



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

Sindacato di legittimità ed accertamento del fatto nel nuovo processo telematico in Cassazione

RAFFAELLA MURONI

Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

vol. 9, no. 1, 2023

ISSN: 2421-2695



Sindacato di legittimità ed accertamento del fatto nel nuovo processo telematico in Cassazione

RAFFAELLA MURONI

Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Associata in Diritto processuale civile

Raffaella.muroni@unicatt.it

ABSTRACT

The essay is a reworking of the speech given at the Conference on "Onere della prova e accertamento del fatto nel nuovo processo civile" organised at the Università Cattolica del S. Cuore - Milan 20 April 2023.

The Author sets out the guidelines of the 2022 Reform of the Italian Code of Civil Procedure on the challenge to the second instance judgment in front of the Supreme Court. New deflative tools are provided as far as a new regulation of the content of the recourse: the principle of self-sufficiency, placed to protect the prohibition of requesting the review of questions of fact, is linked to the new general principle of conciseness and clarity of defense acts, provided for in the new Article 121 of the Code of Civil Procedure.

Keywords: Civil procedural law; the 2022 Reform; Italian Supreme Court; judgment of mere legality; prohibition of review of the facts.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/17438>

Sindacato di legittimità ed accertamento del fatto nel nuovo processo telematico in Cassazione

SOMMARIO: 1. 1. Premessa: le novità del giudizio di Cassazione introdotte dalla Riforma Cartabia. – 2. (segue) Il nuovo Protocollo di Intesa tra CNF e Cassazione del 31 marzo 2023 e la nuova forma-contenuto del ricorso nel quadro dei principi di autosufficienza e di sinteticità degli atti. – 3. I limiti di censura alla sentenza di merito e le tecniche diagnostiche, prima ancora che redazionali, da seguire. – 4. I limiti di censura del giudizio di fatto in sede di legittimità e la cd. doppia conforme nel nuovo art. 360, comma 4, c.p.c. – 5. I limiti di censura indiretta alla valutazione discrezionale delle prove e la figura del travisamento della prova.

1. Premessa: le novità del giudizio di Cassazione introdotte dalla Riforma Cartabia

Il legislatore del 2022 ha inteso, in primo luogo, razionalizzare i riti innanzi alla Corte di Cassazione, abrogando la cd. Sezione-filtro⁽¹⁾ e prevedendo attualmente solo due riti di cui al novellato art. 375 c.p.c., quello con adunanza camerale *ex* art. 380.bis.1. c.p.c., e, nei due casi previsti dal primo comma dell'art. 375 c.p.c., l'udienza pubblica. Il rito camerale diviene la regola, sebbene il rito da applicare resti una scelta discrezionale della Corte, che può fissare l'udienza pubblica (o anche convertire l'originaria adunanza), qualora sussista una «questione di diritto di particolare rilevanza»⁽²⁾.

L'udienza pubblica è prevista – qui però necessariamente - anche nel caso della revocazione per contrarietà alla CEDU *ex* art. 391-quater c.p.c., che ha introdotto questo nuovo motivo revocatorio delle sentenze di cassazione. Le funzioni dell'abrogata Sezione-filtro tornano alle singole Sezioni, ove il ruolo strategico della ex Sezione è ora attribuito sul piano organizzativo alle articolazioni interne dell'Ufficio del Processo presso ciascuna Sezione. Ivi, infatti, operano i funzionari chiamati all'attività preliminare di “spoglio” dei ricorsi, dei casi cioè più evidenti di inammissibilità, improcedibilità o manifesta infondatezza, sotto la direzione del Presidente o di un suo delegato, in funzione dell'operatività di un nuovo strumento deflattivo, previsto all'art. 380-bis c.p.c.⁽³⁾. Rubricato “Procedimento per la decisione accelerata dei ricorsi inammissibili,

⁽¹⁾ Ai sensi del nuovo Art. 376 c.p.c., infatti, il Primo Presidente assegna direttamente il ricorso alle Sezioni Unite o alla Sezione semplice. Le parti possono chiedere al Primo Presidente la rimessione alle Sezioni Unite, con istanza depositata, quindici giorni prima dell'udienza o dell'adunanza *ex* art. 139 disp. att. c.p.c.

⁽²⁾ Cfr. sulla riforma del giudizio in Cassazione, C. Besso, *Le modifiche al giudizio di cassazione*, GI, 2, 2023, 474 ss. Sempre in un'ottica semplificatrice, viene introdotto un regime unificato per entrambi i riti in ordine ai termini per il PG e per le parti per il deposito delle memorie (per il PG non oltre venti giorni prima dell'udienza o dell'adunanza e per le parti non oltre dieci giorni prima).

⁽³⁾ Cfr. Di A. Florio, *Il nuovo ufficio per il processo: proposte per la Corte di cassazione*, QG, 2021.

improcedibili o manifestamente infondati”, prevede il potere in capo al Presidente o ad un suo delegato di formulare una «sintetica proposta di estinzione» con decreto comunicato alla parte ricorrente prima della fissazione della data della decisione. Si tratta di un istituto che ha fin da subito sollecitato perplessità nei primi commenti dottrinali, specie perché, dietro ad una formale proposta, pare in effetti nascondersi una decisione in forma abbreviata, per di più monocratica, che del resto si ritrova nella Rubrica della norma⁴. Il ricorrente è onerato del deposito di una istanza di decisione entro 40 gg. dalla comunicazione della proposta, sottoscritta dal difensore munito di apposita procura, pena l'estinzione. Riteniamo peraltro che la sanzione *ex art. 96 c.p.c.*, qualora la prosecuzione del giudizio si chiuda con il rigetto del ricorso «conforme alla proposta di estinzione», debba essere applicata solo qualora la proposta di estinzione abbia avuto un grado di specificità tale, da mettere in condizione il ricorrente di comprendere gli specifici vizi di cui è affetta l'impugnazione. Altrimenti, non vi sarebbe nulla di abusivo nell'insistere nell'accoglimento del ricorso, specie qualora nell'istanza di prosecuzione vengano puntualmente esposte le ragioni che sorreggono l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza dei motivi, a fronte di una sintetica, nel senso di generica, proposta di estinzione.

