communiquée irrecevable*».

Si potrebbe tuttavia pensare che l'abbandono del consolidato orientamento di legittimità da parte della sezione seconda fosse stato dettato dalla particolarità del caso di specie (in cui la parte aveva la disponibilità del documento da molti mesi), se non fosse che analoga soluzione è stata adottata dalla *chambre mixte* qualche anno dopo. Con la sentenza di rigetto Cass. *chambre mixte*, 6 février 2006, n 04-30592, la Suprema Corte, colta l'occasione di un ricorso proposto tanto per violazione degli artt. 15 e 135 CPC quanto per difetto di base legale della decisione impugnata, ha affermato che «*attendu qu'il résulte des constatations souveraines de l'arrêt que les pièces n'avaient pas été communiquées en temps utile au sens des articles 15 et 135 du nouveau Code de procédure civile; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé*»<sup>72</sup>, discostandosi così definitivamente dalla sua precedente giurisprudenza. Nella specie i massimi giudici riportano il problema dell'interpretazione dei predetti articoli dalla

---

<sup>70</sup> Art. 135 CPC: *Le juge peut écarter du débat les pièces qui n'ont pas été communiquées en temps utile.*

<sup>71</sup> Così, *ex multis*, Cass. 3ème civ., 21 février 2001, in *Dalloz*, 2001, p. 3231, con nota di BOLZE A.; Cass. 1re civ., 17 janvier 2004, in *Dalloz*, 2004, p. 1995, con nota di BOLZE A.

<sup>72</sup> Cass. *chambre mixte*, 6 février 2006, n 04-30592, con nota di BOLZE, cit.

questione della valutazione della decisività dei documenti alla questione dell'esegesi della nozione di "tempo utile" e abbandonano al sovrano apprezzamento dei giudici merito l'accertamento delle circostanze da cui deriva l'insufficienza del tempo a disposizione della parte contro cui la produzione documentale è effettuata per difendersi.

L'interesse di tale *revirement de jurisprudence* deriva in particolare dal fatto che il difetto di base legale oltre ad anticipare parzialmente il predetto mutamento di giurisprudenza, essendo stato posto dalla seconda sezione a fondamento dell'arresto del 2004, è stato lo strumento per sollecitare l'intervento della *chambre mixte*.

3. *Criteri comuni per l'anticipazione di un revirement de jurisprudence attraverso il vizio di défaut de base légale.*

La presenza nella giurisprudenza della Corte di cassazione francese di più di un caso di uso politico del difetto di base legale, quale strumento per l'anticipazione di un *revirement de jurisprudence*, induce pertanto ad interrogarsi sull'esistenza di criteri comuni cui rapportare le fattispecie sopra analizzate. In particolare, occorre verificare se al ricorrere di determinati presupposti (individuati nei predetti criteri) si determini sempre un'analogia conseguenza, ossia, per quanto interessa in questa sede, il predetto uso strumentale del difetto di base legale. Ciò in quanto, la dimostrazione dell'esistenza di criteri idonei ad identificare con certezza una o più pronunce della Suprema Corte sulla stessa questione quali anticipazioni di un probabile *revirement de jurisprudence*, per un verso, permetterebbe la prevedibilità dei rapporti giuridici e delle evoluzioni giurisprudenziali e, per altro verso, aumenterebbe la certezza del diritto<sup>73</sup>. Nella specie, l'esistenza e l'univocità dei criteri in questione consentirebbe l'individuazione e l'anticipazione di un mutamento di giurisprudenza da parte dei consociati, con conseguente aumento della certezza del diritto e dei rapporti giuridici.

---

<sup>73</sup> Sull'*autorité doctrinale* delle pronunce della Corte di cassazione e in particolare sull'importanza della stabilità della giurisprudenza cfr. BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, cit., p. 701, n° 124.09. Peraltro, proprio l'esigenza della stabilità della giurisprudenza si ricollega all'esigenza della prevedibilità dei mutamenti di giurisprudenza, che potrebbe essere soddisfatta dall'individuazione dei criteri di cui nel testo.



Ci si propone pertanto qui di seguito di affrontare siffatta ricerca.

### 3.1. *Un uso incostante.*

Le fattispecie analizzate nel paragrafo secondo rappresentano tutte esempi di quella prassi della giurisprudenza di legittimità che fa ricorso all'annullamento - o al rigetto - delle decisioni impugnate per difetto di base legale al fine di anticipare gradualmente un mutamento di giurisprudenza. Da qui deriva anzitutto la dimostrazione dell'effettiva esistenza - in seno alla Corte di cassazione francese - di tale politica giurisprudenziale, che peraltro non è limitata ad un particolare ramo del diritto, coinvolgendo al contrario il diritto civile come il diritto commerciale, il diritto processuale civile, nonché il diritto internazionale privato.

Tuttavia, le predette fattispecie dimostrano anche la mutevolezza di tale prassi con riferimento alle modalità specifiche con cui di volta in volta viene, in un primo momento, anticipato e, in un secondo momento, attuato il *revirement de jurisprudence*. Se, infatti, quasi tutti i mutamenti di giurisprudenza esaminati sono anticipati da pronunce fondate sul motivo di difetto di base legale, al contrario ogni mutamento di giurisprudenza è attuato con sfaccettature e sfumature diverse.

In particolare, non si rinviene – e non si potrebbe rinvenire data la stretta correlazione tra possibilità di anticipare e di effettuare un mutamento di giurisprudenza e proposizione di un ricorso per cassazione deducendo la questione dibattuta – una costanza nel numero delle pronunce anticipatrici il *revirement de jurisprudence*. Può trattarsi di due o più pronunce come per il caso della questione relativa all'applicabilità della *loi de conflit* oppure di una sola pronuncia, come nel caso della questione dell'applicabilità o meno della clausola limitativa della responsabilità per i vizi occulti nei rapporti tra professionisti della medesima specialità o del riconoscimento del diritto all'*expertise biologique* (diritto che prima di Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 28 mars 2000, n° 98-12.806, era negato, essendo invece riconosciuta la piena discrezionalità sul punto dei giudici di merito).

Vi è peraltro un caso, tra quelli esaminati, in cui il difetto di base legale non è direttamente invocato quale *cas d'ouverture à cassation* e quindi quale motivo posto a fondamento della pronuncia di legittimità, ma viene invocato il vizio dei *motifs inopérants* e del difetto di motivi. Si è visto infatti che il mutamento di giurisprudenza relativo alla responsabilità per fatto della cosa in custodia e

all'esigenza dell'*anormalité de la chose inerte et de son usage*, oltre ad essere attuato per il tramite di una pronuncia di rigetto, è stato anticipato per parte da una pronuncia di rigetto avverso un ricorso che sanzionava il difetto di motivi e parte da una pronuncia di rigetto di un ricorso che deduceva una particolare ipotesi di difetto di base legale – quella dei *motifs inopérants* - senza evocarlo direttamente.

È interessante notare peraltro che talvolta i mutamenti di giurisprudenza sono operati attraverso sentenze che, con riferimento a questioni legate a quelle rispetto alle quali è stato anticipato un *revirement*, fanno applicazione della nuova regola suggerita dalle pronunce in cui è fatto uso strumentale del difetto di base legale e non anche attraverso un arresto che enunci espressamente la predetta nuova regola. È stato questo il caso per l'affermazione della necessaria dimostrazione di un nesso di causalità diretto ai fini della sussistenza della responsabilità per *troubles anormaux de voisinage*, caso in cui la Corte di cassazione ha come visto applicato tale regola in un'ipotesi di responsabilità per danni provocati da cose (i.e. volatili) in custodia nelle “mani” del proprietario del fondo adiacente a quello danneggiato dai volatili<sup>74</sup>. Analoghe osservazioni valgono con riguardo all'applicazione della nozione oggettiva del requisito dell'*affectio societatis*<sup>75</sup> al fine di ritenere costituita o meno una società; ma anche per il diritto alla prova che Cass. 1re civ., 10 *septembre* 2014, n. 13-22612, richiama espressamente per escludere la lesione del diritto alla riservatezza della persona oggetto dell'attenzione di un rapporto di un detective ed ammettere invece la produzione di tale rapporto al fine di consentire alla parte di provare il fatto posto a sostegno della propria pretesa<sup>76</sup>.

Inoltre e con riguardo al riconoscimento giurisprudenziale del diritto alla prova, si può ritenere anche che in tale ipotesi il mutamento di giurisprudenza rispetto a quell'orientamento che riconosceva piena discrezionalità del giudice nell'ammissione o meno dei mezzi di prova<sup>77</sup> sia invero operato già da Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 5 avr. 2012, n° 11-14.177, nella parte in cui, come visto, afferma l'esistenza del

---

<sup>74</sup> Così Cass, 2<sup>ème</sup> civ., 11 septembre 2014, n. 13-18136.

<sup>75</sup> Cfr. Cass. com., 8 février 2000, n. 97-19283.

<sup>76</sup> Nella specie l'identità di una persona.

<sup>77</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 16 octobre 2003, n° 01-13.770 e Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 28 juin 2006, n° 05-1795.

diritto alla prova; con la conseguenza che, in tale ipotesi, il difetto di base legale assume anche a fondamento di un mutamento di giurisprudenza.

Ne deriva quindi che non solo le pronunce di annullamento fondate sulla violazione di legge sono portatrici di mutamenti di giurisprudenza, ma anche quelle fondate sul difetto di base legale. Nondimeno, in proposito, va rammentata anche l'importanza delle pronunce di rigetto<sup>78</sup>. Come visto, infatti, è con due pronunce di rigetto che la Suprema Corte ha mutato indirizzo giurisprudenziale sulla questione della *communication des pièces* e della *chose inerte*.

Occorre anche rilevare che il lasso di tempo intercorrente tra la pronuncia di anticipazione del *revirement* e il *revirement* medesimo non è un criterio certo sul quale basarsi per poter prevedere un mutamento di giurisprudenza e ciò in quanto appare fin troppo evidente che il momento in cui la Corte di legittimità decide di cambiare indirizzo giurisprudenziale dipende anche dalle occasioni offerte dai ricorsi per cassazione e quindi dalla circostanza che la questione controversa sia o meno portata all'attenzione della Corte.

Infine, si osserva che la tecnica dell'utilizzo strumentale del difetto di base legale per anticipare un mutamento di giurisprudenza non viene usata sistematicamente. Vi sono infatti esempi di *revirement* importanti su questioni delicate che sono stati attuati in modo repentino e ciò ad esempio con riguardo alla portata della cosa giudicata<sup>79</sup>, alla tempestività dei documenti depositati non simultaneamente al deposito delle conclusioni di appello<sup>80</sup>, all'applicabilità della CEDU al processo arbitrale<sup>81</sup>, alla determinabilità dell'oggetto nei contratti di vendita successiva in cui non sia esplicitato il prezzo<sup>82</sup>.

---

<sup>78</sup> Su cui *infra* n. 3.2.

<sup>79</sup> Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 7 juillet 2006, 04-10.672.

<sup>80</sup> Così Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 30 janvier 2014, 12-24.145 e *ass. ass. plén.*, 5 déc. 2014, n° 13-27.501, P+B+R+I; *Cass. ass. plén.*, 5 déc. 2014, n° 13-19.674, P+B+R+I, in *JCP G*, 2014, n. 1300; in *BICC*, 2015, mars, 1 e ss.; che rovesciano l'*avis* pronunciato dalla stessa Corte il 25 juin 2012, successivamente la modifica degli artt. 906 e 908 CPC.

<sup>81</sup> Cass. civ., 1re, 6 octobre 2010, n° 09-10530, in GUINCHARD S., FERRAND F., CHAINAIS C., *Procédure civile, droit interne et droit de l'Union Européenne*, Paris, 2013, p. 1440 e s., n. 2257.

<sup>82</sup> Cass. Ass. plén., 1er décembre 1995, n. 91-15.578, che stabilisce che «*lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation*».

Si può pertanto affermare che la prassi dell'uso strumentale del difetto di base legale, benché sia *assez répandue*, è anche contraddistinta da un uso incostante.

### 3.2. *Importanza delle pronunce di rigetto.*

Oggetto dell'attenzione dell'interprete, ai fini dell'individuazione delle sentenze atte ad anticipare un mutamento di giurisprudenza, è anche la categoria delle pronunce di rigetto. È infatti priva di fondamento la convinzione di chi sostiene che tali sentenze siano prive di autorità c.d. dottrinale o che comunque abbiano un valore normativo inferiore alla sentenze di cassazione<sup>83</sup>. Ciò in quanto la portata normativa degli arresti di rigetto è naturalmente condizionata dal motivo di ricorso e dalle questioni di diritto sollevate con il medesimo dal ricorrente. Sicché non si potrà validamente sostenere che una pronuncia di rigetto di un ricorso deducete la violazione di legge o il difetto di base legale abbia un interesse dottrinale inferiore ad una pronuncia di cassazione fondata sul motivo della violazione di legge o del difetto di base legale<sup>84</sup>. Piuttosto il maggiore o minore interesse dottrinario di una pronuncia è legato alla qualità della questione dedotta con il ricorso.

Ne deriva quindi che, al fine di individuare le sentenze in cui la Corte Suprema fa uso politico del difetto di base legale, non sarebbe corretto non esaminare anche le sentenze di rigetto di ricorsi deducenti difetto di base legale della decisione impugnata o meglio si rischierebbe di tal guisa di trascurare sottili suggerimenti della Suprema Corte su questioni delicate.

---

<sup>83</sup> Nello stesso senso Boré J., Boré L., *La Cassation en matière civile*, Paris, 2008, p. 713, n° 124.160.

<sup>84</sup> Sulla portata normativa delle sentenze di rigetto cfr. infra § 3.2. In dottrina cfr. AA.VV., *Interprétation et portée des arrêts de la Cour de cassation en matière civile*, in *BICC*, 2007, n° 661, p. 6 ss.; BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, cit., n° 124 ss., p. 698 e ss.; FOSSEREAU J., *L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation (en matière civile)*, in *BICC*, octobre 1987, p. 3; FRANK E.E., *L'élaboration des décisions*, cit.; LINDON R., *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*, cit.; PERDRIAU A., *La pratique des arrêts civils de la cour de cassation. Principes et méthode de rédaction*, Paris, 1993, p. 17 ss.; ID., *La portée doctrinale des arrêts*, cit.; p. 698 e ss., *Visa*, « chapeaux », cit.; ID., *Le pragmatisme*, cit.; ID., *Les avertissements donnés par la Cour de cassation*, in *JCP G*, 1998, I, n° 188; VOULET J., *L'étendue de la cassation en matière civile*, *JCP*, 1977, I, n° 2877; VOULET J., *L'interprétation des arrêt de la Cour de cassation*, *JCP*, 1970, n° 2305; WEBER J.-F., *Comprendre un arrêt de la Cour de cassation*, in *BICC*, 2009, mai, n° 702, p. 6 ss.

Alla luce di tali osservazioni si può quindi escludere che il tipo di sentenza della Corte di cassazione sia un criterio atto ad individuare le anticipazioni di mutamenti di giurisprudenza, essendo invece necessario spostare l'attenzione sulla qualità della questione portata all'attenzione dei giudici di legittimità.

### 3.3. *Influenza della natura della questione giuridica oggetto di mutamento di giurisprudenza.*

Occorre ora prendere in considerazione la possibilità di individuare nella natura della questione giuridica portata all'attenzione dei giudici di legittimità una delle ipotesi in cui la Corte Suprema ricorre all'uso politico del difetto di base legale.

Sulla delicatezza della questione concernente l'applicabilità d'ufficio della *loi de conflit de lois* e della legge straniera di conseguenza designata si è già parlato e in questa sede è utile rammentare che siffatta delicatezza era stata rinvenuta nelle ricadute sulla sovranità dell'ordinamento francese in conseguenza del riconoscimento dell'applicabilità d'ufficio della legge straniera.

