

INDICE-SOMMARIO

	<i>pag.</i>
<i>Prefazione</i>	V

GIUDIZIO DI FATTO E GIUDIZIO DI DIRITTO

CAPITOLO I

INTRODUZIONE - IL VALORE DELLA PAROLA « FATTO » NELL'ESPERIENZA GIURIDICA

1. Premessa. Fatto e diritto di fronte al giudizio	1
2. Esigenza di precisare il valore che le parole fatto e diritto assumono nell'esperienza giuridica	2
3. Il fatto. Non essenzialità della sua appartenenza al passato: è fatto anche una relazione non transeunte tra vari elementi o cose, ovvero un fenomeno ancora attuale. Il problema della realtà delle cose. Il fatto come risultato di una relazione fra cose o persone, e la sua realtà . . .	2
4. La tesi secondo cui il fatto è frutto di un'astrazione, perché il fatto in sé, isolato dal resto della storia non esiste. Precisazioni. Il problema della individuazione degli elementi del fatto. Il criterio e gli strumenti con i quali è realizzabile tale individuazione. Necessità di guidare il lavoro di astrazione secondo una legge di <i>rilevanza</i> . Conclusione: l'insostituibilità del giudizio per il riconoscimento del fatto	6
5. Implicazioni fondamentali delle conclusioni raggiunte: I) Superamento della distinzione tra fatti fisici e fatti giuridici, che viene ridotta alla contrapposizione tra fatti che hanno o meno specifica rilevanza per il diritto	9
6. <i>Segue</i> : II) superamento della contrapposizione tra fatto e fattispecie concreta	11

CAPITOLO II

IL VALORE « DIRITTO »

1. Il problema del diritto. Precisazione di ordine metodologico. L'indagine fenomenologica e la ricerca deontologica e la loro importanza per individuare cos'è il diritto	15
--	----

2.	Norma e ordinamento. Loro indissociabilità. L'ordinamento visto non come mero complesso di norme, ma come realizzarsi della realtà secondo un ordine che è ordine di quell'ordinamento e di cui si ha un modulo nelle norme. Le norme come astrazione del modo in cui l'ordinamento viene a realizzarsi nel concreto	20
3.	La giuridicità dell'ordinamento: si esprime nel fatto che l'ordinamento ha in sé la forza e la capacità di approntare gli strumenti per realizzarsi anche senza il comportamento spontaneo dei soggetti e superando il loro rifiuto di cooperazione. L'adeguatezza di questo strumento al grado di sviluppo e al modo di essere dell'ordinamento. Coazione e coercibilità	23
4.	La definizione del diritto. Il riferimento all'ordinamento giuridico. Le posizioni giuridiche individuali come modo in cui quell'ordine viene a realizzarsi nei singoli soggetti	28
5.	Implicazioni delle conclusioni raggiunte: I) è alla stregua della norma che si riconoscono i fatti rilevanti per il diritto.	29
6.	<i>Segue: II)</i> è ancora alla stregua della norma che è possibile selezionare e riconoscere gli elementi che sostanziano il fatto giuridico. Conclusione in ordine alla creazione del « fatto » giuridico attraverso il giudizio	31

