

CONSIDERAZIONI IN “FATTO” E IN “DIRITTO”

MARIO ROTONDI,
professore de la Università de Milano,
Italia

1. *Fatto e diritto*

Il titolo di questo breve scritto riproduce quello usato correntemente nella pratica giudiziaria, dalle più modeste istanze e per affari della più modesta entità, alle più elevate istanze e negli affari più complessi e cospicui. E' la costante problematica del giudizio, ma qui trattata nel suo aspetto teorico.

Fatto e diritto: questi due termini ora riuniti in un binomio, ora disgiunti e contrapposti, sembrano delimitare ed esaurire tutta la attività del giurista. Brocardi come: “*ex facto oritur jus*”, “*da mihi factum dabo tibi jus*”,¹ rispecchiano con singolare ingenuità il valore del binomio o della contrapposizione. L'affermazione che ogni valutazione giuridica — e quindi ogni sentenza — è sostanzialmente costituita da un sillogismo,² in cui la premessa maggiore è data da una norma di diritto, la premessa minore da una affermazione di fatto, e la conclusione dalla decisione o dispositivo della sentenza, consacra questa concezione semplicistica ed inesatta, come quella che lascia presumere che in questa attività logica e giuridica di cui la decisione è frutto, il “fatto” costituisca un dato primordiale extragiuridico, la cui determinazione cioè possa esser data spregiudicatamente da qualsiasi laico del diritto, uguale nel tempo e nello spazio, indifferente al modificarsi delle norme del diritto positivo.

¹ Il vecchio aforisma *ex facto oritur jus*, che prende lo spunto dal testo Alfeno: D.IX.2.52 § 2, aforisma formulato da Guglielmo da Cunio nel proemio alle *Lecturae super Digesto Veteri* (v. Brandi, *Note intorno a Guillelmus de Cunio, le sue opere e il suo insegnamento a Tolosa*, Torino, 1889, p. 64). V. poi Baldus, *In primam Digesti Veteris partem commentaria*, Venetiis, 1599, fol. 320 v.: in *clivo*: *Nota quod jus ex facto oritur, et quod jus est implicitum facto*, volgarmente usato quasi come sinonimo dell'altro *da mihi factum, dabo tibi jus*, è eminentemente equivoco (v. Cesarini Sforza, “*Ex facto oritur jus*”, in *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio*, Modena, 1930, p. 87). Escluso, per necessità logica, che dal fatto stesso scaturisca e possa scaturire la regola che lo deve governare, e al lume della quale si possa portare sul fatto un giudizio di valore (che presuppone un metro o riferimento esterno, e, per la nostre esigenze, di legalità anteriore) il vecchio brocardo probabilmente si riferiva a situazioni di fatto alle quali veniva in prosiegua, e magari col concorso di particolari circostanze, a sostituirsi una situazione giuridicamente protetta.

Così la disputa se il possesso sia da considerarsi situazione di fatto o di diritto è mal posta. La disputa è antichissima (v. *infra*, paragr. 4).

² Sul sillogismo della sentenza: Calamandrei, “*La genesi logica della sentenza civile*”, in *Studi sul processo civile*, I, pp. 3 y ss.

Che una tale concezione, nonchè semplicistica, sia errata, non sarà difficile rilevare.

Consideriamo il “fatto”, nella sua accezione più larga come qualsiasi accadimento del mondo esterno, indipendentemente da un possibile riferimento causale ad un soggetto, e prescindiamo qui da ogni preoccupazione d'ordine gnoseologico rispetto al valore delle nostre conoscenze, e alla realtà oggettiva fuori di noi, di quanto si rivela alla nostra percezione.

Ne prescindiamo facilmente, paghi del rilievo che il giurista —come del resto qualunque soggetto di relazioni giuridiche— si muove su di un piano empirico, e che il diritto, destinato a regolare i rapporti intersubiettivi nella vita associata, assume i dati dalla comune esperienza, e conduce tutta la sua attività sul presupposto di una comune accettazione.

Variarono le concezioni del fisico sulla natura ondulatoria o corpuscolare della luce, sull'intima composizione della materia, sui rapporti tra materia ed energia; ma le mutevoli concezioni lasciano indifferente il giurista, che continua a ragionare sui dati del senso comune.

Ma, ciò premesso, resta pur sempre l'affermazione che il “fatto”, che è la premessa della valutazione giuridica, non è, e non può essere, l'insieme di tutti indistintamente gli elementi che costituiscono il quadro di una realtà concreta, ma, tra gli innumerevoli elementi costituenti la realtà di un istante, impone una selezione.

E fin qui, per poco che si consideri, non c'è, in fondo, per il giurista, una esigenza diversa che per i cultori di una qualsiasi disciplina.

Da una stessa realtà il fisico, il chimico, l'economista, il moralista, devono, ciascuno ai propri diversi fini, evidenziare taluni elementi, così come con una diversa colorazione riesce l'anatomico ad individuare diversi costituenti di un tessuto. Non è certo la colorazione o il trattamento relativo che crea questi elementi, ma esso li evidenzia, e li rende suscettibili di uno studio, che presuppone il loro isolamento degli elementi eterogenei. Si pensi all'isolamento reso così possibile delle fibre nervose.

Che una comprensione razionale della realtà presupponga sempre un processo di selezione rispetto alla congerie degli elementi che la costituiscono appare persino in quell'indagine storica, che solo ingenuamente si può rappresentare come una compiuta registrazione imparziale di tutti gli avvenimenti nel loro succedersi, e di tutti i dettagli di ogni avvenimento.

L'obiettività storica —rivela l'Aron—³ non è una impossibile adeguazione alla totalità dei fatti del passato, ma come un processo di liberazione della parzialità o inorganicità dei documenti.

2. Il “fatto” nel complesso della realtà fenomenica

Quando noi dunque parliamo di un “fatto” individuiamo sempre un certo numero di elementi del quadro completo degli avvenimenti quali si presenta-

³ *L'introduction à la philosophie de l'histoire*, Paris, 1938.

no all'occhio di un osservatore. I “fatti diversi” della crònaca non si sottraggono a questo rilievo preliminare.

Il resocontista, che da notizia del deragliamento di un treno, del naufragio di un piroscafo, della caduta di un meteorite, eliminando una quantità innumerevoli di elementi, che considera dettagli o circostanze irrilevanti al suo scopo, rappresenta gli elementi essenziali e ritiene quelli che giudica elementi essenziali, aggiungendo o levando —scegliendo insomma— quegli elementi che interessano al suo fine: e diversa sarà la rappresentazione data dal cronista che vuol fare un pezzo di colore, o di chi appresta gli elementi per una indagine giudiziaria, o per la perizia di un assicuratore.

