

STEFANO TORRACA

SULLA ILLEGITTIMITA' COSTITUZIONALE
DELL'APPELLO INCIDENTALE
DEL PUBBLICO MINISTERO (*)

(*) Il presente scritto — quale studio sull'istituto dell'appello incidentale ed, in particolare, sui rapporti tra esso e l'appello principale del p.m. — era già ultimato, quando è intervenuta la sentenza della Corte Costituzionale 17 novembre 1971 n. 177. Nella sua nuova stesura definitiva, si è ritenuto, peraltro, di non tralasciare gli aspetti del problema che, seppure affrontati nella sentenza della Corte, meritavano un più preciso inquadramento sistematico e di valore.

SOMMARIO: 1. Premessa. Contenuto delle ordinanze di rimessione. — 2. Impostazione del problema. — 3. Tematica dell'appello incidentale: a) rapporti tra l'appello dell'imputato e l'appello incidentale. — 4. *Segue: b)* le impugnazioni che legittimano l'appello incidentale del p.m. — 5. *Segue: c)* capi e punti. — 6. *Segue: d)* rapporti tra appello principale del p.m. e appello incidentale. Teorie che negano in tutto o in parte la preclusione dell'appellabilità incidentale a seguito di proposizione di un appello principale inammissibile. Critica. Inidoneità delle soluzioni frammentarie. — 7. *Segue: d')* necessità di una totale preclusione nel significato della previsione normativa e nella fisiologia, funzione e natura dell'istituto. *Discrezionalità e valutazione* quali entità concettualmente diverse nel sistema delle impugnazioni del p.m. — 8. *Segue: e)* *reformatio in peius* (effetto comune) nel suo differente significato e valore a seconda dell'appello dal quale scaturisce. Individuazione del concetto di *interesse ad appellare incidentalmente*. — 9. *Segue: f)* sussistenza tra i due tipi di gravame di un rapporto di genere a specie. — 10. *Segue: g)* necessità di individuare una graduazione tra le relazioni intercorrenti tra i due istituti: i quattro possibili casi di rapporto. — 11. *Segue: g')* in particolare il caso dell'appello principale proposto e rinunziato dal p.m. — 12. Il problema della incostituzionalità dell'art. « 515, 4° comma c.p.p. »: a) in relazione all'art. 112 Cost. — 13. *Segue: b)* in relazione all'art. 3 Cost. — 14. *Segue: c)* in relazione all'art. 24 Cost. Attuale inipotizzabilità dei concetti di *temerarietà* o *dilatatorietà* dell'appello dell'imputato.

1. Proseguendo nella sua opera che potrebbe dirsi di anticipazione della riforma del codice di procedura penale, resa necessaria dalla lentezza degli organi legislativi e dall'orientamento rigoristico o, comunque, molto spesso ambiguo e contraddittorio adottato dalla Cassazione nella interpretazione delle norme relative, la Corte Costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 515, 4° comma c.p.p., che regola l'istituto dell'appello incidentale del pubblico ministero.

Tale recente sentenza ⁽¹⁾ ha posto fine alle lunghe diatribe ed al ginepraio di questioni cui ha sempre dato luogo — in dottrina e in giurisprudenza — l'inserimento, nel regime delle impugnazioni penali, di una simile facoltà la quale, se pur risenti,

(1) Corte Costituzionale, 17 novembre 1971, n. 177.

nella sua genesi, del clima di incertezza e di compromesso nel quale sorse ⁽²⁾, inevitabilmente portava già in sè i germi della ingiustificatezza del principio che essa esprimeva ⁽³⁾.

La Corte Costituzionale, nella formulazione della motivazione della sentenza, afferma, sostanzialmente ed in modo globale, la fondatezza di tutte le ragioni di contrasto denunciate nelle ordinanze di rimessione; essa, però, nel rilevare la incidenza delle singole questioni sulla dichiarazione di illegittimità, opera una certa distinzione tra le censure stesse. Ed è proprio da un accenno a tale distinzione che partirà la nostra indagine, diretta, da un lato, a ribadire il contenuto della pronuncia della Corte per quanto attiene alla globale valutazione di illegittimità della norma in esame e, dall'altro, ad esprimere un parziale dissenso con la sentenza stessa per quanto concerne sia il profilo — considerato di determinante momento al fine della dichiarazione di illegittimità costituzionale — della violazione dell'art. 112 della Costituzione, sia quello attinente alla mancanza di pa-

(2) Il guardasigilli Alfredo Rocco, nella relazione al progetto preliminare (*Lavori preparatori del codice di procedura penale*, vol. VIII, 1929), segnando i criteri della riforma, si faceva strenuo fautore della abolizione del divieto di *reformatio in peius* e della conseguente introduzione dell'effetto pienamente devolutivo dell'appello. Tale presa di posizione — lodevolissima nelle sue finalità di limitare l'abuso di appelli a scopo manifestamente dilatorio — non mancò di suscitare la più aperta opposizione: la stessa Cassazione, le corti di merito, i Consigli dell'ordine degli avvocati, la dottrina nazionale, mediante le relazioni delle Università (*Lavori preparatori*, cit., vol. IX, 1930, p. 366 segg.) sottolineavano le gravi lacune ed i notevoli pericoli cui si sarebbe andati incontro con la introduzione della teoria del *novum iudicium* e suggerivano, ad un tempo, il temperamento consistente nel mantenimento del criterio del *tantum devolutum quantum appellatum* e nella contemporanea adozione del nuovo istituto dell'appello incidentale.

Tale proposta (Rel. Prof. BATTACLINI, Università di Pavia) trovò poi pieno accoglimento nella relazione del Guardasigilli al progetto definitivo (*Lavori preparatori*, cit., vol. X, 1930, p. 73 segg.).

(3) Esattamente in tal senso, DEL POZZO, *L'appello nel processo penale*, 1957, p. 248. Cfr., inoltre, su tale aspetto dell'istituto, PIOLETTI, *Intorno all'appello incidentale del p.m.*, in *Foro it.*, 1935, II, p. 172 segg.; ed ancora ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, vol. III, *Delle impugnazioni*, 1952, p. 327; FLORIAN, *Diritto processuale penale*, 1954, p. 35; LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, 1961, vol. III, p. 143; SANTORO, *Manuale di diritto processuale*, 1954, p. 635; VANNINI, *Manuale di diritto processuale penale italiano*, 6ª ed., 1969, p. 396.

riteticità, in ordine all'appello incidentale, tra p.m. ed imputato, in violazione dell'art. 3 Cost.

Come si è accennato, la sommaria analisi delle ordinanze, con le quali è stata sollevata la questione di legittimità, rivela la pluralità di norme costituzionali nei confronti delle quali, la permanenza dell'istituto dell'appello incidentale, nel sistema processuale, avrebbe determinato un contrasto.

In primo luogo, la disposizione denunziata, in violazione dell'art. 24, 2° comma Cost., coarterebbe il diritto di difesa, per l'imputato appellante, il quale, per avere impugnata una sentenza ritenuta pregiudizievole, si troverebbe esposto a dover subire conseguenze di tipo sanzionatorio, per nulla giustificate da una istanza di giustizia sostanziale, ma piuttosto improntate ad un carattere di ritorsione in suo danno, per aver egli legittimamente esercitato un proprio diritto (4). E non basta. La possibilità di proposizione di un gravame incidentale, conferita solo al pubblico ministero e non pure alle altre parti processuali, non essendo giustificata da una sostanziale disparità di situazioni processuali, violerebbe la *par condicio* prevista dall'art. 3 Cost., determinando una sperequazione di trattamento non solo tra pubblico ministero ed imputato, ma anche tra gli stessi coimputati (5).

Va, infine, sottolineato come la norma in questione cozzerebbe, altresì, con il dettato dell'art. 112 Cost. ove è previsto il principio della obbligatorietà dell'esercizio della azione penale, consentendosi al titolare della potestà di impugnazione — la quale è pur sempre un modo di estrinsecazione ed un aspetto della azione penale — una contraddittorietà di comportamento (6).

(4) In tal senso, cfr. il tenore delle ordinanze di rimessione della C. di App. Genova, 28 gennaio 1970 in *Sent. e Ord. della Corte Cost.*, 1970, II, p. 40; *Id.*, 13 novembre 1970, *ivi*, 1971, II, p. 12; Trib. Venezia, 24 aprile 1970, *ivi*, 1970, II, p. 88.

(5) Cfr. le ordinanze di rimessione della Corte di Appello di Genova citate alla nota 4, cui si aggiungono quelle del Trib. Lecce, 25 febbraio 1970 e 11 marzo 1970, in *Sent. e Ord. della Corte Cost.*, 1970, II, p. 65.

(6) Cfr. la ordinanza di rimessione del Trib. Venezia, cit. alla nota 4.

2. Comunque, prima ancora di addentrarci in una più approfondita disamina delle tre questioni relative ai limiti di costituzionalità dell'appello incidentale, riteniamo di dover anticipare che, a nostro avviso, la vera e macroscopica ragione di contrasto della norma di cui all'art. 515, 4° comma c.p.p. con il dettato costituzionale si individua nella lesione di quel diritto di difesa che — per essere inteso come diritto ad esprimere un comportamento e ad esigere dagli altri soggetti processuali un comportamento che consenta, e non leda, la tutela del proprio diritto di libertà (7) — non può essere coartato, neppure a livello psicologico, per quanto concerne la effettiva realizzabilità dello stesso.

Siamo pervenuti alla conclusione sopra accennata, a seguito dei risultati conseguiti in una indagine avente ad oggetto la ragion d'essere, la natura, funzione, obbietto giuridico e, infine, l'ambito di operatività dell'appello incidentale. Come è ovvio, tale ricerca abbiamo svolto nel solco di una disamina degli ampi e, molto spesso, difformi contributi offerti, dalla giurisprudenza e dalla dottrina, alla complessa tematica dell'istituto in parola, nell'apprezzabile tentativo di un più profondo adeguamento di esso alla intrinseca razionalità delle norme sull'appello, tra le quali, come è stato argutamente sottolineato, « *quella sull'appello incidentale sembra capitata per caso* » (8).

