

ARCHIVIO PENALE

*Rivista europea di diritto, procedura penale,
ordinamento giudiziario e leggi speciali
fondata da Remo Pannain*

RIVISTA QUADRIMESTRALE

Direzione e redazione

Università di Roma "Tor Vergata"
Dipartimento di Diritto Pubblico
via Bernardino Alimena, 5
00173 Roma
06 72592464

Condizioni di acquisto

— 80,00 euro abbonamento
— 30,00 euro fascicolo singolo

Per ordini

telefax: 06 93781065
e-mail: info@aracneeditrice.it
online: www.aracneeditrice.it
Skype: aracneeditrice

Modalità di pagamento

c/c postale 40002388
contrassegno postale
carta di credito (acquisto online)

Autorizzazione n. 114
del 7 settembre 1984
Tribunale di Urbino

Editore

Aracne editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133/A-B
00173 Roma
(06) 93781065

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento anche parziale, con qualsiasi mezzo, sono riservati e tutti i Paesi.

Non sono assolutamente consentite le fotocopie senza il permesso scritto dell'Editore.

I edizione: marzo 2011

Archivio Penale è documentato nell'Archivio DoGi dell'Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica (IT'TIG) del Consiglio Nazionale delle Ricerche.

ISBN 978-88-548-4068-3
ISSN 0004-0304-10001

Il ricorso per cassazione nel processo penale

Dalle origini dell'istituto all'attuale disciplina

ADA FAMIGLIETTI

SOMMARIO: 1. Gli antecedenti storici dell'impugnazione di legittimità: dal diritto romano alla *querela nullitatis*, 55 – 2. L'istituzione della Cassazione in Francia ed il suo recepimento in Italia, 58 – 3. L'art. 65 ord. giud. ed il riconoscimento normativo della "nomofilachia", 62 – 4. L'obbligo di motivazione e la costituzionalizzazione del ricorso per cassazione, 65 – 5. Il vizio di motivazione nel Codice Rocco, 67 – 6. La mancanza o manifesta illogicità della motivazione ed il limite testuale, 71 – 7. Antinomie nel sistema dei motivi di ricorso e riformulazione del vizio di motivazione, 76.

ABSTRACT: Partendo dai profili storici e costituzionali dell'impugnazione di legittimità, si analizza il vizio di motivazione dal codice Rocco al sistema delineato nel 1988, con l'emersione di svariati sospetti d'incostituzionalità dell'originaria formulazione art. 606, comma 1, lett. e c.p.p. per il limite di rilevanza testuale della mancanza o manifesta illogicità della motivazione. Tale incongruenza appariva ancora più evidente, confrontando la cognizione della Suprema Corte, in punto di sindacato sulla violazione di norme processuali e sulla mancata assunzione di una controprova decisiva, con i poteri che la stessa, viceversa, poteva esplicare sulla motivazione. Inaspettatamente, la legge 20 febbraio 2006 n. 46 riscrive il vizio di motivazione in sede di legittimità, aggiungendovi l'ipotesi di contraddittorietà e la sua rilevabilità, oltre che dal testo del provvedimento impugnato, anche da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame. È la creazione di un vero e proprio onere di allegazione degli atti a carico della parte, che, pur superando l'inciso di rilevanza testuale del vizio di motivazione, non trasforma la Cassazione in un giudice di terza istanza.

1. Gli antecedenti storici dell'impugnazione di legittimità: dal diritto romano alla *querela nullitatis*

Il concetto di riforma o annullamento di una sentenza per vizio di nullità, derivante da *error in iudicando* o da *error in procedendo*, è sconosciuto al diritto romano, al quale è estranea una logica d'impugnazione analoga a quella del ricorso per cassazione. La sentenza, infatti, qualora sia viziata,

nasce nulla (*nullum vim, nullum effectum habet¹; non tenet²; non valet³; vires non habet⁴*;) «come un negozio a cui manchino i requisiti *ad substantiam*»⁵, ed i rimedi per far valere tale nullità hanno natura dichiarativa e non costitutiva.

Non esistevano mezzi di gravame nell'età repubblicana; essendo la decisione fondata sulla *litis contestatio* e sulla volontà delle parti di *accipere iudicium*, risultava palesemente in contrasto con tale accordo legittimare la parte soccombente ad impugnare⁶. Col prevalere della *cognitio extra ordinem*, nel diritto classico, furono introdotti differenti gradi del procedimento, desumibili dal rapporto di subordinazione gerarchica del funzionario, che aveva emanato la sentenza di primo grado, con il suo superiore, e dal principio di delega della giurisdizione⁷. Era, dunque, possibile ricorrere al superiore immediato e, in ultima istanza, al tribunale dell'imperatore, prima di arrivare alla sentenza definitiva ed irrevocabile⁸. È questo il riconoscimento dell'appellabilità delle decisioni, con effetto sospensivo, a cui sono sottratte le sole sentenze dell'imperatore, *legibus solutus*, e quelle del prefetto del pretorio. Relativamente alla *cognitio* criminale, gli organi gerarchicamente superiori al giudice disponevano di un potere di avocazione del processo, mentre l'appello (concessione del funzionario superiore, più che diritto del cittadino) andava a sostituirsi alla *provocatio ad populum*⁹, che per tutto il periodo repubblicano e classico era stata un'impugnazione esclusivamente penale¹⁰.

Il rimedio dell'*appellatio* si applicava alle sole sentenze valide, ma *iniquae*¹¹; era ancora sconosciuta la figura dell'atto annullabile e, pertanto, non vi era alcun corrispettivo della sentenza viziata ed impugnabile. Probabilmente «l'unico addentellato concettuale al giudizio di Cassazione può essere individuato, come ha già rilevato il Calamandrei, in quei pochissimi testi nei quali il concetto di nullità, originariamente proprio dei soli *errores in*

1. Tali formule sono presenti nelle raccolte giustiniane, per indicare la nullità della sentenza. Non è ancora conosciuta la locuzione *nullitatis sententiae*, propria del diritto intermedio, mentre l'aggettivo *nulla* viene utilizzato attributivamente (*nec ulla*), non nel significato letterale italiano, ma ad indicare "nessuna sentenza", ossia "sentenza inesistente". Al riguardo, v. P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, I, Torino, 1920, p. 17.

2. L. 23, § 1 Dig., *de app.*, XLIX, 1.

3. L. 59, § 3 Dig., *de re iud.*, XLII, 1.

4. L. 2, § 1 Dig., *quae sent. sine app.*, XLIX, 8.

5. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003, p. 1133.

6. G.I. LUZZATTO, voce *Corte di Cassazione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, Milano, X, 1962, p. 790.

7. G. GILIBERTI, *Elementi di storia del diritto romano*, Torino, 1995, p. 244; cfr. ORESTANO, *L'appello civile nel diritto romano*, Torino, 1953.

8. G.I. LUZZATTO, *op. cit.*, p. 791.

9. G. GILIBERTI, *op. cit.*, p. 248.

10. G. PETRELLA, *Le impugnazioni nel processo penale*, Milano, II, 1965, p. 1.

11. F. CORDERO, *op. cit.*, p. 1137.

procedendo, viene esteso ai casi socialmente rilevanti di *iniustitia*, derivanti da errori di diritto particolarmente gravi¹².

Secondo la quasi unanime dottrina, è necessario risalire al diritto intermedio per giungere all'embrione dell'attuale ricorso per cassazione, ma si tratta di un cammino lentissimo, nel quale confluiscono «principi ed esperienze di mondi diversi per le vie più indirette»¹³. Non mancano, però, interpretazioni che ricavano già dalle fonti giustiniane, segnatamente da una rubrica del Digesto¹⁴ e da alcuni testi¹⁵, l'esistenza di mezzi di gravame diversi dall'appello, con cui far valere la nullità della sentenza. La dottrina del diritto intermedio, quindi, si sarebbe limitata solo a denominare con la *querela nullitatis* un rimedio già esistente nella compilazione giustiniana, e a fissare un termine entro cui far valere la predetta nullità¹⁶.

Nel diritto longobardo, fin dalle sue prime fonti scritte, la parte insoddisfatta poteva ricorrere al superiore giudizio del re. In seguito, la riforma carolingia dell'amministrazione della giustizia istituisce un tribunale superiore, il *palatium*, presieduto personalmente dal re o da un suo delegato (*comes palatinum*). Nasce allora l'idea di una giustizia affidata ad un organo creato per comporre i conflitti tra *leges mundanae* e *lex Dei*, e modificare i giudicati dei tribunali inferiori, riportando *ad aequitas tramitem* le controversie *perverse iudicata*¹⁷.

Negli anni della rinascenza giuridica dell'Italia comunale, a partire dal secolo XI, si trova, secondo alcuni, «il vero e proprio punto di partenza del moderno istituto del giudizio di cassazione»¹⁸. I Comuni reclamano la *iurisdictio*, simbolo della loro *legitima potestas*: in questo processo s'innesca la battaglia per sottrarre l'appello all'Impero e ricondurlo nell'ambito territoriale comunale.

Di fronte alla *iniustitia* della sentenza, si afferma nella prassi la distinzione tra *errores in procedendo* ed *errores in iudicando*, avallata dalla dottrina e sulla quale certamente incide l'insegnamento della scuola di Bologna. Tale differenziazione, però, non sfocia in un procedimento distinto dal comune giudizio d'appello, destinato ad ottenere la riforma della sentenza ingiusta.

12. G.I. LUZZATTO, *op. loc. cit.*; il riferimento è a P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 37 ss.

13. F. CALASSO, voce *Corte di Cassazione (dir. interm.)*, in *Enc.dir.*, Milano, X, 1962, p. 792.

14. Dig. 49, 8, *Quae sententiae sine appellatione rescindantur*.

15. Dig. 49, 8, I pr. e § 1 C. 7, 64, I.

16. G.I. LUZZATTO, *op. loc. cit.*

17. F. CALASSO, *op. cit.*, p. 793.

18. F. CALASSO, *op. cit.*, p. 794. *Contra*, P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 5, secondo il quale la nascita della Cassazione moderna «appare formalmente fissata in un decreto dell'Assemblea rivoluzionaria», mentre in precedenza, specie nel diritto intermedio, si consolidavano i suoi singoli elementi costitutivi. Convinzione così radicata nell'Autore, da dividere il primo volume della sua opera, dedicata alla storia della Cassazione civile e alla comparazione delle legislazioni moderne, in una prima parte relativa ai singoli elementi, e in seconda parte dedicata alla nascita dell'organo.