Per elementare che sia un fatto, esso presuppone sempre un complesso numerosissimo di elementi, nè può prescindere da una sua estensione temporale o spaziale. Questo vuol dire che la rappresentazione della realtà, —la epurazione del “fatto” dal complesso della realtà fenomenica—, presuppone sempre la guida di un particolare interesse, onde il “fatto” che da una stessa realtà è desumibile, è *diverso* a seconda degli interessi dell'osservatore, come diversa è una immagine fotografica che utilizzi i raggi ultravioletti o una che utilizzi raggi diversi, come diverso è il ritratto di una persona, da una macabra radiografia: l'una potrà interessare il *talent scouter* di una casa cinematografica, (che di solito cerca quel talento che si rivela nella fotografia!), l'altra il medico.

La verità è dunque che da una stessa realtà fenomenica è possibile desumere una serie innumerevole di “fatti”, e l'eterno problema filosofico e artistico della rappresentazione della realtà “vera” urta sempre contro questa difficoltà, che è creata dalla diversità del modo con cui ciascuno vede la realtà e ricostruisce la sua “verità”: il teatro di Pirandello e il regista giapponese di “*Rasciomon*” si studiano di rendere questo fenomeno, che resta alla base di una fondamentale incomunicabilità della stessa opera dell'artista.

Questo discorso che può sembrare inutilmente generico, è a mio avviso ben altrimenti importante per il giurista. E presta l'adito a due distinti rilievi:

A) Che il “fatto” del giurista non è un fatto per così dire grezzo, primordiale, metagiuridico, ma il fatto rappresentato in funzione di un interesse giuridico. Ne segue che occorre postulare che il diritto, la norma, un sistema di norme, è pur sempre un *prius* rispetto alla determinazione del fatto giuridico, perchè la selezione di quei complessi elementi della realtà di cui estraiamo il “fatto giuridico” presuppone questo particolare modo di vedere e di valutare la realtà che deriva dall'esistenza di un ordine giuridico.⁴

B) Che, da una stessa realtà, i fatti giuridici rilevanti possono variamente desumersi in relazione a più specifici fini. Uno scontro può essere rilevante in quanto porti all'accertamento di un'illecito civile e penale, e quindi di una responsabilità, ma anche dal punto di vista dell'evento letale che può essersi

⁴ Questa esigenza logica primordiale prescinde dalla stessa esigenza di una norma scritta, come prescinde dalla esigenza di carattere pubblicistico, che può essere posta da taluni ordinamenti, che la norma preesista e non si applichi retroattivamente.

determinato, e che da luogo —quale che sia la causa del sinistro— ad apertura di successione. In quanto l'evento abbia determinato danni può interessare anche conseguenze per un eventuale contratto di assicurazione etc.

C) La scelta degli elementi rilevanti alla determinazione del fatto può essere operata in modo diverso a seconda della diversa preparazione, cultura, intuito giuridico. Quell'intuito giuridico che, —come l'occhio clinico del medico—, pur sembrando effetto quasi automatico di una rivelazione, non è che il frutto di un rapidissimo processo logico che, facilitato dall'esperienza, afferra in un attimo sintomi o elementi rilevanti, coordinandoli in un giudizio sintetico da cui deriva, per il clinico, la diagnosi: per il giurista la *qualificazione*, ovvero la riduzione ad una "fattispecie".

Quando su di un determinato fatto troviamo radicalmente divergenti i pareri di due giuristi, il più delle volte —quando non si tratti d'ignoranza da parte dell'uno o dell'altro di quei principii di diritto che, come s'è detto, sono un *prius* alla determinazione del fatto— è perchè diversi sono gli elementi che l'uno e l'altro desumono dalla complessa realtà per individuare il fatto giuridico, cioè per definirlo, cioè qualificarlo, cioè, per dirla in una parola, per trarre dalla realtà quel fatto che per il giurista è la fattispecie.

3. Il fatto giuridico

La prima domanda che ci si pone ora è quando si possa parlare di fatto giuridico. Eliminato subito l'equivoco che il fatto giuridico sia necessariamente riferibile ad un soggetto causante, e ribadito il concetto che, senza un *prius* costituito da un sistema di norme giuridiche, non si potrebbe parlare di fatto giuridico, ci si chiede, pertanto, se ogni accadimento possa costituire un fatto giuridico. La risposta deve essere nel senso che non il materiale accadimento in un mondo deserto, ma l'accadimento nel contesto di relazioni sociali è suscettibile di valutazione giuridica.

Quei fatti che sono suscettibili di avere una rilevanza giuridica, possono essere assunti come fatti giuridici. Niente vieta quindi che, in relazione a ordinamenti diversi, uno stesso accadimento possa o meno rivestire la qualifica di fatto giuridico cioè giuridicamente rilevante.

Non che ci siano fatti che si sottraggono ad una valutazione giuridica: se fatti sono determinati dall'uomo essi sono sempre o leciti o illeciti oggettivamente, in quanto conformi alla norma, anche se le conseguenze possono essere diverse in ordine alla imputabilità, e in ordine alla specifica disciplina giuridica. La uccisione di un uomo è un fatto illecito: non sempre chi la compie ne è imputabile o ne deriva sanzioni, o perchè incapace di intendere e di volere, o perchè l'uccisione è dovuta a forza maggiore o a legittima difesa: ma la stessa soppressione della vita di un uomo può essere considerata lecita e anche imposta dalla norma, là dove la pena capitale sia ammessa.

Non stupisca quindi l'estrema, e a prima vista impensabile, ampiezza di questo concetto. Ci stessi fenomeni astronomici, e persino una reazione

chimica, non si può escludere siano rilevanti dal punto di vista giuridico: i primi come correlati o condizionanti il decorso e la misura del tempo — e cui conseguenze possono essere relevantissime per il diritto— la seconda perchè, p.es., può essere oggetto di un ritrovato brevettabile per chi primo la attui a scopi industriali, o costituire oggetto di illecito, se trattasi di ritrovato già coperto da brevetto e sia abusivamente attuata.

4. *Il fatto normativo. Quando del “fatto” possa nascere un diritto oggettivo o soggettivo. I c.d. rapporti di fatto. La natura dei fatti*

Quando si parla di fatto e della sua contrapposizione al diritto, si allude all'evento in particolare, ma non esclusivamente al comportamento come suscettibile di una valutazione giuridica, o fonte di una immutazione della situazione giuridica preesistente fondata su altre norme.

Dobbiamo certo chiederci anche se ci siano fatti che sono di per se creativi di norme, e la risposta è certo affermativa per quella successione di fatti (atti) giuridici che costituisce il processo formativo della legge. Il dubbio può e deve porsi per la possibilità che, indipendentemente da ciò, il fatto generi per sua propria forza diritto oggettivo o soggettivo.