Tenuto conto degli indirizzi tutt'altro che consolidati, sia della Suprema Corte che della dottrina, circa tali problemi, non sembrerà superfluo premettere — per i fini che ci riguardano — una serie di considerazioni che, affrontando e risolvendo le più notevoli questioni attinenti alla norma in esame, investono direttamente il tema dei rapporti tra l'appello incidentale e l'appello principale, evidenziando così le caratteristiche peculiari e

(7) Cfr., sul punto, CARULLI, *Il diritto di difesa dell'imputato*, 1967, p.53 segg.

(8) Cfr., in tal senso, M. MASSA, *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale*, 1969, p. 186.

ben differenziate di entrambi gli istituti; caratteristiche che — per quanto attiene al gravame incidentale — determinano appunto la impossibilità di una armonizzazione o contemperamento di esso con le esigenze ed i diritti dell'imputato (9).

3. Gli sforzi compiuti dagli studiosi e dai pratici della materia hanno, senza dubbio, condotto alla identificazione di determinate interpretazioni del dettato normativo in esame, le quali, esattamente, pur se per via indiretta, chiariscono — per i fini che in questa sede più propriamente ci riguardano — la diversità concettuale esistente tra l'appello incidentale del p.m. e l'appello proposto in via principale dall'imputato o dal p.m., ed inoltre i ben precisi limiti entro i quali è da ritenersi possibile la sussistenza di un vincolo tra i due istituti (10).

Così non può non rilevarsi la importanza della univocità di orientamento della Cassazione e della dottrina, le quali concordemente ritengono che la proponibilità dell'appello incidentale sia condizionata non soltanto alla avvenuta proposizione, ma anche alla ammissibilità dell'appello dell'imputato e, conseguentemente, considerano inammissibile il primo, pur se proposto in un momento precedente alla sopravvenuta declaratoria di inammissibilità del secondo (11).

(9) Tali considerazioni verranno svolte non già con intenti meramente speculativi, per fini — per così dire — autoptici su di un istituto oramai cancellato dal nostro sistema processuale penale, bensì avendo sempre di mira lo scopo preciso della dimostrazione dell'aspetto della illegittimità costituzionale dell'appello incidentale.

(10) La dimostrazione di tale enunciazione costituisce appunto uno dei risultati che la presente ricerca si prefigge di conseguire.

(11) Cfr., Cass., 5 febbraio 1932, in *Foro it.* 1933, II, p. 255; Id., 19 maggio 1933, *ivi* 1933, II, p. 398; Id., 7 maggio 1934, *ivi* 1934, II, p. 455; Id., 10 marzo 1953, in *Giur. compl. Cass. pen.* 1953, 2° bim., 200.

Per la dottrina, v. DEL POZZO, *op. cit.*, p. 253 segg.; FALCHI, *L'appello nel processo penale italiano*, 1940, p. 349; PETRELLA, *Le impugnazioni nel processo penale*, vol. II, 1965, p. 233 segg.; PIOLETTI, *loc. cit.*; cfr. inoltre; LEONE, *op. cit.*, vol. III, p. 145,

Orbene, un tale orientamento, da noi pienamente condiviso, crea senza dubbio un rapporto di dipendenza dell'appello incidentale da quello dell'imputato; ma tale rapporto — ed è questo l'equivoco da evitarsi — a prima vista, potrebbe anche essere sfruttato quale base o punto di partenza per la dimostrazione della ulteriore, più ampia affermazione della esistenza, sul piano dommatico, di una perfetta identità tra la natura del gravame incidentale e, in genere, quella del gravame principale.

A nostro avviso, però, siffatta dipendenza funzionale trova adeguata spiegazione soltanto quando ci si imponga una analisi congiunta della situazione conseguente alla mancata proposizione o, ancor di più, alla *declaratoria di inammissibilità* dell'appello dell'imputato, e della situazione conseguente alla *rinuncia* all'appello proposto dall'imputato stesso. Come è noto, mentre nel primo caso si giungerà ad una caducazione dell'appello incidentale del p.m., nel secondo, invece, in ossequio alla testuale previsione normativa ⁽¹²⁾, si determinerà un perdurare dell'efficacia di esso.

Ora, le differenti conclusioni, cui si perviene nelle suddette ipotesi, valgono a confermare, *ex adverso*, quel risultato cui, per altra via, perverremo nel corso della indagine: la indipendenza concettuale della *species* dell'appello incidentale rispetto a quella che comprende, invece, l'appello principale (sia esso proposto dall'imputato o dal p.m.), pur nella comune appartenenza di entrambe alla più vasta categoria delle impugnazioni penali ⁽¹³⁾. Infatti, l'essere la impugnazione incidentale vincolata a quella interposta dall'imputato si giustifica soltanto nella misura in cui l'imputato abbia o meno accettato la responsabilità delle proprie azioni col sottostare alle eventuali conseguenze derivanti dalla propria temerarietà o dilatorietà.

⁽¹²⁾ L'appello incidentale « ... mantiene efficacia nonostante la successiva rinuncia dell'imputato alla propria impugnazione ».

⁽¹³⁾ Cfr., più oltre nel testo, tale aspetto del problema ai §§ 9 e 10.

Pertanto, ove sopravvenga la caducazione del gravame di costui a seguito della esistenza di una causa di inammissibilità di esso, perdurerà il vincolo con il gravame incidentale, e, conseguentemente, anche quest'ultimo verrà caducato. In caso contrario, quando cioè l'imputato, mediante la rinuncia alla propria impugnazione, tenta di sfuggire alla possibilità di una *reformatio in peius*, conseguente alla proposizione dell'appello incidentale, emerge quella situazione di autonomia tecnico-giuridica, che si pone quale specifica e concreta manifestazione della più ampia diversità esistente, a livello dommatico, tra l'appello incidentale da un lato e l'appello principale dall'altro.

4. Altro rilevante aspetto della tematica attinente all'appello incidentale è quello relativo alla equiparazione, ai fini della proponibilità del predetto gravame, della impugnazione del difensore (art. 192, 3° comma) e degli altri soggetti che hanno il diritto di proporla per l'imputato (genitore o tutore: art. 192, 2° comma), all'appello personalmente proposto da quest'ultimo.

Circa tale problema, ove si eccettuino alcune isolate opinioni (14), gli indirizzi prevalenti della Suprema Corte (15) e della dottrina (16) sono orientati nel senso di una interpretazione esten-

(14) Cfr. REINA, *L'appello del difensore non consente al P.M. di presentare l'appello incidentale*, in *Giust. pen.* 1936, IV, c. 449; VANNINI, *op. cit.*, p. 398; tali AA. aderiscono ad una interpretazione restrittiva sulla base del contenuto letterale dell'art. 515, 4° comma (*solo imputato*); cfr., inoltre, BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, 2ª ed., 1960, p. 370, che ritiene che tale soluzione sarebbe imposta dalla *ratio* dell'istituto diretto a scoraggiare gli appelli temerari: tali potrebbero infatti essere considerati solo quelli proposti direttamente dagli imputati.

(15) Cfr., Cass., 21 novembre 1952, in *Giust. pen.* 1953, III, c. 162 e, altresì, in *Giur. compl. Cass. pen.* 1952, 3°, p. 459; Id., 5 dicembre 1962, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1963, p. 694 e, altresì, in *Cass. pen. Mass. annot.* 1963, p. 449, m. 748.

(16) Cfr., su tale punto, molto esaurientemente, CARULLI, *Considerazioni circa le impugnazioni che legittimano l'appello incidentale del P.M.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1962, p. 431 segg.; dello stesso A., v. *Il diritto di difesa*, cit., p. 122 segg.; v., inoltre, sull'argomento: DEL POZZO, *op. cit.*, p. 251; FALCHI, *op. cit.*, p. 354; PETRELLA, *op. cit.*, p. 233 segg.; ed ancora: ALOISI, *op. cit.*, vol. III, p. 333; LEONE, *op. cit.*, vol. III, p. 144.

siva delle parole « *appello proposto dal solo imputato* », comprensiva cioè anche della impugnazione interposta non già direttamente dall'imputato, ma piuttosto da soggetti (difensore, genitore, tutore) legittimati ad operare per suo conto, in base ad un potere di rappresentanza per la quale l'atto posto in essere « *nel nome e nell'interesse del rappresentato... produce direttamente effetto dei confronti del rappresentato* » (art. 1388 c.c.) (17).

La necessità della interpretazione estensiva della espressione in esame si ricava principalmente dalla seguente osservazione: non aderendo a tale più ampia accezione, ma limitando invece il significato di essa al gravame proveniente dalla persona fisica dell'imputato, da un lato si frustra lo scopo e si svuota di contenuto l'appello incidentale, che verrebbe sempre evitato con dichiarazioni di appello principale fatte dai soli difensori (18), dall'altro, collegando tale dizione (*solo imputato*) a quella medesima usata nel precedente comma dell'art. 515, si rende ammissibile la *reformatio in peius* in ogni caso di impugnazione non proposta dalla persona fisica dell'imputato (19).

Proseguendo, quindi, sulla strada della interpretazione estensiva, vi è chi giunge alla conclusione — da noi in pieno condivisa — che anche l'appello proposto dal responsabile civile e dal civilmente obbligato per l'ammenda debbano ritenersi condizioni sufficienti per la proposizione dell'appello incidentale (20). Questi soggetti, infatti, con il loro agire, determinano una forma

(17) Per quanto concerne, in linea più generale, i rapporti tra difensore e difeso e la natura giuridica del difensore, v. ampiamente, C. MASSA, *Considerazioni sulla figura processuale del difensore nel processo penale*, in *Arch. pen.* 1953, I, c. 172 segg.; GIUS. SABATINI, *Sulla funzione della difesa nel processo penale*, in *Giust. pen.* 1948, III, c. 313 segg.; ed inoltre: BELLAVISTA, *La difesa nell'istruzione penale*, in *Studi sul processo penale*, vol. II, 1960, p. 134 segg.; DE MARSICO, *La rappresentanza nel diritto processuale penale*, 1915, p. 357; GUARNERI, *Le parti nel processo penale*, 1949, p. 207; LEONE, *op. cit.*, vol. I, p. 586 segg.

