

Andrea Mengali

Il giudizio di fatto degli arbitri



Giappichelli

Premessa e ambito dell'indagine

Il presente scritto riprende un'idea maturata durante il mio percorso di ricerca e ormai risalente al 2009, allorché ebbi l'occasione di cimentarmi con lo studio della disciplina della prova nell'esperienza arbitrale.

Della prima ciò che aveva mosso il mio interesse era la distanza tra il diritto probatorio dei paesi anglosassoni e quello dei paesi di *civil law*, caratterizzati, questi ultimi, ed al di là delle formule legislative, dalla centralità della prova legale.

Quest'ultimo sistema mi appariva datato, improntato ad un rigido formalismo, retaggio di sistemi giuridici passati, mentre affascinante era l'idea di una *evidence law* improntata alla più pura e genuina valutazione da parte del giudice dei fatti di causa.

L'impressione, suffragata dagli scritti di Francesco Carnelutti, e, più recentemente, di Michele Taruffo, era quindi quella che le prove legali dovessero la loro ragion d'essere alla sfiducia nei confronti del giudicante, cui il legislatore intendeva, ove possibile, togliere qualsiasi spazio di libera valutazione.

Diversa la prospettiva anglosassone, laddove le c.d. *exclusionary rules* ritenevo che dimostrassero, al contrario, come in quell'esperienza non ci si fidi dei condizionamenti che il giudice può subire dalla c.d. *hearsay evidence* ma, ovviato questo rischio, ci si affidi interamente alla sua libera valutazione.

Le norme sulle prove erano quindi state esaminate quali limiti alla libera valutazione da parte del giudice (della verità) dei fatti di causa, e qui entrava in gioco il confronto con l'esperienza arbitrale, e con la libertà di parti e arbitri nella determinazione delle relative regole, con l'idea che questa potesse superare quei vincoli dettati in particolare dalla disciplina legale della prova.

A distanza di oltre dieci anni da quello studio, e con una maggiore consapevolezza dettata da una parte dagli anni inesorabilmente trascorsi, dall'altra dai lavori più recenti, in particolare quello in materia di vizio di motivazione, ho deciso di riprendere quel tema, passando in rassegna gli argomenti sviluppati e gli approdi a suo tempo raggiunti, non certo pacifici, per sottoporli ad un nuovo e rinnovato vaglio critico, mosso tra le altre cose dal dubbio che forse quei risultati erano frutto della ricerca, a tutti i costi, di una originalità delle prospettazioni da parte di un giovane e senz'altro acerbo studioso.

In estrema sintesi sostenevo, tra l'altro, che le norme di prova legali e più in generale quelle disciplinanti l'accertamento del fatto da parte del giudice potessero essere superate dall'autonomia delle parti e degli arbitri nella determinazione delle regole di svolgimento dell'arbitrato.

La necessaria premessa dell'indagine, che si estendeva a tutta la disciplina delle prove, era il ritenuto carattere processuale delle norme di diritto probatorio, incluse quelle relative alle prove legali; questa proseguiva con l'analisi dei limiti alla libertà delle forme nell'arbitrato, concludendo che la disciplina del processo civile, anche quella relativa ai suoi principi generali, potesse essere interamente superata in ambito arbitrale con il solo limite del necessario rispetto dell'ordine pubblico processuale. Infine si analizzavano le singole norme relative alla disciplina della prova, per verificare se esse appartenessero o meno all'ordine pubblico processuale.

Il presente lavoro si propone di sottoporre quelle idee a riscontri che senz'altro allora non furono adeguatamente esperiti, a partire dalla questione della natura – processuale o meno – del diritto probatorio (indipendentemente dalla scelta del legislatore italiano di collocare parte della relativa disciplina nel codice civile). In particolare, pur se non si mancò allora di rilevare come il giudice di legittimità abbia più volte sancito la natura sostanziale di molte norme di diritto probatorio, tra cui quelle di prova legale, individuando nel n. 3 dell'art. 360 cod. proc. civ. il relativo motivo di ricorso per cassazione, tale posizione della giurisprudenza non fu convenientemente chiarita. In particolare non furono individuate le ragioni per le quali la Suprema Corte ritiene, ai fini dell'individuazione dei motivi di ricorso per cassazione, la di-

sciplina legale della prova come disciplina sostanziale, probabilmente influenzati dai rilievi “relativisti” di Vittorio Denti, che pure si erano criticati allorché conducevano ad escludere qualsiasi rilevanza sistematica alla distinzione tra *substance* e *procedure*.