Non intendiamo occuparci qui della categoria dei “fatti normativi” di cui parla il Gurvitch,⁵ categoria abbastanza confusa, che indicherebbe come le fonti formali non sarebbero che riconoscimento, mentre nella concezione formale e tradizionale le fonti sono i fatti che pongono in essere la norma; fatti cioè idonei a produrre quell'evento giuridico che è la norma.

Per taluni autori⁶ i fatti normativi sarebbero la consuetudine, lo stato di necessità e la rivoluzione (Carnelutti contrapporrà la consuetudine come fatto giuridico evolutivo, e la rivoluzione come fatto giuridico rivolutivo).

Ora per la consuetudine non pare ci possa essere dubbio: la reiterazione di un comportamento, accompagnato dalla *opinio iuris* e cioè della obbligatorietà di quel comportamento, crea una norma.

Diverso è il caso in cui del fatto derivi non una norma ma un diritto soggettivo.

Nella seconda ipotesi, rientra anche la situazione della obbligazione naturale, dove il comportamento singolo, non accompagnato dalla *opinio iuris* (e forse proprio in quanto non accompagnato dalla *opinio iuris*, che renderebbe la prestazione indebita per errore e quindi ripetibile) produce l'effetto giuridico eccezionale della estinzione irreversibile di una obbligazione non vincolante di per se.

L'analogia tra le due situazioni della consuetudine e della obbligazione naturale è quindi puramente formale. Se la ripetizione del comportamento ha carattere generale ed è accompagnata dall'*opinio necessitatis*, siamo di

⁵ V. Gurvitch, *L'idée du droit social*, Paris, 1932.

⁶ V. Bobbio, “Fatto normativo”, in *Enciclopedia del diritto*, vol. xvi, Milano, 1967, p. 992; e *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1962.

fronte alla creazione di una norma oggettiva generale ed astratta; se si tratta di un comportamento isolato e spontaneo in presenza di un semplice obbligo morale, sorge un diritto soggettivo (lo *jus retentionis*) e nulla più.

Ancora: dal rapporto di apprensione o detenzione della cosa più o meno prolungato nel tempo scaturiscono certamente conseguenze di diritto.

La definizione di Giovanni Bassiano: "*possessio est jus quoddam, rem detenendi sibi*", è criticata da Azone perchè contiene la affermazione che il possesso è un *jus*. (v. Glossa a *pedibus* ad 1.1.D.XVI.2). Ma, partendo dalla materiale apprensione, che può anche essere illecita, col concorso di circostanze qualificanti e col decorso del tempo, possono sorgere situazioni variamente riconosciute e protette del diritto, che variamente può qualificare il possesso, e variamente riconoscergli tutela.

E qui cade la opportunità di ricordare quella serie di situazioni c.d. "di fatto", che in realtà sono situazioni che si ammette producano effetti giuridici, anche se non la pienezza degli effetti giuridici di corrispondenti rapporti espressamente disciplinati, dall'ordinamento giuridico. Si parla così di società di fatto, di marchi di fatto, e da taluno persino di rapporti famigliari di fatto.⁷

Discorso a parte meriterebbe la natura dei fatti come fonti di diritto. Che dei fatti — anzi della natura dei fatti — possa autonomamente nascere una norma c'è chi ha sostenuto. Chi ha sostenuto cioè che l'esame della natura delle cose non serva solo ai fini della applicazione della norma (Regelsberger, Anzillotti, Franchi, Alfredo Rocco), ma come fonte autonoma: (Bierling, Bergbohm, Gieseke, Brinz, Gerber, Bekker, A. Scialoja, Ferrara).⁸

Che storicamente dai fatti e dalle loro esigenze modernamente valutati possa derivare l'affermazione di un nuovo diritto, attraverso quelle che sono le

⁷ V. le relazioni su "les situations de fait", in: *Travaux de l'Association H. Capitant*, vol. xi, Paris, 1957.

⁸ V. A. Asquini, "La natura dei fatti come fonte di diritto" (*Arch. Giur.*, LXXVI, 1921, 129-47); M. Gutzwiller, "Zur Lehre der Natur der Sache", in (*Hommage de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg à la Société suisse des juristes à l'occasion de sa 59ème assemblée = Festgabe der Universität Freiburg (Schweiz) zur 59. Jahresversammlung des schweizerischen Juristenverein*, Fribourg, 1924, 282-302); G. Radbruch, "La natura della cosa come forma giuridica di pensiero" (*Riv. Internaz. Filos. Dir.*, XXI, 1941, 145-56); ID., "Die Natur der Sache als juristische Denkform", in *Festschrift zur Ehren von R. Lauen*, Hamburg, 1948, 157-76); G. Stratenwerth, *Das Rechtstheoretische Problem der Natur der Sache*, Tübingen, 1957; N. Bobbio, "Über den Begriff der Natur der Sache", in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, XLIV (1958, pp. 305-21); W. Maihofer, "Die Natur der Sache" (*Ibid.*, XLIV (1958), 145-74); A. Baratta, "Natura del fatto e diritto naturale" (*Riv. Internaz. Filos. Dir.*, XXXVI (1959), pp. 177-228); H. Schambeck, "Der Begriff der 'Natur der Sache'", in (*Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, X (1960), pp. 452-74); O. Ballweg, *Zu einer Lehre von der Natur der Sache*, Basel, 1960; K. Engisch, "Zur 'Natur der Sache' im Strafrecht", in *Festschrift für E. Schmidt*, Göttingen, 1961, pp. 90-121; I. Tammelo, "La natura dei fatti come 'topos' giuridico", in *Riv. Internaz. Filosofia Dir.* (1963), 655-83; N. Bobbio, "La natura delle cose nella dottrina italiana" (*Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1964, p. 489).

fonti formali del diritto scritto o consuetudinario, d'accordo. Ma di per sé la natura dei fatti è inerte oggetto di valutazione di quel giudizio di valore che presuppone una norma preesistente.

La formula $\phi\upsilon\sigma\epsilon\lambda \delta\acute{\iota}\kappa\alpha\lambda\omicron\nu$ fu fonte di equivoci, perchè si riferisce non alla natura dei fatti ma a ciò che è conforme alla natura e alle esigenze del diritto.

5. *Distinzione tra questione di fatto e di diritto e la prova: la presupposta conoscenza della norma.*

La contrapposizione tra *jus* e *factum* —certo non estranea ai giuristi classici che contrappongono “*res facti*” a “*res juris*”, “*quaestio facti*” a “*quaestio juris*”— diventa uno strumento evolutivo e di ammodernamento con le azioni “*in factum*” contrapposte a quelle “*in jus*”, che hanno servito a completare le insufficienze delle azioni tipiche nell’ordinamento formulare.