È dottrinarla la creazione di due differenti istituti per colpire l'inosservanza delle norme di diritto e delle norme procedurali: la *querela iniquitatis* e la *querela nullitatis*.

La *querela iniquitatis* è il rimedio per la sentenza affetta da vizi determinati da inosservanza delle norme di diritto; la *querela nullitatis*, viceversa, rimedia agli *errores in procedendo*, ritenuti persino più gravi degli errori di diritto. Avverso la violazione delle norme procedurali vigono termini perentori e, ove non siano rispettati, la sentenza non impugnata diviene irrevocabile, sia essa perfetta o non.

Negli statuti comunali italiani coesistono sia il modello della tradizione latina della *appellatio*, sia la *querela nullitatis*¹⁹, e la nozione di sentenza nulla è già precocemente affermata a Genova nel 1143, nel *Constitutum legis* di Pisa del 1164 e poi quasi ovunque recepita²⁰.

Qui si scorge ciò che è stato autorevolmente definito «il momento politico nella valutazione» dell'errore²¹. La violazione delle norme dello *ius constitutionis*, ossia delle norme a presidio dell'interesse generale, a cui segue la *querela nullitatis*, rappresenta l'inesatto funzionamento degli organi giudiziari per *imperitia*, e ciò è considerato più grave della violazione delle norme dello *ius litigatoris*, a difesa del privato, a cui basta la correzione in appello. È l'origine più lontana dell'impugnazione di legittimità: la sentenza viziata non nasce nulla *ipso iure*, ossia inesistente, come nel diritto romano.

Tale nullità doveva essere verificata, non semplicemente dichiarata, dal giudice di secondo grado, «il quale doveva intervenire per riconoscerla *nullius momenti* e quindi *cassata et irrita*»²². La sentenza, pertanto, diviene annullabile.

Se la creazione dell'istituto appartiene all'evoluzione del diritto intermedio, e più in particolare all'esperienza degli statuti comunali italiani, la nascita dell'organo a presidio di tali anomalie si ha nella Francia assolutista prima, rivoluzionaria poi.

2. L'istituzione della Cassazione in Francia ed il suo recepimento in Italia

Il dibattito dottrinario si è a lungo soffermato sull'origine della Suprema Corte di legittimità, in particolare sulla sua derivazione dal *Conseil des parties*, o dal *Tribunal de cassation* rivoluzionario.

19. F. CORDERO, *op. cit.*, p. 1137.

20. F. CALASSO, *op. cit.*, p. 795.

21. F. CALASSO, *op. loc. ult. cit.*; P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 203.

22. F. CALASSO, *op. cit.*, p. 796.

La funzione d'annullamento delle decisioni regie appartiene già all'esperienza dell'assolutismo francese. Con l'istituzione del *Conseil des parties*, nel 1578, il *Grand Conseil*, che già rappresenta il distacco della funzione di cassazione, prima appartenente al sovrano, da questi ad un apposito organo, viene diviso in due sezioni per l'eccessivo numero di ricorsi: una, il *Conseil d'Etat*, per gli affari politici, l'altra, il *Conseil des parties*, per gli affari giudiziari.

Il *Conseil des parties* accoglie i ricorsi delle parti in materia giudiziaria e annulla le violazioni delle *ordonnances* regie; per molti, si tratta di un organo a caratterizzazione eminentemente politica. In realtà, tenendo conto che per l'assolutismo nel sovrano si concentrano tutte le funzioni statali, tra cui quelle effettivamente giurisdizionali, è fondato dubitare di tale natura esclusivamente politica²³.

Nel 1667, l'*Ordonnance civile* di Luigi XIV definisce nulle tutte le decisioni "*contre le dispositions de nos ordonnances, édits et declarations*"²⁴.

Secondo la prevalente ricostruzione storica, il *Conseil des Parties* si evolve nel *Tribunal de Cassation*. Erano mutati il clima politico e la concezione dello Stato, ma gli stessi rivoluzionari avevano stabilito che il *Conseil* continuasse a funzionare fino a quando il *Tribunal* non fosse stato regolarmente costituito.

In realtà, la comunanza esiste solo nella funzione dell'organo di «assicurare una suprema garanzia di giustizia di fronte alla violazione della legge»²⁵, tradotta nell'originario "*garde du corps des lois*"²⁶, con cui era definito il *Conseil des parties*. Il *Tribunal de cassation*, istituito nel 1790 dai legislatori rivoluzionari, nasce paradossalmente a vocazione antiggiurisdizionale. «È organo paralegislativo che non interloquisce mai sul merito; suo compito è di cassare le sentenze contenenti "*une contravention expresse au texte de la loi*"²⁷.

La "*contravention expresse au texte de la loi*" diventa "*contravention expresse à la loi*", poi "*contravention à la loi*", ed è tale ogni errore di diritto. È sufficiente la sola falsa applicazione, anche quando la decisione nulla dica sul significato della norma. Da qui nasce la fondamentale vocazione dell'istituto per l'esatta osservanza della legge, e probabilmente si annida la scissione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto «che non è razionalmente giustificabile, perché non si vede per quale ragione non debba essere censurabile l'errore di fatto o perché si debba preoccuparsi solo dell'errore di diritto quando il fatto è

23. S. SATTÀ, voce *Corte di Cassazione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, X, 1962, p. 800.

24. *Ordonnance civile* 1667, tit. I, art. 8.

25. S. SATTÀ, *op. cit.*, p. 801.

26. F. CORDERO, *op. cit.*, p. 1139.

27. F. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1990, p. 681.

stato erroneamente accertato»²⁸.

In realtà, nella sua trasformazione rivoluzionaria il *Tribunal* è concepito come controllo del legislatore sull'operato dei giudici e sulle loro possibili "rébellions contre la volonté générale" (seduta 25 maggio 1790), ed è allora che l'organo è individuato come giudice non del fatto, ma giudice dei giudici. Questi sono ridotti a *bouches de la loi*²⁹; i rivoluzionari ereditano dal secolo dei lumi il dogma di una legge che non ha bisogno di interpretazione o di integrazione, ma solo di essere osservata. È il naturale prodotto del principio della separazione dei poteri: «L'utopia della legge, della sua personificazione ed entificazione, della sua capacità di informare e regolare la realtà senza intermediazione di alcuno»³⁰. Lo stesso nome aveva dato luogo a problemi: si proposero i termini *Conseil National pour la conservation des lois, inspecteurs de justice, censeurs judiciaires*.

Lo rileva Robespierre, il quale intendeva la formula "*jurisprudence des tribunaux*" come qualcosa di nefasto, perché evocava l'idea di interpreti: resta il nome *Tribunal*.

Con il senato consulto del 28 floreale anno II (18 maggio 1803) viene finalmente data caratterizzazione giurisdizionale all'istituto, che diventa *Cour de Cassation*: da qui il nome con il quale tutt'oggi lo conosciamo. Viene abolito il *référé obligatoire*, ossia la richiesta all'Assemblea costituente, dopo il secondo annullamento e un terzo ricorso, di un "*décret déclaratoire de la loi*". Si concepisce «irrealisticamente» il *référé facultatif*, secondo cui «davanti ad un testo equivoco i giudici devono invocare l'interpretazione autentica»³¹, ma l'art. 4 del *code Napoléon* lo abolisce. Non vi è più il divieto per i giudici d'interpretare la legge; sono regolamentati i rapporti col giudizio di rinvio e la Corte è definitivamente inserita nell'ordinamento giudiziario. Con la legge 1 aprile 1837 le viene affidato un ulteriore compito, che sarà poi una delle peculiarità dell'istituto: l'unificazione della giurisprudenza. «Il legislatore ha perso la partita con i giudici: spariscono i *référés*; diritto equivale a "*jurisprudence des tribunaux*", governata dalla Cassazione; insediata al terzo livello, impone una lettura uniforme dei testi, cassando le decisioni infedeli alle sue massime. Insomma, è diritto quello che la Cassazione dichiara tale»³².

Secondo autorevole dottrina, tale ulteriore funzione differenzia profondamente la *Cour* dall'organo rivoluzionario, «situato fuori del potere giudiziale».

28. S. SATTA, *op. cit.*, p. 799.

29. F. CORDERO, *Procedura penale*, 2003, p. 1140.

30. S. SATTA, *op. cit.*, p. 798.

31. F. CORDERO, *op. ult. cit.*, p. 1134.

32. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1995, p. 989.

rio»³³. All'originario compito del *Tribunal* di sorvegliare i giudici e reprimere le loro possibili ribellioni alla legge, si sostituisce il controllo sulla *fausse interprétation*: la funzione di cooperazione col giudice per il raggiungimento della migliore interpretazione giurisprudenziale³⁴. A tale lettura, si contrappone il dubbio che si tratti di uno scopo troppo generico che, non essendosi tradotto in norme positive, non autorizza a sostenere una mancanza di continuità fra i due organi³⁵.

In realtà la continuità esiste, e fin dal *Tribunal* rivoluzionario vi è la identificazione dell'istituto con le funzioni a noi tramandate, «la definitiva chiarificazione dei rapporti tra legislazione e giurisdizione, nel risolversi in giurisdizione . . . delle ideologie rivoluzionarie della legge»³⁶.

«Passata in Italia con le armi di Napoleone, la Cassazione fu ricevuta dalle codificazioni del Regno delle Due Sicilie», mentre era ancora sconosciuta alle legislazioni lombardo-veneta «ed a quelle a quest'ultima ispirantisi»³⁷.

Anteriormente all'unità, negli Stati italiani erano presenti vari organi: la Consulta in Toscana, la Ruota e la Segnatura a Roma, il Sacro Regio Consiglio a Napoli, mentre il Piemonte faceva proprio un ordinamento di ispirazione francese. Tale pluralità di Corti si poneva in evidente contrasto con la funzione istituzionale del giudice di legittimità di unificazione della giurisprudenza³⁸. Raggiunta l'unità, l'istituto venne recepito nella legge di ordinamento giudiziario del 1865, R.D. 6 novembre, n. 2626³⁹. Gli artt. 122 e 123 stabilivano, infatti, che: «La Corte di Cassazione è istituita per mantenere la esatta osservanza delle leggi da parte degli organi giurisdizionali», con una competenza funzionale «in materia penale dei casi di annullamento delle sentenze inappellabili o in grado di appello profferite dalle Corti, Tribunali e Pretori del Regno, e degli altri provvedimenti per i quali è ammesso il ricorso a norma del codice di procedura penale». Tale formula, con alcuni accorgimenti, fu traslata nel dettato dell'art. 65 ord. giud., che esaltò la funzione nomofilattica della Cassazione, eliminando contemporaneamente il riferimento alla competenza in materia penale, che si ritenne più opportuno collocare nell'art. 524 c.p.p. abr.⁴⁰.