Con riguardo alle altre fattispecie analizzate si può distinguere tra ipotesi in cui l'uso politico del difetto di base legale può essere collegato all'importanza degli effetti sostanziali prodotti dal *revirement de jurisprudence* sui rapporti giuridici sottostanti le predette fattispecie, ma anche ai riflessi del mutamento di giurisprudenza sulle posizioni processuali delle parti e ciò con particolare riguardo all'inasprimento degli oneri probatori gravanti sull'una o sull'altra parte. Così per l'ipotesi della clausola limitativa della responsabilità per i vizi occulti di cui all'art. 1643 CC, per la questione della configurabilità o meno dell'obbligo di consegna di cosa conforme all'uso al quale è destinata e del conseguente onere per la parte di proporre l'azione redibitoria nel breve termine di cui alla precedente versione dell'art. 1648 CC, per la problematica connessa in ordine alla nozione – oggettiva – dell'*affectio societatis*, nonché della responsabilità per danni causati da cose in custodia o per *troubles anormaux de voisinage*. A ben vedere, infatti, il mutamento di indirizzo giurisprudenziale su ciascuna delle elencate questioni ha determinato alcune modificazioni dell'onere della prova dei soggetti titolari della situazione giuridica sostanziale.

Sicché, si può rinvenire nell'esigenza di tutelare le posizioni delle parti coinvolte in rapporti giuridici relativi ai maggiori "traffici commerciali" della vita quotidiana uno dei criteri che inducono la Corte di cassazione a modulare il *revirement de jurisprudence*, anticipandolo attraverso un uso politico del difetto di base legale.

Diversa è invece la ragione sottesa alla graduazione dei mutamenti di giurisprudenza in materia di *expertise biologique*, diritto alla prova e *communication des pièces*. Si tratta, come visto, di ipotesi in cui la Corte di cassazione, mutando indirizzo, ha riconosciuto alle parti diritti processuali strumentali all'effettivo esercizio del diritto di difesa e funzionali alla realizzazione del principio del contraddittorio e della parità delle armi. In particolare, la Suprema Corte ha abbandonato la giurisprudenza elaborata sulla base del solo codice di procedura civile francese per dare invece una lettura degli artt. 9, 15, 135, 145 e 146 CPC conforme alla CEDU e in particolare all'art. 6 CEDU, tanto che si potrebbe parlare di interpretazione conforme alle esigenze del giusto processo.

Ne deriva quindi che con riguardo alle questioni processuali il criterio per individuare le ipotesi in cui la Corte di cassazione potrebbe ricorrere all'uso politico del difetto di base legale può essere ravvisato nell'esigenza di adeguare l'interpretazione di norme codicistiche ai canoni del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU.

#### 3.4. *Presenza di un conflitto all'interno della stessa chambre o tra chambres differenti.*

Altri criteri desumibili dalle fattispecie analizzate e utili per anticipare e prevedere un mutamento di giurisprudenza sono quelli della presenza di un conflitto di giurisprudenza all'interno della medesima *chambre* o tra più *chambres* differenti.

Difatti e con riguardo alla questione della *chose inerte*, nella sezione seconda della Suprema Corte erano presenti diverse interpretazioni dell'art. 1384 CC, sicché i giudici di legittimità per risolvere tale contrasto hanno preferito usare strumentalmente il difetto di base legale. Analoga situazione si è poi riscontrata con riguardo alla questione dell'invocabilità o meno della clausola limitativa della responsabilità per vizi occulti nei rapporti tra professionisti della medesima specialità.

Rientrano invece nel secondo criterio, ossia in quello dell'esistenza di un contrasto di indirizzi tra *chambres* differenti della Corte di cassazione, i mutamenti di giurisprudenza relativi all'affermazione del diritto alla prova e alla possibilità di esperire un'azione di responsabilità fondata sul mancato rispetto dell'obbligo di consegnare una cosa conforme dopo la scadenza del termine di decadenza per far valere i vizi occulti della cosa.

Nel primo caso il contrasto vedeva coinvolte la *deuxième chambre civile*, secondo la quale i giudici di merito avrebbero avuto piena discrezionalità nell'ammissione dei mezzi di prova<sup>85</sup>, e la *chambre commerciale*, che invece riteneva di dar prevalenza alla necessità che il giudice di merito giustificasse la sua scelta<sup>86</sup> e alla tutela del diritto di difesa delle parti<sup>87</sup>. Nell'ordine di idee sopra descritto si inserisce l'intervento di Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 oct. 2008, n°07-15.778, che ha anticipato il *revirement de jurisprudence* operato poi da Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 5 avr. 2012, n° 11-14.177.

Nel secondo caso, si è visto che all'orientamento della *première chambre civile* volto a riconoscere alle parti la possibilità di esperire un'azione di responsabilità contrattuale fondata sul mancato rispetto dell'obbligo di consegnare una cosa conforme dopo la scadenza del termine di decadenza per far valere i vizi occulti della cosa<sup>88</sup> si opponeva l'orientamento della *troisième chambre*<sup>89</sup> che negava tale possibilità imponendo alle parti di proporre l'azione di garanzia nel termine di cui all'art. 1648 CC; con il risultato che due anni dopo Cass. 1re civ., 5 mai 1993, n. 90-18331, ha anticipato il mutamento di giurisprudenza operato da Cass. 1re civ., 27 octobre 1993, n° 91-21.416.

Tali osservazioni mettono quindi in rilievo l'opportunità di “sorvegliare” i contrasti di giurisprudenza – all'interno della stessa sezione o tra sezioni diverse - al fine di poter scorgere in alcuna delle sentenze che si inseriscono nei predetti

---

<sup>85</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 16 octobre 2003, n° 01-13.770 et Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 28 juin 2006, n° 05-1795.

<sup>86</sup> Cass. com., 21 nov. 2006, n° 05-15128.

<sup>87</sup> Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-10.606). Conformément, Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-17.818.

<sup>88</sup> Cass. 1re, 13 décembre 1989, n 87-14.360, in Bull. Civ., 1989, n. 393; Cass 1re civ., 29 janvier 1991, in JCP, G, 1992, n. 21935, con nota di GINESTET.

<sup>89</sup> Il riferimento è a Cass. com., 22 mai 1991, in Bull. Civ., Iv, n° 176.

contrasti una di quelle applicazioni strumentali del difetto di base legale e per conseguenza anticipare un *revirement de jurisprudence*.

### 3.5. *Volontà di sollecitare l'intervento dell'Assemblée Plénière.*

Non può infine escludersi, sebbene non vi siano attualmente esempi pratici sul punto, che l'uso politico del difetto di base legale sia anche segno della volontà dei giudici di una *chambre* di sollecitare l'intervento dell'*Assemblée Plénière* su una particolare questione.

È peraltro interessante notare che una simile volontà potrebbe leggersi in Cass. 2ème, 2 décembre 2004, n.º 02-20194, che con riferimento alla questione della produzione documentale dell'ultima ora ha molto probabilmente sollecitato l'intervento della *chambre mixte* Cass. *chambre mixte*, 6 février 2006, n 04-30592.



## CONCLUSIONI

Alla luce dei risultati della ricerca si ritiene ora di affermare l'opportunità e l'esigenza di mantenere il vizio di insufficiente motivazione quale strumento della *technique de cassation* tanto quale rimedio posto a presidio dell'interesse generale e pubblicistico di responsabilizzazione dei giudici e di assicurare «decisioni solide e giuste»<sup>1</sup> quanto quale garanzia per i singoli contro l'esercizio arbitrario del potere giurisdizionale. Ed invero le risposte agli interrogativi posti nel primo capitolo in ordine alla necessità di individuare una soluzione interpretativa che consentisse, a seguito della modifica dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c., di poter continuare a censurare l'uso – o meglio l'omessa considerazione – delle massime di esperienza dinanzi alla Corte di cassazione italiana e quelli relativi allo studio dell'obiettivo - di politica giurisprudenziale - con cui la Suprema Corte francese utilizza il *cas d'ouverture* del *défaut de base légale* per anticipare i *revirements de jurisprudence*<sup>2</sup> e far evolvere il diritto sostanziale riaffermano l'essenzialità del motivo di ricorso per cassazione censurante il vizio di insufficiente motivazione.

L'analisi - condotta nel secondo capitolo – relativa all'oggetto e alla tecnica del controllo delle *Hautes Juridictions* ha mostrato che il sindacato di legittimità sulla sufficienza della motivazione delle sentenze esercitato dalla Corte di cassazione francese e quello posto in essere dalla Corte di cassazione italiana non sono sostanzialmente diversi.

Rispondono entrambi all'esigenza di garantire alle parti il controllo di legalità della decisione in riferimento all'osservanza delle regole che presiedono all'accertamento dei fatti e alla formazione del convincimento. Difatti, come si è osservato nella prima sezione del secondo capitolo, la verifica della corrispondenza tra contenuto della motivazione e fatti risultanti dagli atti di causa assicura le parti contro le decisioni arbitrarie in cui il fatto è «adattato» alla norma giuridica<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Così, CONSOLO C., *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di «svaporamento»*, in *Corriere giur.*, 2012, p. 1139 ss.

<sup>2</sup> FERRAND F., *Cassation française et Révision allemande*, Paris, 1990, n. 408, p. 314.

<sup>3</sup> ANDOLINA I., VIGNERA G., *Fondamenti costituzionali della giustizia civile*, Torino, 1997, p.202.

Consentono alle Supreme Corti di cassazione di esercitare la funzione istituzionale di *Guardian de la loi*, giacché l'impossibilità di censurare l'incompletezza e l'imprecisione della ricognizione - nella motivazione - di tutti gli elementi di fatto necessari a caratterizzare gli elementi costitutivi della legge sostanziale applicata nel dispositivo della pronuncia impugnata impedirebbe alla Corte di cassazione di stabilire la sussistenza di una violazione di legge, di un errore di qualificazione o di interpretazione della legge. Si è avuto infatti modo di sottolineare che presupposto per l'individuazione di un vizio di falsa applicazione di norme di diritto è la completezza della motivazione<sup>4</sup>. Difatti, come visto, la verifica della corrispondenza tra elementi di fatto rappresentati nella motivazione e presupposti di applicazione della legge, sottesa al controllo sull'esatta qualificazione, da un lato, e la verifica della corrispondenza del testo della legge nel testo della sentenza, dall'altro lato, necessitano della preliminare verifica della correttezza della base legale della decisione, ossia della completa e logica rappresentazione nella motivazione dei fatti necessari a caratterizzare i presupposti di applicazione della norma (*i.e.* elementi costitutivi del diritto vantato dall'attore e riconosciuto in dispositivo o elementi impeditivi, modificativi e estintivi del diritto fatto valere con la pretesa attorea). Sotto questo profilo, va peraltro rammentato che, come osservato nel paragrafo relativo alla differenza tra *défaut de base légale* e *fausse application de la loi*, il controllo sulla sufficienza della motivazione è – anche “temporalmente” - preliminare al controllo sull'esatta applicazione della legge e funzionalmente volto a garantire l'effettività della verifica della legalità della decisione<sup>5</sup>.

A tal proposito, si è inoltre rilevato che proprio il legame tra verifica della base legale della decisione e delle condizioni di applicazione della legge sostanziale, da un lato, e il rapporto tra fatto e norma<sup>6</sup> sotteso al vizio motivazionale, dall'altro lato, oltre a dimostrare l'intrinseca inerenza del controllo di logicità al giudizio di cassazione, ne mettono in rilievo la funzione normativa e

---

<sup>4</sup> Cfr. *supra* cap. II, sez. III, § n. 1.2.

<sup>5</sup> BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, cit., n° 78.41; p. 431 s. ; MARTY G., *La distinction du fait et du droit*, Paris, 1929, 279 ss.

<sup>6</sup> SASSANI B., *Riflessioni sulla motivazione*, cit.

ciò sia con riguardo all'individuazione delle condizioni di applicazione della norma sia con riguardo alla specificazione delle predette condizioni di applicazione della norma nei casi in cui le stesse siano concetti fluidi, norme elastiche o clausole generali.

Ed invero, di tal guisa la Corte di cassazione francese e prima della modifica dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. anche la Corte di cassazione italiana, specifica(no) e dà(nno) corpo agli elementi della fattispecie legale astrattamente stabilita dal legislatore, delimitando e tracciando i confini di applicazione della norma di diritto. Ma non è tutto. Nei paragrafi relativi alla «funzione normativa» del vizio di motivazione, si è sottolineato che il Supremo Collegio (tanto italiano quanto francese) laddove formula un'inferenza volta ad attribuire valore all'insieme di alcuni dati fattuali ai fini della sussunzione di tali dati in una norma elastica opera un parallelismo tra i predetti dati e l'elemento costitutivo della fattispecie, con la conseguente specificazione concreta di quest'ultimo. In particolare, la predetta tipizzazione degli accadimenti empirici riconducibili alla fattispecie della norma elastica assurge a «parametro della sussunzione», sicché «ogni opzione valutativa discordante del giudice di merito viene colpita come falsa applicazione della norma»<sup>7</sup>. E nell'esplicare detta funzione normativa, la Corte di cassazione non può prescindere dal «fatto», il quale costituisce il presupposto - documentalmente rappresentato nella motivazione - da cui muovere per verificare l'esattezza e la legalità dei giudizi di valore atti a dare contenuto alle norme elastiche e, in ultima analisi, per verificare la corretta applicazione della legge al caso di specie.

Circostanza quest'ultima che vale di per sé sola quale dimostrazione dell'essenzialità e dell'inerenza del controllo della sufficienza della motivazione per il sindacato di legittimità della Corte di cassazione, essendo pertanto opportuno e doveroso mantenere il vizio di insufficiente motivazione quale strumento della *technique de cassation*.

L'analisi della tecnica del controllo sulla motivazione delle sentenze elaborata dalla Corte di cassazione francese<sup>8</sup> ha poi messo in luce il fatto che il

---

<sup>7</sup> FABBRINI G., voce *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p.721 ss., p. 742.

<sup>8</sup> Cfr. *supra* Cap. II, sez. III, § n. 1.4.

difetto di base legale è stato utilizzato per far evolvere l'interpretazione giurisprudenziale relativa al significato giuridico di concetti giuridici indeterminati<sup>9</sup>. Si è in proposito osservato che gli arresti della Corte di cassazione francesi pronunciati per difetto di base legale sono indicativi dell'abbandono di una certa interpretazione giurisprudenziale e si pongono a base di una ragionata e motivata evoluzione esegetica volta a soddisfare le esigenze dettate dai mutamenti del tempo e della società<sup>10</sup>.

Non ultimo, occorre inoltre sottolineare che l'oggetto del controllo del sindacato di legittimità sulla motivazione è costituito, tanto nel caso del controllo esercitato dalla Corte di cassazione francese quanto nel caso di quello posto in essere dalla Corte di cassazione italiana, dai motivi di fatto della decisione, rilevando l'erroneità della motivazione in diritto solo se comporta un errore del dispositivo e non anche quando la decisione sia comunque conforme in diritto<sup>11</sup>.

Le differenze essenziali relative al controllo sulla sufficienza della motivazione in fatto sono state invece riscontrate soprattutto per ciò che concerne i limiti e la politica del modo di esercizio del controllo.

Quanto ai limiti del controllo e quindi alla possibilità per le parti di censurare dinanzi la Corte di cassazione il vizio di motivazione insufficiente si è riscontrata una tendenza divergente non solo del legislatore, ma anche della giurisprudenza, francese rispetto a quella italiana.

Se, infatti, il legislatore francese non ha negli anni ristretto le maglie dell'accesso al sindacato di legittimità sulla motivazione, continuando a considerarlo uno strumento essenziale per la tecnica di cassazione e quale garanzia per i singoli, diversamente il legislatore italiano ha introdotto una serie di misure volte a restringere e limitare la possibilità di sanzionare la sufficienza della

---

<sup>9</sup> Sulla politica giurisprudenziale della Suprema Corte francese cfr. CANIVET G., MOLFESSIS N., *La politique jurisprudentielle*, in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Paris, 2007, p. 79 e ss.; MUIR WATT H., *La motivation des arrêts de la cour de cassation et l'élaboration de la norme*, publié dans *La Cour de cassation et l'élaboration du droit* (dirigé par Molfessis Nicolas), Paris, 2004, p. 53 s.