Inoltre la disamina sarà integrata dall'inquadramento, da parte di autorevole dottrina, incontrata nei miei recenti studi sulla cassazione civile, delle norme relative alla valutazione delle prove, e più in generale di quelle che disciplinano l'accertamento dei fatti da parte del giudice, quali “norme sul metodo del giudizio di fatto”, che secondo parte di quella dottrina dovrebbero essere inquadrare, rispetto alla distinzione tra norme sostanziali e norme processuali, come un *tertium genus*.

Si deve ancora aggiungere che allora scelsi come oggetto dell'indagine l'intera disciplina delle prove, con un approccio rivolto ad individuare dei limiti alla libertà delle forme (sulla quale le considerazioni allora svolte saranno invece quasi interamente confermate, avendo avuto occasione recentemente di affrontare il tema con riferimento alla possibilità per gli arbitri di concedere termini perentori) derivanti da ragioni di ordine pubblico processuale.

Come ebbe a dirmi Michele Taruffo, che ho avuto la fortuna di incontrare, il rischio di una simile impostazione, ovvero affrontare in uno spazio necessariamente limitato la disamina di tutto il diritto probatorio, è quello della superficialità.

Con il presente lavoro si è quindi deciso di limitare e al tempo stesso concentrare ed approfondire la disamina, escludendo una minuziosa ricostruzione di tutta la disciplina delle prove e concentrandosi sulle principali disposizioni che disciplinano il “metodo del giudizio di fatto”, con particolare anche se non esclusiva attenzione alle norme relative alla valutazione delle prove: quella che detta il principio del libero convincimento del giudice e quelle che individuano altrettante eccezioni con riferimento alla disciplina delle prove legali.

Sarà invece tralasciato l'ambito della c.d. dinamica della prova, considerando anche che suscita molti meno problemi e trova ampi riscontri in dottrina la convinzione che (almeno) le norme relative all'assunzione delle prove siano ampiamente superabili nell'ambito del procedimento arbitrale, ispirato al principio di libertà delle forme.

Tuttavia si cercherà di estendere, ove possibile, l'indagine, relativa

in particolare all'arbitrato rituale (ma con un accenno, all'esito della disamina, anche all'arbitrato libero), affrontando alcune obiezioni via via incontrate rispetto alla predetta ricostruzione, in particolare, e sempre se gli esiti della precedente disamina saranno gli stessi, con riferimento alla sorte dei fatti accertati dagli arbitri "in deroga" alla disciplina legale delle prove in un eventuale successivo giudizio rescissorio di fronte alla Corte d'appello.

Da ultimo, si cercherà di approfondire i pochi cenni che pure allora furono spesi con riferimento allo spazio di impugnazione della decisione arbitrale, con riferimento alla violazione delle norme di diritto probatorio, altresì senza escludere qualche utile cenno al sindacato della motivazione.

Capitolo 1

Le norme relative alle prove tra diritto sostanziale e processo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La tesi “relativista” di Vittorio Denti. – 3. Norme processuali nel codice civile? – 4. La ricostruzione di Enrico Allorio. – 5. La prospettiva del controllo in sede di legittimità: è corretta la riconduzione al n. 3 dell’art. 360 cod. proc. civ.? – 6. *Segue*: la nuova prospettiva delle norme relative alla valutazione delle prove come *tertium genus* (norme sul metodo del giudizio di fatto).

1. Premessa

Come premesso vale la pena tornare sull’argomento della natura, processuale o sostanziale, delle norme di diritto probatorio, in particolare e per quanto interessa la presente indagine, quelle che disciplinano il metodo del giudizio di fatto¹ con particolare anche se non esclusi-

¹ Sulla distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti, a A. MENGALI, *La cassazione della sentenza civile non motivata*, Torino, 2020, spec. 52 ss. Come si è ivi osservato, se da una parte è convincente una prospettiva dinamica della relazione norma/fatto (che deve la sua origine alla dottrina tedesca, che per prima ha elaborato il concetto di sussunzione, cfr. K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2^a ed., Heidelberg, 1960, 22 ss. In tema cfr. G. ZACCARIA, *L’arte dell’interpretazione, Saggi sull’ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 74 ss.), essendo chiaro che nella formazione delle premesse della decisione il giudice non lavora a compartimenti stagni, prima individuando i fatti rilevanti in base alla fattispecie giuridica dedotta in giudizio, poi ricostruendo gli stessi e infine applicandovi la norma individuata trattandosi di “scelte complesse, mutevoli

va² attenzione alle norme sulla valutazione delle prove, dal principio del libero convincimento del giudice alle norme di prova legale che a questo fanno eccezione.