Secondo un'opposta ricostruzione storica, successivamente all'unità d'Italia, nonostante i molti progetti per la configurazione unitaria dell'organo, resi vani da istanze particolaristiche, e l'attribuzione di specifiche funzioni

33. P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 534.

34. P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 536.

35. S. SATTÀ, *op. cit.*, p. 799.

36. S. SATTÀ, *op. loc. ult. cit.*

37. G. BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1972, p. 416.

38. S. SATTÀ, *op. cit.*, p. 801.

39. G. BELLAVISTA, *op. loc. cit.*

40. G. BELLAVISTA, *op. cit.*, p. 417.

alla sola Cassazione capitolina, tra cui la competenza specifica in materia penale attribuitale nel 1865, la Corte di legittimità, unica e sovrana in tutto il territorio dello Stato, nasce con la l. 24 marzo 1923, n. 601, non a caso in un clima politico di esaltazione dell'autorità statale⁴¹.

3. L'art. 65 ord. giud. ed il riconoscimento normativo della "nomofilachia"

Nel 1941, il R.D. 30 gennaio n. 12, contenente le norme di ordinamento giudiziario, definisce, diversamente da tutti gli altri organi giurisdizionali, con la sola eccezione del pubblico ministero, all'art. 65 le attribuzioni della Suprema Corte, individuandola quale giudice di puro diritto.

Dispone, infatti, tale norma che: "La Corte Suprema di Cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura la esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale⁴², il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge".

È consacrata a livello ordinamentale la funzione di organo regolatore della giurisdizione e della competenza, tradotta, nella legge processuale sia civile che penale, nella disciplina della risoluzione dei conflitti e, nel codice di rito penale, nella decisione sull'istanza di rimessione dei procedimenti. L'attenzione, però, è tutta posta sulla funzione di garante della corretta osservanza ed interpretazione del testo di legge, che trovava già un suo preciso referente positivo nel ricorso straordinario per cassazione nell'interesse della legge, abrogato dal codice di rito penale del 1930, ma vigente nella disciplina processuale civile, ai sensi dell'art. 363 c.p.c.⁴³. «Con tale ricorso, infatti, il P.M. sollecita e determina, denunciando lo *error juris*, la funzione di nomofilachia della cassazione»⁴⁴.

Invero, l'esaltazione della funzione nomofilattica nell'art. 65 ord. giud., rappresenta una chiara continuità con la matrice illuministica: la norma è il recepimento positivo di quelle che sono, da sempre, le ideali funzioni dell'istituto. Viene accolto il modello di Corte di puro diritto, a tutela dello

41. S. SATTA, *op. loc. ult. cit.*

42. «È da notare la singolarissima adozione del termine dottrinale di "diritto oggettivo" che non si trovava nella vecchia legge sull'ordinamento giudiziario, e crediamo non abbia riscontro in altre leggi»; così, S. SATTA, *op. cit.*, p. 458.

43. Secondo il quale: "1. Quando le parti non hanno proposto ricorso nei termini di legge o vi hanno rinunciato, il procuratore generale presso la Corte di cassazione può proporre ricorso per chiedere che sia cassata la sentenza nell'interesse della legge. 2. In tal caso le parti non possono giovare della cassazione della sentenza."

44. V. GIANTURCO, *Il ricorso per cassazione nell'interesse della legge e l'error juris del giudicato penale*, Milano, 1958, p. 4.

ius constitutionis, delineato dal Calamandrei, secondo il quale l'assicurazione della esatta osservanza della legge è da intendere in senso peculiare, diversamente da quanto accade per tutti gli altri organi giurisdizionali. Essa, infatti, «è l'esatta conoscenza della legge nel suo significato generale, la esatta ed uniforme interpretazione della portata che ha la legge, come norma generale ed astratta, applicabile a tutta una serie indefinita di casi. Sotto questo profilo la funzione della Cassazione si identifica con la parte più eminente della cosiddetta interpretazione giudiziaria, o giurisprudenza»⁴⁵. La Suprema Corte, garante dello *ius constitutionis*, attraverso la interpretazione del caso singolo estrapola la legge da applicare in astratto e in futuro. A questa lettura, rigidamente ancorata alle matrici storiche dell'istituto, si contrappone il modello a terza istanza, a tutela dello *jus litigatoris*, con una Cassazione giudice e interprete del caso concreto, alla quale affidare più ampi poteri sulla decisione del giudice di merito, nella considerazione che «non stiamo discutendo di una matrice storica, ma dell'idoneità pratica dell'istituto»⁴⁶. In questo filone si colloca il lavoro di riforma di alcune norme dell'ordinamento giudiziario, ad opera della Commissione Mirabelli che, nel 1986, propose la eliminazione, dall'art. 65, dell'inciso "assicura l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale".

Compito della Cassazione, dunque, oltre quello di risolvere conflitti di giurisdizione e di competenza, sarebbe stato solo di "giudicare della conformità alla legge dei provvedimenti dei giudici", sull'assunto che «il riferimento all'uniforme interpretazione della legge, oltre che all'unità del diritto oggettivo nazionale è utopistico retaggio di ordinamenti superati»⁴⁷.

Si trattava di una modifica significativa: si voleva attribuire alla Corte una caratterizzazione a terza istanza, in antitesi con le scelte legislative sia ordinarie che costituzionali del nostro ordinamento, che risentono indubbiamente della tradizione storica dell'istituto.

Invero, l'enunciazione contenuta nell'art. 65 ord. giud. evidenzia «la duplice funzione della Corte di Cassazione» che, mentre garantendo "l'esatta osservanza" della legge, è ancora un giudice, che opera (come proprio dei giudici) sul caso concreto, ad iniziativa delle parti, curando l'osservanza della legge nei singoli casi concreti, può assicurare la "uniforme interpretazione della legge" e "l'unità del diritto oggettivo nazionale", «ossia assolvere alla sua funzione di *nomofilachia*»⁴⁸.

45. G. BELLAVISTA, voce *Corte di cassazione (dir.proc.pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, X, 1962, p. 830; Id., *Lezioni di diritto processuale penale*, cit., p. 415; il riferimento è a P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, Torino, 1920, II, p. 48 ss.

46. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1987, p. 1040.

47. Testo della disciplina di ordinamento giudiziario elaborato dalla Commissione Mirabelli, in *Legalità e giustizia*, 1986, p. 638, e la *Relazione*, *ivi*, 1987, p. 197.

48. C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 1997, II, p. 424.

Non a caso le decisioni della Suprema Corte, dalle quali un apposito ufficio (detto del “massimario”) estrapola le massime, costituiscono dei precedenti, che non vincolano i giudici dei futuri giudizi, ma li orientano nel senso della interpretazione della questione di diritto, così come da essa decisa.

È proprio sulla bipolarità delle funzioni, fra tutela esclusiva dello *jus constitutionis* e contrapposta tutela dello *jus litigatoris*, che si instaura il dibattito sul ruolo della Cassazione⁴⁹, reso ancora più problematico dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, il 1 gennaio del 1948, e dalle esigenze di giustizia sostanziale ad essa connesse. I principi sanciti dalla Carta fondamentale determinano, infatti, una nuova interpretazione del ruolo del giudice di legittimità nell'ordinamento. In questa prospettiva la funzione di organo a presidio della nomofilachia viene riconsiderata alla luce del principio di eguaglianza sostanziale, ai sensi dell'art. 3, comma 2, Cost., e riconosciuta di fondamentale importanza, per evitare che a casi analoghi si applichino discordanti interpretazioni delle stesse norme⁵⁰. «Unificare la giurisprudenza», come si dice, altro non significa che scegliere, tra le diverse interpretazioni possibili di una stessa norma di legge, date dai diversi organi della giurisdizione, quella che, scelta *in apicibus*, diventi la più accreditata, come la più esatta su tutte le altre. Con ciò stesso, si viene, del resto, a garantire la “unità del diritto oggettivo nazionale”, che verrebbe compromessa dalla pluralità di contrastanti interpretazioni giudiziarie, fonti di incertezza, laddove l'ordinamento giuridico postula, per sua insopprimibile esigenza, la certezza⁵¹.

Altra norma fondamentale, che esplica riflessi sulla funzione nomofilattica della Cassazione penale, è l'art. 27, comma 2, Cost., la cui regola di giudizio «esprime un criterio di gnoseologia giudiziaria in grado di guidare sia il ‘modo’ dell'accertamento processuale — così direttamente influenzando il metodo della indagine giudiziaria — sia il ‘modo’ della valutazione complessiva del materiale probatorio, in ragione della connessione logica tra il procedimento probatorio e la decisione sul fatto»⁵².

Con la creazione della Corte Costituzionale, prevista dall'art. 134 Cost., alla Cassazione è sottratto il sindacato formale sulle leggi, fino ad allora

49. Al riguardo, v. A. BARGI, *Controllo di legittimità ed errore di fatto nel giudizio di cassazione*, Padova, 2004, p. 13 ss.; G. PANSINI, *L'interprete smentisce sé stesso dimenticando la nomofilachia*, in *La rassegna inquisitoria*, Padova, 2002, p. 152; A. NAPPI, *La Corte di cassazione nel sistema dei mezzi di impugnazione: funzione nomofilattica o giudice di terzo grado*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 772; D. CARCANO, *Funzioni di legittimità e sindacato sulla motivazione*, *ivi*, 1992, p. 3005.

50. G. PANSINI, *op. cit.*, p. 153.

51. G. BELLAVISTA, voce *Corte di cassazione (dir. proc. pen.)*, *cit.*, p. 831.

52. Così, A. BARGI, *op. cit.*, p. 14; in tal senso, G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 80.

attribuite dall'art. 65 ord. giud., sotto l'impero dello Statuto albertino.

Le rimane, tuttavia, una delibazione di costituzionalità, che condivide con i giudici di merito, quando, rilevata la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata dalle parti, definisce il giudizio, senza trasmettere gli atti alla Corte Costituzionale⁵³.