Un altro strumento deflattivo di nuovo conio è il rinvio pregiudiziale di cui all'introdotta art. 363-bis c.p.c., che si ispira in parte al modello francese del *saisine pour avis*, che ha matrice però solo consultiva⁵. Si tratta certamente della novità maggiormente significativa, che ha già dimostrato una inaspettata vivacità di applicazione a pochi mesi dalla sua entrata in vigore⁽⁶⁾. Quando una questione di diritto controversa tra le parti, «necessaria alla definizione anche parziale del giudizio», non è ancora stata affrontata dalla Corte di cassazione e si rivela di particolare importanza, oltre a presentare gravi difficoltà interpretative ed è suscettibile di porsi in numerose controversie, il giudice di merito - e così Giudice di Pace, Tribunale e Corte di Appello -, può sottoporre direttamente la questione alla Corte di Cassazione per la sua risoluzione, con sospensione automatica impropria del giudizio *a quo*. Lo scopo è ovvio, ma l'effetto concretamente deflattivo più dubbio: è certo solo l'impatto immediato sul carico di lavoro del Supremo Collegio, che verosimilmente favorirà una interpretazione gradualmente più restrittiva dei tre requisiti, che devono necessariamente concorrere.

(4) Cfr. B. Capponi, *Dei giudici monocratici in Cassazione*, *Judicium*, 11 gennaio 2023.

(5) Cfr. A. Carratta, *Il rinvio pregiudiziale alla Cassazione e la decisione "soggettivamente complessa"*, *GI*, 2, 2023, 467 ss.

(6) Come si evince dal portale dedicato nel sito della Cassazione, sono già stati proposti cinque rinvii pregiudiziali, di cui già quattro vagliati come ammissibili.

2. (segue) Il nuovo Protocollo di Intesa CNF e Cassazione del 31 marzo 2023 e la nuova forma-contenuto del ricorso nel quadro del principio di autosufficienza e di sinteticità degli atti *ex art. 121 c.p.c.*

In ordine alla fase introduttiva del giudizio di legittimità, indubbie sono le novità derivanti dall'introduzione del processo telematico in Cassazione, che ha comportato altresì un nuovo Protocollo di Intesa tra CNF e Corte di Cassazione, sottoscritto il 30 marzo 2023. I ricorsi e i controricorsi, così come le memorie *ex art. 378 c.p.c.*, a decorrere dal 1° gennaio 2023 devono essere depositati telematicamente⁷, con conseguente venir meno anche dell'onere di notifica del controricorso, ora solo da depositare telematicamente entro il termine – rimasto invariato – di 40 giorni dalla notifica del ricorso.

Quanto alla forma-contenuto del ricorso di cui al nuovo art. 366 c.p.c., il legislatore ha recepito le regole del Protocollo CNF-Cassazione 2015, non solo per rinforzare il rispetto del principio di autosufficienza, ma anche per coordinamento con il neo-introdotta principio generale di chiarezza e sinteticità degli atti (nuovo art. 121 c.p.c.). Viene infatti prevista al n. 3 la necessità di una «chiara esposizione dei fatti della causa essenziali alla illustrazione dei motivi di ricorso»; n. 4) «la chiara e sintetica esposizione dei motivi per i quali si chiede la cassazione, con l'indicazione delle norme di diritto su cui si fondano»; n. 6) «la specifica indicazione, per ciascuno dei motivi, degli atti processuali, dei documenti e dei contratti o accordi collettivi sui quali il motivo si fonda e l'illustrazione del contenuto rilevante degli stessi».

Come noto, il requisito n. 4, anche prima di questa integrazione testuale («chiara e sintetica esposizione») sancisce il principio della specificità dei motivi, quale prima declinazione del principio di autosufficienza, che impone al ricorrente di articolare partitamente e non in modo generico i singoli motivi di censura, argomentando su ogni singola norma di diritto che assume violata⁽⁸⁾.

(7) Il deposito telematico del ricorso – e così del controricorso con ricorso incidentale – è previsto a pena d'improcedibilità *ex art. 369 c.p.c.*, artt. 35, comma 2, D.lgs. n. 149/2022 e 196-quater disp. att. c.p.c.