CAPITOLO III

LA CONTRAPPOSIZIONE FATTO-DIRITTO

1.	Il problema della contrapposizione fatto-diritto. Le manifestazioni più significative che possono riconoscersi nella dottrina. La contrapposizione di fatto a diritto come essere a dover essere, <i>sein</i> a <i>sollen</i>	33
2.	Osservazioni critiche. L'adeguamento dell'azione alla norma e il concretamento del diritto nel fatto	34
3.	La contrapposizione di fatto a diritto come contrapposizione di due posizioni dialettiche. Sua utilità per individuare le situazioni in cui non si ha coincidenza di fatto e diritto	37
4.	Analisi di queste situazioni. Situazioni di contrasto tra azione e norma: l'atto illecito	39
5.	Gli altri casi studiati dalla dottrina come ipotesi di contrapposizione di rapporti, stati personali, enti, situazioni qualificate « di fatto » a figure individuate con la qualifica « di diritto ». Cenni generali	40
6.	Primo gruppo di casi: stato di fatto cui dà luogo il matrimonio putativo e stato di fatto cui dà luogo il c.d. possesso di stato di figlio legittimo. La qualifica « di fatto » è collegata ad una particolare deficienza del titolo costitutivo del corrispondente stato « di diritto »	41
7.	Secondo gruppo di casi, accomunati dalla caratteristica per cui si presentano come tipiche situazioni di tensione, appartenenti al divenire dell'ordine giuridico: <i>universitates juris</i> e <i>universitates facti</i> , il c.d. negozio giuridico indiretto, usi di fatto e consuetudini, il possesso	43
8.	<i>Segue:</i> enti persona e enti di fatto	46
9.	<i>Segue:</i> organismi statali di fatto e organismi statali di diritto. Instaurazione « rivoluzionaria » e instaurazione « di diritto » di un nuovo ordinamento costituzionale	49

10. Conclusione: vari modi di atteggiarsi del fatto rispetto al diritto. Razionalità della distinzione di fatto e diritto solo se concepita come individuazione di posizioni dialettiche, di elementi appartenenti alla dinamica giuridica. Fatto e diritto come elementi della esperienza giuridica, che è esperienza dell'azione che, fedele a se stessa, tende a farsi diritto . . . 51

CAPITOLO IV

IL PROBLEMA DELLA DISTINZIONE DI GIUDIZIO DI FATTO
E GIUDIZIO DI DIRITTO

A) LE PRETESE MANIFESTAZIONI STORICHE DELLA DISTINZIONE

1. Premessa: impostazione del problema della distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto 53
2. La tesi del Marty che riconosce un fondamento storico alla contrapposizione fatto-diritto 53
3. Esame critico: a) il richiamo delle sentenze pronunciate *contra jus constitutionis*. Contrapposizione con le sentenze pronunciate *contra jus litigatoris*; b) l'annullamento imperiale delle sentenze dei centenviri « *extra ordinem ambitiosas* ». Natura del potere esercitato dall'imperatore; c) le *supplicationes* proposte all'imperatore contro le sentenze dei *praefecti praetorio*; d) la *revocatio in duplum* 54
4. Osservazioni conclusive. Utilità del richiamo ad altri istituti del processo romano, del processo germanico e del diritto comune 57
5. a) Il processo formulare romano: la distinzione delle fasi di *jus* e *judicium* e la pretesa distinzione tra questione di diritto e questione di fatto 58
6. b) L'*Urteilsschelte*. Sua funzione nella struttura del processo germanico. 62
7. c) La *querela nullitatis* del diritto comune 65
8. Conclusione 67
9. Ammissione in ordine alla possibilità di isolare *questioni* di fatto e *questioni* di diritto. Cenni di precisazione 69
10. Conferma delle conclusioni raggiunte attraverso le ulteriori indagini sulla struttura del processo sino alla codificazione: a) le c.d. sentenze date « in due fiata »; b) le istituzioni processuali franche e lo scabinato; c) il processo negli statuti comunali e il Tribunale che giudica « *consilio sapientum* » 70

CAPITOLO V

B) I PRESUPPOSTI IDEOLOGICI DELLA DISTINZIONE

1. Premessa: la filosofia illuminista e l'ideologia della rivoluzione francese. Concezione del giudizio e della funzione del giudice. Motivi informativi: la ragione dominatrice della funzione del giudice; l'onnipotenza della legge 75

2.	a) Il predominio della ragione nella funzione del giudice e l' <i>horror judicii</i> . Riduzione del giudice a macchina logica	75
3.	b) L'utopia della legge onnipotente, capace di informare meccanicamente tutta la realtà. Il divieto al giudice di interpretare la legge	76
4.	Conclusione in ordine alla concezione illuminista del giudizio. Si mostrano adeguati ad essa lo strumento del sillogismo aristotelico e la netta distinzione del giudizio di fatto dal giudizio di diritto	79
5.	Strumenti di diritto positivo introdotti nella legislazione francese per garantire l'applicazione rigorosa della legge: il <i>référé</i> legislativo (preventivo) e l'autonoma censurabilità del giudizio di diritto per la mancata applicazione della norma (repressivo)	82
6.	Conclusione in ordine alla individuazione dei presupposti ideologici della distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto	84