Per ordine espositivo si affronteranno dapprima le teorie che possiamo definire relativiste, quelle cioè che mettono in dubbio l'opportunità di una distinzione tra diritto sostanziale e diritto processuale.

2. La tesi “relativista” di Vittorio Denti

La più approfondita teoria di questo tipo è senz'altro quella di Vittorio Denti. L'Illustre Autore può essere annoverato come il principale sostenitore della relatività della distinzione tra *substance and procedure*. Egli riteneva infatti che la “natura «processuale» o «sostanziale» di

ed interrelate che investono la individuazione della norma applicabile e del suo significato, che opera come regola di soluzione della controversia, ma anche la determinazione dei fatti giuridicamente rilevanti che individuano la controversia” (cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 79), è d'altra parte altrettanto vero che resta valida la distinzione tra un giudizio di fatto da un giudizio di diritto – ben sintetizzabile nel rilievo di M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 81, secondo il quale “altro è stabilire, in base al criterio di rilevanza giuridica derivato dalla norma in ipotesi applicabile, *quali* siano i fatti rilevanti che dovrebbero essere accertati; altro è invece stabilire *come* (ossia con quali mezzi e secondo quali esiti conoscitivi) questi fatti debbano o possano essere accertati. Il primo problema riguarda la definizione dell'oggetto dell'istruzione probatoria; il secondo riguarda la metodologia e gli esiti dell'accertamento probatorio dei fatti. Si tratta evidentemente di problemi connessi ed in certo modo complementari, ma comunque di problemi *diversi*” – con il primo che è logicamente antecedente al secondo e che, mediante un procedimento inferenziale basato su massime di esperienza, conduce dal *factum probans* al *factum probandum*, che costituisce il punto di partenza dell'argomentazione in diritto (cfr. E. FAZZALARI, *Contenuto dei provvedimenti giurisdizionali*, in AA.VV., *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, a cura di M. BESSONE, R. GUASTINI, Padova, 1994, 223 s., secondo il quale “il giudice deve, innanzi tutto, ricostruire la situazione di fatto”, mentre il “«giudizio di diritto», cioè la valutazione dei fatti in base alle norme sostanziali, è l'ulteriore addendo del giudizio”).

² *Infra*, cap. 3, ci occuperemo, infatti, anche delle norme che escludono il bisogno della prova, così come del divieto di scienza privata e della regola di giudizio dell'onere della prova.

una norma non si deduce necessariamente dai suoi connotati intrinseci (o, il che è lo stesso, dalla natura degli effetti giuridici che dall'applicazione della norma scaturiscono), ma può discendere dalla comparazione degli effetti che conseguono alla diversa qualificazione, sul piano delle competenze normative, ed alla luce dei criteri desunti dai singoli ordinamenti giuridici³”.

In un successivo saggio⁴ l'Autore chiarì ulteriormente il suo pensiero, prendendo spunto soprattutto dai problemi nascenti in ambito di diritto internazionale privato, in particolare con riferimento al riconoscimento delle sentenze straniere o alla scelta della legge applicabile in caso di relativi conflitti.

Il rilievo, senz'altro fondato, è quello secondo cui in svariati casi che possiamo definire «storici», la soluzione al problema dell'inquadramento di una norma come sostanziale o processuale è dettato da ragioni di *policy*, ovvero, più banalmente, di opportunità; così nell'esempio dell'esperienza francese in merito alla giurisprudenza di legittimità relativa al riconoscimento delle sentenze straniere di scioglimento del matrimonio rese all'esito di procedimenti nei quali la confessione è ammessa anche in tale ambito.

L'Autore prende poi come esempio la c.d. *Erie doctrine* nordamericana al fine di dimostrare come la distinzione tra *substance and procedure* venga costantemente «piegata» dalla giurisprudenza alla luce delle conseguenze pratiche della distinzione.

Vale la pena ricordare brevemente la questione.

La c.d. *Erie doctrine* prende il nome dal caso che ha sancito il relativo principio di diritto⁵, pronuncia che intendeva ovviare al problema del *forum shopping* nato a sua volta in seguito al caso *Swift v. Tyson*⁶ – che aveva dato il nome alla c.d. *Swift doctrine* –, caso che aveva sancito il nascere della *federal general common law*.