Nel diritto bizantino giustiniano, “introdurre l’antitesi di ‘*quaestio facti*’ ‘*quaestio juris*’, introdurre l’altra ‘*res facti res juris*’ ... è mezzo favorito per sostituire una soluzione ispirata alle nuove tendenze o all’arbitrio legislativo nel luogo dell’originaria che il giurista desumeva dal rigore del diritto”.⁹

Il principio della distinzione tra questione di fatto e di diritto ha una fondamentale applicazione nel campo della prova, perchè se della circostanza di fatto l’onere della prova incombe *ei qui dicit*, e il giudice giudica *iuxta alligata et probata partium*, per l’esistenza e il contenuto della norma si applica il principio *jura novit curia*. E per restar fedeli al principio si è arrivati talora a dire circostanze di fatto quelle norme speciali le cui conoscenza può sfuggire al giudice o anche al successivo legislatore.

Questa regola fondamentale *soffre eccezioni*. Quanto alla conoscenza del diritto che dovrebbe essere comune a tutti si è ritenuto talora che non fosse sempre dello stesso legislatore.

Così nel diritto intermedio, si tende a qualificare come fatto le deroghe o integrazioni apportate alle fonti tradizionali da ordinamenti particolari sotto la spinta delle esigenze pratiche.

Così è singolare il rilievo che, quando, dopo la metà del XIII^o secolo, sotto l’egida dell’impero romano-cristiano e del papato, si sviluppa il singolare rigoglio dei *regna*, delle *civitates*, delle corporazioni, che si danno normative proprie —e con qualche esagerazione, si arriverà a dire che “*qui libet paterfamilias est gubernator*”, e “*potest in sua domo facere legem*” (v. S. Tommaso, *Summa Theologica*, I, II^{ae}, q. XC, art. 3, che poi attenuerà: “*aliqua praecepta vel statuta, non tamen quae proprie habeant rationem legis*”)— anche la nuova normativa che la realtà concreta ha imposto al di fuori della maestà

⁹ Così conclude il Vassalli l’ampia disamina critica dei testi delle fonti romane: “*Jus e factum contrapposti come oggetto di conoscenza*”, in *Studi giuridici*, vol. III, tomo I, Milano, 1960, p. 422.

delle fonti tradizionali dello *jus commune* —civile o canonico— appare e si qualifica *factum*. Sintomatica la decretale di Bonifacio VIII^o (*Licet Romanus Pontifex* c. 1 in VI.1.2): “*Licet romanus Pontifex, qui iura omnia in scrinio pectoris sui censetur habere, constitutionem condendo posteriorem, priorem, quamvis de ipsa mentionem non faciat, revocare noscatur, quia tamen locorum specialium et personarum singularium consuetudines et statute, quum sint facti et in facti consistent, potest probabiliter ignorare, ipsis, dum tamen rationabilia, per constitutionem a se noviter editam, nisi expresse caveatur in ipsa, non intelligitur in aliquo derogare*”. Dove per escludere la abrogazione implicita della norma speciale —*jus particulare*— da parte di una norma generale posteriore, si qualificano le prime come... “fatto”!

E la Glossa di Giovanni D'Andrea (gl. *Facti*) “. . . Si igitur consuetudo et statum singularia sint, et *consistent in facto*, et sint rationabilia, nec expresse revocentur, eis non derogatur per constitutionem noviter editam”.¹⁰

In sostanza si qualificano “*consistere in facto*” norme specifiche costituenti deroghe limitate alle universalità dell’*jus commune*.¹¹ Non altrimenti nel diritto moderno rispetto alle norme di diritto straniero che vengano eccezionalmente in applicazione,¹² il principio *jura novit curia* non è ovunque coerentemente applicato, e, tenuto conto che soprattutto dove manchi il contraddittorio —e quindi la collaborazione delle parti variamente interessate a invocare il contenuto della norma straniera— è difficile presumere sul serio una conoscenza del diritto straniero da parte del giudice, in taluni ordinamenti come in Francia si propende a ritenere che l’esistenza e il contenuto di una norma straniera vada provata. Il rimedio di un supremo ricorso a un giudice di diritto non è per altro escluso mai. Anche dove vige il principio che la norma di diritto straniero non va provata, e che se non ne presume la conoscenza di parte del giudice, vizio di diritto sarà sempre il non averla applicata se doveva essere applicata, o averle data un contenuto diverso da quello che ha.

Per converso vi sono casi in cui la parte è dispensata dalla prova del fatto: ed è il caso del fatto “notorio”.

E’ Alciato che evidenzia che il termine di “*notorium*” per indicare “*il quod palam constat*” è ignoto alla antichità classica.¹³

“*Notoria*”, in diritto classico, erano i referti degli ufficiali di polizia del basso impero alle competenti autorità.

¹⁰ Giovanni D'Andrea, *In Sextum Decretalium librum novella commentarie*, Venetiis, 1581, fol 5^o § 6 (cit. da Prosdocimi, v. *infra*).

¹¹ In sostanza si qualificano *consistere in facto* norme specifiche costituenti deroghe limitate alle universalità dell’*jus commune*. V. Prosdocimi, “*Ex facto oritur jus* - Breve nota di diritto medievale”, in *Studi Senesi in memoria di Ottorino Vannini*, pp. 808 y ss.

¹² In Belgio, p. es., la norma del diritto straniero è considerata fatto: Cass. 9 marzo 1882, *Pasicrisie*, 1882, 2, 62; Cass. 25 marzo 1926, *Pasicrisie*, 1926, I, 317.

¹³ *De verborum significatione*, lib. I, nell’edizione delle opere di Basilea, 1551, vol. I, p. 22.20; lib. III, vol. III, p. 120.63; *In tit. de verborum significatione comment.* vol. I, p. 171.1; *Parerga juris*, lib. VI, p. 355.36; p. 469.45.

La dottrina del *notorium* si sviluppa nella legislazione della Chiesa e nella dottrina medioevale. Alessandro III^o richiamava alla cautela nel suo uso processuale. (c. 14 X. 2. 28)

È incerto e vago, l'uso di *notorium, manifestum, evidens, publicum, notum, cognitum*.¹⁴

“*Notoria non egent probatione*”,¹⁵ come conferma nel nostro codice civile l'art. 115 cpv. Ma non è detto, appunto perchè *fatto* e non *diritto*, che non si esiga il richiamo o l'allegazione fatta dalla parte: 115 c. p. c. (e non è detto neppure che ciò che in un certo momento è notorio, sia sicuramente vero). Contro l'allegazione del fatto notorio non occorre eccepire la inesistenza, basta eccepire la non notorietà. Ai fini del giudizio di Cassazione sarà censurabile la decisione del giudice di fatto che immotivatamente o senza adeguata prova abbia ammessa la notorietà del fatto (art. 360 n. 5 c. p. c.)