CAPITOLO VI

C) GLI STRUMENTI LOGICI. IL SILLOGISMO

1.	Il sillogismo. La logica aristotelica e la struttura del nostro linguaggio	85
2.	I limiti e le carenze della dottrina aristotelica del sillogismo	87
3.	In particolare: la concezione del sillogismo aristotelico	88
4.	Il problema delle premesse. Stein e il polisillogismo. Critica	90
5.	Il sillogismo giudiziale quale strumento storicamente adeguato a realizzare i postulati ideologici dell'illuminismo francese. Suo superamento con il superamento di tali presupposti ideologici	93
6.	Ammissione dell'utilità del sillogismo per strutturare la motivazione delle sentenze	95
7.	Sillogismo e logica deduttiva	96
8.	Logica deduttiva, logica classica, logica moderna. Conclusione in ordine al superamento del sillogismo ed alla relatività degli strumenti logici	99

CAPITOLO VII

SUPERAMENTO DELLA CONCEZIONE GIURISPRUDENZIALE ILLUMINISTA.
I RAPPORTI TRA IL GIUDICE E LA NORMA. STRUTTURA DEL GIUDIZIO
E FUNZIONE DEL GIUDICE NELL'ATTIVITÀ DI CONCRETAMENTO
DELLA NORMA. LA MANCANZA DI FONDAMENTO RAZIONALE
DELLA DISTINZIONE DI GIUDIZIO DI DIRITTO E GIUDIZIO DI FATTO

1.	La prima opposizione alla concezione giurisdizionale illuminista: Savigny e la scuola storica.	103
2.	Il contributo di Bülow	104
3.	Kantorowicz e il manifesto della <i>freirechtliche Bewegung</i>	108
4.	Il significato storico di questi contributi di idee come reazione necessaria alle aberrazioni del pensiero giuridico e filosofico del settecento francese	112
5.	Resistenze alle nuove idee. Rocco e Chiovenda. Il concretamento della norma e la funzione del giudice nel pensiero di Chiovenda. Osservazioni critiche.	114

6.	Il superamento delle teorie del diritto libero e lo sterile ritorno alle utopie illuministe. Le nuove esigenze di pensiero.	118
7.	La concezione moderna della certezza del diritto e l'opera di Lopez de Oñate	118
8.	L'influenza di motivi politici contingenti oltre che di motivi ideologici nello sviluppo delle concezioni relative alla funzione del giudice. a) L'esperienza tedesca: la dottrina nazionalsocialista del diritto. b) L'esperienza sovietica	121
9.	c) Riferimento all'esperienza anglosassone. Il realismo americano. Lo « <i>stare decisis</i> ». Osservazioni critiche	126
10.	Osservazioni conclusive in ordine alla funzione esplicata dal giudice nel concretamento della realtà giuridica. Il giudice non può ignorare la preesistenza della legge, come fonte di diritto e come dato ineliminabile del giudizio. La norma di legge è un passato	129
11.	Le norme si esprimono in forme rappresentative: il processo spirituale dell'intendere	132
12.	Cosa rappresenta la norma: scarnificazione della realtà; assunzione di elementi che, in quanto essenziali, sono comuni a tutti gli uomini. Naturale inadeguatezza della norma rispetto ai casi concreti. Necessità dell'intervento del giudice per il passaggio dall'astratto al concreto	133
13.	Il giudice deve rispettare la norma. Significato dell'affermazione. Come si atteggia l'intervento del giudice per il concretamento della norma. Il giudice non può limitarsi ad una ricognizione delle parole della legge: deve riconoscere e rendere attuale il criterio del giudizio attraverso il quale deve riconoscere e giudicare il fatto.	135
14.	Funzione esplicata dal giudice per riconoscere il fatto. Critica e selezione degli elementi del fatto secondo il criterio offerto dalle norme. Attraverso questo giudizio si crea il fatto giuridico.	139
15.	La complessità e la creatività del giudizio. Attraverso il giudizio del magistrato si crea l'ordine giuridico nel concreto e cioè a un tempo si riconosce il fatto e lo si riporta nell'ordine giuridico	141
16.	Conclusione in ordine al superamento della concezione illuministica del giudizio. Lo schema del sillogismo e la motivazione	144
17.	I singoli momenti del giudizio. Loro modo di atteggiarsi	146
18.	Conclusione in ordine al superamento dei presupposti ideologici e degli strumenti logici con i quali si è determinata storicamente la distinzione di un giudizio di diritto da un giudizio di fatto ed alla mancanza di un fondamento razionale di tale distinzione.	147