(8) Cfr., *ex multis*, Cass. 4 marzo 2022, n. 7224: «Il giudizio di cassazione è un giudizio a critica vincolata, delimitato e circoscritto dai motivi di ricorso, che assumono una funzione identificativa condizionata dalla loro formulazione tecnica con riferimento alle ipotesi tassative formalizzate dal codice di rito; ne consegue che il motivo (o i motivi, il che è lo stesso) del ricorso deve necessariamente possedere i caratteri della tassatività e della specificità ed esige una precisa enunciazione, di modo che il vizio denunciato rientri nelle categorie logiche previste dall'art. 360 c.p.c.; il ricorso per cassazione, avendo ad oggetto censure espressamente e tassativamente previste dall'art. 360 c.p.c., comma 1, deve essere articolato in specifici motivi riconducibili in maniera immediata ed inequivocabile ad una delle cinque ragioni di impugnazione stabilite dalla citata disposizione, pur senza la necessaria adozione di formule sacramentali o l'esatta indicazione numerica di una delle predette ipotesi; pertanto, pur non essendo decisivo il testuale e corretto riferimento a una delle cinque previsioni di legge, è tuttavia indispensabile che il motivo individui con chiarezza il vizio prospettato nel rispetto della tassativa griglia normativa».

Peraltro, il recentissimo schema del DM del 24 maggio 2023 di attuazione dell'art. 46 disp. Att. c.p.c., che deve entrare in vigore entro il 30 giugno 2023, si ispira notevolmente al Protocollo CNF-Cassazione, prevedendo la razionalizzazione del contenuto, anche grafico, degli atti introduttivi delle fasi di merito e definendo l'ampiezza delle pagine dedicate alle difese. Sebbene il protocollo non assurga a fonte del diritto processuale, coperto da riserva di legge, ivi si coglie almeno il chiarimento di non considerare inammissibili gli atti introduttivi privi di sinteticità e chiarezza, lasciando alla valutazione del giudice la ricaduta di atti "esorbitanti" sulla liquidazione delle spese legali⁹.

Il requisito di cui all'art. 366 n. 6 c.p.c., che impone l'indicazione specifica degli atti e dei documenti richiamati nel ricorso, in realtà nel nuovo testo specifica meglio la necessità che gli atti e i documenti delle fasi di merito vengano richiamati ed illustrati ai fini di ciascun motivo. Si recepisce un principio consolidato della Cassazione, che declina qui il principio di autosufficienza in senso formale: la lettura del ricorso deve mettere in condizione il giudice di comprendere interamente il richiamo fatto ad atti e documenti delle fasi di merito, che risultano davvero essenziali per l'articolazione e la stessa comprensione del singolo motivo di cassazione. La specificità e la sinteticità escludono, per contro, l'ammissibilità di mere trascrizioni integrali di atti e documenti, sebbene al contempo la stessa Cassazione abbia riconosciuto il doveroso contenimento di questo onere, specie a seguito della pronuncia della Corte di Strasburgo del 28 ottobre 2021 *Succi e altri c. Italia*⁽¹⁰⁾.

Peraltro, l'introduzione del processo telematico in Cassazione e la possibilità di svolgere collegamenti ipertestuali sia tra le parti del ricorso sia tra il ricorso e il documento o atto richiamato e inserito nel cd. fascicoletto, dovrebbe agevolare assai questo onere del ricorrente, che deve però inserire solo richiami davvero funzionali ad esporre il motivo. Sovente, invece, i difensori dei ricorrenti ripercorrono e ricopiano

⁹) Per la forma-contenuto dell'atto di appello, di cui ai nuovi artt. 342 e 434 c.p.c., che recepiscono, accanto alla specificità dei motivi, i requisiti di chiarezza e sinteticità a pena di inammissibilità («in modo chiaro, sintetico e specifico»), si pone il problema della apparente eccessiva genericità dei criteri da applicare nel caso concreto: per il rito del lavoro, cfr. A.D. De Sanctis, *I riflessi della riforma del processo civile del 2022 sul modello del processo del lavoro*, GI, 2023, 3, 705 ss., spec. 712.

⁽¹⁰⁾ Cfr. Cass., S. U., 18 marzo 2022, n. 8950, secondo cui l'onere del ricorrente di cui all'art. 366 comma 1 n. 6 c.p.c. deve essere interpretato anche alla luce dei principi contenuti nella sentenza CEDU *Succi e altri c. Italia* del 28 ottobre 2021 – e quindi non in modo formalistico, così da incidere sulla sostanza stessa del diritto in contesa, e non può pertanto tradursi in un ineluttabile onere di integrale trascrizione degli atti e documenti posti a fondamento del ricorso, insussistente laddove nel ricorso sia puntualmente indicato il contenuto degli atti richiamati all'interno delle censure, e sia specificamente segnalata la loro presenza negli atti del giudizio di merito. Conf. Cass. 4 marzo 2022, n. 7186; Cass. 14 marzo 2022, n. 8117, che sottolinea la necessità della sinteticità e chiarezza nel richiamo essenziale degli atti e documenti, in modo da «...contemperare il fine legittimo di semplificare l'attività del giudice di legittimità e garantire al tempo stesso la certezza del diritto e la corretta amministrazione della giustizia, salvaguardando la funzione nomofilattica della Corte ed il diritto di accesso della parte ad un organo giudiziario in misura tale da non incidere la stessa sostanza». Conf. Cass. 29 settembre 2022, n. 28420.

interi atti e documenti, finendo per violare, per eccessiva genericità dei richiami svolti, il requisito di cui al n. 6.

Certamente, l'operatività del principio di autosufficienza del ricorso in Cassazione, che riflette la natura del giudizio di stretta legittimità e di impugnazione meramente rescindente ed a critica vincolata che lo contraddistingue¹¹, ha sollecitato ben prima dell'entrata in vigore del principio generale di cui al nuovo art. 121 c.p.c. l'esigenza di sinteticità dei ricorsi *ex art. 360 c.p.c.* Infatti – e qui la premessa sulla Riforma Cartabia si chiude –, il principio di autosufficienza, nella sua duplice declinazione della specificità dei motivi ed in senso formale, riflette la funzione cui è chiamata la Cassazione in seno a questa impugnazione: ovvero quella di vagliare la fondatezza delle censure di stretto diritto rivolte dal ricorrente alla sentenza di merito gravata, di cui ai cinque motivi tassativi dell'art. 360 c.p.c.