6. Deroche al principio dell'onere della prova del fatto

Si da il caso che il legislatore, anche in ordine al principio generale che regge l'onere della prova, attribuendolo all'attore, —come comunemente ma erroneamente si dice, o più esattamente *ei qui dicit*, che può essere il conve-

¹⁴ Antonio da Butrio, “Tractatus de notorio”, in *Tractatus illustrium in utro que tum Pontifici tum Caesari juris facultate jurisconsultorum*, iv, Venezia, 1584.1.12-13.

¹⁵ Più che una prova il notorio è *Befreiungsgrund vom Beweis*: Bayer, *Entscheidungsgrundlagen*, Graz, 1911, 209. Sul tema v.: Dziatzko, “Die Notorietät im Kanonischen Reweisfahren”, in *Archiv für Katholisches Kirchenrecht*, 1882, pp. 299 y ss, e già: *Doctrina juris canonici de notorio*, Breslavia, 1872; Langebeck, “Über das Wesen der Notorietät”, in *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, 1892, 470; Stein, *Das private Wissen des Richters*, Lipsia, 1893; Kohler, “Über notorische Thatsachen”, in *Gesammelte Beiträge zum Civilprozess*, Berlin, 1894, p. 68; Heimer, “Urteile im notorio”, in *Archiv für Katholisches Kirchenrecht*, 1910, p. 700; Apfelbaum, *Die bei Gericht offenkundige Tatsache*, Greifswald, 1913; Calamandrei, “Per la definizione del fatto notorio”, in *Riv. dir. proc. civ.* 1925, 1, p. 273; Chiarelli, “La definizione giuridica del fatto notorio”, in *Arch. giur.*, 1927, p. 277; Cognetti de Martiis, “Dei fatti notori”, in *Temì emil.*, 1928, 71; Allorio, “Osservazioni sul fatto notorio”, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, II, p. 13; Mazarella, “Appunti sul fatto notorio”, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, II, p. 64; Pavanini, “Massime di esperienza e fatti notori in cassazione”, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, p. 249; Ferrara, “Relatività del ‘notorio’”, in *Foro it.*, 1940, I, 966; Denti, “Ancora sulla nozione di fatto notorio”, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, p. 265; De Stefano, *Il notorio nel processo civile*, Milano, 1947; Montesano, “Osservazioni sui fatti notori”, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, p. 223; Leone C., *Contributo allo studio delle massime di esperienza e dei fatti notori*, Bari, 1950; De Stefano, “Osservazioni sulla censurabilità del notorio in cassazione”, in *Giur. it.*, 1955, I, 777; Peretti-Griva, “In tema di nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza”, in *Riv. giur. circ. tras.*, 1955, 675; Piras, “Le massime di esperienza e la motivazione insufficiente”, in *Jus*, 1955, p. 79; Ghisalberty, “La teoria de notorio in diritto comune”, in *Annali di storia del diritto*, 1957, I, p. 403; *id.*, “Fatto notorio (Storia)” in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, pp. 996 y ss.; Carnelli, “Evidencia notoria, in Scritti giuridici in onore di P. Calamandrei” II, Padova, 1958, p. 162; Carnelutti, *Massime di esperienza e fatti notori*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 639; De Stefano, Note minime sulla cosiddetta notorietà locale,” in *Giur. it.*, 1959, I, 99. Concetto affine a quello del fatto notorio è quello di “massime di esperienza” (*Erfahrungssätze*).

nuto che “*in excipiendo fit actor*” (formula che bene si addice nel caso di domanda riconvenzionale, ma meno nel caso di semplice eccezione)— dispen- si l'attore da ogni obbligo di prova attraverso una presunzione *juris et de jure*, o inverte l'onere con una presunzione *juris tantum*.¹⁶

Sulla possibilità che attraverso questo strumento si persegua un adeguamento a nuove esigenze maturate nella coscienza giuridica collettiva, non occorre insistere. Funzione, questa, realizzata anche più drasticamente, talora, col mezzo tecnico della finzione.

Con la presunzione che introduce fittiziamente un elemento di fatto tra quelle realmente esistenti o per avventura elimina, non tenendone conto, un elemento di fatto, si opera un procedimento che richiama quella meccanica molecolare con la quale il fisico ottiene una materia diversa sottraendo o aggiungendo ad una molecola taluno dei suoi componenti.

E' quello che in modo anche più drastico si può realizzare dal legislatore anche con lo strumento della finzione, dove un elemento di fatto si introduce a forza, trasformando la configurazione del fatto ai fini della sua disciplina giuridica.¹⁷

¹⁶ Contro l'opinione del Gradenwitz (“Interpolationem in der Pandekten”, in *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, Rom. abt., 1888. p. vii, p. 70 e ss.) e del Ferrini (“Le presunzioni in diritto romano”, in *Opere*, vol. III, Milano, 1929, p. 417), che vedono nella *praesumptio* un istituto giustiniano il Donatus ha rilevato la “presumptiones juris in diritto romano”, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Perugia*, 1931, p. 1 e: “Le ‘praesumptiones juris’ come mezzo di svolgimento del diritto romano”, in *Rivista di diritto privato*, 1933, I, p. 161), che talune presunzioni, come la *praesumptio muciana* e quella della sopravvivenza della dote nel caso di rinnovazione del matrimonio, sono di origine classica: secondo il Kaser (v. “Praesumptio muciana, in *Studi per De Francisci*, Milano, 1956, vol. I, p.) la *praesumptio muciana* sarebbe l'unica vera applicazione della presunzione in epoca classica. Il carattere relativo e finalistico delle presunzioni può portare a singolari sorprese. Non apparve forse nella legislazione venezuelana in caso di danni causati dalla circolazione di autoveicoli la presunzione di responsabilità del pedone?

¹⁷ L'istituto ha origine nella storia remota della tecnica giuridica.

Dubbi possono lasciare i casi di finzione del 2° millennio a. C. in diritto mesopotamico. Boyer, “De la fiction dans l'ancien droit oriental”, in *Mélanges*, Paris, 1965, p. 87.

Ma non si vede come si possano negare finzioni in diritto romano classico. Già per lo *jus postlimini* “retro creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit” (D. 49. 15. 16). Tryph. D. 49. 15. 12. 6 “cetera quae in iure sunt, posteaquam postliminio redit *pro eo habentur*, ac si nunquam iste hostium potitus fuisset” *Inst.* I. 12. 5 dove il testo, di Gajo 1. 129 è quasi testualmente riprodotto: v. l'inciso: “*idicuo reversus et liberos habet in potestate, quia postliminium fingit eum qui captus est semper in civitate fuisse*”.