(18) Esattamente in tal senso, v. DEL POZZO, *op. cit.*, p. 252.

(19) Cfr., DEL POZZO, *loc. ult. cit.*; CARULLI, *Considerazioni*, cit., p. 439.

(20) Cfr., CARULLI, *op. ult. cit.*, p. 435 segg.; *contra*, PETRELLA, *op. cit.*, p. 237.

di interdipendenza o coincidenza di interessi, nel senso di una attuazione, nel proprio interesse, di un interesse altrui.

Se, dunque, da quanto detto, scaturisce la conseguenza della ammissibilità del gravame incidentale a seguito di un appello proposto da soggetti diversi dall'imputato che ne realizzino, però, i peculiari interessi, va sottolineato come la interpretazione in parola — oltre ad assumere una propria ed autonoma rilevanza a tali fini — offre, *ex adverso*, un notevole contributo alla tesi che più oltre tenteremo di dimostrare, della necessità di una assoluta non proposizione del gravame principale del p.m., come indispensabile presupposto per la proposizione dell'appello incidentale ⁽²¹⁾.

Rifiutata, infatti, la interpretazione restrittiva della espressione *solo imputato* di cui al 4° comma dell'art. 515, come esplicativa di una differenziazione dell'appello proposto dalla persona fisica di costui, rispetto a quello proposto, nel suo interesse, da soggetti diversi, l'unica via per spiegare e giustificare la presenza, nel corpo della disposizione, di un tale termine (*solo*), è a nostro avviso, quella di raccordare logicamente la suddetta aggettivazione alla mancata proposizione di una impugnazione da parte del p.m., quale presupposto negativo indispensabile per la ammissibilità del successivo gravame incidentale ⁽²²⁾.

5. Tra le questioni, eufemisticamente definibili meno pacifiche, va inserita quella — vivacemente dibattuta — relativa alla estensione dei limiti oggettivi dell'appello incidentale. Il problema — come è noto — si incentra sul se tale gravame debba intendersi limitato ai soli capi di sentenza o ai soli punti di decisione appellati in via principale dall'imputato, ovvero possa anche attaccarne altri che non costituirono oggetto di doglianza.

(21) V., in particolar modo, il § 6.

(22) Concorde su tal punto la dottrina: v. per tutti DEL Pozzo, *op. cit.*, p. 255 segg. e la vasta bibliografia ivi citata.

Su tale tema, diremo subito che sia la giurisprudenza che la dottrina sono divise da insanabili contrasti. In entrambi i settori della vita del diritto è, infatti, agevole identificare tre diverse tendenze.

A) La prima opinione è fautrice della più ampia tesi secondo la quale ammissibile risulterebbe la estensibilità del gravame incidentale a qualsiasi capo e a qualsiasi punto della sentenza di primo grado, indipendentemente dall'ampiezza dell'appello dell'imputato ⁽²³⁾.

Siffatta conclusione viene dedotta dalla considerazione che l'appello incidentale, importando una remissione in termini per l'appello del p.m., produce un effetto sospensivo su tutti i capi della sentenza, e che, inoltre, neppure al capo di sentenza può essere riconosciuto il carattere della irrevocabilità, che sarebbe, invece, proprio della sentenza nel suo complesso.

Tale conclusione non può essere condivisa da chi, come noi, ritiene che accedere ad una concezione dell'appello incidentale come istituto operante una remissione in termini per l'impugnazione del p.m., significhi, da un lato, travisare completamente lo spirito e la *ratio* dell'istituto, e, dall'altro, accentuare ancor di più quei caratteri sperequatori — rispetto alle più ristrette facoltà conferite all'imputato — che, come più oltre si dirà, hanno posto tale gravame in una posizione di discrasia con

(23) Per la dottrina, cfr. MASI, *L'appello incidentale del P.M.*, 1935, p. 68; PIOLETTI, *op. cit.*, p. 178; cfr. inoltre: BATTAGLINI, *I limiti dell'appello incidentale del P.M.*, in *Giust. pen.* 1933, IV, c. 292; PALAZZO, *Effetti dell'appello incidentale del P.M.*, in *Il nuovo diritto* 1932, p. 282; TOLOMEI, *L'appello incidentale nel processo penale*, in *Annali di dir. proc. pen.* 1933, p. 1194. Sostanzialmente in tal senso, v. anche ALOISI, *op. cit.*, vol. III, p. 329; GU. SABATINI, *Principi di diritto processuale penale*, 3^a ed., 1948, vol. II, p. 270; SANTORO, *Manuale di diritto processuale penale*, 1954, p. 636.

Una simile tesi non ha, però, trovato largo seguito in giurisprudenza: per isolati e remoti precedenti, cfr., Cass., 5 marzo 1937, in *Giust. pen.* 1937, IV, c. 609; Id., 19 aprile 1937, *ivi* 1938, IV, c. 240.

la struttura del processo penale e di contrasto con il dettato costituzionale ⁽²⁴⁾.

Circa l'altra osservazione, attinente alla impossibilità per il capo di sentenza di acquistare il carattere della irrevocabilità, va sottolineato come la infondatezza di essa si desume dalla esistenza di un concetto di giudicato formale — ben distinto dal giudicato materiale — il quale, importando lo scopo processuale di impedire un nuovo giudizio su ciò che già è definitivamente giudicato, va, senza dubbio, applicato anche al capo di sentenza ⁽²⁵⁾.

B) Altro indirizzo, in parte seguito sia dalla dottrina ⁽²⁶⁾ che dalla giurisprudenza ⁽²⁷⁾, aderisce ad una soluzione per la quale l'appello incidentale può investire ciascun punto nell'ambito dello stesso capo di sentenza cui si riferisce l'impugnazione dell'imputato, non potendo però esorbitare da quest'ultimo per rivolgersi contro gli altri.

Le argomentazioni che suffragano tale tesi tendono a deter-

⁽²⁴⁾ Circa la illegittimità costituzionale dell'istituto in esame, cfr. in particolare gli ultimi tre paragrafi della presente ricerca.

⁽²⁵⁾ L'approfondimento di tale aspetto del problema trascende l'oggetto e i limiti della nostra trattazione; non appare, pertanto, opportuno addentrarsi, in questa sede, in disquisizioni che necessariamente dovrebbero involgere disputatissimi temi quali: il concetto di giudicato in senso formale, quello di sentenza cumulativa o plurima, di impugnazione parziale e di formazione progressiva del giudicato. Circa tali questioni, cfr. CONSO, *Questioni nuove di procedura penale*, vol. I, 1959, p. 149 segg.; per la dottrina tedesca, cfr.: BELING, *Deutsches Reichsstrafprozessrecht*, 1928, p. 115 segg.; KERN, *Strafverfahrensrecht*, 3^a ed., 1953, p. 76 segg.

⁽²⁶⁾ Cfr. DEL POZZO, *op. cit.*, p. 250 segg.; cfr. inoltre: BELLAVISTA, voce « Appello (Dir. proc. pen.) », in *Enc. del Dir.*, vol. II, 1958, p. 774; BARBIS, *I limiti dell'appello incidentale del P.M.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1959, p. 1005; CONTI, *L'oggetto dell'appello incidentale del P.M.*, *ivi* 1961, p. 911; v. ancora: RANIERI, *Manuale di diritto processuale penale*, 4^a ed., 1960, p. 404; VANNINI, *op. cit.*, p. 398.

⁽²⁷⁾ Cfr.: Cass., 14 luglio 1947, in *Giust. pen.* 1948, III, c. 103; Id., 7 dicembre 1956, in *Riv. pen.* 1957, II, p. 340; Id., 18 ottobre 1957, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1959, p. 1005; Id., 1 aprile 1958, in *Giust. pen.* 1959, III, c. 546; Id., 7 giugno 1961, *ivi* 1962, III, c. 166; Id., 16 gennaio 1961, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1961, p. 911; Id., 16 ottobre 1962, in *Cass. pen. Mass. annot.* 1963, p. 248, m. 375; Id., 31 marzo 1964, *ivi* 1964, p. 889, m. 1591; Id., 6 aprile 1964, *ivi* 1965, p. 74, m. 84; Id., 6 novembre 1964, *ibidem*, p. 381, m. 681.

minare, da un lato, la sussistenza di un limite negativo di devoluzione rappresentato dalla impossibilità di superamento del capo impugnato dall'imputato e, dall'altro, la mancanza di un limite positivo, quale quello rappresentato dalla necessità di limitare l'appello incidentale soltanto a quei punti di decisione impugnati dall'imputato.

Per quanto concerne il primo aspetto, vale la considerazione relativa alla preclusione nascente dal giudicato determinatosi per i capi di sentenza non impugnati e suscettibili di irrevocabilità in quanto direttamente collegati alla decisione, in ordine ad uno specifico e concreto addebito penale.

Circa il secondo aspetto, è stato sostenuto ⁽²⁸⁾ che, non essendo nell'ultimo comma dell'art. 515 previsto alcun limite di devoluzione dell'appello incidentale, anche per esso dovrà farsi ricorso al principio generale enunciato nel primo comma, per il quale la cognizione del procedimento è attribuita al giudice superiore « *...limitatamente ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti* »; e poichè per *motivi proposti* debbono intendersi quelli presentati dal p.m. con il suo appello incidentale, si conclude che tale gravame potrà, quindi, investire anche altri punti che non siano stati, in precedenza, impugnati dall'imputato.

A nostro avviso, mentre è da riconoscersi pieno credito al concetto di una devoluzione limitata al capo impugnato, per il quale soltanto non si verificò il passaggio in giudicato, in ordine all'altra opinione — quella, cioè, relativa alla possibilità di impugnazione di punti di decisione, diversi da quelli già devoluti con l'appello dell'imputato — va invece rilevato che essa risulta destituita di fondamento in quanto, capovolgendo i termini logici della questione, si risolve in una inammissibile petizione di principio.