POSTFAZIONE

CARMINE PUNZI, *Il brocardo* Jura novit curia

1.	Le varie posizioni assunte dalla dottrina.	149
2.	Critica: l'impostazione data al problema risente dell'influenza del metodo interpretativo tradizionale. Impossibilità di raggiungere su questa strada una soluzione univoca	154

3.	<i>Segue</i> - Critica: il problema della posizione del giudice di fronte alla norma non si esaurisce nello schema conoscenza-interpretazione-applicazione. L'attività di rilevazione e di determinazione della norma.	155
4.	L'esigenza di autonomia del giudice nell'attività di rilevazione della norma	161
5.	Precisazioni: <i>a</i>) la libertà del giudice nella rilevazione della norma non significa arbitraria fissazione del criterio di giudizio.	165
6.	<i>Segue: b</i>) l'indifferenza dei modi in cui viene raggiunta la conoscenza della norma rispetto all'essenza della giurisdizione, non rispetto ai singoli ordinamenti positivi. Adeguatezza delle regole di conoscenza al grado di organizzazione degli strumenti di conoscenza. Conclusione . .	169

VALENTINA BERTOLDI, *Iura novit curia e giudizio di appello*

1.	La norma come criterio di orientamento nella selezione dei fatti; la libertà ed autonomia del giudice nella determinazione della norma in <i>Giudizio di fatto e giudizio di diritto</i> ed in <i>Iura novit curia</i>	173
2.	Il principio <i>iura novit curia</i> ... e il giudizio di appello. Orientamenti giurisprudenziali a favore del potere officioso di riqualificazione	175
3.	<i>Segue</i> . Le possibili basi teoriche di questa impostazione.	183
4.	Cenni critici. La delimitazione del potere di qualificazione giuridica e la nozione di parte di sentenza	186

GIROLAMO BONGIORNO, *Considerazioni critiche sul giudizio di fatto nella revocatoria fallimentare: l'abuso degli indizi per la prova dello stato di insolvenza*

1.	Le scelte del legislatore del 1942	195
2.	L'elemento soggettivo delle azioni revocatorie <i>ex art. 67, comma 2°, l. fall.</i> Il ricorso allo strumento delle presunzioni.	197
3.	I requisiti di gravità, precisione e concordanza richiesti dalla Suprema Corte.	199
4.	L'uso improprio dello strumento delle presunzioni	200
5.	Prova, presunzione, indizio, congettura, segno, sospetto, ammiccolo .	202
6.	La tendenza dei giudici di merito ad assimilare la conoscibilità alla effettiva conoscenza. Le posizioni assunte dalla giurisprudenza in materia di <i>scientia decoctionis</i> con particolare riferimento alla posizione delle banche	203
6.1.	I protesti cambiari e le notizie di stampa	204
6.2.	La pendenza di procedure esecutive mobiliari	206
6.3.	Istanze di fallimento, concordato preventivo, amministrazione straordinaria delle grandi imprese, composizione della crisi da sovraindebitamento, nuove procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza	207
6.4.	La richiesta di decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo ed altri comportamenti « sospetti » tenuti dal creditore.	208
7.	Critica alla tecnica usata dalla giurisprudenza per fornire la prova della <i>scientia decoctionis</i> . La manipolazione della ripartizione degli oneri probatori tra le parti	213
8.	Brevi annotazioni finali	215

MARCO GRADI, *L'errore di giudizio. Appunti per uno studio sulla sentenza ingiusta*