<sup>10</sup> Sui mutamenti di giurisprudenza in ordine all'interpretazione delle clausole generali cfr. BOCCARA B., *Le clair et l'obscur. (A propos de l'interprétation judiciaire des clauses type)*, in *JCP G*, 1978, n° 2910.

<sup>11</sup> LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, Milano, 2013, II, p. 422 ss.

motivazione, “eliminandola” con la modifica dell’art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. Tuttavia in proposito si è osservato come attraverso il motivo di ricorso per cassazione dell’omesso esame circa un fatto decisivo che è stato oggetto di discussione tra le parti può essere fatto valere, oltre all’omessa presa di posizione nella motivazione sull’esistenza o l’inesistenza di un fatto materiale e all’omesso esame di un fatto secondario rappresentativo (i.e. *factum probans*) del fatto da provare (i.e. l’omesso esame della prova), anche la censura della scelta o dell’uso – o meglio dell’omesso esame del fatto nel rispetto – delle massime di esperienza, laddove il giudizio di fatto circa l’esistenza o l’inesistenza del fatto di cui le parti discutono non sia il risultato di un esame razionale – circa l’esistenza o l’inesistenza - del fatto condotto nel rispetto delle regole di cui all’art. 115 c.p.c.<sup>12</sup>, tra i quali rientra anche quella secondo cui il giudice deve porre a fondamento del suo convincimento le massime di esperienza. Peraltro, è interessante notare che la recente Cass. n. 24784/2015 (benché relativa pronunciata a seguito dell’impugnazione di una sentenza pubblicata *ante* novella) ha stabilito che la motivazione è insufficiente qualora si limiti ad affermare la mera esistenza o inesistenza di un fatto, dovendo invece la motivazione contenere «l’esame» di tutto quanto necessario ai fini dell’affermazione dell’esistenza o dell’inesistenza del fatto controverso. Tale pronuncia potrebbe suffragare l’interpretazione del nuovo art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c., nel senso di ritenere necessario che la motivazione relativa al giudizio di fatto circa l’esistenza o l’inesistenza del fatto di cui le parti discutono contenga l’esame razionale – circa l’esistenza o l’inesistenza – di tale fatto, condotto nel rispetto dei principi regolatori di cui all’art. 115 c.p.c.

Nella sezione del secondo capitolo dedicata allo studio dei limiti del controllo della Corte di cassazione (italiana e francese) sul vizio di motivazione è stata poi riscontrata un’analoga divergenza di tendenza con riguardo alla giurisprudenza. In Italia si assiste infatti all’elaborazione, da parte della Suprema Corte, di interpretazioni restrittive che - sebbene siano dettate dall’esigenza di porre un argine all’esorbitante numero dei ricorsi proposti ogni anno – limitano l’accesso al giudizio di cassazione.

---

<sup>12</sup> In senso sostanzialmente analogo e per l’affermazione secondo cui «Omesso esame circa un fatto decisivo vuol dire che il giudice, nell’affermare l’esistenza/verità (o l’inesistenza/falsità) di un fatto decisivo, non ha preso in esame qualcosa che era invece suo compito considerare, secondo le c.d. norme sul (metodo del) giudizio di fatto», cfr. Poli R., *op. cit.*, p. 283 e s.

È peraltro interessante notare che se la Corte di cassazione italiana ha di recente interpretato letteralmente il nuovo art. 360, comma 1°, n. 5 c.p.c. sulla base della pretesa esigenza di ristabilire il ruolo della Suprema Corte quale giudice dello *ius constitutionis*<sup>13</sup>, limitando il sindacato di legittimità sul vizio di motivazione ai casi in cui tale vizio sia talmente grave da trasformarsi in violazione di legge si da determinare la nullità della sentenza per mancanza di motivazione ai sensi dell'art. 132, comma 2°, n. 4, c.p.c.; al contrario, la giurisprudenza francese difende e fa evolvere l'istituto del *défaut de base légale*.

Sicché, per quanto concerne la politica del controllo, si riscontra una grande differenza, giacché la Corte di cassazione italiana tende – almeno a quanto risulta dal principio di diritto pronunciato in relazione all'esegesi del nuovo art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. – a chiudere la valvola del controllo, mentre la Corte di cassazione francese tende ad allargare le maglie del controllo sulla motivazione onde garantire le esigenze di giustizia sostanziale. Ma non basta.

Difatti nell'ordinamento francese, il *cas d'ouverture* del *défaut de base légale*, oltre a rappresentare una garanzia contro l'esercizio arbitrario del potere giurisdizionale e a costituire uno strumento per assicurare la giustizia sostanziale, sta assumendo anche le vesti di strumento atto ad aumentare la certezza del diritto e a consentire la prevedibilità delle evoluzioni giurisprudenziali. Si è osservato che a partire dagli anni sessanta la Suprema Corte francese ha utilizzato il *défaut de base légale*, preferendolo alla violazione di legge quale motivo di annullamento delle decisioni impugnate, per anticipare un *revirement de jurisprudence*<sup>14</sup>. In particolare, tale tendenza è indice della volontà – politica – della Corte di legittimità d'oltralpe di non prendere, su una questione giuridica “calda”, una posizione diversa rispetto a quella consolidatasi fino a quel momento, ma di accordare – a sé e al mondo degli

---

<sup>13</sup> Cass. civ., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053, pronuncia segnalata da ARCADI A., *Osservatorio sulla cassazione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 1294 ss., spec. p. 1302 s. Per le prime osservazioni a questa sentenza cfr. PERROTTA G., *Il decreto crescita si applica anche alle liti tributarie*, in *Dir. e giustizia* 2014, p. 298 ss.; RUSSO A., *Ricorso per cassazione tributario soggetto allo stesso filtro del ricorso per cassazione dei giudizi civili*, in *Il fisco* 2014, p. 1682 ss. La sentenza è stata peraltro oggetto del commento di PORCELLI F., *Sul vizio di omesso esame circa un fatto decisivo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, p. 1600 ss.; PASSANANTE L., *Le Sezioni unite riducono al «minimo costituzionale» il sindacato di legittimità sulla sentenza civile*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2015, p. 179 e ss. Nonché, cfr. Cass. civ., sez. un., 22 settembre 2014, n. 19881.

<sup>14</sup> L'attenta individuazione di tale prassi giurisprudenziale è di FERRAND F., *Cassation française*, cit., n. 408, p. 314.

operatori del diritto - un “tempo di riflessione”<sup>15</sup> funzionale alla “metabolizzazione” di un *revirement de jurisprudence* sul punto.

Come visto, il vizio di motivazione insufficiente diviene, nell’ordinamento francese, lo strumento privilegiato per l’evoluzione del diritto sostanziale, lo strumento attraverso cui la Corte Suprema esterna il contenuto normativo latente e non ancora espressamente formulato di una determinata disposizione di legge, nonché tecnica di anticipazione di un *revirement de jurisprudence*, assolvendo pertanto una funzione di tutela dell’interesse generale, ma anche dell’interesse dei singoli.

Strumento che pertanto è opportuno che rimanga nella panoplia della Corte di cassazione francese e della Corte di cassazione italiana, essendo il medesimo «*la pierre touche de la technique juridique*»<sup>16</sup> e consentendo alle parti di censurare «le più incredibili storture del ragionamento compiuto dal giudice di merito nell’accertamento del fatto»<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> LE BARS TH., *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris, 1997, n.° 295, p. 221.

<sup>16</sup> MOTULSKY H., *Le manque de base légale, pierre de touche de la technique judiciaire*, in *JCP*, 1949, I, p. 775 s.

<sup>17</sup> SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. II, 2, Padova 1962, p. 208.

## BIBLIOGRAFIA

### *Manuels, ouvrages généraux. Droit français*

BERNARD G., *Les institutions judiciaires*, Paris, 2006;

CADIET L., JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, Paris, 2013;

COUCHEZ G., *Procédure civile*, Paris, 2014;

DOUCHY-OUUDOT M., *Procédure civile*, Paris, 2012;

FERRAND F. (dir.), *La procédure civile mondiale modélisée*, Paris, 2004;

FRICERO N., *Procédure civile : le droit au procès, le droit du procès, le droit au renouvellement du procès*, Paris, 2013;

FRICERO N., *Les institutions judiciaires : les principes fondamentaux de la justice, les organes de la justice, les acteurs de la justice*, Paris, 2014;

GARSONNT E., CEZAR-BRU Ch., *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Paris, 1915 ;

GLASSON E., MOREL René, TISSIER Albert, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Paris, 1929;

GUILLET M.-B., *Institutions juridictionnelles et administratives*, Paris, 2013;

GUINCHARD S., *Institutions juridictionnelles*, Paris, 2013;

GUINCHARD S. in AA.VV., *Droit processuel, droit commune et droit comparé du procès*, Paris, 2005;

GUINCHARD S., FERRAND F., CHAINAIS C., *Procédure civile*, Paris, 2013;

HERAUD A., MAURIN A., *Institutions juridictionnelles*, Paris, 2010;

HÉRON J., LE BARS T., *Droit judiciaire privé*, Paris, 2012 ;

JAPIOT R., *Traité élémentaire de procédure civile & commerciale*, Paris, 1916;



JULIEN P., FRICERO N., *Procédure civile*, Paris, 201;

KERNALEGUEN F., *Les institutions judiciaires*, Paris, 2012;

LARGUIER J., CONTE P., BLANCHARD C., *Droit judiciaire privé*, Paris, 2010;

LEFORT C., *Procédure civile*, Paris, 2011;

LE BARS T., *Droit judiciaire privé*, Paris, 2002 ;

MAURIN A., *Institutions juridictionnelles*, Paris, 2013 ;

PERROT R., *Institutions judiciaires*, Paris, 2012;

ROBIN C., *Procédure civile*, Paris, 2012;

ROLLAND B., *Procédure civile*, Bruxelles, 2013;

TAISNE J.-J., *Institutions juridictionnelles*, Paris, 2012;

STRICKLER Y., *Procédure civile*, Bruxelles, 2013;

***Manuali, Commentari, Trattati. Diritto italiano***

AA. VV., *Atti della commissione delle assemblee legislative chiamata a dare il proprio parere sul progetto di codice di procedura civile* a cura di Vari Autori, Roma, 1940, p. 144 ss.;

AA.VV., *Osservazioni e proposte sul Progetto di codice di procedura civile* a cura di Vari Autori, Roma, 1938, vol. II, 746 ss., p. 829 ss.;

ABIUSO V., *Diritto e pratica processuale civile secondo il nuovo codice*, Genova, 1942;

ALLORIO E. (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, Torino 1973, 1298 ss.

ANDRIOLI V., *Appunti di diritto processuale civile*, Napoli, 1964;

- ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1941, I, p. 299 ss.;
- ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1945, II, p. 348 ss.;
- ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979;
- ANICHINI U., *Sul progetto di modificazioni al Codice di procedura civile*, in *Foro padano*, 1946, p. 178;
- BARTOLE S., BIN R., *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008;
- BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936;
- BORSARI L., *Il Codice di procedura civile annotato*, Torino, 1865;
- CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1941;
- CALAMANDREI P., *Parere della facoltà di giurisprudenza a S. E. il ministero della giustizia sul progetto preliminare del codice di procedura civile*, Firenze, 1937;
- CAMMEO F., *Lezioni di procedura civile*, Padova 1909-1910;
- CANTILLO M., *Il processo tributario*, Napoli, 2012, p. 439 ss.;
- CARNELUTTI F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941;
- CARNELUTTI F., *Trattato del processo civile*, Napoli 1958;
- CARPI F.-TARUFFO M., *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova 2010;
- CECCHIELLA C., *Il nuovo processo civile*, Milano, 2009;
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1934, vol. II;
- CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923;
- COMIO B., *art. 118 disp. Att. C.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile* diretto da E. Allorio, Torino, 1973, p. 1398 ss.;
- COMOGLIO L. P., VACCARELLA R. (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, 3<sup>a</sup> ed., Torino 2010;

CONSOLO C. (diretto da), *Codice di procedura civile commentato*, Pavese 2013;

CONSOLO C., GLENDI C., in *Commentario breve alle leggi del processo tributario*, III ed., a cura di C. Consolo e C. Glendi, Milano, 2012, *sub. art. 62*;

CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale*, Torino, 2014;

CUZZERI E., *Il Codice italiano di procedura civile illustrato*, Verona, 1877, vol. II;

CUZZERI, *Il codice italiano di procedura civile*, 2<sup>a</sup> ed., Verona 1908;

D'ONOFRIO P., *Commento al nuovo codice di procedura civile*, Padova, 1941;

EVANGELISTA S., IANNELLI D., *Manuale di procedura civile*, Roma 1988;

FALZONE, PALERMO, COSENTINO, *La Costituzione della repubblica italiana*, Roma, 1969;

FAZZALARI E., *Il processo ordinario di cognizione. Impugnazioni*, Torino, 1990;

FAZZALARI E., *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1989;

FOSCHINI G., FOSCHINI V., *I motivi del codice di procedura civile*, Torino, 1870;

FURNO C., *Il nuovo codice di procedura civile*, illustrato da, Firenze, 1940;

GALANTE V., *Diritto processuale civile*, Napoli, 1909;

GALDI D., *Commentario del codice di procedura civile del Regno d'Italia*, Torino, 1890, vol. V;

GARGIULO F. S., *Il codice di procedura civile del Regno d'Italia*, Napoli, 1877, vol. II;

GARGIULO F. S., *Il codice di procedura civile del regno d'Italia*, 2<sup>a</sup> ed., vol. II, Napoli 1877;

GARRONE C. G., *Il nuovo codice di procedura civile*, Torino, 1951;

JAEGER N., *Diritto processuale civile*, Torino, 1943;

LESSONA C., *Manuale di procedura civile*, 6<sup>a</sup> ed., Milano 1932;

LIEBMAN M. T., *Lezioni di diritto processuale civile*, Milano, 1951;

LUGO A., BERRI M., *Codice di procedura civile illustrato*, Milano, 1942;

LUGO A., *Manuale di diritto processuale civile*, 17<sup>a</sup> ed., Milano 2009;

LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, Milano, 2013;

MANCINI P.S., PISANELLI G., SCIALOIA A., *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati Sardi*, Torino, 1857;

MANFREDINI G., *Procedura civile*, Bologna, 1899;

MANFREDINI, *Corso di diritto giudiziario civile*, Bologna 1898;

MARIANI M., *Appunti di procedura civile*, Pavia, 1879;

MATTIROLO L., *Trattato di diritto giudiziario civile*, Torino, 1904;

MAZZARELLA F.-TESORIERE G., *Corso di diritto processuale civile*, Padova 2009,;

MICHELI G., *Corso di diritto processuale*, Milano, 1960, II;

MONTELEONE G., *Manuale di diritto processuale civile*, Padova, 2012;

MONTESANO L., ARIETA G., *Trattato di diritto processuale civile*, tomo II, Milano 2001;

MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di Procedura civile*, Milano, 1923;

MORTARA L., *Manuale di procedura civile*, Napoli, 1921;

MORTARA L., *Per il nuovo codice della procedura civile. Riflessioni e proposte*, Torino, 1926;

NAPPI G., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1943;

PICARDI N. (a cura di), *Codice di procedura civile*, Milano 2010;

PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Milano, 2012;

PUNZI C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, Torino, 2009;