Al riguardo, è doveroso evidenziare come la giurisprudenza costituzionale, specie con le decisioni interpretative, eserciti un peso sempre più incisivo sulla funzione nomofilattica, come evidenziato dallo stesso ufficio del massimario delle Sezioni unite penali⁵⁴.

4. L'obbligo di motivazione e la costituzionalizzazione del ricorso per cassazione

La Costituzione dedica al ricorso per Cassazione l'art. III, comma 7⁵⁵, che riconosce la generale ricorribilità, per violazione di legge, delle sentenze e dei provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali. L'unica deroga è ammessa per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra, mentre contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti il ricorso è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, ai sensi del comma 8.

Ancora una volta, l'accento è posto sulla funzione di legittimità della Cassazione: il ricorso è ammesso per violazione di legge, mentre l'enunciazione dell'art. III, comma 6, Cost., per la quale "tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati", è il riconoscimento della motivazione come garanzia della pubblicità dei processi, che permette a qualsiasi cittadino, indipendentemente dall'essere parte o meno nel processo, di conoscere le ragioni della decisione⁵⁶. All'apice di tutto ciò è posta la Suprema Corte di legittimità.

Per lungo tempo, riguardo all'obbligo costituzionale di motivazione, ha dominato un'idea: che esso si riferisse solo alla motivazione in drit-

53. Ex art. 23, comma 2, legge 11 marzo 1953, n. 87.

54. *Relazione sulla giurisprudenza delle sezioni unite penali, Anni 2002-2003*, in *Cass. pen.*, suppl. al fasc. 4/2004, pp. 6 e 13.

55. Com'è noto, la norma originariamente dedicata al ricorso per cassazione (art. III, comma 2, Cost.) è divenuta comma 7, a seguito delle modifiche apportate dalla l. cost. n. 2 del 1999 che ha introdotto i principi del Giusto processo in Costituzione; in *Gazz. Uff.*, 23 dicembre 1999, n. 300.

56. Sulla garanzia della pubblicità della motivazione, v. E. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, Milano, XXVII, 1977, p. 192 ss.; G. DELLA MONICA, *Contributo allo studio della motivazione*, Padova, 2002, p. 4-5 e p. 50.

to, «consentendo di ridurre la parte in fatto all'enunciazione del risultato dell'accertamento»⁵⁷.

Questa convinzione era in linea con gli ideali illuministici e con la metafora del "giudice bocca della legge": traeva la sua origine dal principio della separazione dei poteri, che esprimeva la necessità di recidere la funzione normativa dei "Grandi tribunali" e affermare la sovranità del giudice.

A questa teorica si contrappone la lettura che il diritto vivente dà dell'art. III, commi 6 e 7, Cost.: l'obbligo costituzionale si riferisce non solo alla motivazione in diritto, ma anche alla motivazione in fatto, e sulla stessa esplica il proprio sindacato la Corte di Cassazione, per violazione di legge.

Ciò sull'assunto che, in un sistema moderno, alla dialettica giudice-legge deve necessariamente aggiungersi la dialettica giudice-fatto e «il possibile arbitrio del giudice si annida non solo nella interpretazione della norma, ma anche nella ricostruzione del fatto»⁵⁸.

Il processo, infatti, necessita di ricostruzioni, valutazioni e argomentazioni: la motivazione è la dimostrazione, di fronte alle parti e alla società, delle scelte operate dal giudice, con una funzione ad un tempo conoscitiva e sociale⁵⁹. Da un punto di vista "statico", essa rappresenta irrinunciabile elemento costitutivo della sentenza, quale estrinsecazione dell'*iter* logico seguito dal giudice di merito. In collegamento con gli enunciati contenuti nell'art. III, commi 2 e 4, Cost. «"concretizza" il principio di legalità espresso dall'art. 101 comma 2 Cost., quale ulteriore corollario del 'giusto processo'. Sotto l'aspetto, viceversa, dinamico, la funzione endoprocessuale ed extraprocessuale della motivazione condiziona il 'tipo' di controllo del provvedimento ed il modo di essere della giurisdizione»⁶⁰, a garanzia del rispetto delle regole del procedimento probatorio, quale espressione di legalità della decisione, in una lettura sincronica dell'art. III, comma 6, Cost. con i commi contenenti i principi del giusto processo.

L'obbligo costituzionale di giustificare la decisione, dunque, rappresenta «un legame indissolubile tra motivazione e giurisdizione: indipendentemente dalla sede processuale (civile o penale), dal contenuto della pronuncia (rito o merito), dalla composizione dell'organo (togato, laico o misto), il provvedimento che fa applicazione della legge deve essere accompagnato dalla *ratio decidendi*»⁶¹. Tale norma è espressione di una garanzia posta a tutela dell'interesse dell'intera collettività, come la stessa collocazione dell'art.

57. Così P. SCAPARONE, *La disciplina costituzionale dell'intervento di «laici non tecnici» nell'amministrazione della giustizia*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 265.

58. F. M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, p. 6.

59. F. M. IACOVIELLO, *op. cit.*, p. II.

60. A. BARGI, *op. cit.*, p. 14-15.

61. E. AMODIO, *op. cit.*, p. 189.

III, comma 6, Cost., fra le disposizioni riguardanti la giurisdizione e non quelle concernenti i rapporti civili, quali il diritto di difesa, ai sensi dell'art. 24, comma 2, Cost., o la presunzione di non colpevolezza, sancita dall'art. 27, comma 2, Cost., induce a ritenere.

5. Il vizio di motivazione nel Codice Rocco

Nel processo penale, la scelta normativa sul ricorso per cassazione si indirizza verso un rimedio di pura legittimità, con l'esclusione di una possibile configurazione di questo come terza istanza.

Ciò si evidenzia, in specie, nel controllo sulla motivazione e appare chiaro fin dalla relazione al progetto preliminare del codice del 1930, che esclude il travisamento del fatto dal novero dei vizi ricorribili, perché con una disposizione che lo ammettesse «si correrebbe il pericolo di aprire la via ad indagini di fatto estranee alla competenza della Corte; dal semplice accertamento materiale della manifesta contraddizione, si può passare ad una vera e propria indagine di merito, per la quale la Corte suprema manca non solo di competenza funzionale, ma altresì di mezzi adeguati». La stessa relazione precisa che il travisamento ricorre: «Quando il giudice abbia ammesso un fatto manifestamente escluso dagli atti del procedimento, ovvero escluso un fatto manifestamente risultante dagli atti medesimi»⁶², secondo una definizione che rimarrà celeberrima nel tempo e che sarà frequentemente richiamata sia dalla dottrina⁶³, che dai giudici di legittimità⁶⁴.

Il codice Rocco individuava tre motivi di ricorso per cassazione, disciplinati dall'art. 524; non era autonomamente previsto il vizio di motivazione, censurabile, in sede di legittimità, attraverso il combinato disposto degli articoli 524, comma 1, n. 3, per violazione di norme a pena di nullità, e 475, comma 1, n. 3, che tra i casi di nullità della sentenza, prevedeva la mancanza o contraddittorietà della motivazione.

Secondo l'allora costante interpretazione giurisprudenziale, sussisteva mancanza di motivazione quando il giudice di merito avesse del tutto omesso di spiegare le ragioni del proprio convincimento, ovvero, pur avendole spiegate, avesse trascurato circostanze salienti che, se tenute presenti, avreb-

62. Relazione ministeriale al progetto preliminare c.p.p. 1930, in *Lavori preparatori al codice penale e codice di procedura penale*, Roma, 1929, p. 105.

63. U. ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, III, Milano, 1952, p. 432; V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, IV, Torino, 1956, p. 601; O. VANNINI, *Manuale di diritto processuale penale italiano*, 1956, p. 393; G. PETRELLA, *Le impugnazioni*, cit., p. 401.

64. Cass., Sez. II, 14 marzo 1962, Tagliata e altro, in *Giust. pen.*, 1963, III, c. 117; Cass., Sez. III, 5 novembre 1963, Kos e altro, *ivi*, 1964, III, c. 364; Cass., Sez. I, 11 ottobre 1967, Serano, *ivi*, 1968, III, c. 304 e in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1968, p. 635.

bero influito sulla decisione⁶⁵. Nel vizio in questione rientravano in particolare: *a*) il difetto di motivazione intrinseco, quando non fossero stati presi in considerazione elementi di decisiva rilevanza; *b*) il difetto di motivazione estrinseco, dato dalla omessa indicazione, da parte del giudice di merito, degli elementi dai quali aveva tratto il proprio convincimento; *c*) la motivazione c.d. apparente, caratterizzata da un esame sommario e superficiale degli elementi adottati, senza un'approfondita disamina logico-giuridica.

In dottrina, la distinzione tra difetto di motivazione intrinseco ed estrinseco era ribaltata rispetto alla definizione giurisprudenziale. Per il primo, infatti, s'intendeva l'omessa indicazione, da parte del giudice, delle ragioni del proprio convincimento, in relazione alla decisione nel suo complesso o ad alcuno dei punti sui quali doveva motivare. A tale patologia era equiparata la motivazione apparente. Il secondo, invece, ricorreva quando la sentenza, pur motivata, era «viziata per l'omesso esame di una circostanza decisiva per il giudizio o per la non corrispondenza dei risultati di prova posti a sostegno della decisione con quelli risultanti dagli atti»⁶⁶. Secondo questa teorica, il difetto di motivazione estrinseco poteva essere accertato attraverso il confronto della sentenza con il contenuto e le risultanze delle prove raccolte nel giudizio di merito⁶⁷, sia escludendo le premesse di partenza poste alla base della decisione, quando smentite dalla comune esperienza o dagli atti del processo⁶⁸, sia inserendo nella motivazione «premesse di partenza colte all'esterno della decisione e consistenti in un fatto decisivo»⁶⁹.

Relativamente al controllo sul ragionamento logico seguito dal giudice di merito, la Cassazione riconosceva la nullità della sentenza per mancanza di motivazione: *a*) quando non fosse stato possibile appurare il procedimento logico, attraverso cui si era pervenuti alla decisione⁷⁰; *b*) quando fosse appurata l'assoluta inidoneità logica delle argomentazioni esposte, per giustificare le posizioni di fatto assunte a fondamento della sentenza.