In relazione alla competenza federale nei casi di *diversity of citizen-*

³ Cfr. V. DENTI, *Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 65 ss., spec. 76.

⁴ Cfr. V. DENTI, *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 8 ss.

⁵ *Erie R.R. Co. V. Tompkins*, 304 U.S. 64, 58 S.Ct. 817, 82 L.Ed., 1188 (1938).

⁶ 28 U.S.C.A. § 32.

ship (ma anche nei casi di *supplemental jurisdiction*⁷), questo comportava dunque il nascere di un diritto alternativo a quello statale, che le parti in causa potevano finire per «scegliere». Ecco che il caso *Erie* aveva di fatto abolito il *federal general common law*, imponendo alle *federal courts* di applicare il diritto sostanziale dei singoli stati.

Il problema si pose tuttavia quando un giudice sancì che, in ogni caso, le corti federali avrebbero dovuto applicare il diritto processuale federale. Perciò, a partire dal caso *Guaranty Trust Co. v. York*⁸ si è stabilito che le norme sostanziali sono tutte quelle la cui applicazione sia tale da determinare il risultato della causa (*the outcome of the case*). Senza dubbio un concetto molto ampio, che è stato affermato dalla *Supreme Court* per garantire l'applicazione del diritto statale nella maggior parte dei casi rimessi alle *federal courts* nell'ottica di limitare il più possibile il descritto fenomeno del c.d. *forum shopping*⁹.

Vittorio Denti nella sua analisi è senz'altro profondamente condizionato dall'esperienza comparata, di cui era profondo conoscitore, e dalla quale si deve la convinzione che il carattere sostanziale o processuale della norma discenda dall'incidenza che la singola norma ha sull'esito della causa, portando quindi a svilire ogni tentativo di inquadramento sistematico della distinzione, per favorire invece un approccio empirico e casistico¹⁰.

⁷ Cfr. *Lyte v. City of Haysville, Kansas*, 138, F. 3 d857, 868 (10th Cir. 1998).

⁸ 326 U.S. 99, 65 S.Ct. 1464, 89 L.Ed. 2079 (1945).

⁹ Cfr. sul punto S. BAICKER-MCKEE, W.M. JANSSEN, J.B. CORR, *A student's Guide to the Federal Rules of civil procedure*, St. Paul M.T., 2002, 77 ss., che si sofferma anche sulla nascita della codificazione del diritto processuale con il *Rules Enabling Act*, la fonte delle attuali *Federal Rules of Civil Procedure*, e sull'attuale permanenza di un seppur limitato spazio di *federal general common law*. Cfr., inoltre, sulla natura processuale della *evidence law*, *Id.*, 82.

¹⁰ Si vedano, invece, recentemente, i rilievi di chi ha osservato come la distinzione rigorosa, in termini sistematici, fra norme sostanziali e norme processuali sarebbe tipica delle codificazioni di *civil law*, mentre invece rimarrebbe estranea “ai sistemi giuridici di *common law*, incentrati su di una concezione unitaria di tutela (la quale è, ad un tempo, sostanziale e processuale: *ubi remedium ibi jus*)”, al contrario dei primi per i quali “il principio codificato è tendenzialmente l'opposto (*ubi jus ibi remedium*), cfr. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, 3^a ed., Torino, 2010, 31 e nota 96.

Tuttavia la ricostruzione di Denti, della quale sono preziosi e puntuali i riferimenti storici e comparati, non convince pienamente, come non convince qualsiasi approccio esclusivamente empirico che tenti di togliere dignità agli sforzi di ricostruzione sistematica della materia processuale.

In altre parole, anche ammettendo che in alcuni casi la valutazione circa la natura sostanziale o processuale di una norma possa essere condizionata da ragioni di *policy*, ciò non significa che non valga la pena tentare di individuarne delle caratteristiche, per utilizzare le stesse parole dall'Autore il cui pensiero stiamo analizzando, intrinseche, nel tentativo di definire una regola circa l'appartenenza di una determinata norma al diritto materiale o al diritto processuale.

Da questo punto di vista l'unica prospettiva che potrebbe convincere circa la reclamata relatività della distinzione, è quella che muove delle critiche ai "connotati" della ricostruzione sistematica che tradizionalmente distingue tra diritto processuale e diritto sostanziale (che invece, come si dirà appresso, pare assolutamente netta almeno concettualmente). Non può essere convincente, invece, un approccio che non fa altro se non individuare dei casi nei quali la tradizionale distinzione pone dei problemi pratici (che evidentemente possono essere risolti altrimenti che non ponendo in dubbio la coerenza del sistema).