- REDENTI E., *Diritto processuale civile*, Milano, 1949;
- REDENTI E., *Diritto processuale civile*, Milano, 1957;
- REDENTI E., *Lavori preparatori per la riforma del codice di procedura civile*, Roma, 1936;
- RICCI F., *Commento al codice di procedura civile*, Firenze, 1905;
- RICCI G. F., *Diritto processuale civile: il processo di cognizione e le impugnazioni*, Torino 2009;
- RICCI E., *Commento al codice di procedura civile italiano*, 8<sup>a</sup> ed., Firenze 1905;
- ROCCO U., *Corso di teoria e pratica del processo civile: il processo di cognizione*, vol. II, Napoli 1953;
- ROCCO U., *Trattato di diritto processuale civile*, vol. II, Torino 1957;
- RUSSO P., *Manuale di diritto tributario*, Milano, 2012;
- SALETTI A.-SASSANI B. (a cura di), *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Torino 2009;
- SALVANESCHI L., *art. 132, art. 118 disp. att. c.p.c.*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile* a cura di Saletti A., Sassani B., Torino, 2009;
- SAREDO G., *Istituzioni di procedura civile*, Firenze, 1876;
- SASSANI B., *Lineamenti del processo civile italiano: tutela giurisdizionale, procedimenti di cognizione, cautele*, Milano, 2015;
- SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, Padova, 1962, vol. II;
- SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, Padova, 1966, vol. I;
- SATTA S., *Diritto processuale civile*, Padova, 1948;
- SATTA S., *Diritto processuale civile*, Padova, 1953, p. 315 ss.;
- SATTA S., *Guida pratica per il nuovo processo civile italiano*, Padova, 1942;

- SATTA S., *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1951;
- SATTA S., *Parere della facoltà di giurisprudenza della R. Università di Padova sul progetto preliminare di codice di procedura civile*, Padova, 1937;
- SATTA S., PUNZI C., *Diritto processuale civile*, Padova, 2000;
- SIMONCELLI V., *Lezioni di diritto giudiziario*, Roma, 1903-1904;
- SOLMI A., *Codice di procedura civile. Progetto definitivo e relazione*, Roma, 1939;
- SOLMI A., *La riforma del codice di procedura civile*, Roma, 1937;
- SORGENTE N., *Sommari delle lezioni sul codice di procedura civile*, Napoli, 1897;
- TARZIA G., *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano 2009;
- VACCARELLA R., VERDE G., *Codice di procedura civile commentato*, Torino, 2000;
- VACCARO L., BRIZI E., *Codice di procedura civile. Commentato e annotato con i lavori preparatori*, Roma, 1940;
- VERDE G., *Diritto processuale civile: processo di cognizione*, 2<sup>a</sup> ed., Torino 2010;
- VITI D., *Istituzioni di diritto giudiziario civile*, Napoli, 1884.;
- ZANZUCCHI M. T., *Diritto processuale civile*, Milano, 1947;
- ZANZUCCHI M. T., *Il nuovo diritto processuale civile*, Milano, 1941;

***Ouvrages spécifiques, thèses. Droit français***

- AA.VV., *Le raisonnement juridique*, Congrès de Bruxelles (actes), Bruxelles, Bruylant, 1971 ;
- AA.VV., *Les revirements de jurisprudence : rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet, mardi 30 novembre 2004*, Paris, LexisNexis –Litec, 2005 ;

AA.VV., *Droit et technique de cassation 2007: cycle de conférences organisées [à Paris] du 13 mars 2007 au 18 octobre 2007*, Paris, Droit in-situ, 2007 ;

AA.VV., *La Cour de cassation et la construction juridique européenne*, La documentation française, 2007 ;

AA.VV., *La création du droit jurisprudentiel : mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Paris, Dalloz, 2007 ;

ANCEL B., *L'objet de la qualification*, Clunet, 1980 ;

BACHELLIER J., NOËLLE M., *La technique de cassation*, Paris, 2010 ;

BARDOT H., *Etude sur le pourvoi devant la Cour de cassation en matière civile*, Thèse, Paris, 1873 ;

BELAID S., *Essais sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Bib. Philo. Droit, vol. XVII, Paris, 1974;

BERGEAUD A., *Le droit à la preuve*, Paris, 2010 ;

BLÉRY C., *La Motivation des décisions de justice au XVIIIe siècle : vers la réforme judiciaire de 1790*, Paris, 1990 ;

BONNEAU Th., *La Cour de cassation et l'application de la loi dans la temps*, Paris, 1990;

BORÉ J., *La Cassation en matière civile*, Paris, 1980;

BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, Paris, 2008/2009;

BORÉ J., BORÉ L., *La Cassation en matière civile*, Paris, 2015/2016 ;

BREDIN J.D., *La logique judiciaire et l'avocat*, La logique judiciaire, Paris, 1969 ;

BUFFET J. et alii, *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, , Paris, 2012;

BURGELIN J.-F., LOMBARD P., *Le procès de la justice*, Plon, 2003;

CHARBONNEAU, C., *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, Paris, 2011 ;

- CHARTIER Y., *La Cour de cassation*, Paris, 1999 ;
- CHENON E., *Origines, conditions et effets de la cassation*, Paris, 1882 ;
- CHEVALLIER B., *La motivation des actes juridictionnels*, Rennes, 1974 ;
- COHEN M., *La motivation des décisions de justice, entre épistémologie sociale et théorie du droit: le cas des cours souveraines et des cours constitutionnelles : rapport final*, Paris, 2013 ;
- COTTIN M., *L'accès à La Cour de cassation. Etude du droit au pourvoi devant les chambres civiles de la Cour de cassation*, Thèse, Saint Etienne, 1998 ;
- CREPON T., *Du pourvoi en Cassation en matière civile*, Paris, 1892 ;
- CROZE H., *Recherche sur la qualification en droit processuel français*, Lyon, 1981;
- DESAPONAY G., *Manuel de la cour de cassation*, Paris, 1832 ;
- ESTOUP P., *Les jugements civils. Principes et méthodes de rédaction*, Litec, 1989 ;
- FABREGUETTES M.P., *La logique judiciaire et l'art de juger*, Paris, 1914;
- FAYE E., *La Cour de Cassation, Paris*, 1903;
- FERRAND F., *Cassation française et Révision allemande*, Paris, 1993;
- GUIDICELLI-DELAGE G., *La motivation des décisions de justice*, Poitiers, 1979 ;
- GUILLERMET C-J, *La motivation des décisions de justice : la vertu pédagogique de la justice*, Paris, 2006 ;
- IVAINER T., *L'interprétation des faits en droit*, Paris, 1988 ;
- KALINOWSKY G., *Introduction à la logique juridique*, Paris, 1962;
- LAVAUX C., *Manuel du tribunal de cassation, ou Règles de la justice civile, criminelle, correctionnelle et de police dans ses rapports avec l'institution du tribunal de cassation*, Paris, 1797 ;
- LE BARS T., *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris, 1997;



- LEGEAIS R., *Les règles des preuves en droit civil. Permanences et transformations*, Poitiers, 1955;
- LEGROS J.-M., *Essai sur la motivation des jugements civils*, Dijon, 1987;
- MARTY G., *La distinction du fait et du droit*, Paris, 1929;
- MOLFESSIS N. (dir.), *Les revirements de jurisprudence : rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Paris, 2005 ;
- MOTULSKY H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, 1948;
- NORAMAND J., *L'office du juge et la contestation*, Paris, 1965 ; ouvrage également paru sous le titre *Le juge et le litige*, Paris, 1965;
- PARMENTIER C., *Comprendre la technique de cassation*, Bruxelles, 2011 ;
- PERDRIAU A., *La pratique des arrêts civils de la cour de cassation. Principes et méthode de rédaction*, Paris, 1993;
- PERELMAN Ch., FORIERS P., *La Motivation des décisions de justice, essai de synthèse*, Bruxelles, 1978;
- PERELMAN Ch., OLBRECHTS-TYTECA L., *Traité sur l'argumentation*, Paris, 1958;
- PERRIN E., *Du pourvoi devant la Cour de cassation en matière civile*, Paris, 1879;
- PICCA G., COBERT L., *La Cour de cassation*, coll. « que sais-je ? » 1986;
- PUIGELIER C., *La pratique de la cassation en matière sociale*, Paris, 1996;
- RIGAUX F., *La nature du contrôle de la Cour de Cassation*, Bruxelles, 1966;
- RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, LGJD, Paris, 1955 ;
- SALUDEN M., *Le problème de la jurisprudence : étude sociologique*, thèse Paris, 1983;
- TASCHER M., *Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation*, Besançon, 2011;

TOUFFAIT A., *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de Cassation*, Paris, 1974 ;

WEBER J.-F., *La Cour de cassation*, Paris, 2011;

***Monografie. Diritto italiano.***

ACIERNO A., CURZIO P., GIUSTI A., *La cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, Bari, 2015;

AMOROSO G., *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 2012;

ANDOLINA I., VIGNERA G., *Fondamenti costituzionali della giustizia civile*, Torino, 1997;

ATTARDI A., *La revocazione*, Padova, 1950;

BALENA G., CAPONI R., CHIZZINI A., MENCHINI S., *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, p. 42 ss.;

BOVE M., *Il sindacato della Corte di Cassazione*, Milano, 1993;

CALAMANDREI P., *La Cassazione civile*, Roma, 1920;

CALOGERO G., *La logica del giudice ed il suo controllo in cassazione*, Padova, 1937;

CARNELUTTI F., *La prova civile*, Roma, 1936;

CARULLO, *La costituzione della repubblica italiana*, Bologna, 1950, p. 354

CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili*, Padova, 1973;

CIPRIANI F. (a cura di), *La riforma del giudizio di cassazione*, Padova, 2009;

FABIANI E., *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003;

FAZZALARI E., *Il giudizio di Cassazione*, Milano, 1960;

FURNO C., *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940;

GIUDICEANDREA N., *Le impugnazioni civili*, Milano, 1952, vol. II;

IACCARINO C. M., *Studi sulla motivazione*, Roma, 1933;

IANNIRUBERTO G., MORCAVALLOU., *Il nuovo giudizio di cassazione*, Milano, 2010;

IACCARINO C. M., *Studi sulla motivazione*, Roma, 1933;

LEVITA L. (a cura di), *Il ricorso per cassazione*, Matelica, 2014;

LOMBARDO L., *Contributo alla teoria del giudizio civile di cassazione*, Catania, 2012;

LOMBARDO L., *La natura del sindacato della Corte di Cassazione*, in corso di pubblicazione per la collana *La biblioteca di diritto processuale civile*, Torino, 2015;

MAZZARELLA F., *Analisi del giudizio civile di cassazione*, Padova, 2000;

NAPPI A., *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Torino, 2011;

PANZAROLA A., *La Cassazione civile giudice del merito*, Torino, 2005, vol. II;

PUNZI C., *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, Milano, 1963;

ROSELLI F., *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli 1983;

RUSCIANO S., *Nomofiliachia e Ricorso in cassazione*, Torino, 2012;

SANTORIELLO Ciro, *Il vizio di motivazione, tra esame di legittimità e giudizio di fatto*, Torino, 2008;

TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975;

TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992;

TARUFFO M., *Il Vertice ambiguo: saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991;

TARZIA G., *Profili della sentenza civile impugnabile*, Milano, 1967;

ZAGREBELSKY G., *Sulla lingua del tempo presente*, Torino, 2010

### **Articles . Droit français**

AA.VV., *Interprétation et portée des arrêts de la Cour de cassation en matière civile*, in *BICC*, 2007, n° 661, p. 6 s.;

ANCEL B. – LEQUETTE Y., note à Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. Civ.) 25 novembre 1986, *RCDIP*, 1987, p. 383 s. ;

ANCEL B., Observations à Cour de cassation (Ch. Cr.) 17 mai 1989, *RCDIP*, 1989, p. 515 s. ;

ANCEL J.-P., *L'élaboration de la norme et le contrôle de la Cour de cassation*, in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit* Nicolas Molfessis (dir), Paris, 2004, p. 94 s.;

ANCEL J.-P., *La motivation des arrêts*, in *BICC*, 2003, mai, n° 576;

ANCEL J.-P., *Le manque de base légale*, in *BICC*, 2010, avril, n° 719;

ANCEL M., *Le rôle du juge de cassation*, in *RIDP*, 1975, p. 31 s.;

ANCEL M., *Réflexions sur l'étude comparative des Cours suprêmes et le recours en cassation*, *Annales de l'Institut de droit comparé de l'université de Paris*, 1938, p. 285 s.;

ASCARELLI T., *Le fait et le droit devant la Cour de cassation italienne*, in *Le fait et le droit*, Bruxelles, 1961, p. 113 s.;

ATIAS CH., *L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privées*, in *JCP*, 1984, I, n° 3145;

AYNÈS L., Cass. Ass. plén., 1er décembre 1995, n° 91-15.578, in *D.*, 1996, p. 13 s.;

AUBERT DE VINCELLES C., *Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix*, in *D.*, 2006, chron., p. 2629 ;

AUBERT J.-L., *L'arrêt Desmares : une provocation... à quelles réformes ?*, in *D.*, 1983, chr, n° I. ;

AUBERT J.-L., *La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile*, in *D.*, 2005, p. 1115 s.;

AYISSI MANGA E., *Critères de la fictivité d'une société et appréciation de la conformité avec le droit communautaire*, in *JCP G.*, 2003, p. 1635 s. ;

AYRAULT L., *Recevabilité d'un moyen de pur droit non invoqué dans la réclamation*, in *Procédures*, 2010, p. 33 s. ;

BACHELLIER X., *Le pouvoir souverain des juges du fond*, in *BICC*, 2009, mai, p. 18 e ss.;

BATTIFOL H., *Observations à Cour de cassation (Ch. Civ.) 12 mai 1959*, in *RCDIP*, 1960, p. 62 s. ;

BATTIFOL H., *Observations à Cour de cassation (Ch. Civ.) 19 mai 1958*, in *RCDIP*, 1958, p. 701 s. ;

BATTIFOL H., *Observations à Cour de cassation (Ch. Civ.) 2 mars 1960*, in *RCDIP*, 1960, p. 67 s. ;

BATTIFOL H., *Observations à Cour de cassation (Ch. Civ.) 21 juin 1982*, in *RCDIP*, 1983, p. 70 s. ;

BATTIFOL H., *Observations sur la preuve des faits*, in *La preuve en droit*, Bruxelles, 1981, p. 303 s. ;

BAYART A., *La distinction du fait et du droit. Le point de vue de l'avocat*, in *Le fait et le droit*, Bruxelles, 1961, p. 89 s.;

BEL J., *Le bicentenaire de la Révolution, retour aux sources pour la Cour de cassation*, in *D.*, 1989, Chr, p. 106 s.;

BELLET P., *France. La Cour de cassation*, in *La Cour judiciaire suprême. Enquête comparative*, in RIDC, 1978, p. 193 s.;

BELLET P., *Grandeur et servitude de la Cour de cassation*, in RIDC, 1980, p. 293 s.;

BENABENT A., note sous Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 5 mai 1993, in *D* 1993, Ch., n° 35;

BETOULLE J., *La distinction contrôle lourd/contrôle léger de la Cour de cassation. Mythe ou réalité*, in *JCP G*, 2002, I, p. 171 s.;

BIHR O., note sous Cass. com., 11 juin 1969, in *D*, 1969, p. 244 s.;

BILLIAU M., *Responsabilité personnelle des préposés bénéficiant d'une indépendance professionnelle intangible*, note sur Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 nov. 2002, in *JCP G*, 2003, II, n° 10096 ;

BLONDEL P., *Le fait source de droit*, in *Mélangés Pierre Drai*, Paris, Dalloz, 2003, p. 203 s.;

BLONDEL P., *Le manque de base légale, son avenir*, publié dans *Mélangés Ponsard*, Paris, 2003, p. 53 s.;

BLONDEL P., *Les offices croisés du justiciable, de son ou de ses conseils, du technicien ou de tout autre intervenant à l'œuvre de justice et du juge pour une première instance revisitée et dominée par un principe de complétude ou Le décryptage d'un songe procédural*, publié dans *Le nouveau code de procédure civile*, Paris, 2005, p. 159 s.;

BOCCARA B., *Le clair et l'obscur. (A propos de l'interprétation judiciaire des clauses type)*, in *JCP G*, 1978, n° 2910 ;