3. I limiti di censura alla sentenza di merito in sede di legittimità e le tecniche diagnostiche, prima ancora che redazionali, da seguire

Sebbene l'affermazione appena svolta possa sembrare un po' manualistica, essa viene qui rimarcata perché l'altissima percentuale di rigetto dei ricorsi per inammissibilità, anche manifesta, rivela purtroppo l'errore di fondo commesso dai difensori della parte ricorrente, che sovente traducono – con ovvie forzature – i motivi di appello in motivi di cassazione, oppure vestono fittiziamente una censura di merito – e quindi rivolta al vaglio discrezionale del giudice di appello in ordine all'accertamento della fattispecie concreta – in un motivo *ex art. 360 n. 5 c.p.c.*, ovvero ancora lamentano solo apparentemente un *error juris in iudicando*, là dove in concreto invece sollecitano inammissibilmente in capo al giudice di legittimità il riesame nel merito. Questa fase di giudizio non è in senso proprio il “terzo grado”: è una formula questa che si dovrebbe finanche abbandonare nella prassi, perché rivela confusione e un approccio pericolosamente attendista verso una terza piena chance difensiva, che in realtà non esiste.

Merita ricordare ancora che il divieto della Corte di Cassazione di riesaminare il merito si riflette sull'oggetto del giudizio di legittimità, che è un giudizio su questioni (ed *in primis* sulle parti della sentenza gravata che le risolvono) e non già sulle domande che hanno formato oggetto delle due precedenti fasi di merito e si traduce nel controllo di legalità della sentenza gravata e solo di essa. Ciò spiega anche il principio che vieta al giudice di cassazione di esaminare direttamente gli atti e i documenti di causa, non potendo egli travalicare i confini del testo e così dell'intero iter motivazionale della sentenza impugnata, salvo il caso, certamente di rilievo, in cui quest'ultima viene

⁽¹¹⁾ Cfr. *ex multis* Cass. 29 marzo 2022, n. 10017.

censurata per *error in procedendo*, ovvero ai sensi dell'art. 360 n. 4 c.p.c. Questo specifico motivo di cassazione dà fondamento al principio consolidato, secondo cui il giudice di legittimità è giudice del fatto processuale (ma solo di quello però): qui sì, allora, con poteri di immediato e diretto vaglio degli atti e dei documenti da cui può evincere il lamentato vizio del processo. In tale caso opera, comunque, il principio di autosufficienza, anche nella seconda delle due declinazioni sopra ripercorse e sottesa all'art. 366 n. 6 c.p.c., poiché questo principio risponde ad una esigenza di efficienza e di giustizia, che è stato puntualmente coordinato al diritto inviolabile di difesa⁽¹²⁾.

Conviene indugiare ancora un poco anche sulla portata del principio di autosufficienza nella prima e primaria delle due declinazioni, ovvero l'onere di specificità dei motivi *ex art.* 360 n. 4 c.p.c., ora espressamente combinato al principio di chiarezza e di sinteticità. In primo luogo, i motivi di censura alla sentenza gravata devono essere chiari e specifici, proprio perché solo la chiarezza (di idee, verrebbe da dire, prima ancora che di parole scritte) in ordine alla censura ammissibilmente articolata dal difensore del ricorrente può riflettersi in un testo snello, chiaro e che spieghi la lineare riconducibilità della censura in concreto mossa a uno dei paradigmi dell'art. 360 c.p.c. (ed in specie dei n. 3, 4 e 5 c.p.c.). Questi motivi, invece, vengono molto spesso sovrapposti dal ricorrente, («o» o «comunque» o «in ogni caso»), ma non perché in concreto suscettibili davvero di diverse sussunzioni, ma solo perché lo stesso redattore fatica a collocare una netta censura di merito in uno di predetti motivi tassativi: e così, sovente li articola tutti, genericamente però, e allora destinati allo spoglio dell'Ufficio del processo, pur auspicabilmente sotto la severa direzione del Presidente o del Suo delegato.

Si consideri, per esempio, che la deduzione di una alternatività tra un motivo *ex art.* 360 n. 3 e n. 5 con riferimento alla medesima censura in concreto mossa è una contraddizione in termini, poiché la censura *ex art.* n. 5 ruota ancora – ed è l'unica – attorno all'accertamento in fatto compiuto dal giudice di merito, sia pur rimanendo comunque una censura di stretta legittimità poiché attiene ad un lamentato vizio della sentenza sotto il profilo motivazionale. Viene da sempre definito quale unico motivo di censura indiretta al giudizio di fatto del giudice di merito, proprio perché la critica aggredisce solo *ab extrinseco* il giudizio di fatto compiuto nella sentenza di appello, senza intaccare – come per gli altri motivi – la sfera di discrezionalità del giudice di merito.