E, senza avere la presunzione di inventare niente di nuovo, ciò che per argomenti così cruciali è oltremodo difficile se non utopistico, è questa la critica a suo tempo mossa, per la verità *ante litteram*¹¹, alla descritta impostazione dello studioso pavese: e difatti, secondo Enrico Allorio, le osservazioni "relativiste" di Cook (da cui trarrà spunto Vittorio Denti) non sono prive di peso, ma hanno "valore di deroga (che una giurisprudenza creativa, come quella statunitense, può beninteso, apportare, a determinati principi, con libertà maggiore che non la giurisprudenza continentale) a un criterio generale: criterio che è però necessario identificare, al fine di trovarsi in grado di farne applicazione, nei casi in cui ragioni di deroga non si presentino"¹².

¹¹ Entrambi si confrontavano, l'uno traendone spunto, l'altro criticandola, con gli scritti di Cook; cfr. W. COOK, *Substance and procedure in the Conflicts of law*, Yale, 1933.

¹² Cfr. E. ALLORIO, *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1955, 152 ss., spec. 198.

3. Norme processuali nel codice civile?

Sarà opportuno anche ricordare che il legislatore, nell'esperienza italiana, ha ritenuto di suddividere la disciplina delle norme sulle prove tra codice civile e codice di procedura, riservando a quest'ultimo solo la disciplina formale dell'assunzione dei mezzi di prova nel processo. In tal modo il legislatore «ha creduto [...] di salvaguardare l'unità fondamentale dell'ordinamento, pur senza ricorrere ad una formazione organica, accogliendo invece una concezione sostanzialistica, che qualifica le prove come condizioni di preventiva difesa della sicurezza nelle negoziazioni private, o come strumenti di tutela dei diritti anche fuori e prima del giudizio»¹³. È da dubitare, alla luce delle considerazioni che seguono, che tale espressa intenzione del legislatore abbia una reale portata applicativa. Si è, ad esempio, autorevolmente ed apertamente sostenuto che le disposizioni sulle prove non siano che norme processuali nel codice civile¹⁴.

D'altra parte, esaltando invece il valore di quella ripartizione, alcune pronunce della Corte di cassazione, su cui torneremo a breve, hanno ritenuto l'appartenenza al diritto sostanziale delle norme relative all'onere della prova ed all'ammissibilità ed efficacia dei mezzi probatori, qualificando la loro *violazione come error in iudicando* e non quale *error in procedendo* (con conseguente ricorribilità in cassazione *ex art. 360, n. 3, cod. proc. civ.* anziché *ex art. 360, n. 4, cod. proc. civ.*¹⁵).

¹³ Cfr. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 30.

¹⁴ Cfr. E.T. LIEBMAN, *Norme processuali nel codice civile*, in *Problemi del Processo civile*, Napoli, 1962, 155 ss.

¹⁵ Cfr. tra le ultime Cass. 19 marzo 2014, n. 6332, secondo cui «le norme del codice civile in materia d'onere della prova e di ammissibilità ed efficacia dei vari mezzi di prova attengono al diritto sostanziale, sicché la loro violazione integra un «*error in iudicando*» e non «*in procedendo*»; precedentemente Cass. 4 febbraio 2000, n. 1247, in *Rep. Foro it.*, 2000; il principio è stato affermato anche con riguardo alla nullità del lodo, escludendo che l'apprezzamento del materiale probatorio possa tradursi in un *error in procedendo*, cfr. Cass. 4 febbraio 1969, n. 351, in *Rep. Foro it.*, 1969, voce *Arbitrato*, n. 79; per la qualificazione del vizio di valutazione delle prove come errore sul fatto insindacabile in sede di impugnazione del lodo, cfr. Cass. 24 settembre 1999, n. 10511, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2929.

Tuttavia, per la finalità del presente lavoro che vuole analizzare e comprendere la disciplina non già del processo civile ordinario, bensì del giudizio arbitrale, in difetto, e ciò è innegabile, di una norma di legge che risolva espressamente il problema, sarebbe sbagliato fermarsi alle intenzioni del legislatore – che pacificamente non costituiscono diritto applicabile ma solo criteri di interpretazione dello stesso – e ad una loro interpretazione giurisprudenziale riferita, prevalentemente, al giudizio di cassazione (interpretazione di cui sarà tuttavia opportuno comprendere le intime ragioni).