BOLARD G., *L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme*, *JCP*, 2008, I, n° 156;

BOLARD G., *Le moyen contraire aux précédentes écritures*, Publié dans *Mélanges J. Buffet*, 2004, p. 51 s.;

BOLARD G., *Le principe de contradiction et les faits très du dossier*, in *D*, 2002, p. 2704 s.;

BOLARD G., *Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henry Motulsky*, JCP G, 1993, Doctrine n° 3693;

BONNASSIES P., *Note sous arrêt*, Droit maritime français, 2003, p. 1057 s. ;

BORÉ J., *L'avenir du control normatif face aux fluctuations du contrôle des qualification*, in *Le Tribunal et la Cour de cassation. Volume jubilaire*, 1990, p. 193 s.;

BORÉ J., *La Cour de cassation de l'an 2000 (suite et fin)*, in *D*, 1995, p. 139 s. ;

BORÉ J., *La loi du 6 août 1981 et la réforme de la Cour de cassation*, in *D*, 1981, p. 299 s.;

BORÉ J., *La rédaction des conclusions en prévision du pourvoi en cassation*, Gaz. Pal., 1974. 2, doct., p. 803 s.;

BORÉ L., DE SALE DE BRUNETON J., *Quelques idées sur le pourvoi en cassation*, in *D*, 2005, p. 1800 s. ;

BORÉ L., *La motivation des décisions de justice et la convention européenne des Droits de l'Homme*, in *JCP G*, 2002, p. 121 s. ;

BORNET Ch., *La logique judiciaire devant la Cour de cassation*, in *La logique judiciaire*, 5e colloque des IEJ, PUF, 1969, Tome IV, p. 85 s.;

BOULANGER F., *Réflexions sur le problème de la charge de la preuve*, in *RTDCiv.*, 1966, p. 736 s.;

BOULOC B., *Note sous arrêt*, Revue de droit fiscal ex droit fiscal, 1998, p. 1308 s. ;

BOULOC B., *Note sous arrêt*, Revue de sociétés, 1999, p. 170 s. ;

BRETAUDEAU P., *Note sur Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 avr. 1991*, in *D*, p. 187 s. ;

BUCH H., *Le droit et le fait dans la jurisprudence du conseil d'Etat de Belgique, Le fait et le droit*, Travaux du Centre National de recherche de logique, Bruxelles, 1961, p. 149 s.;

BUFFET J., *Le contrôle de la Cour de cassation et le pouvoir souverain*, publié dans *La Cour de cassation et l'élaboration du droit* Nicolas Molfessis (dir), Paris, 2004, p. 113 s.;

- BURGELIN J.-F., *La Cour de cassation en question*, in *D*, 2001, p. 932 s. ;
- BUREAU MOLFESSIS, note sur. Cass. Ass. plén., 1er décembre 1995, n° 91-15.578, in *LPA* 27 déc. 1995 ;
- CANIVET G., *La politique jurisprudentielle*, conférence prononcé en 1990 sous le titre « *Le rôle créateur de la Cour de cassation* » et reproduit in *Droit et Modernité*, Puf, 1998, p. 65 ;
- CANIVET G., MOLFESSIS N., *La politique jurisprudentielle*, in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Paris, 2007, p. 79 e ss.;
- CAPRON Y., *Cas d'ouverture. Présentation*, in *JCL Procédure civile*, fasc. 780, 1993;
- CAPRON Y., *Cas d'ouverture. Violation de la loi. Défaut de base légale*, in *JCL Procédure civile*, fasc. 781, 1993;
- CAUSIN E., *La preuve et l'interprétation en droit privé*, in *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 197 s. ;
- CHARRUAULT C., *La souveraineté du juge du fond à l'épreuve de quelques faits*, in *BICC*, 2009, mai, p. 24 ss. ;
- CHARTIER Y., *Cass. civ. 1re, 24 oct. 1973 obs.*, in *JCP G*, 1975, II, n° 17991 ;
- CHEVALLIER J., *Le control de la cour de cassation sur la pertinence de l'offre de preuve*, in *D*, 1956, Chr., p. 37;
- COCTEAU-SENN D., *Dernières précisions sur le régime de l'action en rétablissement de la présomption de paternité légitime*, note sur Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 29 mai 2001, in *D*, 2002, p. 1588 ;
- COPPER-ROYER J., *La logique judiciaire et le pourvoi en cassation*, in *La logique judiciaire*, Travaux de la faculté de droit de Paris 5e colloque des IEJ, 1969, p. 73 s.;
- COURBE P., *Observation à Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.) 10 octobre 1978*, in *RCDIP*, 1979, p.776 s. ;



COURET A. , note sur. Cass. Ass. plén., 1er décembre 1995, n° 91-15.578, in *Dr. et patrim.* 1996, p. 458 s. ;

CROZE H, MOREL CH., *Pouvoir du juge de se fonder sur des faits resultants d'une pièce produite aux débats et interdiction de modifier l'objet du litige*, note sur Cass. civ. 3<sup>ème</sup> 20 nov. 1985, in *Gaz. Palais*, 1986, p. 421 ;

DAIGRE J.-J., *L'affectio societatis consiste dans la volonté de s'associer, qui ne se confond pas avec les motifs et les motivations des parties*, in *Bull. joly soc.*, 1998, 767 e ss.

DEKKERS R., *Le fait et le droit. Problèmes qu'ils posent*, in *Le fait et le droit*, Bruxelles, 1961, p. 7 s.;

DEL VOLVE J.-L., *Essai sur la motivation des sentences arbitrales*, in *Rev. arbitrage*, 1989, p. 149 s.;

DELEBECQUE PH., obs. sur. Cass. Ass. plén., 1er décembre 1995, n° 91-15.578, *Deffrénois* 1996, p. 747 s. ;

DELVOLVÉ P., *Constitution et Cassation*, in *Justice et Cassation*, 2005, p. 136 s. ;

DRAGO R., *Le défaut de base légale dans le recours pour excès de pouvoir*, in *EDCE*, 1960, p. 27 s.;

DRAI P., *Le rôle et la place du juge, en France, aujourd'hui*, in *RRJ*, 1991, p. 595 s.;

DRAI P., *Pour la Cour de cassation*, in *JCP G*, 1989, I, n° 3384;

DUMOULIN L., *Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 30 novembre 2010, pourvoi numéro 10-10.950*, in *JCP E*, 2011, p. 36 s. ;

DUPEYROUX O., *La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit*, in: *Mélanges Marty*, Univ. Sc. Soc. Toulouse, 1978, p. 463 et s. ;

DUPEYROUX O., *La jurisprudence source abusive du droit*, in : *Mélanges Maury*, t. II, p. 349 s. ;

ENGISCH K., *Le fait et le droit en droit allemand*, in *Le fait et le droit*, Travaux du centre national de logique, Bruxelles, 1961, p. 27 s.;

FABRE A., *Mesure d'instruction in futurum et respect de la vie privée du salarié*, obs. sur Cass. soc., 23 mai 2007, in *D*, 2007, p. 1590 ;

FERRAND F., *L'autorité et les Cours de cassation, De l'autorité des arrêts à l'autorité des cours*, contribution lors du colloque de la Cour de cassation du 10 mars 2011 sur Le juge de cassation en Europe, in *Le juge de cassation en Europe*, Dalloz, 2012, coll. Thèmes et commentaires;

FERRAND F., *L'influence de la procédure civile allemande sur la doctrine de Henri Motulsky*, in *Procédures*, mars 2012 ;

FERRAND F., *La sélection des pourvois en cassation à l'étranger*, colloque organisé par l'Université Paris I en novembre 2003, publication in *La sélection des pourvois en cassation* (sous la dir. de S. Amrani-Mekki et L. Cadiet, Paris, Economica 2005, p. 51 s. ;

FERRAND F., *Le nouveau Code de procédure civile français et les Principes ALI/Unidroit de Procédure civile transnationale : regard comparatif*, in J. Foyer et C. Puigelier (dir.), *Le nouveau code de procédure civile (1975-2005)*, Economica éd., 2006, p. 439 s. ;

FERRAND F., *Le principe contradictoire et l'expertise en droit comparé européen*, in RIDC 2000, p. 345 s. ;

FERRAND F., *Preuve*, Répertoire de procédure civile Dalloz, 2014 ;

FONTBRESSIN, note sur Cass. Ass. plén., 1er décembre 1995, n° 91-15.578, *Gaz. Pal.* 1995, 1, 626 ;

FORIERS P., *La distinction du fait et du droit devant la Cour de cassation de Belgique*, in *Le fait et le droit* Bruxelles, 1951, p. 51 s.;

FORIERS P.-A., *La preuve du fait devant la Cour de cassation*, in *La preuve en droit*, Travaux du Centre National de Recherche de logique, Bruxelles, 1981, p. 123 s.;

FOSSEREAU J., *L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation (en matière civile)*, in *BICC*, octobre 1987, p. 3 ;

FOSSEREAU J., note sur Cass. Ass. plén., 1er décembre 1995, n° 91-15.578, in *BICC* 15 janvier 1996, p. 10 ;

FOUSSARD D., *La Cour de cassation française et l'unification du droit*, in *Les Cours judiciaires suprêmes dans le monde arab*, Bruxelles, 2001;

FOUSSARD D., *Le manque de base légale*, in *BICC*, 2010, avril, n° 719;

FOUSSARD D., *Manque de base légale et création de la règle*, publié dans *La Cour de Cassation et l'élaboration du droit*, Paris, 2004, p. 69 s.;

FRANCESKAKIS PH., *Observations à Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.) 17 juin 1958*, in *RCDIP*, 1958, p. 704 s. ;

FRANK E.E., *L'élaboration des décisions de la Cour de cassation ou la partie immergées de l'iceberg*, in *D*, 1983, Chr., p. 122 ;

FRICERO N., *Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 5 avr. 2012, n° 11-14.177 obs.*, in *D*, 2013, n° 274 ;

FROUIN J-Y, *La technique de cassation (synthèse)*, in *Les petites affiches*, 2007, p. 53 s. ;

GARÉE T., *L'expertise biologique est de droit en matière de filiation*, in *JCP*, 2000, II, n° 10410 ;

GARÉE T., *L'expertise biologique est de droit en matière de filiation*, in *D*, 2000, p. 731 ;

GHESTIN J., note sous Cass. Ass. plén., 1er décembre 1995, n° 91-15.578, in *JCP G*, 1996, II. 22565 ;

GHILAIN-KRUKOFF F., *Panorama de la Cour de cassation*, in *La Gazette du Palais*, 1999, p. 13 s. ;

GINESTET C., note sous Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 29 janvier 1991, in *JCP G*, 1992, II. 21935 ;

GOUBEAUX G., *Le droit à la preuve*, in *La preuve en droit*, Bruxelles, 1981, p. 277 s. ;

GRIMALDI C., *L'analyse structurale de la règle de droit au service du juge*, in *D*, 2007, p. 1448 s. ;

HABSCHEID W.-H., *Le Cours supérieures en République Fédérale d'Allemagne et la distinction du fait et du droit devant les juridictions suprêmes en France et en Allemagne*, in *RIDC*, 1968, p. 79 s.;

HALLEMANS W., *Le juge devant la distinction du fait et du droit*, in *Le fait et le droit*, Bruxelles, 1961, p. 78 s.;

HAUSER J., *Cass. civ. 1<sup>re</sup> 17 sept. 2003, obs.*, in *RTDciv.*, 2004, chr., p. 74 ;

HAUSER J., *Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 5 avr. 2012, n°11-14.177 obs.*, in *RTDciv.*, 2012, chr. p. 506 ;

HAUSER J., *Obs. sur Personnes et droit de la famille*, in *RTDciv.*, 1999, p. 355 ;

HENRY X., *La motivation des arrêts et la technique du moyen*, in *JCP G*, 2010, I, n° 1130 ;

HEBRAUD P., *Le juge et la jurisprudence*, in *Mélanges P. Couzinet*, 1974, p. 365 s.;

HEBRAUD P., *Rapport introductif*, in *La logique judiciaire*, 5e colloques IEJ, 1969, p. 23 s.;

HUSSON L., *Les trois dimensions de la motivation judiciaire*, in *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, 1978, p. 69 s.;

IVAINER TH., *L'interprétation des faits en droit*, in *JCP G*, 1986, I, n° 3235 ;

JONQUÈRES J., *Le contrôle des constatations de fait par le juge de cassation. (Aspects de droit civil)*, publié dans *Journées de la Société de législation comparée*, 1980, vol. II, p. 117 s.;

JULIEN M-P., *Obs. sur Cass. civ. 27 nov. 1984*, in *D*, 1985, inf. rap., p. 470 ;

JULIEN M-P., *Obs. sur Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 jan. 1981*, in *D*, 1981, inf. Rap., p. 370 ;

JULIEN R., *Obs. sur Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 nov. 1984*, in *D*, 1985, p. 265 ;

LAGARDE P., *Observation à Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.) 21 novembre 1961*, in *RCDIP*, 1962, p. 330 s.;

- LAGARDE P., *Observation à Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.) 24 janvier 1984*, in RCDIP, 1985, p. 89 s. ;
- LAGARDE X., *Finalités et principes du droit de la preuve*, in JCP G, 2005, I, n° 133 ;
- LARDEUX G., *Du droit de la preuve au droit à la preuve*, in D, 2012, n° 1596 ;
- LE BARS T., *De la théorie des charges de la preuve et de l'allégation à la théorie globale des risques processuels*, publié dans *Mélanges G. Goubeaux*, 2009, p. 319 s.;
- LE BARS T., *La théorie du fait constant*, in JCP G, 1999, I, n° 178 ;
- LE CLEC'H J.-F., *De l'insuffisance des motifs, manque de base légale des décisions judiciaires*, in JCP G, 1948, I, p. 690 s.;
- LE CLEC'H J.-F., *Moyens de forme et moyens de fond devant la Cour de cassation*, in JCP G, 1947, I, p. 634 s.;
- LE CLEC'H J.-F., *Manque de base légale et violation de la loi en matière civile*, in JCP G, 1948, I, p. 720 s.;
- LE CLEC'H J.-F., *Moyens et arguments devant la Cour de cassation*, JCP, 1951, I, p. 939 s.;
- LE GAC-PECH S., *La place confortée des présomptions en matière de responsabilité du fait des produits, Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 10 juillet 2013, pourvoi numéro 12-21.314*, in JCP E, 2013, p. 35 s. ;
- LEGROS R., *Considérations en fait et en droit...*, in RDPC, 1961-1962, p. 829 s.;
- LEGROS R., *Considérations sur les motifs*, in *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, 1978, p. 7 s.;
- LEMÉE J., *Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 14 nov. 1979 note*, in D, 1980, p. 365 ;
- LEQUETTE Y., *L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 octobre 1988)*, in RCDIP, 1989, p. 278 s.;
- LINDON R., *L'arrêt Desmares : une provocation... à quelles réformes ?*, in D, 1983, p. 395 s.;