Ed infatti, se si prendono le mosse dalla affermazione normativa che i limiti di devoluzione sono segnati dai punti di de-

(28) DEL POZZO, *loc. ult. cit.*, spec. p. 263 seg.

cisione cui si riferiscono i motivi, e da tale affermazione se ne fa discendere la conseguenza che i punti attaccati con l'appello incidentale possono essere anche diversi da quelli impugnati dall'imputato, in quanto sono proprio i motivi proposti dal p.m., a sostegno del gravame incidentale, che devolvono al giudice superiore la cognizione dei punti attaccati, non si fa altro che incorrere in una petizione di principio che, non spostando assolutamente i termini della questione, lascia del tutto irrisolto il problema.

C) È ovvio, allora, che la soluzione debba ricercarsi per altra via. Ragioni ermeneutiche e metodologiche inducono, a nostro avviso, a condividere la opinione che ritiene che l'appello incidentale trovi i propri limiti di svolgimento insuperabilmente segnati dai punti di decisione già devoluti al giudice di secondo grado dall'imputato ⁽²⁹⁾.

Sotto un profilo generale, ci sembra indiscutibile la esattezza di una interpretazione la quale non pretenda di assegnare ad una impugnazione incidentale un ambito di azione più vasto di quello della impugnazione principale cui si ricollega. Sotto un profilo metodologico, riteniamo più corretto ribaltare i termini della questione — rispetto al *modus procedendi* dei fautori della tesi intermedia sopra esposta — facendo logicamente di-

⁽²⁹⁾ Per la dottrina, cfr.: FERRANTE, *L'effetto devolutivo delle impugnazioni penali*, 1962, p. 117; cfr. inoltre: DELITALA, *L'appello incidentale del P.M.*, in *Annali di diritto e procedura penale* 1932, p. 981 segg. (tale A. non distingue però a tal fine tra capi e punti); GRANATA, *Capi, punti e questioni e l'effetto devolutivo dell'appello incidentale del p.m.*, in *Riv. pen.* 1942, p. 265 segg.; Gius. SABATINI, *Sull'appello incidentale del pubblico ministero*, in *Giust. pen.* 1948, III, c. 103 segg.; v. ancora: FLORIAN, *op. cit.*, p. 536; LEONE, *op. cit.*, vol. III, p. 150; MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, 1956, vol. IV, p. 553 seg. Per la giurisprudenza, cfr.: Cass. 23 gennaio 1957, in *Giust. pen.* 1958, III, c. 171; Id., 7 marzo 1958, *ivi* 1958, III, c. 866; Id., 17 marzo 1959, *ivi* 1960, III, c. 43; Id., 19 giugno 1959, *ivi* 1960, III, c. 42; Id., 5 maggio 1961, *ivi* 1962, III, c. 117; Id., 15 maggio 1961, *ivi* 1962, III, c. 10; Id., 13 ottobre 1964, *ivi* 1965, III, c. 14; Id., 29 settembre 1964, in *Cass. pen. Mass. annot.* 1965, p. 284, m. 499; Id., 5 novembre 1965, *ibidem*, p. 695, m. 1119.

pendere, non già i punti devolvendi dai motivi, bensì i motivi dai punti.

In altre parole, se è vero che i limiti di devoluzione (e quindi di cognizione) attengono ai punti di decisione cui si riferiscono i motivi, è pur vero che, in via preliminare, va accertato *a quali punti di decisione possono i motivi riferirsi* ⁽³⁰⁾.

Orbene, se si considera che impugnare un punto di decisione significa devolverne la cognizione al giudice di secondo grado, ampliando quindi il campo di devoluzione; e se, inoltre, si tiene presente che, nel nostro codice, non esiste un principio di divieto di *reformatio in melius* — chè, anzi, essa può operare sol che si porti alla cognizione del giudice la materia che ne forma l'oggetto — non potrà non concludersi che, consentendo di attaccare, con i motivi del gravame incidentale, anche altri punti di decisione che non siano quelli già impugnati dall'imputato, si otterrà, in relazione ad essi — in una con il superamento del divieto di *reformatio in peius* — la possibile operatività di una *reformatio in melius*, trasformando così l'appello incidentale in una impugnazione *ad adiuvandum*, in netto contrasto con la peculiare natura e funzione dell'istituto stesso (mezzo di ritorsione contro l'appello temerario della difesa) ⁽³¹⁾.

Riteniamo, pertanto, che da tali considerazioni si profili quale unica conclusione possibile, quella secondo la quale i motivi proposti dal p.m. a sostegno del proprio gravame incidentale, potendo rivolgersi unicamente a controbattere quelli dell'imputato, dovranno limitarsi ai punti da quest'ultimo impugnati, soltanto i quali, in definitiva, verranno devoluti al giudice superiore e costituiranno l'oggetto della cognizione da parte di costui ⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ Naturalmente le preclusioni non potranno certo individuarsi nel concetto di giudicato parziale: chè esso si riferisce solo ai capi e non pure ai punti.

⁽³¹⁾ Su tale punto cfr. quanto detto al § 7.

⁽³²⁾ La soluzione del problema in esame offrirà, successivamente, lo spunto per cogliere una ulteriore differenza, tra l'istituto dell'appello principale e quello dell'appello incidentale, per quanto attiene ai differenti campi di devoluzione propri di ciascun gravame: cfr., in modo più ampio, il § 7.

6. Ed eccoci al problema della relazione tra il gravame principale proposto dal pubblico ministero e poi dichiarato inammissibile ed il successivo appello incidentale.

Per la risoluzione di tale fondamentale aspetto della tematica del gravame incidentale sovengono in aiuto anche i risultati conseguiti nelle precedenti indagini; ed è proprio dal raggiungimento di questa ulteriore tappa che scaturisce poi la conclusione di una assoluta divergenza logica, giuridica e finalistica della categoria dell'appello incidentale rispetto a quella dell'appello principale (proposto sia dal p.m. che dallo stesso imputato).

Tale problema attiene all'ambito di applicazione dell'art. 515, 3° cpv. e, più precisamente, al valore e alla portata di quel presupposto dell'appello incidentale che è la proposizione del gravame da parte del *solo imputato*, ovvero — il che è lo stesso — la mancanza di un appello principale del p.m.: dovendo, in particolare, verificarsi se tale mancanza debba o no essere intesa come mancanza di un appello valido.

Va detto subito che, in un primo momento, in giurisprudenza, si era riuscito a creare un saldo indirizzo nel senso della non proponibilità dell'appello incidentale a seguito di declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione principale del p.m. ⁽³³⁾; poi le cose bruscamente mutarono ⁽³⁴⁾: da allora in avanti, la Suprema Corte, oscillando tra le due soluzioni radicalmente antitetiche ⁽³⁵⁾, ha assunto addirittura, nelle sue pronunzie, atteggiamento multiforme mediante un'opera di distinzione — a tal fine speciosa — delle cause di inammissibilità (originaria o sopravvenuta) o dell'organo impugnante (p.m. presso il giudice *a quo* o p.m. presso il giudice *ad quem*).

⁽³³⁾ V., infatti, Cass., 2 giugno 1938, cit.; Id., 30 giugno 1938, in *Foro it.* 1938, II, c. 303; Id., 7 giugno 1940, cit.; Id., 18 giugno 1941, cit.

⁽³⁴⁾ Punto di rottura con il precedente costante orientamento fu la sentenza della S.C., 13 giugno 1949, cit.

⁽³⁵⁾ Per i riferimenti circa l'orientamento della S.C., si rinvia alle precedenti note 3 e 4.

Per la verità una siffatta frammentaria impostazione — che non può, a nostro avviso, essere condivisa — non ha mancato di avere dei sostenitori anche in dottrina.

Tra coloro ⁽³⁶⁾ che guardano all'organo da cui promana la impugnazione, vanno distinte due diverse correnti: l'una ⁽³⁷⁾ che ritiene preclusivo solo l'appello principale, ammissibile, inammissibile o rinunciato, interposto dal p.m. *ad quem*, l'altra ⁽³⁸⁾ secondo la quale, costituirebbero ostacolo alla introduzione dell'appello incidentale, il gravame del p.m. *ad quem* in ogni caso, quello del p.m. *a quo* solo se ammissibile.

Quanto al primo orientamento, va innanzitutto sottolineato che l'accoglimento della tesi da esso prospettata incontra due insuperabili ostacoli.

Ritenere, infatti, irrilevante, ai fini della preclusività dell'appello incidentale, la proposizione del gravame principale del p.m. *a quo* (ammissibile, inammissibile o rinunciato) comporta, da un lato, la possibilità di una coesistenza di due appelli, l'uno principale e l'altro incidentale, entrambi di provenienza del pubblico ministero ⁽³⁹⁾, dall'altro, la erronea convinzione della posizione di sussidiarietà dell'appello incidentale come relazione sussistente solo nei confronti dei poteri di impugnazione del p.m. *ad quem* e non pure nei confronti di quelli del p.m. *a quo* ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁶⁾ CORDOVA, *Commento al codice di procedura penale* 1934, vol. II, p. 185; dello stesso A., si veda ancora: *Portata e limiti dell'appello incidentale*, in *La toga* 1934, n. 19; *Rapporti tra l'appello incidentale e l'appello principale del P.M.*, in *Annali di dir. e proc. civile* 1939, p. 4; ALTAVILLA, *Appello inammissibile e rinuncia del procuratore della Repubblica ed appello incidentale del procuratore generale*, in *Foro pen.* 1949, c. 194; v. inoltre: MANZINI, *Trattato*, cit., vol. IV, p. 551.

⁽³⁷⁾ CORDOVA, *loc. cit.*

⁽³⁸⁾ ALTAVILLA, *loc. cit.*; MANZINI, *loc. ult. cit.*. Nello stesso senso, recentemente, CORDERO, *Procedura penale*, 1966, p. 465 seg.

⁽³⁹⁾ Cfr. CARULLI, *op. ult. cit.*, p. 428 seg.; CONSO, *Rapporti tra l'appello principale del P.M. e l'appello incidentale*, cit.