A sua volta, la contraddittorietà della motivazione dava luogo a nullità del provvedimento giurisdizionale, quando nella motivazione fossero contenute statuizioni tra loro logicamente o giuridicamente inconciliabili⁷¹, ovvero vi fosse un contrasto logico tra le statuizioni di fatto o di diritto, oppure tra tali statuizioni e il dispositivo⁷²; «non quando si ritenga di ravvisare un

65. Cass., Sez. I, 1 febbraio 1957, Tinnirello, in *Giust. pen.*, 1958, III, c. 167, con nota di GRANATA.

66. G. PETRELLA, *op. cit.*, p. 403.

67. G. PETRELLA, *op. loc. ult. cit.*

68. G. FOSCHINI, *Il travisamento del fatto*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1953, p. 668.

69. D. STRACUSANO, *In tema di travisamento del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, p. 354.

70. Cass., Sez. III, 14 novembre 1957, Maggi, in *Giust. pen.*, 1958, III, c. 201, m. 201.

71. Cass., Sez. III, 21 aprile 1958, Tamburo, in *Giust. pen.*, 1958, III, c. 792, m. 751.

72. Cass., Sez. III, 31 maggio 1957, Menniti, in *Giust. pen.*, 1958, III, c. 200, m. 199.

contrasto tra la motivazione e i risultati del dibattimento»⁷³. Nel concetto di contraddittorietà, dunque, rientrava quello di illogicità della motivazione, «come vizio di ragionamento per effetto del quale viene a mancare il nesso logico fra le premesse e le conseguenze alle quali la sentenza è pervenuta»⁷⁴. La mera insufficienza della motivazione, invece, non costituiva motivo di annullamento della sentenza⁷⁵, a meno che non si fosse tradotta in un difetto di motivazione, dato dall'omessa esposizione delle ragioni essenziali del convincimento del giudice⁷⁶. Rispetto alla legislazione antecedente, vi era la volontà di restringere il controllo della Cassazione sulla motivazione; l'art. 114 del codice di procedura penale del 1913, infatti, prevedeva l'annullamento della sentenza anche per insufficienza dei motivi.

Il codice del '30, però, accanto alla formula della "mancanza o contraddittorietà", conteneva una nozione alquanto scarna di motivazione, che, ai sensi dell'art. 474, comma 1, n. 4, era data dalla "concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la sentenza è fondata".

Nei fatti, spesso si trattava di un sistema che consentiva uno spazio di controllo piuttosto ampio alla Corte di cassazione, tanto da aprire consistenti margini di sindacato proprio sul travisamento del fatto, perentoriamente escluso dalla Relazione al progetto preliminare al codice del '30.

«Si nega, insomma, il sindacato sul travisamento del fatto, per se stesso considerato, escludendo pertanto il ripristino di un controllo sulla *dénaturation des actes*, ma si concepisce una possibilità di riesame, tramite la proposizione di un particolare motivo di ricorso»⁷⁷.

Tre le tipologie di vizi determinanti il travisamento del fatto nell'abrogato sistema: a) vizio logico; b) omesso esame di elementi essenziali; c) non corrispondenza delle prove poste a base della decisione con quelle risultanti dagli atti. In ognuna di tali patologie, il travisamento era dedotto quale causa di nullità della sentenza, quando fosse derivata la mancanza o la contraddittorietà della motivazione, ossia delle argomentazioni su cui doveva essere fondato il dispositivo⁷⁸, ed era accertato attraverso il confronto tra la sentenza impugnata e gli atti processuali⁷⁹.

Il vizio poteva avere luogo sia attraverso la prospettazione di situazioni obiettivamente diverse da quelle reali, «sia attraverso la omissione di elementi od avvenimenti decisivi ed essenziali per la qualificazione giuridica

73. V. MANZINI, *op. cit.*, p. 422; Cass., 23 dicembre 1931, in *Annali*, 1932, p. 217, e, in tema di contraddizione fra sentenza e ordinanza, Cass., 31 maggio 1957, in *Giust. pen.*, 1958, II, c. 200.

74. Cass., Sez. II, 25 gennaio 1958, Bassino, in *Giust. pen.*, 1958, III, c. 791, m. 750.

75. Cass., Sez. III, 2 marzo 1957, Monaco, in *Giust. pen.*, 1957, III, c. 343.

76. Cass., Sez. I, 14 febbraio 1957, D'Anni, in *Giust. pen.*, 1957, III, c. 343.

77. D. SIRACUSANO, *In tema di travisamento del fatto*, cit., p. 354.

78. Cass., Sez. II, 23 marzo 1957, Antonelli, in *Giust. pen.*, 1957, III, c. 344, m. 467.

79. Cass., Sez. II, 20 febbraio 1953, Tamborrino, in *Giust. pen.*, 1953, III, c. 401.

del reato e per la sua stessa sussistenza»⁸⁰. Conforme la dottrina maggioritaria, che alla definizione tradizionale di travisamento del fatto⁸¹, aggiungeva l'ipotesi del mancato esame di circostanze decisive per il giudizio, che «se considerate, avrebbero importato un'apprezzabile modificazione del giudizio»⁸². Non mancavano, però, opinioni contrarie al riguardo, che escludevano la possibilità di sindacare in Cassazione il mancato esame di una circostanza decisiva, quando la sentenza fosse stata nel complesso motivata. Secondo questa teorica, l'omissione del fatto-prova si traduceva in un'ineadeguata selezione del materiale probatorio, o in una scelta non condivisa dal giudice di legittimità rispetto a quanto deciso dal giudice di merito «secondo parametri di decisività tratti dall'esame globale delle risultanze processuali»⁸³. Un tale sindacato sarebbe stato ammissibile se la legge avesse disciplinato in maniera minuziosa i requisiti della motivazione «come dovere di esaminare analiticamente tutto il materiale raccolto nel processo. Ma di tale obbligo non si trova traccia nel codice di procedura penale»⁸⁴.

Per poter condurre all'annullamento della sentenza, il travisamento, influendo sul dispositivo, doveva risolversi in una mancanza di motivazione su di un punto decisivo⁸⁵, oppure in una vera e propria contraddittorietà nei motivi della decisione, ossia nelle ragioni che portavano alla decisione⁸⁶. Esso, però, poteva costituire difetto di motivazione, solo quando fossero stati trascurati «reali elementi processuali di essenziale efficienza probatoria»; in questi non rientravano quelli prospettati dal solo ricorrente, non potendosi sindacare il travisamento «quando si contrasti soltanto da parte del ricorrente la valutazione delle risultanze processuali compiuta nella precedente fase di giudizio»⁸⁷, in ossequio alla tradizione inquisitoria di cui il codice processuale penale era espressione.

In giurisprudenza, pertanto, si formò un indirizzo restrittivo, secondo cui il travisamento rilevava solo come deviazione dalla realtà, quando il giudice del merito avesse basato il proprio ragionamento su fatti inesistenti o da lui arbitrariamente supposti; mai quando il giudice avesse, nell'esercizio del suo potere discrezionale, attraverso la valutazione delle prove, ricostruito

80. Cass., Sez. III, 6 dicembre 1956, Morici, in *Giust. pen.*, 1957, III, c. 178; Cass., Sez. II, 16 gennaio 1962, Rosetta, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1962, p. 709.

81. *Ex multis*, G. PETRELLA, *Le impugnazioni*, cit., p. 401, secondo cui il travisamento sussiste «quando il giudice di merito ha basato il suo giudizio su un fatto la cui sussistenza è contraddetta dai risultati di prova acquisiti in giudizio oppure ha escluso la sussistenza di un fatto provato».

82. G. PETRELLA, *op. cit.*, p. 402.

83. E. AMODIO, *op. cit.*, p. 244.

84. E. AMODIO, *op. loc. ult. cit.*

85. Cass., Sez. I, 31 ottobre 1957, Severgnini, in *Giust. pen.*, 1958, III, c. 185, m. 136.

86. Cass., Sez. III, 8 luglio 1957, Iosca, in *Giust. pen.*, 1958, III, c. 15, m. 10.

87. Cass., Sez. III, 27 aprile 1957, Parodi, in *Giust. pen.*, 1957, III, c. 626.

il fatto da elementi risultanti dal processo, pur se discordanti e suscettibili di differente interpretazione. In tal caso, infatti, si trattava di apprezzamenti di merito sottratti al sindacato della Cassazione, se congruamente o adeguatamente motivati⁸⁸.

Negli ultimi anni di vigenza del codice abrogato, tale orientamento rigoroso andò sempre più consolidandosi sulla scia delle cospicue critiche dottrinarie. Erano posti, così, due penetranti limiti alla rilevabilità del vizio: doveva trattarsi di un contrasto *manifesto* tra la realtà processuale acquisita e la diversa rappresentazione del fatto posto alla base della decisione impugnata, e tale contrasto doveva avere ad oggetto *fatti decisivi* per il giudizio.

Non era, pertanto, riconosciuto il travisamento quando il giudice di merito «valutando e interpretando le risultanze processuali» ritenesse come «corrispondente alla verità obiettiva l'una piuttosto che l'altra ricostruzioni del fatto prospettategli, senza incorrere in vizi logico-giuridici del ragionamento»⁸⁹. Tale vizio, per non comportare un sindacato della Cassazione sul merito, doveva essere rilevabile *ictu oculi*, con un controllo *ab externo* dell'errore sulle premesse del ragionamento seguito dal giudice di merito, senza dover ripercorrere l'*iter* argomentativo seguito dallo stesso nella giustificazione della propria decisione.

6. La mancanza o manifesta illogicità della motivazione ed il limite testuale

Per ovviare alle anomalie sistematiche emerse nella vigenza dell'abrogato codice, la scelta effettuata nel 1988 è nel senso di un potenziamento del controllo di legittimità e di un restringimento del sindacato di merito; finalità espresse nel *corpus* normativo dedicato al ricorso per cassazione negli artt. 606-628 c.p.p.

Le norme a potenziamento della funzione di legittimità sono diverse, ma la principale è l'art. 606 comma 1, lett. e) c.p.p., concernente il vizio di motivazione, vero nodo cruciale della disciplina sul ricorso per cassazione.