⁽¹²⁾ Cfr., in materia di lavoro, Cass. 13 settembre 2022, n. 26936: «Anche qualora venga dedotto un *error in procedendo*, rispetto al quale la Corte è giudice del fatto processuale, l'esercizio del potere/dovere di esame diretto degli atti è subordinato al rispetto delle regole di ammissibilità e di procedibilità stabilite dal codice di rito, in nulla derogate dall'estensione ai profili di fatto del potere cognitivo del giudice di legittimità. La parte, quindi, non è dispensata dall'onere di indicare in modo specifico i fatti processuali alla base dell'errore denunciato e di trascrivere nel ricorso gli atti rilevanti, non essendo consentito il rinvio *per relationem* agli atti del giudizio di merito, perché la Corte di Cassazione, anche quando è giudice del fatto processuale, deve essere posta in condizione di valutare *ex actis* la fondatezza della censura e deve procedere solo ad una verifica degli atti stessi non già alla loro ricerca». Conf. Cass. 10 marzo 2022, n. 7810; nonché le coeve pronunce Cass. 3 marzo 2022, n. 7052 e 7053.

Ecco allora che la migliore tecnica redazionale dei ricorsi in cassazione e prima ancora di diagnosi della concreta chance impugnatoria in sede di legittimità – che non è un terzo grado di giudizio - consiste *in primis* nella disamina della motivazione della sentenza di appello, in tutte le sue articolazioni e passaggi, sulla base dei cd. fatti rilevanti di causa. L'accertamento della fattispecie concreta passa attraverso la cognizione del giudice di merito in ordine all'esistenza di singoli fatti materiali cd. secondari che integrano, rispettivamente, i cd. fatti giuridici principali, ovvero i fatti costitutivi (in sostanza, gli elementi costitutivi della fattispecie sostanziale dedotta in giudizio con ciascuna domanda giudiziale) ed i fatti giuridici estintivi, modificativi e impeditivi, che costituiscono l'oggetto delle eccezioni del convenuto in senso tecnico⁽¹³⁾. Se controversi, sono oggetto di questioni, che il giudice, per rispettare il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato *ex art. 112 c.p.c.*, è tenuto a risolvere puntualmente nel proprio iter motivazionale, in cui snoda il sillogismo ai fini della statuizione su ciascuna delle domande giudiziali all'evenienza cumulate nel processo⁽¹⁴⁾.

Ebbene, la discrezionalità del giudice di merito si esprime proprio nell'accertamento della fattispecie concreta, cui applica la norma generale e astratta ai fini della statuizione sull'esistenza o meno del diritto sostanziale fatto valere dall'attore. Questa deve essere la consapevolezza con cui il difensore deve leggere - e direi rileggere più volte - la (sola) sentenza di seconde cure (e così inforcando gli occhiali del giudice di cassazione), poiché il giudizio di fatto non è direttamente censurabile in sede di legittimità, mentre l'errore di stretto diritto deve attenere in senso proprio alla individuazione della norma generale da applicare ovvero alla sua esatta applicazione in ordine agli effetti che essa stessa prevede in astratto. Giammai, quindi, una censura è di diritto *ex art. 360 n. 3 c.p.c.* là dove il ricorrente assume che il giudice di appello avrebbe violato, per es., l'art. 2043 cc. per aver escluso in concreto la responsabilità extracontrattuale del convenuto. E così ancora, non costituisce violazione dell'art. 2697 c.c. l'accertamento in concreto della esistenza o inesistenza di uno dei fatti di causa, là dove il giudice di merito li ha collocati correttamente nei due paradigmi dei fatti, rispettivamente, costitutivi e estintivi impeditivi e modificativi. Qui si torna inammissibilmente a vestire con un apparente *error juris in iudicando* quello che a tutti gli

⁽¹³⁾ Cfr., per un chiaro inquadramento delle eccezioni, Cass., S. U., 12 maggio 2017, n. 11799, consistenti «in quel fatto che, in relazione alla struttura della fattispecie costitutiva del diritto fatto valere dalla parte attrice con la domanda, assume la natura di fatto impeditivo, modificativo o estintivo dell'efficacia dei fatti costitutivi (...) che per la sua inerenza sul piano normativo alla fattispecie dedotta in giudizio, assume il rilievo di c.d. fatto principale non diversamente dai fatti costitutivi della domanda».

⁽¹⁴⁾ Rimane ovviamente il potere del giudice di merito di rigettare la domanda sulla base di una questione assorbente (es. eccezione di prescrizione) ma in tal caso in Cassazione la questione assorbita (es. un'altra eccezione, o la questione relativa al fatto costitutivo), proprio perché non è stata risolta nella motivazione del giudice, non può formare oggetto di censura (e certo non di quella *ex art. 112 c.p.c.*, che qui non sarebbe stato affatto violato, stante il potere del giudice *ex art. 187 II comma c.p.c.*). Le questioni assorbite in appello tornano all'esame del giudice del rinvio.

effetti è un riesame del merito, inammissibilmente sollecitato in capo al giudice di legittimità ⁽¹⁵⁾.

Invero, nella misura in cui la Corte di Appello ha fatto giusta applicazione delle norme generali e astratte alla fattispecie concreta e la controversia - come spessissimo avviene - si è concentrata solo su questioni di fatto controverse tra le parti (come le concrete modalità di un sinistro, anche di lavoro, ovvero sul concreto comportamento assunto dal lavoratore, che ha impugnato una sanzione disciplinare, per rimanere nel campo delle liti di lavoro, ovvero l'esistenza del vizio della cosa o dell'opera per riferire di classiche controversie civili), ebbene qui la lite è ormai stata definita in secondo grado, specie a fronte di un iter motivazionale ben calibrato e razionale, che esclude - per certi versi *ictu oculi* - anche i ristrettissimi margini di censura di cui all'art. 360 n. 5 c.p.c.