⁽⁴⁰⁾ CARULLI, *loc. ult. cit.* L'A. sostiene che « infatti, come può realizzarsi per il p.m. presso il giudice di primo grado la perdita del diritto di impugnazione, altrettanto può avvenire per quello di seconda istanza, per il quale, si noti, è del

Parimenti inaccettabile appare la seconda tesi — più restrittiva — secondo la quale la preclusione dell'appello incidentale va estesa alla avvenuta proposizione di un appello principale (ammissibile o inammissibile) del p.m. *ad quem* oppure di un appello principale ammissibile del p.m. *a quo*.

Essa fonda la propria giustificazione sulla considerazione che, nel caso di appello inammissibile prodotto dal p.m. *a quo* al momento della comunicazione degli atti prevista dall'art. 517 — momento dal quale comincia a decorrere il termine per proporre l'appello incidentale — non vi sarebbe altro appello che quello dell'imputato, giacchè il giudice *a quo* avrebbe provveduto, mediante la declaratoria di inammissibilità, alla eliminazione della impugnazione principale del p.m.

Naturalmente tale giustificazione crolla dinanzi al rilievo che la declaratoria di inammissibilità rientra in alcuni casi nella competenza funzionale del giudice *ad quem* (art. 209), data la particolare delicatezza dell'indagine ⁽⁴¹⁾, mentre negli altri casi essa pur essendo pronunciabile dal giudice di primo grado, può non esser da questi dichiarata, provvedendovi invece, il giudice di secondo grado ⁽⁴²⁾.

Altra teoria ⁽⁴³⁾, pur non appartenendo alla corrente estrema di coloro che negano in ogni caso la preclusione dell'appellabilità incidentale a seguito della interposizione di un appello principale inammissibile, si pone tuttavia in una posizione interme-

pari previsto un termine per l'esercizio di tale diritto (art. 199, 4° comma): l'appello incidentale si pone, quindi, come un'impugnazione del p.m. sia presso il giudice *a quo* che presso il giudice *ad quem*. Inoltre, esattamente il CARULLI individua la causa della attribuzione dell'appello incidentale al p.m. *ad quem* in una « situazione di funzionale comodità processuale: si consideri, infatti, che il p.m. *ad quem* dovrà esaurire gli atti conseguenti alla impugnazione (art. 517)... ».

⁽⁴¹⁾ Così, testualmente, CARULLI, *loc. ult. cit.*; cfr., inoltre, GIUS. SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, 1953, p. 268 segg.; v. ancora: ALOISI, *op. cit.*, vol. III, p. 241.

⁽⁴²⁾ Così CONSO, *op. ult. cit.*, c. III.

⁽⁴³⁾ GU. SABATINI, *Commento al codice di procedura penale a cura di U. Conti*, 1937, III, p. 484; ed inoltre, dello stesso A., cfr. *Principi di diritto processuale penale*, 3ª ed., vol. II, 1949, p. 270.

dia ritenendo che il gravame principale rende sempre inammissibile quello incidentale, salvo il caso in cui la dichiarazione di appello sia stata presentata dal p.m. presso il giudice *a quo* fuori termine.

In realtà, questa è l'unica ipotesi che potrebbe, forse, fornire la giustificazione dell'assunto che vuole vedere distinte le varie cause di inammissibilità, ai fini della loro incidenza sulla preclusione dell'appello incidentale.

Ma, a nostro avviso, anche il caso di dichiarazione di appello non presentata nella forma, nel luogo o nel tempo prescritti — e cioè diritto esercitato al di fuori dei presupposti a cui l'esercizio è subordinato — non può non essere considerato come precludente l'appello incidentale; l'opposta soluzione restando superata dall'argomento testuale, quale si desume dalla lettera dell'art. 515, 4° comma, che subordina la proposizione dell'appello incidentale alla condizione che abbia *proposto* impugnazione *solo l'imputato* e quindi, *a contrario*, che non abbia il p.m. *proposto* gravame principale, ove per *proposizione di impugnazione* si intende, dal legislatore, far riferimento alla *dichiarazione di impugnazione* ⁽⁴⁴⁾.

7. Gli indirizzi fin qui esaminati non sono, a nostro avviso, idonei a fornire una valida soluzione del problema: essi, infatti, non solo giungono alla non condivisibile conclusione di una possibile — pur se limitata — proposizione dell'appello incidentale, nonostante la precedente impugnazione principale inammissibile del p.m., ma addirittura, operano una inaccettabile distinzione tra alcune cause di inammissibilità ed altre andando così oltre la lettera e lo spirito della legge, che tale di-

(44) Tale esatta critica è mossa dal CONSO, *op. ult. cit.*, c. 112, il quale sottolinea che, « dato il carattere eccezionale dell'appello incidentale, non è consentito di equiparare alla mancata presentazione della dichiarazione la presentazione fuori termine e tanto meno l'impugnazione regolarmente presentata ma inammissibile per altra causa ».

stinzione non prevede. Altra, quindi, ci sembra sia la strada da percorrere per la soluzione del problema.

Tale via è stata intuita e tracciata dalla prevalente e più autorevole dottrina ⁽⁴⁵⁾ la quale, concordemente, è giunta alla nota conclusione della necessità di ritenere, comunque ed in ogni caso, l'introduzione dell'appello incidentale preclusa dalla precedente impugnazione principale del p.m. (ammissibile, inammissibile o rinunciata, proposta dal p.m. *a quo* o *ad quem*).

Le teorie che si fanno fautrici di siffatto orientamento colgono, a nostro avviso, nel segno: esse, confutando gli opposti punti di vista ⁽⁴⁶⁾, fondano il loro convincimento su argomentazioni che non sono solamente di carattere testuale e logico-interpretativo, bensì attengono anche alla considerazione della particolare fisionomia, funzione e natura dell'istituto.

Così, in relazione alla lettera della legge, si è sostenuto che una soluzione restrittiva trova conforto nella interpretazione letterale della norma (stante la chiara formulazione di essa) ⁽⁴⁷⁾, la quale presuppone unicamente la *non proposizione* del gravame del p.m. ⁽⁴⁸⁾; per cui, ove impugnazione inammissibile del p.m. vi sia stata, poichè la declaratoria di inammissibilità di essa presuppone un accertamento ed una valutazione del gravame stes-

⁽⁴⁵⁾ DEL POZZO, *op. cit.*, p. 257; cfr. inoltre: BELLAVISTA, voce « Appello » *cit.*, p. 775; CARULLI, *op. ult. cit.*, p. 428 segg.; CONSO, *op. ult. cit.*, c. 109 segg.; FALCHI, *op. cit.*, p. 353; FRICO, *Rapporti tra l'appello incidentale e l'appello principale inammissibile del P.M.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1960, p. 1014; GRANATA, *Un istituto processuale penale giuridicamente contraddittorio: l'appello incidentale del pubblico ministero*, in *Giust. pen.* 1956, III, c. 152; PIOLETTI, *op. cit.*, p. 176; v. ancora: LEONE, *op. cit.*, vol. III, p. 143; SANTORO, *op. cit.*, p. 636.

Sostanzialmente in tal senso, v. molto recentemente, M. MASSA, *op. cit.*, p. 183 segg.

⁽⁴⁶⁾ Aderiscono alla tesi della esperibilità dell'appello incidentale quando sia inammissibile per qualsiasi causa l'appello principale del p.m.: CANINO, *Note in tema di appello incidentale*, in *Giust. pen.* 1963, III, c. 368; PETRELLA, *op. cit.*, p. 242; v. ancora: RANIERI, *op. cit.*, p. 402; VANNINI, *op. cit.*, p. 375.

⁽⁴⁷⁾ LEONE, *loc. ult. cit.*

⁽⁴⁸⁾ Cfr., in tal senso, CARULLI, *op. ult. cit.*, p. 430: arg. *a contrario* ex art. 515, 4° comma: « *proposto dal solo imputato* ».

so, non potrà ritenersi come non proposto l'appello principale del p.m. e, per conseguenza, proponibile quello incidentale ⁽⁴⁹⁾.

La suddetta tesi trova un ulteriore valido argomento a suo sostegno nella puntualizzazione che si opera quando si sottolinei, ancora una volta, la fisionomia ed il contenuto primitivo del principio in parola; e ciò proprio in relazione agli eventuali abusi cui darebbe luogo lo slittamento della *ratio* originaria e normalmente intesa dell'istituto — porre un freno agli appelli temerari o puramente dilatori dell'imputato — in una visione abnorme ed assolutamente non prevista di esso — comodo pretesto a disposizione del p.m. per rimediare agli eventuali vizi inficianti l'appello principale dell'organo della pubblica accusa, e non ad altri imputabili che ad esso stesso ⁽⁵⁰⁾.

Tali esatte conclusioni vengono, però, disattese da parte della dottrina ⁽⁵¹⁾.

Si sostiene, infatti, da alcuni ⁽⁵²⁾ la irrilevanza della finalità e della *ratio* dell'appello incidentale, ai fini della soluzione del problema dei rapporti tra esso, e l'appello principale del p.m., sulla base della considerazione che tale finalità è di politica processuale, mentre invece lo scopo giuridico sarebbe, al pari dell'appello principale, la « riforma della decisione di primo grado ritenuta ingiustamente favorevole per l'imputato » (!). Ed ancora si conclude ⁽⁵³⁾ affermando che « del resto è inesatto sostenere che l'appello incidentale non è un mezzo per riparare agli errori compiuti dal p.m. in sede di impugnazione principale », in

⁽⁴⁹⁾ In tal senso, più o meno espressamente, concludono tutti gli AA. citati alla nota 32.

⁽⁵⁰⁾ Così testualmente, CONSO (*op. ult. cit.*, c. 112) il quale esattamente sostiene altresì che « il fatto che in pratica il p.m. possa anche valersi dell'appello incidentale non già per contrastare l'infondatezza dell'appello dell'imputato, ma per rimediare l'omessa presentazione del suo appello principale, vale semmai a mettere maggiormente in rilievo l'opportunità di abolire l'istituto, non certo a giustificare una sua ancor più lata applicazione ».

⁽⁵¹⁾ Cfr., in tal senso, gli AA. citati *supra*, nota 33.