Fin dalla relazione al progetto preliminare del 1988, le maggiori preoccupazioni degli addetti ai lavori erano state manifestate proprio sul controllo sulla giustificazione della decisione, con specifica attenzione al sindacato della Cassazione sulla motivazione in fatto, a causa dell'assenza nel codice Rocco di una previsione espressa del vizio fra i casi di ricorso. La sentenza,

88. Cass., Sez. II, 24 aprile 1968, Urbani, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1969, p. 969.

89. Cass., Sez. IV, 7 giugno 1988, Mariani, in *Riv. pen.*, 1989, p. 614; nello stesso senso, Cass., Sez. I, 3 dicembre 1987, Stranieri, *ivi*, 1989, p. 510; Cass., Sez. IV, 2 dicembre 1986, Piras, *ivi*, 1988, p. 876; Cass., Sez. I, 17 dicembre 1984, Held, *ivi*, 1985, p. 1036.

infatti, come già evidenziato, poteva essere impugnata in sede di legittimità per motivazione mancante o contraddittoria, ai sensi del combinato disposto degli artt. 475, comma 1, n. 3 e 524, comma 1, n. 3 c.p.p. abr., che, tra i casi di ricorso, prevedeva la “violazione delle norme di questo codice stabilita a pena di nullità”. Pertanto, il vizio di motivazione rientrava nella vasta area della violazione di legge.

In forza di tale sistema, la Cassazione, muovendo dagli atti del processo, poteva esercitare il suo controllo sul contenuto della motivazione, anziché sui requisiti minimi di esistenza, completezza e logicità della stessa, ed accogliere le censure di travisamento del fatto, nonostante anche allora la volontà dei relatori del codice Rocco fosse di segno nettamente opposto⁹⁰.

Furono queste le ragioni che indussero i relatori del progetto del 1988 ad occuparsi in maniera più incisiva del vizio di motivazione, configurandolo come autonomo caso di ricorso in sede di legittimità, non sempre con esiti benevoli. «L’art. 606, lett. e, è uno dei peggiori riusciti: vi spirano risentimenti regressivi (. . .); volendo sentenze meno vulnerabili, i codificatori prevedono l’annullamento quando “manchi” o sia “manifestamente illogica” la motivazione, se consta dal “testo del provvedimento impugnato”. Formula infelice: e i relatori aggravano l’effetto postulando una quasi impossibile “effettiva omissione” (sentenze ridotte al puro dispositivo)»⁹¹.

All’espressione “se manca la motivazione” propria del codice abrogato, infatti, il progetto del 1988 contrappose l’espressione omessa motivazione, per rendere chiaro che «il vizio è costituito da un’effettiva omissione e non, come oggi si tende ad affermare, da una mera insufficienza di motivazione. L’omissione non è costituita solo dalla totale mancanza della parte espositiva delle ragioni della decisione, ma anche dalla mancanza di singoli momenti esplicativi, sempre però che questi siano ineliminabili nel rapporto tra i temi sui quali si deve esercitare il giudizio e il contenuto di questo»⁹².

«In ogni caso si deve trattare di un vizio», specifica la Relazione, «che “risulta dal testo del provvedimento impugnato”»: occorre cioè che l’omissione appaia tale nello stesso sviluppo logico del provvedimento e non nella diversa prospettiva addotta dal ricorrente. L’omissione infatti non rileva come dato formale, ma quale sintomo di un vizio insorto nell’attività di giudizio»⁹³.

Espunta l’insufficienza di motivazione come causa di nullità della sentenza, passibile di correzione ai sensi dell’art. 130 c.p.p., richiamato dall’art. 547

90. *Relazione ministeriale al progetto preliminare c.p.p. 1930*, cit. p. 105.

91. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2001, p. 1121.

92. *Rel. prog. prel. 1988*, cit., p. 133.

93. *Rel. prog. prel. 1988*, cit., p. 105.

c.p.p.⁹⁴, si concepisce la mancanza di motivazione indicativa non solo della mancanza grafica totale, ma anche della mancanza logica, in una singolare commistione tra mancanza ed illogicità; e i relatori aggravavano la confusione, postulando la "mancanza di singoli momenti esplicativi". «Chiose incomprensibili: nella patologia del discorso niente distingue i lacunosi dai troppo esili»⁹⁵.

Invero, il vizio di mancanza di motivazione è riscontrabile nei casi di: a) mancanza grafica totale; b) quando la motivazione sia incompleta e, dunque, taccia su un punto autonomo del processo e menzionato nel dispositivo; c) qualora non siano pronunciate le ragioni per cui si ritengono inattendibili le prove contrarie che, ai sensi dell'art. 546, comma 1, lett. e) c.p.p., costituiscono requisito ineliminabile della motivazione.

«Al di fuori di questi casi, però, appare improprio parlare di mancanza di motivazione»⁹⁶. Essa, infatti, indica un vuoto argomentativo, mentre l'illogicità, attiene alla razionalità del discorso giustificativo. Quest'ultima è la seconda patologia del discorso giustificativo della decisione; all'espressione "se è contraddittoria la motivazione", infatti, la relazione al progetto contrappone "manifesta illogicità della stessa", «chiarendo, da un lato, per le ragioni già indicate nella premessa, che il sindacato della Corte di Cassazione si estende alla logica della motivazione, come anche oggi si ritiene da parte della giurisprudenza, in genere attraverso un'interpretazione estensiva della contraddittorietà, dall'altro però che tale sindacato non può spingersi oltre la soglia della *manifesta* illogicità⁹⁷, cioè non può giustificare la sostituzione dei criteri e delle massime di esperienza adottate dai giudici di merito con quelli invece prescelti dalla Cassazione»⁹⁸. Omogenea l'applicazione giurisprudenziale al riguardo, in coerenza con un indirizzo in massima parte conforme: l'illogicità della motivazione, infatti, è quella evidente, cioè di spessore tale da risultare percepibile "*ictu oculi*", in quanto l'indagine di legittimità sul discorso giustificativo della decisione ha un orizzonte circoscritto. Il sindacato demandato alla Corte di cassazione, infatti, deve limitarsi, per espressa volontà del legislatore, a riscontrare l'esistenza di un logico apparato argomentativo, senza possibilità di verifica della rispondenza della

94. Cass., Sez. V, 24 gennaio 1994, Aulicino, in *Cass. pen.*, 1995, p. 143, con nota di F.M. IACOVIELLO, *Scelta decisionale "giusta" e motivazione insufficiente: gli incerti poteri del giudice di legittimità*.

95. F. CORDERO, *op. ult. cit.*, p. 1121-1122.

96. F.M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, cit., p. 291, che formula anche le ipotesi di mancanza di motivazione qui riportate.

97. «Il sostantivo designa ogni difetto del pensiero calcolante ma l'aggettivo segnala intenzioni riduttive, come se fosse limitare il vaglio alle storture talmente vistose che ognuno se ne accorga; è un invito a scrivere con tanto fumo»; così, F. CORDERO, *op. ult. cit.*, p. 1122.

98. *Rel. prog. prel.* 1988, cit., p. 105.

motivazione alle acquisizioni processuali⁹⁹.

Da ultimo, nella Relazione al progetto definitivo si evidenziava come, nella redazione ultima della norma, erano state apportate «limitate modificazioni meramente formali».

Pertanto, all'art. 606, comma 1, lett. e) le parole omessa motivazione sono state sostituite con le parole "mancanza della motivazione", in contrasto con le indicazioni dei relatori, che avevano configurato la omissione come vizio logico, oltre che grafico¹⁰⁰. Si tratta di una scelta del legislatore delegato, operata per riprendere una formula tradizionale, che «meglio si raccorda con gli artt. 125 comma 3 e 546 comma 3 c.p.p., nei quali la nozione di nullità dell'atto concerne la motivazione in senso grafico o strutturale e non i vizi logici della stessa»¹⁰¹.

Viene, invece, interamente accolta la parte finale dell'articolo: non basta una motivazione meramente illogica, ma si esige che tale illogicità sia manifesta, come chiarito dai relatori e, soprattutto, si recepisce *in toto* la limitazione testuale¹⁰².

Fin dall'entrata in vigore della norma, quest'ultimo inciso fu oggetto di vivaci dibattiti e non tardarono a manifestarsi le voci di aperto dissenso. «Sembra una battuta vuota (ne contiene il codice, così iperfasico) (...) A cosa mirino, risulta dal contesto: niente meno che all'insindacabilità del canone empirico; vogliono un controllo sui motivi circoscritto "al massimo", solo "all'interno del documento", senza riferimento agli atti. Discorsi allarmanti, se i lavori preparatori contassero qualcosa»¹⁰³.

Di fatto, vi erano sostanziali differenze di disciplina tra il vecchio e il vigente c.p.p.: l'abrogata normativa consentiva alla Cassazione il controllo degli atti del giudizio, e nell'ipotesi di una discordanza tra sentenza e processo, quale il travisamento del fatto, che portasse ad una motivazione

99. Cass., Sez. un., 24 settembre 2003, Petrella, in *Riv. pen.*, 2004, p. 740; cfr. *Relazione sulla giurisprudenza delle sezioni unite penali, Anni 2002-2003*, cit., p. 64.

100. Così recependo le critiche dottrinarie secondo cui, nella relazione al progetto preliminare del 1988, risultava difficile distinguere tra la nozione di motivazione omessa e quella di motivazione manifestamente illogica.

101. *Relazione al testo definitivo c.p.p.*, in *Gazz. Uff.*, Sr. Gen., n. 250, 24 ottobre 1988, *suppl. ord.* n. 2, p. 200.

102. Il primo a suggerire una zona di confine del sindacato di legittimità rappresentato dal testo del provvedimento impugnato fu G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, (1937), Padova, II ed., 1964, p. 291, come alternativa alla eliminazione del sindacato sul vizio di motivazione dal controllo di legittimità, stabilendo «la concreta determinazione dell'ambito dei documenti a cui si statuisce che egli (il giudice di legittimità) possa estendere il suo esame». Secondo l'A., «o non si pone alcun limite a questo riesame del giudizio di fatto *ex actis*, e allora non ha più senso la distinzione dell'intervento dal non intervento...; o si considera tale riesame come eccezionale, e quindi da contenere entro certi limiti, e allora questi limiti non possono essere segnati se non come limiti alla zona documentaria, a cui il riesame stesso debba estendersi»; *ivi*, p. 295.

103. F. CORDERO, *op. loc. ult. cit.*

mancante o contraddittoria, vi erano spazi d'intervento. Secondo alcuni studiosi, il precedente sistema garantiva comunque che il sindacato si svolgesse «sempre sotto il profilo della legittimità, controllando se la norma fosse stata ortodossamente applicata al caso concreto e se la stessa rispecchiasse le risultanze del processo»¹⁰⁴.