- LINDON R., *La loi du 6 août 198 sera-t-elle la dernière loi modifiant la procédure devant la Cour de cassation ?*, in *JCP G*, 1981, I, n° 3051;
- LINDON R., *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*, in *JCP G*, 1975, n° 2681;
- LUXEMBOURG F., *La Cour de cassation, juge de fond*, in *D*, 2006, p. 2358 s.;
- MARGUÉNAUD J-P., *Le droit à «l'expertise équitable»*, in *D*, 2000, p. 111 ;
- MARRAUD C., *Le droit à la preuve, la production forcée des preuves en justice*, in *JCP G*, 1973, I, n° 2572 ;
- MARTIN R., *Le juge devant la prétention*, in *D*, 1987, I, p. 36 s.;
- MARTIN R., *Retour sur la distinction du fait et du droit*, in *D*, 1987, I, p. 272 s.;
- MARTY G., *Répertoire Dalloz droit civil, v° Cassation*, 1984;
- MAURY J., *La distinction du fait et du droit devant la Cour de cassation*, in *RCDIP*, 1931, p. 583 s.;
- MESTRE J., obs. sur Cass. Ass. plén., 1er décembre 1995, n° 91-15.578, in *RTD civ.*, 1996, p. 153 ;
- MIMIN P., *La cassation pour fautes de langages*, in *JCP G*, 1946, I, n° 556 ;
- MIMIN P., *Les énonciations nécessaires, base légale des jugements*, in *JCP G*, 1946, I, n° 541 ;
- MONSALLIER-SAINTE MLEUX M-C., *Conditions du droit d'accès à la preuve scientifique en matière de filiation*, in *JCP G*, 2000, II, n° 10409 ;
- MOTULKY H., *Observation à Cass. Civ., 1<sup>re</sup>, 12 mai 1959, Bisbal c. Bisbal*, in *JCP G*, 1960, II, p. 11734 ;
- MOTULSKY H., *L'office du juge et la loi étrangère*, in *Ecrits III, Etudes et notes de droit international privé*, 1978, p. 87 ;
- MOTULSKY H., *L'office du juge et la loi étrangère*, in *Mélanges Maury*, 1955, tome 1, p. 22 s. ;

- MOTULSKY H., *La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge*, in *D*, 1964, chr. p. 38 ;
- MOTULSKY H., *Le manque de base légale, pierre de touche de la technique judiciaire*, in *JCP G*, 1949, I, p. 775 s.;
- MOTULSKY H., *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits*, in *Etudes de droit contemporain*, Paris, 1959, t. II, p. 355 ;
- MOTULSKY H., Observations à Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.) 8 décembre 1953, in *RCDIP*, 1955, p. 134 s. ;
- MOTUSKY H., note sur Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 16 juillet 1952, in *JCP G*, 1952, II, n° 7325 ;
- MOUSSERON , obs. sur. Cass. Ass. plén., 1er décembre 1995, n° 91-15.578, in *JCP E* 1996, I. 523, numéro 7 ;
- MUIR WATT H., *La motivation des arrêts de la cour de cassation et l'élaboration de la norme*, publié dans *La Cour de cassation et l'élaboration du droit* ( dirigé par Molfessis Nicolas), Paris, 2004, p. 53 s.;
- MUIR WATT H., *nota alla sentenza Montgomery*, in *Revue critique*, 2005, p. 321 s.;
- NORAMAND J., *Droit judiciaire privé: organisation judiciaire et juridiction*, in *RTD Civ*, 2001, p. 428 s. ;
- NORAMAND J., *Le juge et le fondement du litige*, in *Mélanges Hébraud*, Toulouse, 1981, p. 595 s.;
- NORMAND J., *L'appréciation de la licéité de la grève en référé*, in *RDCiv.*, 1980, p. 601 ;
- NORMAND J., note sur Cas. Com. 20 fév. 1990, in *JCP G*, 1990, II, n° 21509 ;
- PARANCE B., *Nouveau critère d'application de la théorie des troubles anormaux du voisinage et abandon de la notion de voisin occasionnel*, in *Lamy Droit Civil*, 2011, 86 ;
- PERDRIAU A., *Contrôle logique de la motivation*, in *JCL Procédure civile*, fasc. 790, 1991;

- PERDRIAU A., *Contrôle normatif du fond du droit*, in JCL Procédure civile, fasc. 792, 1991;
- PERDRIAU A., *Distinction entre la violation de la loi et le manque de base légale*, in JCP G, 1990, n° 3468;
- PERDRIAU A., *Diversité et disparité des solutions apportées aux pourvois en cassation qui ne sont pas accueillis*, in Les petites affiches, 2001, p. 17 s. ;
- PERDRIAU A., *La motivation des décisions de justice. Essai de synthèse*, in *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, 1978, p. 415 s.;
- PERDRIAU A., *La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation*, in JCP G, 1990, II, n° 21509;
- PERDRIAU A., *Le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 au regard du juge de cassation*, in JCP G, 1999, I, n° 115 ;
- PERDRIAU A., *Le juge, en principe, ne statue pas en tant qu'arbitre*, in JCP G, 2002, II, n° 1007 ;
- PERDRIAU A., *Le pragmatisme de la cour de cassation*, in JCP G, 2001, Étude n° 364 ;
- PERDRIAU A., *Le rôle disciplinaire du juge du cassation*, in JCP G, 2002, Etude, I, n° 1150 ;
- PERDRIAU A., *Les avertissements donnés par la Cour de cassation*, in JCP G, 1998, I, n° 188 ;
- PERDRIAU A., *Les chambres civiles de la Cour de cassation jugent-elles en fait ?*, in JCP G, 1993, E, n° 3683 ;
- PERDRIAU A., *note à Cass. Com.*, 31 janvier 1995, in JCP G, 1995, II, n° 22385;
- PERDRIAU A., *Recommandations anti-cassation*, in *La Gazette du Palais*, 1994, p. 2 s.;
- PERDRIAU A., *Visa, « chapeaux » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile*, in JCP G, 1986, I, n° 3257;



PERELEMEN CH., *La preuve en droit. Essai de synthèse*, in *La preuve en droit*, Bruxelles, 1981, p. 357 s. ;

PERELMAN Ch., *La Motivation des décisions de justice, essai de synthèse*, in *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, 1978, p. 415 s. ; ;

PERELMAN Ch., *La règle de droit, réflexions de méthode*, in *La règle de droit*, Bruylant, Bruxelles, 1971 ;

PERELMAN Ch., *Le raisonnement pratique*, in *La philosophie contemporaine*, vol. I, Firenze, La Nuova Italia 1968;

PERELMAN Ch., *Présomptions et fiction en droit, essai de synthèse*, in *Les présomptions et les fictions en droit droit*, Bruxelles, 1974 ;

PERROT R., *Cass. civ. 1<sup>re</sup> 16 oct. 2008 pourvoi n° 07-15.778 obs.*, in *RTDciv.*, 2009, chr. p. 167 ;

PERROT R., *Cass. com. 15 mai 2007 pourvoi n° 06-10.606, Cass. com. 23 mai 2007 pourvoi n° 05-17.818 obs.*, in *RTDciv.*, 2007, chr p. 637 ;

PERROT R., *Cour de cassation et conseil d'Etat à travers leurs fonctions de juges suprêmes*, in *Le Tribunal et la Cour de cassation. Volume jubilaire*, Litec, 1990, p. 415 s.;

PERROT R., *Obs. sur. Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 6 mai 2004*, in *Procédures*, 2004, n° 143 ;

PERROT R., *Rapport de synthèse*, in *La logique judiciaire*, Travaux de la faculté de droit de Paris, Tome VI, 5<sup>e</sup> colloque des IEJ, Paris, 1969, p. 137 s.;

POTOCKI A., *L'organisation des juridictions communautaires est-elle porteuse d'enseignements pour les juridictions nationales?*, in *Mélanges P. Draï*, Dalloz, 2000, p. 109 s.;

PUIGELIER C., *L'existence d'une obligation non sérieusement contestable est contrôlée par la Cour de cassation*, in *D*, 2002, p. 598 s. ;

PUIGELIER C., *note sur Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 6 déc. 1995*, in *JCP G*, 1996, II, n° 22719 ;

REBEYROL V., *Le visa des éléments de preuve par les juges du fond et le contrôle de la Cour de cassation*, in *JCP*, 2008, I, n° 107 ;

- REVEL T., *Note sous Cour de cassation, deuxième Chambre civile, 23 octobre 2003, Elisondo, pourvoi numéro 02-16.303*, in *RTD Civ*, 2004, p. 315 s. ;
- RIVERO J., *La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, in *Le fait et le droit*, Bruxelles, 1961, p. 130 s.;
- SALUDEN M., *Le phénomène de la jurisprudence : Jean Carbonnier et la psychosociologie des juges*, in *Lamy Droit civil*, 2006, n° 26 ;
- SCHLOSSER P., *Le contrôle des constatations de faits par le juge de cassation dans les procès civils en droit allemand*, publié dans *Journées de la Société de législation comparée*, 1980, vol. II, p. 93 s.;
- SENESE S., *La motivation des décisions de justice et le jugement du fait*, in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à F. Rigaux*, Bruxelles, 1993, p. 443 s.;
- TOUFFET, TUNC A., *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation*, in *Rev. Trim. Droit. Civ.*, 1974;
- TOURNAFOND O., obs. sous Cass. com., 1er décembre 1992, in *D*, 1993, inf. rap., p. 240 s.;
- TOURNON E., *Le défaut de motifs, vice de forme des jugements*, in *JCP G*, 1946, I, n° 553 ;
- TOURNON E., *Le défaut de motifs, vice de forme des jugements. Conséquences funestes de l'emploi de certaines formules. Portée jurisprudentielle de l'arrêt de cassation pour défaut des motifs*, in *JCP G*, 1946, I, n° 533;
- TRAIN F.-X., *Le fait de la chose inerte : retour à l'anormal*, in *Lamy Droit civil*, 2005, n° 20;
- TRICOT D., *L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation*, in *JCP G*, 2004, I, n° 108;
- TUNC A., *La Cour suprême idéale*, in *RDIC*, 1968;
- TUNC A., *La crise de la Cour de cassation*, in *APD*, 1985, p.157 s.;
- VIANDIER A., Obs. droit des sociétés, in *JCP G*, 1999, I, n° 162 ;

- VOULET J., *L'étendue de la cassation en matière civile*, in *JCP G*, 1977, I, n° 2877;
- VOULET J., *L'interprétation des arrêt de la Cour de cassation*, in *JCP G*, 1970, n° 2305;
- VOULET J., *L'irrecevabilité des moyens nouveaux dans la Cour de cassation en matière civile*, in *JCP G*, 1973, I, n° 2544;
- VOULET J., *Le défaut de réponse à conclusions*, in *JCP G*, 1965, I, n° 1912 ;
- VOULET J., *Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation*, in *JCP G*, 1971, I, n° 2410 ;
- WEBER J.-F., *Comprendre un arrêt de la Cour de cassation*, in *BICC*, 2009, mai, n° 702;
- WELAMSON L., *La motivation des décisions des Cours judiciaires suprêmes*, in *RIDC*, 1979, p. 509 s.;
- WESER M., *Présomptions et fiction en droit, essai de synthèse*, in *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, 1974 ;
- WROBLEWSKY J., *La preuve juridique : axiologie, logique et argumentation*, in *La preuve en droit*, Bruxelles, 1981, p. 331 s. ;

### ***Articoli. Diritto italiano***

- ACIERNO M., *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv. trim. dir. Proc. Civ.*, 2012, p. 437 ss.;
- AMENDOLA A., *La decisione nel processo societario*, in *PQM*, 2007, p. 9 ss.;
- AMODIO, *L'obbligo costituzionale della motivazione e l'istituto della giuria*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 444 ss.;
- AMODIO, *La motivazione della sentenza penale*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 171 ss.;

- ANDRIOLI V., (nota a Cass. civ., 2 aprile 1949, n. 778), in *Foro*, 1950, I, p. 552;
- ANGILELLA G.S., *Il difetto di motivazione e l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio quale motivo per ricorrere in Cassazione*, in *Foro Nisseno*, 1946, p. 6;
- ANGILELLA G. S., *La denunziabilità in Cassazione del vizio di difettosa motivazione*, in *Giur. Sic.*, 1951, p. 9;
- ANICHINI U., *L'omesso esame del "fatto decisivo per il giudizio" come mezzo di ricorso in Cassazione*, in *Giur. It.*, 1946, IV, p. 81;
- ARCADI A., *Osservatorio sulla cassazione civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, 1294 ss.;
- ASPRELLA C., *Breve rassegna tematica dell'errore di fatto in Cassazione*, in *GC*, 2001, I, p. 704;
- BALENA G., *L'impugnazione delle sentenze di Cassazione*, in *RDC*, 2004, I, p. 119 ss.;
- BARONE C. M., nota a Cass. civ., sez. un., 16 maggio 1992, n. 5888, in *Foro. it.*, 1992, p. 1737 ss.;
- BASSI F., *La motivazione della sentenza e del lodo*, in *Mon. Trib.*, 1947, p. 194;
- BENUSSI S., *Il fatto nella sentenza come condizione della decisione*, in *Mon. Trib.*, 1993, p. 53 ss.;
- BERRI M., *Produzione di documenti in Cassazione e differenze tra l'omessa pronuncia su un punto decisivo e l'errore di fatto quale motivo di revocazione* (nota a Cass. civ., sez. II, 29 maggio 1958, n. 1815), in *Foro pad.*, 1958, I, p. 669 ss.;
- BERTOLDI V., *Osservatorio sulla cassazione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 255 ss.;
- BIGIAVI W., *Il controllo di logicità da parte della Corte di Cassazione*, in *Foro it.*, 1940, IV, p. 33;
- BOVE M., *Giudizio di fatto e sindacato della corte di cassazione: riflessioni sul nuovo art. 360 n. 5 cpc*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012;
- BOVE M., *Ancora sul controllo della motivazione in cassazione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012;

- BOVE M., *Ancora sul controllo della motivazione in cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, p. 432 ss.;
- BRIGUGLIO A., in AA. VV., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio A., Capponi B., Padova, 2009, 55 ss.;
- BUFFONE G., *Processo civile: le novità dopo il "Decreto sviluppo"*, in *Il civilista*, 2012;
- BUZZONE M., *La nuova disciplina sul giudizio davanti alla Corte di cassazione*, in *Fin. e Trib.*, 2006, 6, XVIII;
- CALAMANDREI P., FURNO C., *Cassazione civile*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1957, p. 1070 ss.;
- CALAMANDREI P., *La Cassazione civile*, in *Opere Giuridiche*, Napoli, VI, 1976;
- CALAMANDREI P., *La Certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, p. 341 ss.;
- CALAMANDREI P., *La crisi della motivazione*, in *Opere Giuridiche*, Napoli, 1965, I, p. 664 ss.;
- CALAMANDREI P., *La genesi logica della sentenza civile*, in *Opere Giuridiche*, Napoli, 1965, I, p. 1 ss.;
- CALAMANDREI P., *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, in *Studi sul processo civile*, Padova, 1930, I, p. 1 ss.;
- CAMPISI F., *Cassazione per vizi di motivazione e revocazione per errore di fatto* (nota a Cass. civ., sez. lav., 10 dicembre 1993, n. 12194), in *Giust. Civ.*, 1994, I, p. 2573 ss.;
- CAMPISI F., *La sopravvenuta conoscenza di un fatto rilevante: deducibilità nel giudizio di rinvio*, in *Giust. Civ.*, 1994, I, p. 487 ss.;
- CANTELLI S., *Ricorso per cassazione in materia tributaria: deflazione del contenzioso o tutela del contribuente?*, in *Fisco*, 2014, p. 1061 ss.;
- CANTILLO M., *Giusto processo e giustizia tributaria nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Rass. Trib.*, 2013, p. 395 ss.;