⁽⁵²⁾ PETRELLA, *op. cit.*, p. 239.

⁽⁵³⁾ PETRELLA, *op. cit.*, p. 240.

quanto « la mancata proposizione dell'appello principale è *sempre* indice di una erronea valutazione o di una ingiustificabile inerzia alle quali pone rimedio l'appello incidentale » (!).

Ora, di fronte a tali considerazioni, che non ci sentiamo assolutamente di sottoscrivere, non sarà difficile tentare di dimostrare come esse risultino totalmente inaccettabili sia sul piano ermeneutico che su quello dommatico.

La prima affermazione, infatti, viene agevolmente superata sol che si ponga mente alla inammissibile confusione, che essa genera, tra lo scopo cui tende l'appello principale, della *reformatio in peius di una sentenza obbiettivamente non conforme ai fini di giustizia* e lo scopo cui tende l'appello incidentale, della *reformatio in peius considerata come sanzione per la temerarietà della impugnazione dell'imputato* il quale, al pari dell'organo della pubblica accusa, non avrebbe dovuto dolersi della decisione di primo grado. La riprova della inaccettabilità della seconda affermazione emerge, invece, limpidamente dalla contraddizione, che in essa si annida, con la vera essenza logica e giuridica, della funzione del pubblico ministero stesso, il quale non è *sempre* tenuto ad impugnare tutti i provvedimenti contro i quali gli è astrattamente concesso il diritto di appello.

Se è vero, infatti, che a lui è sottratta ogni forma di *discrezionalità* in ordine al potere-dovere di impugnazione di un provvedimento che egli riconosce non conforme a giustizia, è pur vero che, con tale termine, si fa inevitabilmente riferimento ad una entità logica e giuridica diversa dalla *valutazione* — che ne costituisce, di contro, l'indispensabile *prius* — del provvedimento da impugnarsi ⁽⁵⁴⁾: quindi, qualora l'ufficio del p. m. ritenga

(54) Sul punto, espressamente in tal senso, v. GRANATA, *op. cit.*, c. 152 ove l'A. ritiene che la « discrezionalità sia una situazione nella quale, per avventura, pur riconoscendosi che un provvedimento del giudice merita censura, si crede di non muovere la censura stessa per ragioni di opportunità... ». « Quando, invece, si parla di valutazione, da parte del pubblico ministero, in ordine ad una impugnazione, si fa riferimento all'apprezzamento, in fatto ed in diritto, delle ragioni a cui il provvedimento è ispirato; apprezzamento che, nella unitarietà del convincimento

di dover impugnare un provvedimento, non lo fa in ragione di un dovere a lui imposto dalla legge, ma quale conseguenza della valutazione di rispondenza da lui operata tra la pronuncia ed il suo interesse ⁽⁵⁵⁾. Di conseguenza, quando a seguito di tale valutazione il p.m. ritenga preliminarmente che si versi, in concreto, in un caso in cui non è da proporsi appello avverso la decisione di primo grado, non potrà giammai a nostro avviso ipotizzarsi una violazione del suo *munus* pubblico.

Di qui, ad arrivare alla illogicità della affermazione che il p. m. *ad quem*, proponendo appello incidentale, sani una situa-

del magistrato del pubblico ministero, è espressione della sua volontà e della sua determinazione ».

(⁵⁵) Prescindendo, in questa sede, da una disamina approfondita che ci imporrebbe una indagine del tema *ex professo*, riteniamo di dover aderire *toto corde* alla concezione la quale autorizza una configurazione dell'interesse alla impugnazione del pubblico ministero in termini di *suità*, assolutamente non contrastanti con la natura anche *publicistica* dell'interesse stesso. Logica conseguenza di tale concezione sarà, evidentemente, la possibilità di configurare la attività del pubblico ministero, nel procedimento di impugnazione, in chiave di piena disponibilità.

L'argomento, interessantissimo e di scottante attualità è variamente risolto dalla più recente dottrina: l'esistenza di un potere di disposizione del pubblico ministero è affermato dal Gius. RICCIO, *La volontà delle parti nel processo penale*, 1969, cap. II e IV. L'A., dimostrata la necessità di inquadrare la figura del pubblico ministero nello schema tipico di *parte processuale* e, quindi, la necessità di considerare tale organo come investito — oltre che di un interesse alla pronuncia, interesse c.d. *processuale* e cioè pubblico — anche di un interesse c.d. *materiale*, in quanto riferito alla posizione sostanziale di ciascuna parte, giunge alla conclusione della impossibilità di configurare un obbligo o dovere di esperibilità dell'impugnazione da parte del p.m.

Sostanzialmente in tal senso anche C. MASSA, *Il principio dispositivo nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1961, p. 393 segg., il quale afferma che « l'impugnazione del pubblico ministero nasce soltanto in quanto questi la fa nascere, è cioè legata a una sua manifestazione di volontà, che è l'atto creativo del procedimento di impugnazione ». Cfr., anche, BELLAVISTA, *Il principio dispositivo nel procedimento penale d'impugnazione*, in *Riv. process. pen.* 1960, p. 5.

Contro tale orientamento e sulla scorta delle argomentazioni di Gius. SABATINI (*Il pubblico ministero nel diritto processuale penale*, vol. I, 1948), M. MASSA (*Contributo allo studio dell'appello*, cit., p. 80 segg.) sostiene invece « la impossibilità di una qualsiasi configurazione dell'interesse del p.m. diversa da quella per cui esso si contrassegna come pubblico, sotto tutti gli aspetti nei quali può essere considerato ».

Nello stesso senso, cfr. pure PISANI, *Riflessioni sul principio dispositivo nel processo penale di secondo grado*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1959, p. 850.

zione abnorme determinatasi con la non proposizione dell'appello da parte del p. m. *a quo* o *ad quem* in via principale, il passo è — comè si vede — brevissimo.

8. A questo punto, è necessario sottolineare che se è vero che lo stato di incertezza e la eterogeneità delle risposte in ordine al nostro problema sono, in parte, da imputarsi alla infelice ed equivoca formulazione della legge, non può, d'altro canto, discostarsi che la pendolare oscillazione sia della dottrina che della giurisprudenza, fra l'una e l'altra soluzione, sta ad indicare che si è sempre cercato l'ambito di applicabilità dell'appello incidentale senza averne mai dapprima puntualizzato la ben precisa fisionomia e, soprattutto, senza aver provveduto ad inserirlo, alla luce di essa, nel contesto dei principi giuridici che regolano il giudizio penale di secondo grado.

Per intendere esattamente il problema e sgomberare il campo dalle contraddizioni, bisogna, a nostro avviso, anticipare delle premesse indispensabili, ai fini di una esatta e completa penetrazione del concetto, legislativo e dommatico, dell'istituto in questione.

Innanzitutto, quando si parla di appello incidentale, occorre operare una distinzione tra la sua ragion d'essere, la sua funzione giuridica, e l'obbietto giuridico contro il quale esso si rivolge.

La ragion d'essere, per cui l'istituto sorse, si identifica indubbiamente in una finalità di politica processuale, quale quella di imporre un freno al fenomeno dilagante degli appelli temerari o dilatori dell'imputato. La funzione giuridica è, invece, il mezzo attraverso il quale raggiungere tale finalità; essa consiste nel ripristino del rischio, per l'imputato, che la pronuncia di secondo grado venga ad arrecargli maggiore pregiudizio della sentenza impugnata. Infine, l'obbiettività giuridica che esso attacca e che nello stesso tempo ne costituisce anche — si badi — l'indispensabile presupposto logico e giuridico, è rappresentata dalla di-

chiarazione e dai motivi di appello dell'imputato ritenuti dal p.m. *ad quem* temerari.

Da tali considerazioni risulta evidente che tra l'appello principale e l'appello incidentale del p. m. non vi è altro punto di contatto se non la produzione di uno stesso effetto: la possibilità di una *reformatio in peius* della sentenza di primo grado. E, come se non bastassero le altre argomentazioni di carattere interpretativo, è proprio la superabilità della norma dell'art. 515, 3° comma e la capacità, quindi, di derogare al principio generale in essa previsto⁽⁵⁶⁾, che ci fornisce ulteriore prova del carattere e della portata eccezionale dell'appello incidentale e della conseguente sua insuscettività di estensione analogica, per gli effetti dell'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale⁽⁵⁷⁾, ad ipotesi diverse da quelle ricavabili dal dettato normativo.

(56) Aderiscono alla configurazione della norma dell'art. 515, 3° comma come una disposizione di legge di carattere generale; M. MASSA, *op. cit.*, p. 172 segg.; BELLAVISTA, voce « Appello » *cit.*, p. 771; FIETTA, *La reformatio in peius della sentenza istruttoria*, in *Riv. pen.* 1943, II, p. 41; MARUCCI, *L'impugnazione del P.M. che abbia già vistata la sentenza e l'effetto devolutivo delle impugnazioni contro decisioni istruttorie*, in *Giur. compl. Cass. pen.* 1949, II, p. 1215; MIRTO, *Appello dell'imputato contro sentenza istruttoria di proscioglimento e reformatio in peius*, in *Annali di dir. e proc. pen.* 1940, p. 547; v. inoltre: LEONE, *op. cit.*, vol. III, p. 103; VANNINI, *op. cit.*, p. 278.

In senso contrario, v. PISANI, *Il divieto della reformatio in peius nel processo penale italiano*, 1967, p. 59 segg.; LOZZI, *Favor rei e processo penale*, 1969, p. 118 segg., il quale ritiene che « l'aver precisato che il fondamento della *reformatio in peius* deve ravvisarsi nel *favor rei* non vale, di per sé, a risolvere il problema della portata generale o eccezionale del divieto stesso... Invero, data la molteplicità dei significati che assume nel suo manifestarsi, il *favor rei* opera, nei riguardi di alcuni istituti, come un vero e proprio principio generale, idoneo a disciplinare tutte le situazioni ad esso riconducibili, mentre, nei riguardi di altri istituti, non solo non assume portata generale, ma integra una vera e propria deroga a principi generali; ...orbene, in tema di divieto di *reformatio in peius* si è appena notato che l'art. 515, 3° comma non costituisce la particolare applicazione di una regola più generale, quale sarebbe quella per cui non potrebbe mai aggravarsi la posizione giuridica dell'imputato in seguito all'impugnazione da lui solo esperita. Una tale regola, infatti, non si ritrova formulata in alcuna disposizione del nostro ordinamento; anzi, lo stesso art. 515, 3° comma ne smentisce l'esistenza, limitandosi a proibire l'aggravamento della pena e la revoca dei benefici e consentendo espressamente l'aggravamento della definizione giuridica ».