Nel sistema delineato dal codice del 1988, viceversa, i limiti del controllo di legittimità sulla logicità della motivazione non consentivano alla Corte di cassazione di effettuare una diversa lettura dei dati processuali o una diversa interpretazione delle prove, in quanto era precluso il sindacato sulla correttezza della motivazione in rapporto ai dati processuali. L'art. 606, comma 1, lett. e) c.p.p., infatti, richiedendo l'emersione del vizio di motivazione dal testo del provvedimento impugnato, escludeva qualunque controllo sulla correttezza della motivazione in rapporto ai dati processuali¹⁰⁵.

Il sindacato sulla manifesta illogicità, quindi, doveva limitarsi a rilievi di macroscopica evidenza, restando ininfluenti le minime incongruenze e considerandosi disattese le deduzioni difensive che, anche se non espressamente confutate, erano logicamente incompatibili con la decisione adottata, purché fossero spiegate in modo logico e adeguato le ragioni del convincimento¹⁰⁶. Conseguentemente, il limite testuale del vizio di motivazione, oltre che come restrizione per le possibilità di censura del ricorrente, costituiva un argine soprattutto per i concreti poteri della Corte¹⁰⁷, che non poteva obiettare nulla ad una sentenza che non corrispondeva in alcun modo ai fatti accertati od esclusi nel processo, ma che fosse ineccepibile sul piano logico. «Questa clausola chiude il vizio di motivazione in una morsa che sacrifica irragionevolmente il sindacato della Cassazione, con grave pregiudizio per il ricorrente»¹⁰⁸.

Chiare, quindi, le intenzioni del legislatore: riportare la Cassazione nell'alveo del controllo di legittimità ad essa spettante e diminuire l'accesso indiscriminato di ricorsi davanti alla stessa, con la consapevolezza che «più si allontana il giudizio dal controllo degli atti, scindendolo dalla verifica della rispondenza del suo esito, più lo si avvicina al controllo del lavoro del giudice, per accertare la subordinazione di quest'ultimo alla legge»¹⁰⁹.

104. R. LI VECCHI, *Art. 606, comma 1, lett. e) c.p.p.: la norma «Caporetto» dei ricorsi per Cassazione*, in *Riv. pen.*, 1998, p. 322.

105. Cass., Sez. IV, 2 dicembre 2003, Elia e altri, in *Guida dir.*, n. 16/2004, p. 85; Cass., Sez. V, 15 aprile 2003, Cantiello, in *Dir. giust.*, n. 20/2003, p. 97.

106. Cass., Sez. I, 26 settembre 2003, Castellana e altri, in *Guida dir.*, n. 6/2004, p. 63-64.

107. *Contra*, Cass., Sez. II, 13 luglio 1993, Sgrò, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3380; Cass., Sez. VI, 1 giugno 1995, Salvatore, *ivi*, 1996, p. 2598.

108. P. FERRUA, *Il sindacato di legittimità sul vizio di motivazione nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 966.

109. G. SPANGHER, *Il giudizio di Cassazione nel sistema delle impugnazioni*, in *Giust. pen.*, 1991, c. 589-590.

7. Antinomie nel sistema dei motivi di ricorso e riformulazione del vizio di motivazione

La disciplina del ricorso per cassazione presentava svariate contraddizioni sistematiche, prevedendo, da un lato, il controllo sulla motivazione limitato al solo testo del provvedimento impugnato, dall'altro più ipotesi di segno opposto. Malgrado, infatti, il pur lodevole intento di restituire funzioni di sola legittimità alla Suprema Corte, il limite della rilevanza testuale era in lampante contrasto con quanto previsto dagli artt. 129 e 620, lett. a) e l), c.p.p. che, in determinati casi, non solo necessitavano, ma addirittura richiedevano l'esame dagli atti.

Tale incongruenza appariva ancora più evidente, confrontando i poteri di cognizione assegnati alla Corte, in punto di sindacato sulla violazione di norme processuali e sulla mancata assunzione di una controprova decisiva, con quelli che, viceversa, la stessa poteva esplicitare sulla motivazione in virtù dell' art. 606, lett. e), c.p.p.¹¹⁰. Era indubbio, infatti, che la Cassazione, per verificare la violazione di norme processuali, con particolare riguardo alla dichiarazione d'inutilizzabilità della prova, dovesse effettuare, come la stessa giurisprudenza delle Sezioni unite ha definitivamente chiarito, un raffronto tra il provvedimento impugnato e gli atti del processo¹¹¹.

In ordine, poi, alla mancata assunzione ai sensi della lett. d), riconoscendosi in sede di legittimità una valutazione di decisività in ordine alla controprova non assunta, si attribuiva alla Suprema Corte una competenza di merito, sfociante in una *cognitio facti ex actis*. La valutazione di decisività della controprova, infatti, richiede un riscontro con gli atti del processo, specie con «quelli relativi all'assunzione delle prove»¹¹².

Per ridare coerenza al sistema e riportare tutto nell'alveo del controllo testuale, una tesi ha sostenuto che la Cassazione avrebbe potuto compiere le sue valutazioni in ordine alla decisività della prova sulla base delle sole argomentazioni ed enunciazioni compiute dal giudice di merito nella sentenza impugnata¹¹³. Seguendo questa interpretazione si risolveva la contraddizione più vistosa del sistema dei motivi dei ricorso, ma solo nelle ipotesi di una condanna o di un'assoluzione decise sulla base di una prova che, dalla stessa motivazione, risultasse inutilizzabile, oppure decise a causa della mancata assunzione di una controprova, «enunciata nelle premesse,

110. M. GARAVELLI, *sub art. 606*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. CHIAVARIO, Torino, 1991, VI, p. 230; G. LOZZI, *Carenza o manifesta illogicità della motivazione e sindacato del giudice di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 772.

111. Cass., Sez. un., 28 novembre 2001, Policastro e altro, in *Riv. pen.*, 2002, p. 46, e in *C.E.D. Cass.*, 220092.

112. G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2001, p. 625.

113. G. SPANGHER, *Il giudizio di Cassazione nel sistema delle impugnazioni*, cit., c. 592.

ma poi trascurata nello sviluppo dell'argomentazione»¹¹⁴. La Cassazione, d'altro canto, avrebbe potuto esplicitare il suo sindacato solo in casi simili, essendole precluso accedere agli atti e alle risultanze probatorie del giudizio di merito.

Pertanto, in forza del diverso trattamento assegnato dalla legge alle stesse ipotesi, a seconda che l'inutilizzabilità o la mancata assunzione della prova emergesse dal testo del provvedimento impugnato, si ravvisava l'illegittimità costituzionale dell'art. 606, comma 1, lett. e) per contrasto con l'art. 3 Cost.¹¹⁵. Tale incostituzionalità riguardava anche l'impossibilità di porre rimedio in sede di legittimità al travisamento del fatto, censurabile solo quando il vizio fosse emerso dal testo del provvedimento impugnato; inemendabile in ogni altra ipotesi.

Possibili, poi, profili d'incostituzionalità in ordine al dovere di motivare ai sensi dell'art. 111, comma 6, Cost. Se motivare, infatti, ai sensi dell'art. 546, comma 1, lett. e) c.p.p., significa esporre i motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, indicando le prove poste alla base della decisione ed enunciando le ragioni per cui il giudice non ritiene attendibili le prove contrarie, l'originaria formulazione dell'art. 606, comma 1, lett. e) c.p.p. «rende insindacabile un provvedimento giurisdizionale, che abbia completamente ignorato le prove a difesa senza che ciò emerga dal testo del provvedimento impugnato»¹¹⁶.

Eppure, ai prospettati rilievi d'incostituzionalità sono seguite le tassative bocciature da parte dello stesso giudice di legittimità: «La scelta del legislatore di limitare il sindacato sulla motivazione alla mancanza o alla manifesta illogicità "quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato", non è in contrasto con il principio di ragionevolezza, non potendovi essere scelta più ragionevole che quella di ammettere solo due gradi di giurisdizione di merito invece di tre, nulla di più ragionevole che presumere fondate (invece che infondate) le decisioni dei giudici di merito; nulla di più ragionevole che mantenere la Corte di cassazione come istanza di mera legittimità; nulla di più ragionevole che contrastare l'ipertrofia decisionale non produttiva di migliore giustizia»¹¹⁷.

Un'altra ipotesi di incostituzionalità, riguardo alla norma che limitava il

114. F. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le nuove norme sul giudizio penale di cassazione e la crisi della Corte Suprema*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 526.

115. G. LOZZI, *Carenza o manifesta illogicità della motivazione*, cit., p. 772; ID., *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 625; P. RENON, *op. cit.*, p. 1259.

116. G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 629.

117. Cass., Sez. III, 11 giugno 1993, Tacus, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1243, con nota di F.M. IACOVIELLO, *Il controllo della Cassazione sulle prove: prove invalide, prove travisate, prove ignorate*. Sono state prospettate questioni di costituzionalità dell'art. 606 lett. e) c.p.p., per contrasto con gli artt. 24 e 111 Cost.; anche queste dichiarate infondate, v. Cass., Sez. I, 4 febbraio 1994, Monsala, in *Arch. nuova proc. pen.*, p. 408; Cass., Sez. IV, 26 novembre 1993, Maurizio, in *Giust. pen.*, 1994, III, c. 563.

sindacato di legittimità sulla motivazione al solo testo del provvedimento impugnato, poteva essere ravvisata, confrontando la lett. e) con il precedente motivo di ricorso di cui all'art. 606 c.p.p. Si sarebbe profilato, in tal caso, un diverso trattamento riconosciuto alla categoria delle controprove, in sede di legittimità, ove si fosse ritenuto ammissibile comprendere, nel motivo di cui alla lett. d), oltre alla mancata assunzione, finanche l'omessa valutazione di una controprova decisiva¹¹⁸.

Invero, pur nella consapevolezza di una struttura «dialogica»¹¹⁹ della motivazione, appariva forzato «estendere alla fase della giustificazione decisoria una norma dettata per la fase dell'istruzione probatoria»¹²⁰. Tra mancata assunzione e omessa valutazione di una prova, dunque, c'era un solco troppo profondo perché una norma estensiva possa colmarlo. D'altro canto, la stessa relazione al progetto del 1988 evidenzia come «anche il motivo di cui alla lett. d) risponde ad una logica di depurazione dei vizi di motivazione da possibili deviazioni della decisione, che traggono origine dalla violazione di norme processuali»¹²¹.