- CAPONI R., *Contro il nuovo filtro in appello e per un filtro in cassazione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012;
- CAPONI R., *La modifica dell'art. 360, 1° comma n. 5, c.p.c.*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012;
- CAPONI R., *La riforma dei mezzi di impugnazione*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), 2012;
- CAPONI R., *Norme processuali «elastiche» e sindacato in cassazione (dopo la modifica dell'art. 360, 1° comma, n. 5 cpc)*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), 2012;
- CAPONI R., *Norme processuali «elastiche» e sindacato in cassazione (dopo la modifica dell'art. 360, 1° comma, n. 5 cpc)*, in *Foro it.*, 2013, V, p. 149 ss.;
- CAPPONI B., *Dialoghi a margine dell'art. 54 d.l. 83/2012*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012;
- CAPPONI B., *La motivazione «laica, funzionalista, “disincantata”»*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, p. 121 ss.;
- CAPPONI B., *L'omesso esame del n. 5) dell'art. 360 c.p.c. Secondo la Corte di cassazione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2015;
- CARCANO D., *Funzioni di legittimità e sindacato sulla motivazione*, nota a Cass. civ., sez. un., 16 maggio 1992, n. 5888, in *Cass. pen.*, 1992, p. 3005 ss.;
- CARNELUTTI F., *Appunti sulla motivazione*, in *Riv. Dir. proc.*, 1951, II, p. 88;
- CARNELUTTI F., *Eccesso dal potere giudiziario per difetto di motivazione*, in *Riv. Dir. proc.*, 1947, II, p. 208;
- CARNELUTTI F., *La Certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1943, I, p. 81 ss.;
- CARNELUTTI F., *Limiti del rilievo dell'error in iudicando in corte di cassazione*, in *Studi di diritto processuale*, Padova, 1925, p. 365 ss.;
- CARNEVALE V., *Il controllo delle sentenze di merito: le costanti giurisprudenziali e le modifiche legislative* (nota a Cass., 10 luglio 2008, n. 18885), in *NGCC*, 2009, p. 94 ss.;
- CARPI F., *Le sentenze della Corte di cassazione e la cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 20 ss.;

CARRATTA A., *Giudizio di cassazione e nuove modifiche legislative: ancora limiti al controllo di legittimità*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it), 2012;

CARETTI, *Motivazione, I, Diritto costituzionale*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990, p. 1 ss.;

CASCELLI G., *Un "punctum pruriens" del regime della Cassazione: il n. 5 dell'a. 360 c.p.c.*, in *Dir. giur.*, 1963, I, p. 417;

CASELLA M., *Postille in tema di interpretazione* (nota a Cass. civ. sez. I, 7 febbraio 1962, n. 252), in *Giur. It.*, 1963, I, p. 668 ss.;

CAVIGLIONE G., *Valore della redazione del dispositivo di sentenza* (nota a Cass. civ., 20 marzo 1952, n. 728), in *Giur. It.*, 1952, I, 1, p. 903;

CHIARLONI, *Il presente come storia: dai codici di procedura civile sardi alle recentissime riforme e proposte di riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 447 ss.;

CHIZZINI, *La sentenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 256 ss.;

CIPRIANI F., *Cassazione e revocazione nel sistema delle impugnazioni*, in *Foro It*, 2001, I, 599;

COLESANTI V., *La sentenza «inesistente» e gli scherzi della logica* (nota a Trib. Padova, ord. 2 marzo 1995), in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 302 ss.;

CONIGLIO A., *Nullità della sentenza e correzione di errori materiali* (nota a Cass. civ., 19 febbraio 1948, n. 259), in *Giur. Cass. civ.*, 1948, 2° quadr., p. 616 ss.;

CONSOLO C., *La revocazione (anche per contrasto di giudicati, ex art. 395, n. 5, c.p.c.?) delle sentenze della Cassazione nell'ultima pronuncia delle sezioni unite: una pausa di attesa*, in *Giur It*, 1989, I, 1, p. 469 ss.;

CONSOLO C., *La revocazione delle sentenze della Cassazione a rischio di asfissia*, *Corriere Giur.*, 1999, p. 1390 ss.;

CONSOLO C., *Si slaccia il nodo scorsoio alla revocazione delle decisioni della Cassazione*, in *Giur It*, 2004, p. 1159 ss.;

- CONSOLO C., *Lusso o necessità nelle impugnazioni civili?*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012;
- CONSOLO C., *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di «svaporamento»*, in *Corriere giur.*, 2012, p. 1139 ss.;
- CONTE R., *Note in tema di omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione ex art. 360, n. 5, c.p.c.*, in *Riv. giur. trib.*, 1997, p. 456 ss.;
- CONVERSO D., *Il vizio di motivazione nell'elaborazione della giurisprudenza di legittimità*, nota a Cass. Pen., 2 ottobre 2009, n. 3853, in *Giur. it.*, 2010, p. 1703 ss.;
- CORSALE, *Certezza del diritto*, I) *Profili teorici*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988;
- COSTA J.P., *Osservazioni sulla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Pellegrini c. Italia*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2002, p. 439 ss.;
- COSTANTINO G., *Gli effetti sul giudizio di cassazione della riforma dell'appello*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), 2012.;
- COSTANTINO G., *La riforma dell'appello*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, p. 29 ss.;
- DALFINO D., *Premessa*, in *L'appello e il ricorso per cassazione nella riforma del 2012 (d.l. 83/12, convertito, con modificazioni, in l. 134/12)*, in *Foro it.*, 2012, V, p. 282;
- DALLA BONTÀ S., *Principio di autosufficienza nel ricorso per cassazione in materia tributaria*, in *Fisco*, 2014, p. 851 ss.;
- DE CRISTOFARO M., *Appello e cassazione alla riprova della ennesima «riforma urgente»: quando i rimedi peggiorano il male (considerazioni di prima lettura del d.l. n. 83/2012)*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012.;
- DE CRISTOFARO M., *Ricorso straordinario per cassazione e censure attinenti alla difettosa motivazione (del rapporto fra art. 360, n. 5, c.p.c. ed art. 111, 2° comma Cost.)*, nota a Cass. civ. sez. III, 7 aprile 1993, n. 4146, Cass. civ., sez. un., 16 maggio 1992, n. 5888, in *Giur. it.*, 1994, p. 4 ss.;
- DE MARTINI D., *Il lodo, la sentenza arbitrale, l'azione ed i casi di nullità, con particolare riguardo a quello dell'ultimo comma dell'art. 829 c.p.c.*, in *Foro civ.*, 1949, p. 407;



DE MEO M., *La «forma» di una recente sentenza in tema di giurisdizione* (nota a Cass. civ., sez. un., 21 luglio 1967, n. 1890), in *Riv. dir. proc.*, 1969, p. 326 ss.;

DE SANTIS F., *“Filtro in appello”, “doppia conforme” e “ridotta” censura in Cassazione per vizio della motivazione nei procedimenti fallimentari*, in *Il fallimento*, 2013, p. 393 ss.;

DE STEFANO M., *Se le modifiche apportate all’art. 360 n. 5 CPC dall’art. 42 della L. 14.7.50 n. 581 abbiano carattere interpretativo o innovativo* (nota a Cass. civ., 14 marzo 1951, n. 644), in *Giur. Cass. civ.*, 1951, 2° quadr., p. 54;

DEL POZZO C. U., *Eccesso di potere e mancanza di motivazione* (nota a Cass. civ., Sez. Un., 21 luglio 1953, n. 2432), in *Giur. It.*, 1954, I, 1, p. 159 ss.;

DEL PRATO E., *La revocazione (anche per contrasto di giudicati, ex art. 395, n. 5, c.p.c.) delle sentenze della Cassazione nell’ultima pronuncia delle Sezioni unite: una pausa di attesa* (nota a Cass. civ., sez. un., 23 luglio 1988, n. 4743), in *Giur. it.*, 1989, I, p. 469 ss.;

DENTI V., in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, IV, *La Magistratura*, sub. 111, Bologna, 1987, p. 4 ss.;

DENTI V., *L’art. 111 della Costituzione e la riforma della Cassazione*, in *Foro it.*, 1987, V, p. 228 ss.;

DENTI V., *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 414 ss.;

DI IASI C., *Il vizio di motivazione dopo la legge n. 134 del 2012*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), 2012;

DI IASI C., *Il vizio di motivazione dopo la legge n. 134 del 2012*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2013, p. 1441 ss.;

DIDONE A., *Ancora sul vizio di motivazione dopo la modifica dell’art. 360 n. 5 c.p.c. e sul tassello mancante del modello di Toulmin*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, p. 631 ss.;

DIDONE A., *Note sull’appello inammissibile perché probabilmente infondato e il vizio di motivazione in cassazione dopo il decreto legge c.d. «sviluppo»*, in *Giur. It.*, 2012, IV, p. 12 ss.;

- DIDONE A., *Vizio di motivazione e formulazione del quesito ex art. 366-bis c.p.c.* (nota a Cass., 12 maggio 2008, n. 11652), in *Giust. Civ.*, 2008, p. 2123 ss.;
- DURANTE G., *Il ricorso per cassazione*, in *Fin. e Trib.*, 2004, p. 21 ss.;
- EVANGELISTA S., *Motivazione della sentenza civile*, in *Enc. Dir.*, 1977, XVII, p. 154 ss.;
- FABBRINI G., *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano, 1973, p. 245 ss.;
- FABBRINI G., voce *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano 1985, 721 ss.
- FAZZALARI E., *Revocazione*, in *Enc. Diritto*, Milano, 1989, p. 293 ss.;
- FAZZALARI E., *Sentenza civile*, in *Enc. Diritto*, Milano, 1989, p. 1255 ss.;
- FORNACIARI M., *Ancora una riforma dell'art. 360<sup>1</sup> n. 5 cpc: basta, per favore, basta!*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012;
- FRASCA R., *Spigolature sulla riforma di cui al d.l. n. 83 del 202, convertito, con modificazioni, nella l. n. 134 del 2012*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2013;
- FURNO C., *Problemi attuali della corte di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, p. 481 ss.;
- GALLETTO T., *“Doppio filtro” in appello, “doppia conforme” e danni collaterali*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012;
- GARBAGNATI E., *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, p. 17 ss.;
- GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Dig. Disc. Priv., sez. Civ.*, II, Torino, 1988, 274 ss.;
- GLENDI C., *Novità in tema di ricorso per cassazione nel processo civile (e in quello tributario?)*, in *Riv. giur. trib.*, 2012, p. 833 ss.;
- GLENDI C., *Ricorso per cassazione, processo tributario e decreto crescita*, in *Corriere Giur.*, 2014, p. 100 ss.;

GORLA G., *Cassazione per omessa motivazione di una questione di diritto? (Postilla sul dovere delle Corti supreme di motivare il distacco dai propri precedenti)* nota a Cass. civ., sez. I, 20 luglio 1978, n. 3607, in *Foro it.*, 1979, I, p. 742 s.;

GROSSI D., *Il diritto di difesa ed i poteri del giudice nella riforma delle impugnazioni*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012, p. 1 ss.;

GUARNIERI G., nota a Cass. civ., sez. un., 16 maggio 1992, n. 5888, in *Corriere trib.*, 1992, p. 2071 ss.;

IARUSSI D., *Valutazione delle risultanze processuali e controllo sulla motivazione nel giudizio di legittimità*, in *Il lav. nella giur.*, 2011, p. 689 ss.;

IMPAGNATIELLO G., *La revocazione delle decisioni della Cassazione tra Corte costituzionale e legislatore delegato*, in *Foro It.*, 2005, I, p. 2326 ss.;

IMPAGNATIELLO G., *Inammissibilità del ricorso in Cassazione e revocazione per errore di fatto*, in *GPC*, 2009, p. 1139 ss.;

IMPAGNATIELLO G., *Crescita del Paese e funzionalità delle impugnazioni civili: note a prima lettura del d.l. 83/2012*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012;

IMPAGNATIELLO G., *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, p. 755 ss.;

LANCELLOTTI, *Sentenza nel diritto*, in *Noviss. Dig. It.*, XVI, Torino, 1969, p. 1118 ss.;

LASAGNO B., *Premesse per uno studio sull'omissione di pronuncia nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 449 ss.;

LIEBMAN E. T., *La Corte di cassazione in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, p. 578 ss.;

LOCHE M., *Brevi note in tema di revocazione della sentenza per errore di fatto* (nota a C. App. cagliari, 5 luglio 1991, n. 192), in *Riv. giur. sarda*, 1993, p. 605 ss.;

LONGO, *Certezza del diritto*, in *Noviss. dig. It.*, III, Torino, 1959, 124 ss.;

LORENZETTO PESERICO A., *Errori in procedendo e giudizio di fatto in cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, p. 638 ss.;

- MALTESE D., *Controllo della motivazione*, in *Quaderni del CSM*, 1988, p. 78 ss.;
- MALTESE D., *Problemi attuali e prospettive di riforma del processo civile di cassazione*, in *Foro it.*, 1988, V, p. 6 ss.;
- MANCUSO, *Per la storia della motivazione della sentenza nei secoli XVI-XVIII (note in margine a studi recenti con il testo di una sentenza del 1299)*, in *Riv. trim.*, 1995, p. 284 ss.;
- MANDRIOLI C., *Le "Sezioni Unite" limitano l'accesso al ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Costituzione*, nota a Cass. civ., sez. un., 16 maggio 1992, n. 5888, in *Corriere giur.*, 1992, p. 751 ss.;
- MARINO S., *Obbligo di motivazione delle sentenze e ordine pubblico processuale nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 982 ss.;
- MARINUCCI G., *Il ricorso per cassazione nel nuovo processo tributario. Spunti di riflessione*, in *Rassegna trib.*, 1996, p. 1334 ss.;
- MASSA, *Motivazione della sentenza (Dir. proc. pen.)* in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990;
- MASSARI A., *In tema di correzione della sentenza* (nota a Cass. civ., 22 agosto 1952, n. 2732), in *Giur. It.*, 1953, I, 1, p. 419;
- MAZZARELLA F., *«Fatto e diritto» in Cassazione*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1974, p. 82 ss.;
- MAZZARELLA F., *Sulla motivazione (a proposito di un'endiadi)*, in *Foro it.*, 2001, V, p. 142 ss.;
- MENCHINI S., *orientamenti giurisprudenziali in materia di sentenza inesistente*, in *Giust. Civ.*, 1986, I, p. 1457 ss.;
- MENNA M., *Il controllo logico-formale del vizio di motivazione in sede di legittimità*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 797 ss.;
- MERLIN E., *Aberrazioni formalistiche in tema di revocazione di decisioni della S.C.*, in *Giur. It.*, 1999, 2245; MESSUTI S., *Estensione della revocazione per errore di fatto ex art. 395, n. 4, c.p.c. alle sentenze della Cassazione rese su ricorso ex art. 360, n. 4, c.p.c.*, in *NLCC*, 1986, 580;

MERONE A., *La riforma del giudizio di cassazione e la sua applicabilità al processo tributario (l'art. 54 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, recante "Misure urgenti per la crescita del Paese", c.d. decreto crescita, convertito, con modificazioni, in legge 7 agosto 2012, n. 134)*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, p. 235 ss.;

MESSUTI G., *Sentenze della Cass. ex art. 360, n. 4 c.p.c. e loro revocazione ex art. 395, n. 4 c.p.c.* (nota a C. cost. 30 gennaio 1986, n. 17), in *Nuove leggi civ. comm.*, 1986, p. 583 ss.;

MONTELEONE G., *Il processo civile in mano al governo dei tecnici*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012;

MONTELEONE G., *Riflessioni sull'obbligo di motivare le sentenze (motivazione e certezza del diritto)*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, p. 1 ss.;

MONTELEONE G., *Gaetano Filangeri e la motivazione delle sentenze*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, p. 669 ss.;

MONTESANO L., *In tema di fatti notori*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, p. 227 e ss.;

NAPPI A., *Limiti di sindacabilità e limiti di rilevanza del vizio di motivazione*, in *Giust. Civ.*, 2008, I, p. 419 ss.;

NAPPI A., *Quesito di diritto e vizio di motivazione nel nuovo ricorso per cassazione* (nota a Cass., 5 gennaio 2007, n. 36, in *Giust. Civ.*, 2007, I, p. 1119 ss.;

NICOTINA G., *Sulla revocabilità delle sentenze della Cassazione* (nota a c. cost. 30 gennaio 1986, n. 17), in *Giust. Civ.*, 1987, I, p. 251 ss.;

NORI G., *Le nuove inammissibilità: "l'omissione di fatti non rilevanti"*, nota a Cass. civ., 11 dicembre 2008, n. 29159, in *Rass. Adv. Stato*, 2009;

OBERTO, *La motivazione della sentenza civile in Europa*, in [www.giacomoroberto.com/milano/2008\\_storia.htm](http://www.giacomoroberto.com/milano/2008_storia.htm);

OLIVIERI A., *Sentenza (materia civile)*, in *Enc. Giur. It.*, Milano, 1915, vol. XV, p. 370 ss.;