(57) Concorde in tal senso la gran parte della dottrina: DEL POZZO, *L'ap-*

Ma non basta. La comunanza di effetto sortito dalle due impugnazioni costituisce — a nostro avviso — la causa principale della confusione che spesso si ingenera, sia in dottrina che in giurisprudenza, tra i due istituti.

Non va, infatti, dimenticato che la riforma in peggio della sentenza di primo grado, quando consegue ad un gravame principale esplica un compito e ottiene un risultato che intrinsecamente le è proprio e per il raggiungimento del quale fu originariamente inserita, dalla legge processuale penale, nel regime delle impugnazioni. Quando, invece, consegue ad un gravame incidentale, essa, soltanto mediatamente, è in grado di assolvere alla finalità richiestale dalla particolare fisionomia e funzionalità di quell'appello che ne costituisce, in tal caso, il presupposto; immediatamente, essa raggiunge uno scopo che, in relazione alla sua essenza logica e giuridica, potrebbe considerarsi come suo proprio ove però alla base vi fosse una doglianza non già per la temerarietà dell'imputato, bensì per la non conformità a giustizia di una decisione.

In altre parole, la *reformatio in peius* risulta concettualmente indispensabile ed insostituibile solamente quando opera su di un provvedimento ritenuto ingiusto; quando, invece, essa si rivolge contro la temerarietà dell'appello dell'imputato, volendo costituirne appunto un freno, perde il carattere della necessarietà consentendo, sotto il profilo logico, la propria sostituzione con altri mezzi ugualmente idonei al raggiungimento di tale scopo⁽⁵⁸⁾ e non altrettanto generatori di equivoci e perplessità.

pello cit., p. 248; M. MASSA, *op. cit.*, p. 183; cfr. inoltre: BELLAVISTA, *op. ult. cit.*, p. 772; CONSO, *op. ult. cit.*, c. 109; Id., *I fatti giuridici processuali penali*, 1955, p. 143; Gius. SABATINI, *Sull'appello incidentale del P.M.*, cit., c. 103; v. ancora: ALOISI, *Manuale*, cit., vol. III, p. 327; LEONE, *Lineamenti*, cit., p. 509; Gu. SABATINI, *Principi*, cit., p. 270.

(58) Cfr., a tal proposito, CONSO, *Rapporti tra l'appello principale e l'appello incidentale*, loc. cit., c. 109, ove si propone come alternativa rispetto al mantenimento dell'istituto, «...la condanna dell'appellante temerario alle spese processuali e ad un'eventuale sanzione pecuniaria sul tipo di quella prevista per l'ipotesi di rigetto del ricorso per cassazione».

Ciò premesso, non v'è chi non veda come l'appello principale e l'appello incidentale del p. m., nel mentre suscitano lo stesso effetto di scavalciamento del divieto della *reformatio in peius*, si pongono, su di un piano teleologico e funzionale, come istituti assolventi a ben diverse finalità: l'uno attacca la sentenza di primo grado; l'altro si rivolge contro i motivi di appello dell'imputato ritenuti temerari.

Tale loro differenza giuridico-funzionale risulta evidente non solo dalla considerazione dei concetti dommatici degli istituti stessi e dei fini che istituzionalmente essi si prefiggono di raggiungere, ma, ancor più concretamente, da un lato, dalla diversità dei campi di devoluzione propri di ciascuno di essi, dall'altro, dalla corrispondenza di essi ad un diverso interesse materiale quale elemento per la determinazione della legittimazione sostanziale ad impugnare ⁽⁵⁹⁾.

In ordine al primo degli aspetti differenziatori dei due istituti, va qui sottolineato come la necessità di limitare la materia del contendere ai soli punti di decisione impugnati dall'imputato e la conseguente impossibilità, per i motivi a sostegno dell'appello incidentale, di devolverne altri ancora ⁽⁶⁰⁾, forniscono la più chiara prova dei diversi campi di devoluzione cui il gravame principale e quello incidentale danno rispettivamente luogo.

Secondo la ricostruzione storica degli istituti giuridici prospettata dal MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1949, tomo II, cap. XXXV, p. 261, a tale intento risale appunto l'istituto della condanna alle spese processuali. Interessante, inoltre, la panoramica che il PISANI (*op. ult. cit.*, p. 180 segg.) traccia degli altri mezzi, in uso nelle diverse Nazioni, rivolti a contenere l'abuso dei gravami; l'A. ricorda « la sottoposizione, attuata nella Francia del 1941, dei detenuti appellanti, per il fatto della proposizione dell'appello, al regime carcerario dei condannati anziché al più mite regime degli imputati; la loro sottoposizione al regime proprio di questi ultimi, ma senza scomputo obbligatorio del periodo di detenzione sofferto nelle more del giudizio di gravame, che è il sistema adottato in Inghilterra ».

⁽⁵⁹⁾ Circa la necessità della presupposizione di un interesse sostanziale ad impugnare quale fondamento dell'interesse meramente processuale, cfr. GIUS. RICCIO, *op. cit.*, p. 168 segg.; GIUS. SABATINI, *Il pubblico ministero*, cit., vol. I, p. 181 segg.

⁽⁶⁰⁾ Su tale aspetto del problema, v. le considerazioni svolte *retro* al § 4.

Infatti, ove si tenga presente che non esiste nel nostro codice un principio del divieto di *reformatio in melius*, non potranno non registrarsi le seguenti e differenti situazioni:

a) *appello principale proposto dal solo p. m.*: in tal caso, a prescindere dall'atteggiamento dell'imputato, l'effetto devolutivo importerà la possibilità, per ogni punto devoluto, di un superamento del divieto di *reformatio in peius* e di una operatività della *reformatio in melius*.

b) *appello incidentale del p. m.*: in tal caso, producendosi come unico effetto di tale gravame quello del superamento del divieto di *reformatio in peius*, non si renderà operante la possibilità di una *reformatio in melius* nei confronti dei punti non impugnati dall'imputato.

Per quanto attiene all'aspetto relativo al diverso interesse presupposto, va sottolineato come esso corrisponda, sempre sul terreno della disponibilità, ad una diversa previsione normativa.

Mentre l'interesse riconosciuto dalla legge come causa determinante la impugnabilità del provvedimento ⁽⁶¹⁾ in via principale è un interesse che non può non riallacciarsi ad una valutazione della risoluzione del giudizio di primo grado, sotto il profilo del controllo, a doglianza di parte, delle formule terminative, degli *errores in iudicando* o *in procedendo* lamentati ⁽⁶²⁾ o, comunque del merito della causa; al contrario, l'interesse giuridicamente rilevante, ai fini della proponibilità dell'appello incidentale, è invece quello della denuncia e della censura, che si richiede, della dilatorietà e temerarietà del gravame dell'imputato: tant'è che sia la dottrina che la giurisprudenza, concordano perfettamente

⁽⁶¹⁾ Il CARULLI (*Considerazioni circa le impugnazioni*, cit., p. 431) osserva che « non basta la presenza dell'interesse ad attribuire ad un soggetto la legittimazione ad impugnare. Occorre che l'interesse venga legislativamente riconosciuto... ».

⁽⁶²⁾ Il BELLAVISTA (*Il processo come dubbio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1967, p. 769) riproponendo il problema del processo come dubbio, si domanda: « come spiegare il sistema delle impugnazioni penali e la struttura dei vari gradi della giurisdizione se non con il dubbio circa la probabilità che si siano verificati, nella prima cognizione *errores in iudicando* o *errores in procedendo*? ».

nel ritenere funzionalmente legato l'appello incidentale del p.m. a quello principale dell'imputato — se non è proposto il secondo o se non è ammissibile, non potrà proporsi il primo ⁽⁶³⁾ — indirettamente evidenziano, sottolineandone anche l'aggancio normativo, ciò che è implicito nello spirito e nelle parole della legge: un concetto *di interesse ad appellare incidentalmente*, diverso da quello previsto per il gravame principale, correlato alla valutazione dell'impugnazione dell'imputato ⁽⁶⁴⁾ e non già a quella della sentenza di primo grado ⁽⁶⁵⁾.

Che tale interesse particolare ad appellare in via incidentale esista e tragga la propria scaturigine dall'intima relazione logica e giuridica con l'avvenuta proposizione dell'appello dell'imputato, è cosa che, ci sembra, non possa essere seriamente confutata. Chè, quando pure si volesse obiettare che l'art. 515 4° comma nella sua terza proposizione, prevede il perdurare dell'efficacia dell'appello incidentale « *...nonostante la successiva rinuncia del-*

⁽⁶³⁾ Cfr., *supra*, il § 2, ove l'argomento trova un maggiore e più preciso sviluppo.

⁽⁶⁴⁾ Riteniamo che bene avrebbe chiarito e sottolineato tale giuridica correlazione, una espressa disposizione di legge (o, comunque, una interpretazione giurisprudenziale in tal senso) che prevedesse più precisamente, e magari anche con la comminatoria di una sanzione di inammissibilità, la necessità di introdurre, nei motivi presentati a sostegno della dichiarazione di appello incidentale, una esplicita e motivata doglianza circa il carattere puramente dilatorio dell'appello proposto dall'imputato.

⁽⁶⁵⁾ La giuridica correttezza di tale affermazione risulta evidente sol che si ponga mente alla situazione ipotizzabile di una sentenza di primo grado che, soddisfatta sotto il profilo della sua conformità a giustizia sia il procuratore della repubblica che il procuratore generale, sia stata poi impugnata, con intenti chiaramente dilatori, dall'imputato. In tal caso, in sede di proponibilità del gravame, il pubblico ministero *a quo* o *ad quem* verterà, in linea di massima, in una situazione di carenza di interesse per quanto concerne l'appellabilità in via principale, permanendo invece intatto — solo per il p.m. *ad quem* — l'interesse all'appellabilità in via incidentale, interesse scaturente quindi dalla valutazione operata del gravame dell'imputato, rapportato al tenore della decisione.