Chi cadeva in prigionia subiva dunque la *capitis deminutio maxima*: pero la *lex Cornelia* statui che “in omnibus partibus juris, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur cum captus est” (D. 49. 15. 18), così che il testamento del prigioniero è valido: “*Lege Cornelia testamenta eorum qui in hostium potestate decessissent, perinde confirmantur ac si hi qui ea fecissent in hostium potestate non pervenissent*”. D. 28. I. 12 E persino valido si ritenne, con analoga finzione, il codicillo fatto in prigionia al testamento anteriore (D. 49. 15. 12.5) ammettendo la *confirmatio codicillorum* “et si postea reversus est et postliminio jus suum recepit, *humanitatis ratione congruum est eos codicillos ita suum effectum habere, quasi in medio nulla captivitas intercessisset*”,

7. Deformazione legale del fatto

Quando desumendo dagli elementi della realtà quelli che il diritto rende rilevanti si è astratta dal fatto la fattispecie, si potrebbe pensare che non resti al giurista pratico, e al giudice, che riferirle alla norma nel suo contenuto vigente per accertare se la volontà della legge è realizzata o se siamo di fronte ad un illecito.

Ma anche questo non è esatto.

Anzitutto sono proprio le norme giuridiche che impongono di trascurare taluni elementi, attraverso quelle disposizioni sulle prove per cui la realtà giuridica è spesso diversa dalla *realtà legale*.

Ma v'è di più.

Per effetto di quel finalismo che presiede alla attività legislativa, che poco si preoccupa della esattezza o della rilevazione naturalistica, ma piuttosto mira al conseguimento di talune finalità pratiche, accade che l'ordinamento giuridico imponga talora di chiudere gli occhi, o di considerare inesistenti alcuni elementi di fatto, o imponga di considerare presenti tali altri.

Lo strumento legislativo di cui si è fatto cenno già è dato dalle presunzioni, e non solo dalle presunzioni che facilitano la prova, dispensando un accertamento che in base ai dati della comune esperienza dovrebbe dare un risultato positivo: *presunzioni juris* e più ancora le *presunzioni juris et de jure*, dove l'ordinamento legislativo non si preoccupa della possibilità che la realtà concreta sia diversa da quella fattispecie che si vuole forzatamente imposta ai fatti, perché si vuole l'applicazione di quella norma che si considera opportuna.

Non meno chiara questa voluta deformazione della fattispecie, imposta anche là dove gli elementi di fatto potrebbero richiamare una fattispecie

Nella *bonorum possessio* contrapposta al *dominium ex jure Quiritium* "qui ex edicto bonorum possessionem petit ficto se herede intendit" (Gajo, 4.34).

Anche nell'*actio Serviana*: "bonorum emptor ficto se herede intendit" (Gajo, 4, 34). Nell'*actio publiciana* "usucapio fingitur" "quia non potest eam (rem) ex jure Quiritium suam esse intendere, fingitur usucepisse et quasi jure Quiritium dominus factus esset intendit" (Gajo, 4, 36).

Così ci dice Gajo che, "si modo justum sit", si estende p.es. *l'actio furti al peregrinus* ("... civitas romana peregrino fingitur" e *l'actio legis Aquilae* "ficta civitate romana iudicium datur" (Gajo 4.37).

Tanto più quando l'applicazione rigida condurrebbe a conseguenze inique e contrarie alla finalità operando contro chi si vuol colpire, ma il terzo: così nella *capitis deminutio minima* (Gajo, 4.38): "Practerea aliquando fingimus adversarium nostrum capite deminutum non esse... ne in potestate eius sit jus nostrum corrumpere introducta est contra eum... actio utilis rescissa capitis deminutione, id est in qua fingitur capite deminutus... non esse..." v. Dekkers R., *La fiction juridique*, Paris, 1935; De Ruggiero, v. *Funzione*, in *Dizionario pratico di diritto privato*, Milano, s.d., III. 1. 186; v. Pugliatti, v. *Funzione*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, 1968, p. 658 e ss.

Talora la finzione ha la funzione di una vera e propria norma definitiva (v. Esser, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionem*, 1940. 48), quando p. es. si attribuisca a beni la qualifica legislativa di beni immobili per sottoporli alla relativa disciplina. (art. 812 c. c.).

diversa, si ha nella *finzione*, dove appunto l'ordinamento giuridico impone di dare per presenti ai fini della definizione della fattispecie degli elementi che in realtà non sussistono.

Oltre alla ispirazione finalistica della presunzione e della finzione, è da riconoscere la funzione dinamica di questi artifici giuridici attraverso i quali il legislatore riesce spesso a svincolarsi dal regime costituito dalle norme, per anticipare una evoluzione invocata dalla coscienza collettiva.

8. La definizione o qualificazione del fatto¹⁸

L'affermazione che il diritto —un ordinamento giuridico, una norma— è presupposto del “fatto giuridico”, non mancherà di urtare chi, ligio alla tradizione, è portato a capovolgere il rapporto logico tra diritto e fatto.

¹⁸ *Le fait et le droit. Études de logique juridique* (diretti da Perelman), Bruxelles, 1961; Albaladejo García, “El hecho jurídico”, in *Revista de la Facultad de derecho*, Universidad Oviedo, 1955, 345; Barbosa de Magalhães, “A distinção entre matéria de facto e de direito em processo civil, a interpretação dos negócios jurídicos e a competência do Supremo Tribunal de Justiça”, *Jornal do Foro*, 1956 (115), p. 114; 1956 (116), pp. 246, 955, 413; Bettiol, “La dottrina del ‘Tatbestand’ nella sua ultima formulazione”, in *Rivista di diritto penale*, 1932, p. 525; L. M. Boffi Boggero, “Hecho jurídico”, in *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, 1956, 86-87, pp. 66 e ss. y en *Estudios Jurídicos Primera serie*, Buenos Aires, 1960, p. 29 e “Introducción al estudio del acto jurídico”, in *Estudios cit.*, p. 51; Cammarata, “II significato e la funzione del ‘fatto’ nell’esperienza giuridica”, in *Annali della Università di Macerata*, 1929, p. 393; Cardini E. O., “Hechos y actos jurídicos: su caracterización diferencial ‘de jure conditio’”, in *Ley*, 1959, 96, pp. 733 y ss. Cataudella, “Note sul concetto di fattispecie giuridica”, in *Rivista Trimestrale diritto procedure civile*, 1962, p. 433; e v. “Fattispecie”, in *Enciclopedia del diritto*, vi, Milano, s. d., p. 926; Delitala, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930; Denti, “I giudicati sulla fattispecie”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 109; Deschenaux, *La distinction du fait et du droit*, Fribourg, 1948; Fairén Guillén, “El control de los hechos en la casación civil y laboral española”, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, Torino, 1971, vol. iv, p. 515; Falzea, “Il fatto naturale”, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, Padova, 1970, vol. i, p. 399; Hruschka, *Die Konstitution des Rechtsfalles, Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung*, Berlin, 1965; La Rocca, *Studi sul problema del fatto nel processo penale*, Napoli, 1954; Fuchs, “Fatto e conseguenza giuridica”, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1928, p. 44; Letourneur, “L’appréhension du fait par le Conseil d’État”, in *Recueil de jurispr. du dr. administratif*, 1952, p. 81-84, 167-168; Loreto, “El hecho y el derecho en la casación civil venezolana”, in *Revista de la Facultad de Derecho* (Caracas), 1966, n. 35, p. 9; Majorca, “Fatto giuridico - Fattispecie”, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, vol. vii, p. 111; Marty, *La distinction du fait et du droit*, Paris, 1929; Messina, “Sulla utilità della nozione di fattispecie nel processo penale”, in *Scritti in onore di Manzini*, Padova, 1954, p. 589; Nasi, “Fatto (Giudizio)”, in *Enciclopedia del diritto*, xvi, p. 967 e ss.; Ondei, “Il concetto di ‘fatto’ nel diritto civile”, in *Foro padano*, 1956, i, p. 800; Pagliaro, “Fatto (dir. penale)”, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, s. d., vi, p. 961; Perelman in *Logique et Analyse*, 1960, p. 226; Provinciali, “Ancora sul giudizio di fatto e il rigetto dei ricorsi in Cassazione”, in *Il diritto fallimentare*, 1960, ii, p. 241; Pugliatti, *I fatti giuridici*, Messina, 1945; Rubino, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939; Scognamiglio, “Fatto giuridico e fattispecie complessa”, in *Rivista trim. dir. e proc. civile* 1954, 331; Vassalli, *op. cit. loc. cit.*; Vitarelli, “Il controllo del fatto in cassazione”, in *Giurisprudenza siciliana*, 1963, p. 735.