Intavolare un ricorso in cassazione, in tal caso, significa solo rimandare nel tempo l'efficacia di accertamento della sentenza di appello, la sola ormai destinata a delineare la regola giuridica concreta vincolante tra le parti. In proposito, non si può non dare evidenza di un orientamento recente del Supremo Collegio, che intravede la responsabilità aggravata del ricorrente, *ex art. 96, comma 3, c.p.c.*, per la redazione da parte del suo difensore di un ricorso per cassazione contenente motivi del tutto generici ed indeterminati, integranti una violazione grossolana e davvero manifesta dell'art. 366 c.p.c., sul presupposto che il cliente risponda delle condotte del proprio avvocato, *ex art. 2049 c.c.*, ove questi agisca senza la diligenza esigibile in relazione ad una prestazione professionale particolarmente qualificata, quale è quella dell'avvocato cassazionista¹⁶. E' una pronuncia che stigmatizza il ruolo del difensore, che ha contribuito in modo decisivo, quale parte tecnica, alla colpevole posticipazione della formazione del giudicato sostanziale mediante un ricorso palesemente inammissibile. Essa, peraltro, pare implicitamente aprire al diritto di regresso del cliente condannato per lite temeraria nei confronti del proprio difensore cassazionista.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Cass. 22 marzo 2022, n. 9333. Solo quanto alle clausole generali, il crinale tra giudizio di diritto e giudizio di fatto è notoriamente sottile e proprio in materia di lavoro esso è sempre stato oggetto di dibattito, su cui non possiamo qui indugiare: cfr. per una analisi puntuale dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale di questo dibattito, A. Falzea, E. Cheli, Voce *Clausola generale*, *Enc. Dir.*, 183 ss., spec. Sez. III, 227 ss.; V. anche il recente contributo di L. Tria, *Il vizio di motivazione per il ricorso in Cassazione dopo la riforma del 2012*, *LG*, 10, 2022, 893 ss., spec. 900 ss., anche di aggiornamento al volume L. Tria, *Il ricorso per cassazione per violazione di norme di diritto. Tra disciplina nazionale, disciplina UE e normativa internazionale*, Key Editore, 2021, 73 ss.

⁽¹⁶⁾ Cass. 17 luglio 2020, n. 15333; Cass. 23 maggio 2019, n. 14035.

4. I limiti di censura del giudizio di fatto in sede di legittimità e la cd. doppia conforme nel nuovo art. 360, comma 4, c.p.c.

Quando allora si può guardare con favore ad un ricorso in cassazione, che muova legittime censure indirette al giudizio di fatto? In primo luogo, l'esame del testo della sentenza di appello deve concentrarsi sui passaggi della motivazione dedicati alla ricostruzione dei fatti rilevanti di causa, che il giudice di merito può aver condotto attraverso la valutazione delle prove documentali e orali assunte - nel rispetto della distinzione tra prove legali e prove libere *ex art. 116 c.p.c.* -, attraverso meccanismi presuntivi *ex art. 2729 c.c.* e l'applicazione del principio di non contestazione.

Quei passaggi motivazionali, tuttavia, possono essere censurati in Cassazione solo in quanto integranti il vizio della sentenza di cui all'art. 360 n. 5 c.p.c., stante il divieto di sollecitare in capo alla Corte di Cassazione il riesame diretto di quei fatti. La norma in esame esige, tuttavia, che il vizio consista in una omissione di un fatto decisivo e controverso tra le parti: il ricorrente deve cioè individuare il fatto materiale secondario risultante dagli atti e dai documenti di causa (sempre nel rispetto del principio di autosufficienza in senso formale di cui all'art. 366 n. 6 c.p.c. sopra ricordato) e comprovarne la sua omissione, nel senso che il giudice di appello nel suo sillogismo non ne ha tenuto minimamente conto⁽¹⁷⁾. Al contempo, però, il ricorrente deve dimostrare la natura decisiva di quel fatto omesso e risultante dagli atti e documenti di causa, non bastando la mera rilevanza del medesimo, che certamente rientra nella discrezionalità del giudice di merito stabilire, in seno agli altri fatti controversi. La decisività del fatto si misura invece sulla sua incidenza diretta e immediata sulla fondatezza o infondatezza della domanda: il ricorrente deve cioè dimostrare che, se il giudice di appello avesse tenuto conto di quel fatto, egli avrebbe necessariamente ritenuto insussistente un fatto giuridico costitutivo ovvero sussistente un fatto giuridico impeditivo e viceversa, così incidendo sulla statuizione della domanda giudiziale: quindi, per ragioni logiche che vanno esplicate dal ricorrente, pena l'apoditticità della censura mossa.