PAGNI I., *Gli spazi per le impugnazioni dopo la riforma estiva*, in *L'appello e il ricorso per cassazione nella riforma del 2012 (d.l. 83/12, convertito, con modificazioni, in l. 134/12)*, in *Foro it.*, 2012, V, p. 304 ss.;

PANUCCIO V., *Il ricorso per cassazione ex art. 360, n. 5, c.p.c. (motivazione omessa, insufficiente, contraddittoria, circa un punto decisivo della controversia)*, in *Rass. forense.*, 2005, p. 385 ss.;

PANZAROLA A., *La impugnazione delle decisioni della Corte di cassazione*, in *GPC*, 2009, p. 1027 ss.;

PANZAROLA A., *Il principio di diritto e la decisione della causa nel merito in Cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 413 ss.;

PANZAROLA A., *I commi 4 e 5 dell'art. 348-ter c.p.c.: l'incensurabilità del vizio di motivazione*, in Martino R., PANZAROLA A., *Commentario alle riforme del processo civile dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Torino, 2013, p. 686 ss.;

PANZAROLA A., *Tra "filtro" in appello e "doppia conforme": alcune considerazioni a margine della l. n. 134 del 2012*, in *Giusto proc.*, 2013, p. 89 ss.;

PAOLINI L., *Il ricorso per cassazione per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione e la revocazione per travisamento dei fatti, tra vizio logico-giuridico del ragionamento ed erronea valutazione del fatto non controverso* (nota a Cass., 2 maggio 1996, n. 4018), in *NGCC*, 1997, I, p. 27 ss.;

PAOLINI L., *Il ricorso per cassazione per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione e la revocazione per travisamento dei fatti, tra vizio logico-giuridico del ragionamento ed erronea valutazione del fatto non controverso* (nota a Cass. civ., 2 maggio 1996, n. 4018), in *Giust. Civ.*, 2001, p. 26 ss.;

PARISI A., *Cassazione sostitutiva e questioni assorbite in appello: rimedio revocatorio?*, in *Corriere giur.*, 2004, p. 964 ss.;

PASSANANTE L., *Le Sezioni unite riducono al «minimo costituzionale» il sindacato di legittimità sulla sentenza civile*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2015, p. 179 e ss.;

PAVANINI G., *Massime di esperienza e fatti notori in Corte di Cassazione*, in *Riv. Dir. proc.*, 1937, I, p. 247 ss.;

PERIN A., *Osservatorio sulla cassazione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 254 ss.;

PERROTTA G., *Il decreto crescita si applica anche alle liti tributarie*, in *Dir. & Giust.*, 2014, p. 298 ss.;

PEVERINI L., *Recenti modifiche all'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c., limiti all'impugnazione in caso di "doppia conforme" e nozione di "processo tributario"*, in *Rass. Trib.*, 2013, p. 1295 ss.;

PICCININNI Leo, *I motivi di ricorso in Cassazione dopo la modifica dell'art. 360 n. 5*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 407 ss.;

PIETROLETTI I., *Il vizio di motivazione sussiste solo se nel ragionamento del giudice di merito sia riscontrabile il mancato o carente esame di punti decisivi della controversia e non può consistere in un apprezzamento delle prove in senso difforme da quello preteso dalla parte*, in *Dir. e Giust.*, 2013;

PIRAS A., *Le massime d'esperienza e la motivazione insufficiente*, in *Ius*, 1955, p. 79 ss.;

PISTOLESI F., *La validità delle notificazioni tra interpretazione delle norme processuali e principi di ragionevole durata del processo e di collaborazione tra giudice e procuratore*, in *Riv. giur. trib.*, 2009, p. 402 ss.;

PISTOLESI F., *Vizi di motivazione, di interpretazione e qualificazione giuridica nell'impugnazione per cassazione delle decisioni della Commissione tributaria centrale*, in *Riv. giur. trib.*, 2005, p. 935 ss.;

PIZZORUSSO A., *Sulla distinzione fra accertamento dei fatti ed applicazione delle norme giuridiche*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, Milano, 1984, II, p. 625 ss.;

PIZZORUSSO A., *Certezza del diritto*, II) *Profili applicativi*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988;

PODDIGHE A., *Inammissibilità del ricorso per cassazione e processo tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, p. 891 ss.;

POGGESCHI R., *La nozione di fatto decisivo agli effetti dell'art. 360 n. 5 cod. proc. civ.* (nota a Cass. civ., 4 marzo 1946 n. 236), in *Temi*, 1947, n. 17;

POLI R., *Il giudizio di cassazione dopo la riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 9 ss.;

POLI R., *Il c.d. filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 363 ss.;

POLI R., *Le modifiche relative al giudizio di cassazione*, in C. Punzi *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010-2013*, Torino, 2013, p. 193 ss.;

POLI R., *Le modifiche relative al giudizio di cassazione*, in C. Punzi *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, Torino, 2015, p. 271 ss.;

PORCELLI F., *Sul vizio di omesso esame circa un fatto decisivo*, nota a Cass. civ., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053, in *Riv. di dir. proc.*, 2014, 1600 ss.;

PORCELLI F., *Le Novità in materia di motivazione della sentenza*, in C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, con il coordinamento di G. Ruffini, Giappichelli, Torino, 2015, 95 ss.;

POTOTSCHNIG P., *Le impugnazioni civili contagiate dalla crisi dei mercati: le novità del Decreto Sviluppo*, in *Corriere mer.*, 2012, p. 983 ss.;

PROTO PISANI A., *La Corte costituzionale estende la revocazione per errore di fatto ex art. 395, n. 4, c.p.c. alle sentenze della Cassazione* (nota a C. cost. 30 gennaio 1986, n. 17), in *Foro it.*, 1986, I, p. 313 ss.;

PUNZI C., *Lineamenti del nuovo processo in materia – il processo ordinario*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2004, p. 73 ss.;

RECCHIONI S., *Revocazione delle sentenze della Cassazione: carenza di legittimazione del terzo ad impugnare anche nel giudizio elettorale*, in *Corriere Giur.*, 2001, p. 1599 ss.;

RECCHIONI S., *Norme «elastiche», standards valutativi e sindacato di legittimità della Corte di cassazione* (nota a Cass. 18 gennaio 1999, n. 434), in *Corriere giur.*, 1999, p. 718 ss.;



RENIS V., *Dei mezzi d'impugnazione*, in *Il nuovo codice di procedura civile*, Firenze, 1941, p. 109 ss.;

RICCA-BARBERIS M., *Ampliamento dei difetti rilevabili in Cassazione*, in *Giur. It.*, 1951 IV, p. 17 ss.;

RICCI E. F., *In tema di cassazione per vizio di motivazione e di vincoli a carico del giudice di rinvio* (nota a Cass. civ., 6 giugno 1967, n. 1247), in *Giur. It.*, 1968, I, 1, p. 851 ss.;

RICCI E. F., *Il principio dispositivo come problema del diritto vivente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 380 ss.;

RICCI G. F., *La Suprema corte tra funzione di nomofilattica e tutela dello ius litigatoris. Il problema alla luce del controllo della motivazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 571 ss.;

RIZZA C., *Controllo di legittimità e rivalutazione del fatto nel sindacato della Cassazione sul c.d. vizio logico* (nota a Cass. 8 maggio 2012, n. 6931), in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 736 ss.;

ROTONDI M., *Considerazioni in «fatto» e in «diritto»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 949 ss.;

RUBINO D., *Limiti di influenza del “fatto decisivo” sulla controversia* (nota a Cass. civ., 3 luglio 1947, n. 1049), in *Giur. Cass. civ.*, 1947, 2° quadr., p. 368 ss.;

RUBIOLA E., *Mancanza, contraddittorietà, manifesta illogicità: il controllo della Corte di cassazione sul vizio di motivazione in sede di legittimità*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 603 ss.;

RUFFINI G., *«Argomenti di prova» e «fondamento della decisione» del giudice civile*, in *Riv. trim. dir. proc.* 2004, p. 1329 ss.;

RUSSO A., *Affidata alle Sezioni Unite civili l'ammissibilità, nel processo tributario, dei filtri al ricorso in Cassazione*, in *Fisco*, 2013, p. 6910 ss.;

RUSSO A., *Ricorso per cassazione tributario soggetto allo stesso filtro del ricorso per cassazione dei giudizi civili*, nota a Cass. civ. Sez. Unite Sentenza, 07 aprile 2014, n. 8053, in *Fisco*, 2014, p. 1682 ss.;

RUSSO M., *Note sull'obbligo del giudice di motivare le ragioni che lo hanno indotto ad aderire alle conclusioni del consulente tecnico d'ufficio*, in *NGCC*, 2011, I, p. 993 ss.;

RUSSO R., *Dialogo sulle impugnazioni civili al tempo della spending review*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012;

SANTANGELI F., *La motivazione della sentenza civile su richiesta e i recenti tentativi di introduzione dell'istituto della «motivazione breve» in Italia*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2011;

SANTANGELI F., *Il controllo del giudizio di fatto in Cassazione e le sentenze delle Sezioni Unite*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2015;

SASSANI B., *Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1429 ss.;

SASSANI B., *Il controllo della Cassazione sulle norme generali*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, in *Guida al lav.*, 2013;

SASSANI B., *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. Dir. proc.*, 2006, p. 225 ss.;

SASSANI B., *La logica del giudice e la sua scomparsa in cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 639 ss.;

SASSANI B., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in cassazione*, in *Corriere giur.*, 2013;

SASSANI B., TISCINI R., *La riforma dei procedimenti in materia di diritto societario*, in *Giust. Civ.*, 2003, p. 49 ss.;

SATTA S., *Correzione di errori in tema di correzione di sentenze* (nota a Cass. civ., 19 febbraio 1948, n. 259), in *Giur. It*, 1950, I,1, p. 270;

SATTA S., *Corte di Cassazione*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1962, vol. X, p. 815 ss.;

- SATTA S., *Giurisdizione*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1970, vol. XIX, p. 220 ss.;
- SECHI V., *Il ricorso per Cassazione nel nuovo Codice di procedura civile*, in *Mon. Trib.*, 1942, p. 145 ss.;
- SHUPFER C., *La motivazione delle sentenze nel progetto preliminare del codice di procedura civile (Solmi)*, in *Giur. It.*, 1937, IV, p. 170 ss.;
- SILVESTRI E., *Note in tema di giudizio di cassazione riformato*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2010, p. 1027 ss.;
- SIRACUSA G., *Sui poteri della Cassazione in tema di qualificazione dei fatti* (nota a Cass. civ., sez. I, 31 marzo 1949, n. 757), in *Foro it.*, 1950, I, p. 315 ss.;
- SORRENTINO F., *Il ricorso per cassazione. Riflessi in ambito tributario. Tra prassi e modifiche legislative*, in *Il fisco*, 2006, p. 6923 ss.;
- STELLA-RICHTER M., *Problemi attuali della corte di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, p. 503 ss.;
- TABET G., *Giusto processo e giustizia tributaria nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Rass. Trib.*, 2013, p. 383 ss.;
- TARUFFO M., *Addio motivazione?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 375 ss.;
- TARUFFO M., *Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, Milano, 1984, II, p. 657 ss.;
- TARUFFO M., *Il controllo sulla motivazione della sentenza civile*, in *Quaderni CSM*, 1988, p. 59 ss.;
- TARUFFO M., *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, p. 438 ss.;
- TARUFFO M., *L'obbligo della motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 265 ss.;
- TARUFFO M., *Motivazione della sentenza civile (controllo della)*, in *Enc. Dir.*, Agg. III, 1999, p. 785 ss.;

- TARUFFO M., *Note in tema di giudizio di fatto*, in *Riv. dir. it.*, 1971, p. 33 ss.;
- TARUFFO M., *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 389 ss.;
- TARUFFO M., *Situazioni probatorie. Aspetti logici della decisione sui fatti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 497 ss.;
- TARZIA G., *Il giudizio di cassazione nelle proposte di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 201 ss.;
- TAVORMINA V., *Azione di impugnativa e potere di impugnazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 43 ss.;
- TAVORMINA V., *Dialoghi a margine dell'art. 54 d.l. 83/2012*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012;
- TESAURO F., *Giustizia tributaria e giusto processo*, in *Rass. Trib.*, 2013, p. 309 ss.;
- TISCINI R., *Gli effetti della riforma del giudizio di cassazione sul ricorso straordinario ex art. 111, comma 7, Cost.*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 222 ss.;
- TISCINI R., *La revocazione per errore di fatto delle sentenze della Corte di cassazione tra (atipiche) scelte in rito e (finti) abusi*, in *Corriere Giur.*, 2008, p. 359 ss.;
- TISCINI R., *Clausole generali e certificazione del contratto di lavoro*, in *Profili processuali del collegato lavoro*, a cura di Sassani e Tiscini, Roma, 2011, p. 13 ss.;
- TISCINI R., *Commento all'art. 360*, in *Commentario al codice di procedura civile* a cura di Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella, Torino, 2013, p. 547 ss.;
- TISCINI R., *Il controllo della Cassazione sulle norme generali*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, in *Guida al lav.*, 2013;
- TORRENTE A., *Giustizia e certezza nel processo di Cassazione (appunti sull'art. 360 n. 5 c.p.c.)*, in *Studi in onore di Ernesto Eula*, Milano, 1957, vol. III, p. 491 ss.;
- TRAVAGLINO G., *Sentenze civili e motivazione per relationem* (nota a Cass. civ., sez. un., 4 giugno 2008, n. 14814), in *Corriere mer.*, 2008, p. 1163 ss.;

TRISORIO LIUZZI G., *Il ricorso in Cassazione: le novità introdotte dal d.l. 83/2012*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2013;

VALENTE A., *Sulla motivazione processuale per relationem* (nota a Cass. civ. sez. I, 2 agosto 1956, n. 3016), in *Riv. Giur. Circ. trasp.*, 1957, p. 635 ss.;

VALERINI F., *I poteri del giudice del rinvio dopo la cassazione della sentenza per vizio di motivazione: ha anche piena facoltà di accertare “ex novo” i fatti rilevanti ai fini della decisione sostitutiva da emettere*, in *Dir. e Giust.*, 2009;

VECCHI A., *Le prove non valutate oppure male valutate e le ragioni del loro peso “decisivo” devono essere specificate e integralmente trascritte nell’impugnazione di sentenza per la quale si deduce vizio di omessa o insufficiente motivazione*, in *Dir. e Giust.*, 2010;

VECCHIONE R., *Inesistenza giuridica del lodo per mancanza del dispositivo e per difetto dell’“animus decidendi”* (nota a Cass. civ., 12 marzo 1953, n. 611), in *Giur. It.*, 1953, I, 1, p. 879 ss.;

VECCHIONE R., *Motivazione del lodo arbitrale e impugnazione nel merito* (nota a A. Roma, 13 gennaio 1954), in *Foro padano*, 1954, p. 275 ss.;

VERDE G., *Diritto di difesa e nuova disciplina delle impugnazioni*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012;

VILLANI M., *Motivi di impugnazione delle sentenze delle commissioni tributarie*, in *Corriere trib.*, 1997, p. 3165 ss.;

VITARELLI A., *Il controllo del fatto in Cassazione* (nota a Cass. civ., sez. II, 4 aprile 1963, n. 849), in *Giur. sic.*, 1963, p. 785 ss.;

VIVIANI A., *Coordinamento fra valori fondamentali internazionali e statali: la tutela dei diritti umani e la clausola di ordina pubblico*, in *Riv. dir. int. proc.*, 1999, p. 846 ss.;

VOCINO C., *Prime riflessioni sull’«omesso esame di fatto decisivo»* (nota a Cass. civ., 23 gennaio 1946, n. 64), in *Giur. Cass. civ.*, 1946, 1° sem., p. 168 ss.;

ZUMPARO M. A., *Dialoghi a margine dell’art. 54 d.l. 83/2012*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012;