Considerando, dunque, l'omessa valutazione della prova come vizio di motivazione, rilevante, secondo la giurisprudenza maggioritaria, quale manifesta illogicità della stessa e censurabile solo quando risultante dal testo del provvedimento impugnato, altri sospetti d'incostituzionalità si profilavano. Non era chiaro, infatti, come potesse il giudice di legittimità verificare come decisiva la prova non valutata, se aveva come unico punto di riferimento il testo della sentenza impugnata, senza poter verificare le risultanze probatorie del precedente giudizio di merito e senza poter inserire la prova non valutata nel contesto di tali risultanze. Inoltre, l'interpretazione rispettosa della *littera legis* frustrava ancor di più lo scopo dell'art. 606, lett. d), che, tutelando la corretta assunzione, era vuota enunciazione a fronte della giustificazione della decisione; non aveva senso, infatti, tutelare il diritto alla prova, nella fase dell'assunzione, e negarlo nella successiva fase di valutazione¹²². Costituendo, pertanto, il diritto alla prova corollario del diritto di difesa costituzionalmente garantito, il contrasto dell'art. 606,

118. G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 629. L'estensione interpretativa dell'art. 606, lett. d), era suggerita da M. SCAPARONE, *L'attività probatoria dibattimentale nel nuovo processo penale*, in *Quaderni del CSM*, n. 50, 1992; P. DELL'ANNO, *Presupposti e limiti del sindacato della Corte di cassazione sul vizio di motivazione*, in *Giust. pen.*, 1993, III, c. 712-713; N. MANNARINO, *Le massime d'esperienza nel giudizio penale e il loro controllo in Cassazione*, Padova, 1993, p. 130.

119. F.M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, cit., p. 215 ed in particolare pp. 226-227.

120. F.M. IACOVIELLO, *op. ult. cit.*, p. 316.

121. *Rel. prog. prel. c.p.p. 1988*, cit., p. 133.

122. Prospettava profili d'irragionevolezza in merito a tale disciplina, C. VALENTINI REUTER, *Sulla mancata assunzione di una prova decisiva come motivo di ricorso per cassazione*, in *Giur. it.*, 1993, II, c. 246.

comma 1, lett. e) c.p.p. emergeva in relazione all'art. 24, comma 2, Cost¹²³.

Tale incostituzionalità appariva ancor più lampante a fronte dell'art. III, comma 3, Cost., seconda parte, che riconosce la facoltà dell'imputato "di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore". La costituzionalizzazione del contraddittorio come garanzia soggettiva, infatti, sembrava pericolosamente infrangersi a fronte del limite del testo del provvedimento impugnato, esclusivo punto di riferimento in ordine alla valutazione di decisività della controprova.

Invero, come la dottrina ha avuto modo di rilevare e la giurisprudenza ha ribadito, nell'art. 606, comma 1, lett. e) l'aggettivo "manifesta" era usato solo in riferimento all'illogicità e non anche alla mancanza. La ragione era facilmente spiegabile: quando si registra un vuoto argomentativo, non serve che questo sia manifesto, mentre, quando si è di fronte a una carenza razionale, è necessario l'esatto opposto¹²⁴.

Discendeva, pertanto, un rilievo ulteriore: mentre il sindacato sulla mancanza non rischiava di slittare nel merito, perché circoscritto alla verifica di un vuoto nella motivazione, viceversa il confine era molto più labile nell'ipotesi di manifesta illogicità. Come tale, il limite di rilevanza testuale operava solo in riferimento alla manifesta illogicità e non alla mancanza di motivazione, stante appunto la formulazione disgiuntiva "mancanza o manifesta illogicità", con il verbo al singolare "quando il vizio risulti dal testo", collegata esplicitamente alla manifesta illogicità¹²⁵. Questa esegesi era in palese contrasto con la volontà dei relatori, secondo cui il confine testuale operava in riferimento ad entrambe le patologie della motivazione, ma consentiva di eliminare i significativi contrasti dell'art. 606, comma 1, lett. e) con i principi costituzionali e le antinomie del sistema dei motivi di ricorso, in relazione all'incensurabilità dell'omessa valutazione di una prova e di una controprova decisive in sede di legittimità.

Tale interpretazione sembrava inoltre fungere da spiraglio per il sindacato del travisamento del fatto, senza imporre l'intervento del legislatore per l'eliminazione dell'inciso di rilevanza testuale dall'art. 606, comma 1, lett. e) c.p.p.

123. G. LOZZI, *op. ult. cit.*, p. 631; ID., *Carenza o manifesta illogicità della motivazione*, cit., p. 778, ravvisava l'illegittimità costituzionale dell'art. 606, comma 1, lett. d) c.p.p. per contrasto con l'art. 24, comma 2, Cost., non avendo «alcun senso garantire nuovamente il diritto alla prova nell'art. 495, al fine di ridurre il potere discrezionale conferito al giudice dall'art. 190 comma 1 e limitarlo all'esclusione delle prove manifestamente superflue o irrilevanti, se, poi, l'omessa valutazione di tale prova, la cui assunzione è stata reiteratamente garantita, non sia sindacabile».

124. F. M. IACOVIELLO, *op. ult. cit.*, p. 291.

125. F. M. IACOVIELLO, *op. ult. cit.*, p. 319 ss. e, in particolare, p. 322.

Ma, inaspettatamente, la legge 20 febbraio 2006 n. 46, nell'introdurre l'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento¹²⁶, riscrive il vizio di motivazione in Cassazione, aggiungendovi l'ipotesi di contraddittorietà e la sua rilevabilità, oltre che dal testo del provvedimento impugnato, anche da «altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame». Contemporaneamente, in ordine alla mancata assunzione di una prova contraria decisiva, si estende la sua possibilità di censura anche quando sia richiesta nel corso dell'istruzione dibattimentale. Le prime decisioni in materia hanno evidenziato come alla luce del *novum* normativo fosse stata pienamente riconosciuta la possibilità di dedurre il cosiddetto travisamento della prova, in passato ammesso in via di interpretazione giurisprudenziale solo in virtù dell'art. 606, comma 1, lett. c) c.p.p.¹²⁷. Conseguentemente il controllo della Corte di cassazione sulla logicità della motivazione rimane esclusivamente ancorato alla coerenza strutturale della decisione e all'accettabilità del provvedimento. Viene così affermato, in linea con l'indirizzo interpretativo maggioritario, che la motivazione non deve essere logicamente inconciliabile con gli «atti del processo», specificamente indicati e rappresentati dal ricorrente, ed autonomamente dotati di una forza esplicativa o dimostrativa tale che la loro rappresentazione disarticoli l'intero ragionamento svolto dal giudicante, determinando al suo interno radicali incompatibilità che vanificano o rendono manifestamente incongrua o contraddittoria la motivazione¹²⁸.

Non basta, però, fornire una diversa valutazione dei dati sottoposti al vaglio della Suprema Corte, perché il dato a contenuto probatorio, che si assume travisato o omesso, deve avere la caratteristica della decisività, ossia avere efficacia causale sulla tenuta logica della motivazione¹²⁹.

Conseguentemente, il ricorso per cassazione non potrà limitarsi ad

126. Rimasta vigente esclusivamente per le sentenze di proscioglimento emesse dal giudice di pace, a seguito di C. Cost., 6 febbraio 2007, n. 26, in *Guida dir.*, 2007, n. 8, p. 75, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 l. n. 46/2006, nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 c.p.p., non consentiva l'appello del p.m. avverso le sentenze di proscioglimento dibattimentali. Successivamente C. Cost., 20 luglio 2007, n. 320, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3096, ha dichiarato incostituzionale l'art. 2 l. n. 46/2006, nella parte in cui, sostituendo l'art. 443 c.p.p., non consentiva l'appello del p.m. avverso le sentenze di proscioglimento emesse nel giudizio abbreviato. Circa la legittimazione dell'imputato, C. cost. 4 aprile 2008, n. 85, in *questa Rivista*, 2008, n. 3, p. 73, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 1 l. cit. nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 c.p.p., escludeva che l'imputato potesse appellare le sentenze di proscioglimento relative a reati diversi dalle contravvenzioni punite con la sola ammenda o con pena alternativa. Ultima in ordine di tempo, ma non di importanza è C. cost., 29 ottobre 2009, n. 274, in *questa Rivista*, 2009, n. 3, p. 113, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 443, comma 1, c.p.p. nella parte in cui precludeva all'imputato l'appello avverso le sentenze di assoluzione per difetto di imputabilità, derivante da vizio totale di mente, emesse nel corso del giudizio abbreviato.

127. Cass., Sez. VI, 19 giugno 2006, D.S., in *Guida dir.*, 2007, n. 1, p. 69.

128. Cass., Sez. VI, 24 maggio 2007, A. e altro, in *Guida dir.*, 2007, n. 32, p. 80.

129. Sul concetto di decisività della prova, *amplius*, A. CAPONE, *Il principio di decisività dei vizi della sentenza nel controllo della Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1463 ss.

addurre l'esistenza di atti del processo non esplicitamente presi in considerazione nella motivazione o non correttamente od adeguatamente interpretati dal giudicante, essendo necessaria "la specifica rappresentazione degli atti processuali ritenuti rilevanti in relazione alla doglianza dedotta"¹³⁰.

Pertanto, alle due condizioni enucleate dalla giurisprudenza ai fini dell'accertamento del vizio di travisamento (la "decisività" del fatto travisato e l'emersione di un contrasto percepibile *ictu oculi*) l'attuale formulazione dell'art. 606, comma 1, lett. e c.p.p. richiede anche l'indicazione specifica di tali atti nei motivi di gravame, postulando un vero e proprio onere di allegazione a carico della parte¹³¹, che non trasforma la Cassazione in un giudice di terza istanza.

130. Cass., Sez. IV, 15 dicembre 2009, M., in *C.E.D. Cass.*, n. 246499.

131. Così come affermato per prima da Cass., Sez. VI, 29 marzo 2006, Casula, in *Dir. giust.*, 2006, n. 16, p. 40; in senso conforme, Cass., 28 maggio 2008, Armosino e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 240411. In dottrina, per questa interpretazione, G. SPANGHER, *La parte civile nella legge Pecorella. Potrà ricorrere, ma non appellare*, in *Dir. giust.*, 2006, n. 16, p. 58; F.M. IACOVIELLO, *Giudizio di cassazione*, in *Trattato di procedura penale*, V, a cura di G. SPANGHER, 2009, p. 689.