Una volta appurata in concreto la sussistenza di questo vizio, il ricorrente deve volgere l'attenzione alla sentenza di I grado, comparando il passaggio motivazionale ivi snodato con quello oggetto della censura alla sentenza di II grado. Infatti, il legislatore del 2022 ha ribadito il divieto di proporre questo motivo di cassazione nel caso di cd. doppia conforme, oggi meglio definita nel testo del novellato 4 comma dell'art. 360 c.p.c. quale pronuncia che «conferma la decisione di primo grado per le stesse ragioni, inerenti ai medesimi fatti, poste a base della decisione impugnata». La conformità attiene

⁽¹⁷⁾ Va distinto il caso di omissione di pronuncia su un fatto giuridico principale di causa in caso di accoglimento della domanda, poiché l'omissione di cognizione di un fatto costitutivo o di un fatto oggetto di eccezione si traduce in una violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato *ex art. 112 c.p.c.*, *error in procedendo* da ricondurre all'art. 360 n. 4 c.p.c. Cfr. in materia di lavoro, L. Tina, *Il vizio di motivazione per il ricorso in Cassazione dopo la riforma del 2012*, cit., 902 ss.

però qui non all'accertamento dei singoli fatti materiali integranti il fatto giuridico controverso, ma a quest'ultimo: coincidenza quindi di iter motivazionale in ordine ai fatti giuridici cd. principali, costitutivi e di quelli oggetto di eccezione. Ciò significa che rientra nel concetto di doppia conforme una sentenza di secondo grado che conferma, per es., la sussistenza della responsabilità del danneggiante *ex art. 2043 c.c.*, sia pur dando rilevanza a fatti materiali secondari anche in parte diversi da quelli considerati dal giudice di primo grado. Sovente, infatti, la Corte di Appello, specie a fronte di un motivo di appello che denuncia l'apoditticità della sentenza di primo grado, corregge la stessa colmando l'eventuale salto logico compiuto dal Tribunale, ma tornando ad accertare in modo conforme il medesimo fatto giuridico principale di causa. In sostanza, qualora entrambi i giudici di merito abbiano risolto in modo identico la medesima questione di fatto nei termini sopra tratteggiati, il legislatore non dà spazio alcuno alla possibilità di denunciare il vizio *ex art. 360 n. 5 c.p.c.*⁽¹⁸⁾

La Cassazione ha peraltro aperto, come noto, ad una lettura costituzionale *ex art. 111 Cost. dell'art. 360 n. 5 c.p.c.*, nel senso di ammettere la censura anche per mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico, motivazione apparente, contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili e motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile: tutte ipotesi riconducibili al difetto radicale di motivazione, non solo in senso solo grafico ma logico-sostanziale⁽¹⁹⁾. La censura è stata così gradualmente riportata all'*art. 360 n. 4 c.p.c.* per violazione dell'*art. 132 c.p.c.*, anche per superare il limite della cd. doppia conforme⁽²⁰⁾. Di questa apertura, assai attesa e ora ben consolidata, non deve però il difensore abusare: egli deve intenderla come è: ovvero casi estremi, ove la motivazione graficamente c'è, ma non c'è contenutisticamente («Non è vero che il lavoratore è arrivato in ritardo sul luogo di lavoro quel giorno» senza null'altro riferire) ovvero non esiste per contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili («si esclude il danno da demansionamento per mancanza di specifiche allegazioni e prove» sebbene poco prima il giudice riconosca l'intervenuto demansionamento e il fatto che il lavoratore fosse stato impiegato negli anni più recenti in funzioni correlate alla propria specifica ed elevata professionalità)⁽²¹⁾.

⁽¹⁸⁾ Inquadra in questi più precisi termini la nozione, Cass. 1° marzo 2023, n. 6169. Poiché il giudice di legittimità non può esaminare direttamente la sentenza di primo grado per vagliare questa condizione preliminare di ammissibilità del motivo *ex art. 360 n. 5 c.p.c.*, il principio di autosufficienza opera anche qui, nel senso che il ricorrente deve preliminarmente dimostrare che la censura mossa alla sentenza gravata *ex art. 360 n. 5 c.p.c.* non sia una cd. doppia conforme, con richiamo puntuale al passaggio motivazionale difforme della sentenza di I grado. Cfr. tra le tante, Cass. 28 febbraio 2023, n. 5947.

⁽¹⁹⁾ Cass. 30 agosto 2017, n. 20579.

⁽²⁰⁾ Cfr. Cass. 24 gennaio 2023, n. 2122. Siccome è un vizio che riguarda la forma-contenuto della stessa sentenza gravata, di cui ovviamente il giudice di cassazione ha il potere diretto di esame, tale vizio viene a nostro avviso correttamente ritenuto rilevabile d'ufficio: cfr. Cass. 14 febbraio 2020, n. 3819.

⁽²¹⁾ È il caso deciso da Cass. 24 gennaio 2023, n. 2122, *cit.*

5. I limiti di censura indiretta alla valutazione discrezionale delle prove e la figura del travisamento della prova

La prassi purtroppo conferma che i difensori dei ricorrenti provino ad aggredire anche la valutazione da parte del giudice di merito delle prove acquisite. E' così inevitabile che essi si trovino a vestire fittiziamente una diretta censura di merito con l'asserita violazione dell'art. 116 c.p.c. *ex art.* 360 n. 4 c.p.c., articolando un'apparente censura per *error in procedendo* (magari confidando di poter saltare anche il divieto di doppia conforme *ex art.* 360 n. 5 c.p.c.).

Sennonché, la violazione dell'art. 116 c.p.c. sussiste solo nei casi in cui il giudice di merito abbia valutato una prova libera pretendendo di attribuirle un valore diverso da quello rimesso al proprio prudente apprezzamento, ovvero quando abbia valutato una prova legale attribuendole un valore diverso da quello previsto dalla legge²². Invece, l'errore nella valutazione dei mezzi di prova attiene alla selezione da parte del giudice di merito di una specifica informazione tra quelle astrattamente ricavabili dal mezzo assunto e non è perciò censurabile in sede di legittimità²³.