Difatti ad opposta conclusione si giunge osservando il fondamento logico delle norme sulle prove. Basta infatti un'indagine sommaria della dottrina per appurare che l'appartenenza al diritto processuale delle norme sulle prove è stata autorevolmente sostenuta e costituisce anzi l'opinione maggioritaria¹⁶.

¹⁶ Cfr. E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, 74. L'Autore ritiene tuttavia che la processualità delle norme sulle prove non incida sull'interpretazione dell'art. 816, comma 2, cod. proc. civ. (attuale art. 816 bis); E.T. LIEBMAN, *Norme processuali nel codice civile*, cit., 155 ss., il quale offre un'ampia analisi della dottrina italiana sul punto da Chiovenda a Calamandrei, della Relazione al codice di procedura civile nonché del diritto comparato; G. CHIOVENDA, *La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo*, in *Saggi di dir. proc. civ.*, I, Roma, 1930, 241 ss., il quale tuttavia individua, accanto alle norme generali sulle prove, di sicura natura processuale, norme «particolari» di natura sostanziale, come quelle regolanti la filiazione legittima mediante la ricerca della maternità (art. 174 cpv, cod. civ., 1865). L'Autore annota con il citato scritto una sentenza, Cass., sez. un., 7 settembre 1911, in *Foro it.*, 1912, che ritiene invece le norme sulle prove appartenenti al diritto materiale. L'A. esprime il suo consenso alla soluzione del caso concreto (si trattava di un problema di legge applicabile, dunque se dovesse applicarsi il principio *tempus regit actum*, o, essendo invece la norma di diritto sostanziale, la legge del tempo in cui il fatto è avvenuto), ma ammonisce gli estensori della sentenza che essi hanno ommesso di cogliere la distinzione sopra descritta, trattandosi di norma materiale nel caso di specie perché norma particolare. Infatti, mentre “nelle norme probatorie generali il legislatore ha per fine immediato la miglior formazione del convincimento del giudice, [...], nell'interesse della funzione giurisdizionale [...] nelle norme particolari ha principalmente di mira il singolo rapporto, intende alla sua disciplina e tutela” (255). Ancora nel senso del carattere processuale delle norme sulle prove cfr. E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 68 s.

4. La ricostruzione di Enrico Allorio

La ricostruzione che appare più corretta per comprendere il fondamento teorico¹⁷ della distinzione tra norme processuali e norme sostanziali è ancora, si ritiene, quella di Enrico Allorio.

Questi osservava preliminarmente che le norme sostanziali sono quelle che disciplinano l'oggetto dell'accertamento giudiziale suscettibile di giudicato, mentre le norme processuali sono quelle che di quell'accertamento «determinano il regime¹⁸».

Dunque, per poter efficacemente operare la detta distinzione, anche laddove essa apparirà sfumata, occorrerà prendere come punto di osservazione l'angolo visuale del giudice¹⁹, e distinguere ciò che è oggetto di accertamento da ciò che costituisce un limite allo stesso²⁰.

Da questo punto di vista è evidente la processualità delle norme “che vincolano il giudice a porre a base della sentenza una versione del fatto, la quale è, o può essere, diversa da quella che scaturirebbe da una schietta e libera ricerca²¹”.

Appare assolutamente lineare e coerente ritenere che le norme che pongono vincoli all'attività di ricostruzione dei fatti di causa da parte del giudice sono senz'altro norme che regolano il *quomodo* dell'accertamento, e non invece norme che ne disciplinano l'oggetto: sono quindi norme processuali.

Peraltro l'illustre Autore aveva colto la peculiarità di tali norme, che sono rivolte al giudice nel momento del giudizio pur non avendo

¹⁷ Per le conseguenze pratiche della suddetta distinzione, già in parte anticipate alla nota che precede e riguardante essenzialmente problemi di diritto intertemporale, cfr. E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziari e altri studi*, in *Problemi di diritto*, Milano, 1957, 117 ss., spec. 123 s.

¹⁸ Cfr. E. ALLORIO, *op. cit.*, 121 s. e 127.

¹⁹ Cfr. E. ALLORIO, *op. cit.*, 125.

²⁰ In quest'ottica la prima categoria di norme la cui processualità appare indubbia è quella riguardante i presupposti processuali, cfr. E. ALLORIO, *op. cit.*, 130 ss.