Pare si sia di fronte ad un ineliminabile petizione di principio. Il diritto condiziona l'esistenza del fatto giuridico, ma sul fatto giuridico deve portarsi poi un giudizio di valutazione sulla sua conformità o difformità della norma.

Il vero è che, il primo esame è quello che porta a sceverare tra i complessi elementi costitutivi quelli che valgono ad individuarlo dal punto di vista giuridico, cioè a definirlo o, come diremo in termini più tecnici, a *qualificarlo*.

E' questo processo logico, nel quale il contenuto imperativo o cogente della norma non viene ancora in considerazione, quello che, attraverso l'epurazione dei momenti giuridicamente rilevanti, determina quella che per il giurista è la *fattispecie*.

La nozione di fattispecie (*facti species*) o configurazione del fatto, deriva dal tedesco "*Tatbestand*" usata originariamente dai penalisti¹⁹ (che lo facevano sinonimo di *corpus delicti*) nozione di poi estesa al diritto civile dal Thöl.²⁰

Altro è dunque il *Tatbestand* della *Tatsache* o mero fatto.

Se si ammette —come da parte mia ammetto senz'altro, considerandola feconda anche ad altri fini— la possibilità di scindere nella norma due elementi —la determinazione della fattispecie e il comando—, apparirà che ai fini del rilevamento del fatto giuridico è il primo dei due elementi che viene in considerazione.²¹

Il giurista, prima di procedere a qualsiasi valutazione di liceità o illiceità, —il che ha ovviamente tratto al contenuto cogente della norma—, è chiamato a confrontare tra gli elementi della realtà sottoposta al suo esame, quegli elementi che riuniti costituiscono quel modellino che è il presupposto dalla fattispecie normativa.

In questa prima fase della sua attività il giurista non confronta un comportamento col paradigma del lecito o dell'illecito che scaturisce dal contenuto cogente della norma, ma confronta gli elementi di fatto con la fattispecie posta dalla norma, per controllare se ne attui tutti i presupposti: tutti e soli, perchè la presenza di altri elementi potrebbe portare verso una diversa

¹⁹ V. Klein, *Grundsätze des gemeinen penalen Rechts*, Halle, 1796, p. 57; Stubel, *Über den Tatbestand der Verbrechen*, Wittenberg, 1805; Birnbaum, "Beitrag zur Feststellung des Begriffs von Tatbestand in criminalrechtlichen und criminalprozessualistischen Sinne", in *Archiv des Criminalrechts*, 1845, p. 492.

²⁰ Thöl, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, Göttingen, 1851.

²¹ V. Rotondi, "La distinzione dei due elementi della norma giuridica", in *Natural Law and World Law-Essays to commemorate the sixtieth birthday of Kotaro Tamaka*, in *Hogaku Kyokai Zasshi* (The Journal of Jurisprudence Association), LXXI (1953) pp. 99 y ss.; "El secuestro de hecho y el mando como elementos de la norma jurídica en el derecho transitorio e internacional" (tr. di V. Santos Brinz, in *Revista de derecho privado* 1968, p. 1029, e già la prefazione al volume di G. Pace, "Il diritto transitorio con particolare riguardo al diritto privato", in *Studi di diritto privato, italiano e straniero*, serie II, vol. II, Milano, s. d.

Ora lo scritto è riprodotto in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1972, p. 359.

fattispecie (e in un secondo tempo può portare ad una diversa valutazione di liceità o illiceità).

E' l'ordinamento positivo dunque che fissa il paradigma degli elementi necessari e sufficienti perchè si affermi l'esistenza di una fattispecie. Abbiamo anche visto come attraverso l'artificio della presunzione o della finzione si possa affermare la sussistenza di quella figura di rapporto per cui la norma è dettata.

Nè sarà privo di interesse il rilevare che, in quegli ordinamenti che sono legati al principio del rispetto dei precedenti giudicati, a salvare il sistema da quello che apparirebbe un fatale immobilismo, interviene l'arte o artificio del giudice che, evidenziando un nuovo elemento, che non figura nella casistica dei precedenti si crea un nuovo tipo di rapporto —o di fattispecie— e giustifica una disciplina diversa da quella consacrata dai precedenti esistenti, generando un nuovo precedente. Non è detto che questo nuovo elemento evidenziato dalla decisione non esistesse anche nei casi che diedero luogo ai precedenti giudicati, ma è la rinnovata sensibilità del giudice che lo evidenzia e lo valorizza, assicurando così il progresso del diritto e l'adeguamento alla nuova esigenza o alla mutata sensibilità.

9. *La definizione e la qualificazione del fatto; l'equivoco di un vecchio brocardo: "omnis definitio in jure periculosa"*

Il riferimento concreto della definizione ad un fatto, è quello che tecnicamente chiamiamo qualificazione. E qui cade di dover ricordare quel vecchio brocardo: "*omnis definitio in jure periculosa*", che nella sua corrente applicazione è frutto probabilmente di un puro equivoco.

Che una definizione astratta di concetti giuridici sia difficile tanto da affermarsi pericolosa —e il brocardo ne metterebbe in guardia— appare assai strano.