Ciò vale anche per la valutazione dell'esito della CTU, che impone al giudice solo di esplicitare le ragioni del proprio dissenso ovvero della propria adesione, che non può essere apodittica. Da qui la necessità che il giudice di merito ripercorra le ragioni di dissenso dei CTP, specie nei casi di CTU percipiente.

Una motivazione sul punto ben articolata rende la sentenza di II grado incensurabile in Cassazione in ordine alla fattispecie concreta come accertata nella fase di merito.

Allo stesso modo, va inteso in senso tecnico il vizio di «travisamento della prova»: espressione che si ritrova sovente nei ricorsi in Cassazione, così come spesso viene ricondotta dal difensore del ricorrente alla asserita violazione dell'art. 116 c.p.c. Sono casi, però, in cui i ricorrenti in realtà assumono che il giudice di appello abbia «travisato» la prova nel senso che avrebbe commesso un errore di valutazione, che però non è riconducibile né alla violazione dell'art. 116 c.p.c., come appena visto, né al vizio di cui all'art. 360 n. 5 c.p.c. La valutazione delle prove appartiene integralmente alla discrezionalità del giudice di merito.

Vi è solo un caso di vero e proprio travisamento della prova, che apre ad una ammissibile censura della sentenza di secondo grado. E' il caso di un errore di percezione del giudice del merito, che è caduto sulla ricognizione del contenuto oggettivo della stessa – e non quindi sulla valutazione del suo contenuto oggettivo ben percepito-. Per esempio, se la prova è costituita da un documento, che rappresenta il

⁽²²⁾ Cfr., Cass. 18 aprile 2023, n. 10261.

⁽²³⁾ Cass. 26 aprile 2022, n. 12971.

fatto storico, l'errore di percezione consiste nel dare atto di un fatto storico diverso da quello ivi rappresentato.

Siamo in attesa che la Cassazione a Sezioni Unite risolva la questione che è stata rimessa dalla Terza Sezione Civile con ordinanza del 27 aprile 2023, n. 11111 per sussistenza di un contrasto tra sezioni, relativa all'inquadramento di questo errore quale *error in procedendo* censurabile in cassazione per violazione dell'art. 115 c.p.c.⁽²⁴⁾, ovvero quale errore di fatto revocatorio, censurabile solo come motivo di revocazione ai sensi dell'art. 395, comma 1, n. 4, c.p.c.⁽²⁵⁾ o addirittura, come ritenuto dalla Sezione lavoro, quale errore non censurabile *tout court* a seguito del novellato art. 360 n. 5 c.p.c.⁽²⁶⁾.

Sebbene il contrasto verrà risolto a breve, così ponendo fine alle iniziative dei difensori più accorti i quali, nell'attuale incertezza, propongono entrambe le impugnazioni, ci pare che non si possa ricondurre questo tipo di errore di percezione all'errore di fatto revocatorio, il quale presuppone un fatto non controverso tra le parti, giusta anche il tenore letterale dell'art. 395 n. 4 c.p.c., a differenza del fatto controverso e decisivo tra le parti, rappresentato in un documento prodotto in atti che è stato totalmente travisato dal giudice di merito: vizio che non pare perciò riconducibile, neppure per analogia, al vizio revocatorio, attenendo piuttosto ad una sentenza su prova inesistente e quindi censurabile ex art. 360 n. 4 c.p.c. per violazione dell'art. 115 c.p.c., se non finanche per motivazione apparente per violazione dell'art. 132 c.p.c.

⁽²⁴⁾ Ancora Cass. 26 aprile 2022, n. 12971, cit., secondo cui è deducibile il travisamento della prova quale vizio di legittimità per violazione dell'art. 115 c.p.c. nella misura in cui la decisione, per effetto dell'errore di percezione della prova, si è basata su prove inesistenti. Il ricorrente deve però assolvere al duplice onere di prospettare l'assoluta impossibilità logica di ricavare dagli elementi probatori acquisiti i contenuti informativi individuati dal giudice e di specificare come la sottrazione al giudizio di detti contenuti avrebbe condotto a una decisione diversa, non già in termini di mera probabilità, bensì di assoluta certezza. Conf. Cass. 11 marzo 2022, n. 7974; Cass. 4 marzo 2022, n. 7187.

⁽²⁵⁾ Cass. 15 novembre 2021, n. 34210, punto 3.4.

⁽²⁶⁾ Cass. 3 novembre 2020, n. 24395.

Bibliografia

Besso C., *Le modifiche al giudizio di cassazione*, in *GI*, 2, 2023, 474.

Di Florio A., *Il nuovo ufficio per il processo: proposte per la Corte di cassazione*, in *QG*, 2021.

Capponi B., *Dei giudici monocratici in Cassazione*, in *Judicium*, 11 gennaio 2023.

Carratta A., *Il rinvio pregiudiziale alla Cassazione e la decisione “soggettivamente complessa”*, in *GI*, 2, 2023, 467.

De Sanctis, *I riflessi della riforma del processo civile del 2022 sul modello del processo del lavoro*, in *GI*, 2023, 3, 705.

Falzea A., Cheli E., *Voce Clausola generale*, in *Enc. Dir.*, 183.

Tria L., *Il vizio di motivazione per il ricorso in Cassazione dopo la riforma del 2012*, in *LG*, 10, 2022, 893.

Tria L., *Il ricorso per cassazione per violazione di norme di diritto. Tra disciplina nazionale, disciplina UE e normativa internazionale*, Key Editore, 2021.