²¹ E. ALLORIO, *op. cit.*, 136.

natura sostanziale, per le ragioni chiarite, definendole pertanto quali “norme decisorie non sostanziali”²².

Come tutte le generalizzazioni, anche questa comporta la ricerca e l’analisi delle possibili eccezioni al principio fissato.

Ed in quest’ottica non si può che richiamare l’insegnamento di Chiovenda²³, che accanto alla convinzione della processualità delle norme generali sulle prove, affermava la natura sostanziale di alcune norme particolari, le quali non hanno come *ratio* la formazione del miglior convincimento del giudice, ma la regolamentazione di un determinato rapporto giuridico²⁴.

In questi casi, a ben vedere, si può parlare di norme integranti la

²² Cfr. E. ALLORIO, *Per una teoria dell’oggetto dell’accertamento giudiziale*, cit., 192 ss. In tema, recentemente, L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017, 96. L’Autore da ultimo citato, ritenendo che ciò avesse contribuito ad alimentare le tesi «relativiste» di Vittorio Denti, parla a tale proposito di “evidente forzatura”. Eppure a me pare che la categoria delle «norme decisorie non sostanziali» colga invece nel segno, nel senso che pur affermando la natura processuale delle norme che disciplinano il giudizio di fatto (in quanto non dettanti la disciplina del rapporto controverso) ne evidenzia la peculiarità che è proprio quella di regolamentare il giudizio, inserendosi in un rapporto del tutto particolare (che approfondiremo *infra*, in questo capitolo), per delle norme processuali, tra giustizia e validità della sentenza, poiché la loro violazione non è sanzionata in termini di nullità della sentenza (dal momento che questa non è espressamente prevista né può trovare applicazione la disciplina dell’art. 156, comma 2, cod. proc. civ., non trattandosi di requisiti formali previsti per il raggiungimento di uno scopo strumentale al fine ultimo del processo, ma di norme che sono, se così si può dire, a contatto diretto col fine ultimo del processo – che è quello di attribuire alla parte la tutela richiesta e ad essa spettante) mentre sono invece (potenzialmente) direttamente determinanti della giustizia (che qui intendo quale corrispondenza dell’esito del giudizio a quanto spettante alle parti sulla base del diritto sostanziale) della decisione (così come le norme sostanziali). Ed in tempi più recenti la peculiarità di quelle stesse norme è stata messa in risalto da chi le ha qualificate, in particolare in funzione delle conseguenze della loro violazione (tra *error in iudicando* e *error in procedendo*), come un *tertium genus* definendole quali norme metodologiche relative al giudizio di fatto (torneremo ampiamente sul punto *infra*, spec. §§ 5-6).

²³ Cfr. *supra*, nota 16.

²⁴ Si veda ancora la nota 16 e l’esempio costituito dalla prova della filiazione legittima.

fattispecie di diritto sostanziale e, per quanto non se ne discuta il carattere per l'appunto sostanziale, c'è da chiedersi se esse siano davvero da considerarsi norme di diritto probatorio. Si pensi, per fare un esempio, alle norme che impongono la forma scritta di un contratto a pena di nullità²⁵.