Che ogni definizione concettuale sia delicata opera di astrazione, d'accordo: ma nessuna dottrina può prescindere da questi concetti astratti, e non si vede perchè nel campo del diritto questa attività debba presentare particolari difficoltà.

Il definire poi —con riferimento concreto della figura astratta della fattispecie normativa al caso concreto— quello che è il "fatto giuridico" —cioè il qualificarlo— è un momento indispensabile dell'attuazione del diritto, nè si vede come se ne possa prescindere.

Il vero è che —secondo una interpretazione già affacciata, ma che stranamente pare sia passata ignorata— il passo del Digesto tramutato poi in facile brocardo aveva probabilmente un tutto altro significato.²²

²² Chi in modo suggestivo legava e spiegava il noto principio ricollegandolo alle fasi del procedimento formulare era il erudito romanista e caro amico Filippo Stella Marama, ma non mi consta che tale tesi abbia pubblicamente esposta.

10. *La qualificazione può quindi essere errata in diritto: sindacate dei supremi tribunali che giudicano solo in diritto*

L'affermazione che la determinazione del fatto giuridico, ossia la qualificazione, presuppone una valutazione di diritto, ha la sua pratica applicazione nell'esatta determinazione della funzione di quei supremi organi giurisdizionali ai quali, taluni ordinamenti —come quello italiano per la Corte di Cassazione— riservano un sindacato di puro diritto.

L'affermazione —che abbiamo già qualificata semplicistica ed erronea— per cui la sentenza sarebbe idealmente costruibile come un sillogismo, in cui la premessa maggiore sarebbe costituita dal principio di diritto, e la minore dal fatto, condurrebbe logicamente a sottrarre al sindacato del Supremo Collegio la premessa minore. Ma questa premessa minore non è già solo una rappresentazione grezza del fatto, ma è già a sua volta la “fattispecie”, cioè la qualificazione, a cui gli elementi di fatto furono ricondotti.²³

Il vero è che, a riguardo della sentenza, più che di un sillogismo occorre parlare di una concatenata successione di sillogismi, anche se il discorso è spesso semplificato e abbreviato perchè al sillogismo si sostituisce un *entimema*.

E chiaro allora che vi può essere errore di diritto già nella formulazione della fattispecie.

Dopo la premessa maggiore di una norma, il dire che nel caso concreto c'è stata una vendita, un omicidio, l'occupazione di *res nullius* etc., non è una pura rilevazione di fatto, ma è già una valutazione ed una qualifica.

La decisione p.es. che si respinge la domanda di un contraente nei confronti di un altro, perchè il giudice ha qualificato il fatto come vendita di

²³ “La qualificazione giuridica di un negozio importa due distinte operazioni di ordine logico; la prima, consistente nell'identificazione e fissazione degli elementi costitutivi del rapporto e nell'accertamento del contenuto economico dell'attività negoziale e delle finalità pratiche perseguite dalle parti; la seconda concretantesi nell'attribuzione del *nomen iuris*, previa interpretazione sul piano giuridico degli elementi accertati precedentemente. Mentre la prima operazione è sottratta al sindacato di legittimità della Cassazione, giacchè il giudice di merito non può, nel corso di essa, che incorrere in un errore di fatto, la seconda, è invece, soggetta al controllo del Supremo Collegio, giacchè l'errore di diritto, in cui nel corso di essa può incorrere il giudice di merito, può derivare dalla discordanza tra gli elementi accertati e gli estremi richiesti dalla norma di legge in relazione al negozio erroneamente configurato, a cagione dell'inosservanza delle norme relative all'interpretazione dei contratti.” [V. Cass. Sez. I, 27 giugno 1961, n. 1543. Pres. Torrente, Est. Giannattasio, P. M. Maccarone (*Vigorelli c. soc. Vighianzone*) e già Cass. 11 luglio 1960, n. 1861, Pres. Di Pilato, est. Albani, P. M. Silocchi (*Bort c. D'Andrea*)].

Anche la giurisprudenza francese da un secolo si è riservato il sindacato sulla qualifica del fatto: v. Boré, “Un Centenaire: le contrôle par la Cour de Cassation de la dénatura-tion des actes”, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1972, p. 249; Voulet, “Le grief de dénatura-tion devant la Cour de Cassation”, in *La Semaine Juridique*, 1971, *Doctrine*, 2410. E la Cassazione Belga controlla se “le juge de fond a attribué aux faits qu'il a constaté souverainement un caractère dont le contrôle appartient à la Cour de Cassation” (Cass. 13 giugno 1950, in *Pasicrisie*, 1950, I.726).

cosa futura e non come *locatio operis*, —portando quindi all'applicazione di alcune norme e all'esclusione di altre—, sarà censurabile in diritto, ogni qualvolta sia dimostrato che la qualifica data dalla sentenza non è quella che deriverebbe dall'esatta interpretazione della norma: ogni qualvolta, cioè, sia dimostrabile che il giudice ritenne di trovarsi di fronte ad una determinata fattispecie —così qualificando i fatti— mentre nel caso concreto non si raccoglievano tutti gli elementi che la norma ha considerati costitutivi della fattispecie, o altri —che pure esistevano in concreto e che ha trascurato—, avrebbero dovuto portare ad una diversa qualificazione.

Quello che sfugge al controllo di diritto —della Cassazione— non è la fattispecie —cioè la minore dell'abusato sillogismo— ma la determinazione di quegli elementi concreti extragiuridici che furono ritenuti dal giudice di merito come provati, e ai quali attribuì una qualifica giuridica elaborando la fattispecie.

Ritornando al caso sopra ipotizzato, se il giudice respinse la domanda di un attore che lamentava la consegna da parte di altro contraente di cosa inidonea all'uso pattuito, ma la respinse perchè, a torto, escluse che si trattasse di una vendita, —mentre in concreto uno aveva dichiarato di voler acquistare la cosa impegnandosi di pagare il prezzo, e l'altro aveva promesso la consegna della cosa e il trasferimento della proprietà— siamo di fronte ad una errata valutazione, e quindi qualificazione giuridica dei fatti, e l'errore sarà *di diritto* e suscettibile di ricorso per cassazione.

Ma se la domanda dell'attore fu respinta perchè ha sostenuto che la cosa consegnata non fosse materialmente inidonea all'uso, allora siamo di fronte ad una pura e semplice valutazione di fatto che, come tale, è sottratta al sindacato del Supremo Collegio.

Il riferimento da noi fatto ai supremi giudici che hanno per solo scopo la vigilanza e il controllo sull'applicazione della norma, vale ovviamente non solo per l'ordinamento italiano al quale ricorre più ovvia per noi l'esemplificazione, ma per analoghi istituti di altri ordinamenti.