1. Il mistero del giudizio	221
2. Il giudizio fra intuizione e sentimento	222
3. Giudizio e motivazione	223
4. Discrezionalità ed errore di giudizio	224
5. Per una classificazione degli errori giudiziari	226
6. Gli errori processuali come sintomo di ingiustizia	227
7. Ingiustizia della sentenza e onere dell'impugnazione.	228
8. Rimedi straordinari contro il giudicato ingiusto	229
9. Contrasto fra giudicati e ingiustizia della decisione	231
10. La sentenza contraria all'ordine pubblico	232
11. La cognizione incidentale dell'ingiustizia della sentenza.	235
12. Osservazioni conclusive	236

GIROLAMO MONTELEONE, « *Giudizio di fatto e giudizio di diritto* » nel ricorso alla cassazione civile

1. Un saggio di qualche decennio addietro su una questione tuttora dibattuta	239
2. Fatto e diritto nella cassazione francese	241
3. La nomofilachia nella concezione di Piero Calamandrei	243
4. Nomofilachia ed evoluzione normativa: le leggi costituzionali	246
5. Nomofilachia ed evoluzione normativa: le leggi ordinarie.	248
6. Conclusione	249

EMANUELE ODORISIO, *Giudizio di fatto e giudizio di diritto nell'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge*

1. Giudizio di fatto ed enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge su richiesta del Procuratore Generale	251
2. Sull'ammissibilità dell'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge in caso di ricorso in Cassazione proposto ex art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c.	253
3. Enunciazione d'ufficio del principio di diritto nell'interesse della legge in caso di ricorso in Cassazione proposto ex art. 360, comma 1°, n. 4, c.p.c..	259

LEO PICCININNI, *Il giudizio sul fatto processuale (tra fatto e diritto)*

1. Fatto e diritto nel giudizio	261
2. Il fatto e la norma, sostanziale e processuale	265
3. La Corte di cassazione quale giudice del fatto processuale. La cognizione sui fatti tra merito e legittimità	265

ROBERTO POLI, *Il sillogismo giudiziale e la posizione della premessa di fatto*

1. Discorso del giudice sui fatti della causa e istanze di logicità.	273
2. I momenti strutturali logico-cognitivi della posizione della premessa di fatto	277

3.	Determinazione della logica come modalità conoscitiva strutturale del discorso del giudice nella ricostruzione dei fatti	277
4.	Determinazione della logica come sistema di regole e controlli idonei ad una ricostruzione razionale dei fatti	280
5.	La decisione sulla esistenza del fatto: standard di prova e convincimento del fatto	282
6.	Il controllo della premessa di fatto	287

STEFANO RECCHIONI, *La costruzione dei fatti nel processo*

1.	Premessa: i fatti e il giudizio.	291
2.	L'ingresso dei fatti nel processo attraverso la loro "ri-costruzione"	292
3.	Fatti empirici e enunciati sui fatti.	295
4.	La costruzione giuridica "selettiva" dei fatti	298
5.	Costruzione e fatti futuri	300
6.	Ricostruzione dei fatti <i>secondari</i> e <i>semplici</i> secondo il criterio della rilevanza logica.	302

GIUSEPPE RUFFINI, *Il giudice e la legge*

1.	Giudicare secondo diritto.	305
2.	La legge ingiusta	308
3.	La giustizia	310

PIERO SANDULLI, *Il ruolo dell'equità nel processo*

1.	Posizione del tema	317
2.	Come definire l'equità.	319
3.	Il riferimento dell'equità nel codice civile	320
4.	Le norme processuali e l'equità	321
5.	L'equità necessaria e l'equità volontaria.	322
6.	Il tema dell'equità nel giudizio arbitrale.	324
7.	<i>Jura novit curia</i>	324
8.	Il potere di riduzione ad equità nel codice di rito civile. <i>a)</i> Condanna alle spese. <i>b)</i> La conciliazione giudiziale della controversia. <i>c)</i> Ammissione delle prove d'ufficio	325
9.	Misure inibitorie e cautelari	328
10.	Conclusioni	329