²⁵ In questi casi, a ben vedere, posta la chiara natura sostanziale della norma che impone la forma scritta, con riferimento alla conseguente inammissibilità della prova testimoniale occorre distinguere. Se si tratta della testimonianza tesa a provare la conclusione verbale o per fatti concludenti del contratto, a prescindere dalla norma di metodo che ne vieta l'ammissibilità nel processo (che rimane, a mio avviso, una norma processuale), questa sarà comunque irrilevante (e quindi non dovrebbe essere ammessa neanche laddove quella norma di metodo non vi fosse), poiché lo scambio dei consensi in forma diversa da quella prescritta dalla legge è un fatto che non produce alcun effetto giuridico e dunque non è costitutivo di alcun diritto ed obbligo che possa essere in contesa. Se si tratta, invece, della testimonianza volta a provare la conclusione per iscritto del contratto, l'inammissibilità è tutta e solo legata alla norma metodologica che privilegia, quale fonte del convincimento del giudice, il documento rappresentativo della formazione del contratto ed è perciò legata ad una norma che ha natura processuale, e che peraltro non vieta *tout court* la testimonianza ma impone per la sua ammissibilità che si provi la perdita incolpevole del documento (art. 2724, n. 3, cod. proc. civ.). Per le stesse ragioni è norma processuale che regola il metodo del giudizio di fatto quella che vieta la testimonianza laddove la prova scritta sia richiesta ai soli fini di prova. Per analoghe considerazioni, ponendo la questione in termini di distinzione tra disciplina (sostanziale) della forma e disciplina della prova cfr. M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 73 ss., spec. 84 s. secondo il quale, con argomentazione ineccepibile, "la deduzione della necessità della prova documentale dalla previsione della necessaria prova scritta del contratto non è inevitabile come sembra: il problema della forma dell'atto può infatti essere distinto da quello della prova dello stesso, poiché anche per atti che debbono essere stipulati per iscritto si potrebbero ammettere prove diverse da quella documentale, purché si dimostri che l'atto fu validamente stipulato in forma scritta", aggiungendo l'Autore, in nota, che "la possibilità di tale distinzione è riconosciuta dallo stesso legislatore: il comma 1 dell'art. 2725 la ammette infatti nel caso di perdita incolpevole del documento". Cfr. anche F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, X ed., II, Milano, 2019, 136 s., il quale evidenzia, per le medesime ragioni sopra illustrate, in questa nota, che la *ratio* dell'art. 2725 cod. civ. non può essere l'irrelevanza della prova testimoniale della stipulazione orale del contratto, ma al contrario, anche in questo caso, così come per le altre norme che dettano i limiti di ammissibilità della prova testimoniale di cui agli artt. 2721 ss. cod. civ., il

Questa è la convinzione, almeno in una prospettiva *de iure condendo*, anche della dottrina più recente²⁶. A partire dal pensiero di Chiovenda, infatti, si è autorevolmente sostenuto che “se si prescinde da quelle regole che, incidendo sulla struttura e sugli elementi costitutivi delle fattispecie negoziali, non esulano sicuramente da diritto materiale (l’A. richiama in nota l’esempio delle norme sulla forma dei contratti, in particolare gli artt. 601-606, 1324, 1325, 1350-1352 c.c.), appare ancor più chiaro l’elemento teleologico fondamentale, che accomuna le norme probatorie in una sola qualificazione di indole strumentale, ricollegando sia la ripartizione dell’*onus probandi*, sia la configurazione e la disciplina delle diverse prove (costituende o precostituite) alla previsione primaria della loro efficacia naturale nel processo e per il processo²⁷”.

legislatore “si mantiene sempre nella logica della esclusione della prova testimoniale dei contratti”.

²⁶ Cfr. da ultimo L. DITTRICH, *Le prove nel processo civile e arbitrale*, Milano, 2021, 4 s., che afferma la natura processuale delle norme “destinate ad avere applicazione solo in occasione del processo”. Su questa premessa l’Autore ritiene appartenere, invece, al diritto sostanziale la regola dell’onere della prova, sul presupposto che essa “condiziona profondamente e sin dall’inizio lo svolgimento del rapporto contrattuale, tanto che il codice disciplina anche una specifica disciplina in ordine ai patti relativi all’onere della prova (art. 2698 c.c.)”, *Ibid.*, 7. Torneremo sul tema specifico dell’onere della prova *infra*, cap. 3, parte I.

²⁷ L.P. COMOGLIO, *La prova civile*, cit., 33, che in parte richiama e dimostra di condividere il pensiero di ANDRIOLI, cfr. V. ANDRIOLI, *Prova (dir. proc. civ.) in Noviss. Dig. it.*, vol XIV, Torino, 1957, 265 s; V. COLESANTI, E. MERLIN, E.F. RICCI, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 2007, 299, secondo i quali quelle che regolano le prove sono norme “strumentali-processuali”, da cui vanno tenute distinte le norme che disciplinano la forma dei contratti, che hanno natura sostanziale perché prescrivono i requisiti di forma per la validità di un atto. Di analogo avviso M. BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*, 6^a ed., Torino, 2020, 223 s., il quale, premessa la natura processuale delle norme relative ai limiti di ammissibilità della prova dei contratti, evidenzia come “rappresenta, invece, evidentemente una conseguenza di principi sostanziali il divieto, sancito dall’art. 2725, comma 2, c.c., di provare per testimoni un contratto per il quale la legge prevede la forma scritta quale elemento costitutivo”. *Contra*, nel senso che le fonti o mezzi di prova appartengono al diritto sostanziale C. PUNZI, *Il processo civile, sistema e problematiche*, II, Torino, 2008, 68.