Così come, nel caso limite, dell'imputato condannato al massimo della pena prevista dalla legge, il p.m. non potrà proporre appello principale per una vera e propria carenza di interesse, mentre non proporrà il gravame incidentale per il motivo che assolutamente irrealizzabile risulterebbe l'unico effetto (*reformatio in peius*) che a tale impugnazione si collega.

l'imputato alla propria impugnazione » — intendendosi con ciò svincolare l'interesse suddetto dal contenuto del gravame dell'imputato — la inconsistenza di tale argomentazione balza in tutta evidenza sol che si consideri, da un lato, lo scopo anche prevenzionistico di tale disposizione la quale è volta a comprimere psicologicamente le eventuali tendenze alla dilatorietà, dall'altro, la evidente illogicità che inerirebbe alla regolamentazione dell'istituto ove tale disposizione non vi fosse, potendosi infatti, da parte dell'imputato, proporre un appello temerario o dilatorio fiddando in un mancato tempestivo appello incidentale, e successivamente, delusa tale speranza, rinunciare al gravame stesso facendo crollare l'appello incidentale ed evitare così la possibilità di una riforma in peggio della sentenza impugnata.

Vero è, invece, che, non solo le parole *quando è appellante il solo imputato*, ma tutta quanta la normativa dell'art. 515, 4° comma induce a ritenere la sussistenza di un interesse del p.m. *ad quem*, ad appellare in via incidentale, diverso — e più ristretto — da quello esistente nei confronti di un provvedimento oggettivamente impugnabile che contiene una decisione che esclude (o riconosce in più ristretti limiti) il diritto di punire dello Stato in rapporto all'oggetto del giudizio.

Se tale interesse ⁽⁶⁶⁾, fondato unicamente sulla valutazione dell'appello, ritenuto temerario, dell'imputato e quindi su di una relazione strettamente personale rispetto all'atteggiarsi processuale di costui, non esistesse, non vediamo come potrebbe spiegarsi la espressa previsione dell'ultima parte dell'art. 515, 4° comma, la quale esige dal coimputato non appellante un comportamento di esplicita acquisizione dell'effetto estensivo dell'impugnazione temeraria, affinché il gravame incidentale del p. m. possa produrre la conseguenza di una riforma in peggio anche nei confronti di quest'ultimo. Anche qui, come è evidente, richiedendosi una posizione di parità nella temerarietà, si è inteso, sul piano

(66) Sul concetto di interesse ad impugnare del pubblico ministero, cfr., per tutti, LEONE, *Trattato*, cit., vol. III, p. 97 segg.

strettamente giuridico aggiungere un'altra tessera a quel mosaico che evidenzia l'esistenza di un concetto di *interesse all'impugnazione in via incidentale* quale indispensabile presupposto per la concreta proposizione ed ammissibilità dell'appello di cui all'art. 515, 4° comma.

9. Dai precedenti rilievi risulta, dunque, puntualizzata la diversità giuridica, oltre che concettuale, dei due istituti.

L'analisi della normativa processuale delle impugnazioni, in conclusione, ci ha fornito, al di là delle considerazioni di politica processuale relative alla diversa finalità dei due appelli, l'argomento tecnico sul quale fondare tale differenza ⁽⁶⁷⁾.

D'altro canto va sottolineato che, se è vero che i due istituti si pongono su piani sostanzialmente diversi quanto alle ragioni d'essere e all'interesse giuridico presupposto, non potrà però riconoscersi che siffatta separazione va accettata nella misura in cui, comunque, sia l'appello principale che l'appello incidentale rientrano nella più generale categoria delle impugnazioni processuali penali ⁽⁶⁸⁾, postulando, come è evidente, l'esercizio di uno stesso diritto processuale ⁽⁶⁹⁾.

Se non che, le incertezze, nelle soluzioni dei rapporti tra i due istituti, iniziano quando si giunge alla constatazione della produzione di uno stesso effetto (superamento del divieto di *reformatio in peius*).

Che la possibilità della riforma in peggio della sentenza di primo grado, quale conseguenza di entrambi gli appelli, costituisca l'aspetto più anomalo o, comunque, la fonte delle maggiori perplessità per la definizione dei rapporti tra i due gravami, è

⁽⁶⁷⁾ Ci si riferisce appunto al diverso interesse che è presupposto nelle due impugnazioni.

⁽⁶⁸⁾ Del fatto che l'appello incidentale sia pur esso un gravame, ne è riprova la circostanza che se successivamente alla proposizione di esso, l'imputato rinuncia al suo appello, il rapporto processuale di secondo grado rimane in vita unicamente in virtù della sussistenza dell'appello incidentale.

⁽⁶⁹⁾ V. in tal senso, FRIGO, *op. e loc. cit.*

stato già innanzi sottolineato. A nostro avviso, però, è proprio da tale argomento che debbono prendersi le mosse per compiere ancora un altro passo verso la soluzione del problema.

Se infatti, si parte dalla esatta considerazione, che la legge processuale penale ha inteso combattere la temerarietà degli appelli dell'imputato mediante la possibilità di infizione di una pena più grave; e se, inoltre, tale effetto scaturisse anche dalla proposizione dell'appello principale del p.m., dovrebbe, come logica conseguenza, concludersi che ogni qual volta l'organo della pubblica accusa propone appello principale, rimane annullata, o, comunque, superata la astratta possibilità di combattere la temerarietà e la dilatorietà mediante il funzionamento di quell'istituto giuridico (appello incidentale) a tale compito deputato, in quanto quest'ultimo è ammissibile unicamente se fu proposto appello *dal solo imputato* (70).

Tale conclusione — come ben si comprende — non è assolutamente accettabile sul piano concettuale.

La via per uscire da tale *impasse* è, a nostro avviso, quella che ci avvicina alla comprensione della entità dei fini giuridici che ciascuno dei due tipi di appello si propone di realizzare e, quindi, delle relative aree entro le quali essi operano.

Ciò che va innanzitutto puntualizzato è che altro vuol significare diversità, altro completa scissione.

Se, cioè, la diversità tra i due istituti dovesse esser considerata nel senso di una assoluta impossibilità di incontro tra essi, non riusciremmo a comprendere perchè si sarebbe avvertito il bisogno di limitare l'ammissibilità dell'appello incidentale al caso di mancata proposizione del principale: in tal caso, infatti, su di un piano di completa non interdipendenza logica e giuridica, ben

(70) Come è ovvio, nel testo ci riferiamo al caso non controverso di un appello principale del p.m. che sia risultato ammissibile; non potendo, evidentemente, la affermazione riferirsi pure all'ipotesi dell'appello inammissibile o rinunziato, essendo questo appunto l'oggetto che ci si propone di dimostrare ed al quale, pertanto, si perverrà al termine della ricerca.

si sarebbe potuto accettare la coesistenza di un gravame principale del p. m. (diretto ad attaccare la non conformità a giustizia della sentenza di primo grado) con un gravame incidentale (volto a colpire la temerarietà dell'appello dell'imputato).

Se, invece, la differenza viene intesa come diversità sul piano dommatico, teleologico ed anche tecnico giuridico, ben si comprende come, tra le due impugnazioni, potrà sussistere un punto di incontro ed una zona comune. Il superamento della regola del divieto di riforma in peggio (effetto comune ai due appelli) rappresenta proprio tale punto di incontro; la doglianza circa la temerarietà dell'imputato rappresenta, invece, la zona finalisticamente comune ad entrambi gli istituti (pur se, per il gravame principale, essa si pone solo come risultato riflesso del primo).

In conclusione, riteniamo che tra l'appello principale e l'appello incidentale corra un rapporto di genere a specie.

Tali istituti si inquadrano esattamente nella figura di due cerchi concentrici dei quali il maggiore (appello principale) raggiunge ad un tempo due risultati: *a*) attaccare la sentenza di primo grado (scopo principale); *b*) attaccare gli appelli temerari dell'imputato (scopo secondario o derivato); il minore (appello incidentale), invece, realizza unicamente il secondo dei predetti risultati.

La veridicità dell'assunto risulta, inoltre, anche dalla analisi della normativa prevista per l'appello principale del p. m. (ampi termini, controlli del superiore gerarchico, possibilità di impugnazione autonoma da parte del procuratore della Repubblica e del procuratore generale) rispetto a quella prevista per l'appello dell'imputato, con la conseguente riduzione al minimo della probabilità di un gravame dell'imputato proposto dopo quello del p. m. e quindi in maniera da poter sfuggire — quanto alla temerarietà — a tale primo controllo. Ciò è tanto vero che pochi sono statisticamente gli appelli incidentali proposti; tale mezzo, comunque, è previsto dal codice sia come ulteriore misura sia per quei casi in cui necessariamente l'appello principale del

p. m. non potrà sortire anche questo effetto (ad es. appello temerario dell'imputato contro una sentenza contumaciale, con il conseguente allungamento dei termini per proporre impugnazione).

10. Dalle premesse anticipate appare chiaro quale è il nostro pensiero in argomento.

Se è vero — per quanto in precedenza detto — che tra i due gravami esiste, da un lato la comunanza di quel dato obiettivo concernente la produzione di un medesimo effetto giuridico (superamento del divieto di *reformatio in peius*), da un altro, la differenziazione circa il modo di atteggiarsi della volontà del p. m., da un altro ancora, la sussistenza di un vincolo di genere a specie (con la ipotizzabilità, per l'appello principale, della produzione di risultati primari e secondari), inevitabilmente l'analisi delle relazioni tra i due istituti non potrà non postulare una indagine circa la portata ed i confini entro i quali esse, influenzandosi e comprimendosi a vicenda, in concreto operano.

In sostanza, ciò che si vuole qui sottolineare è che la esistenza di tali rapporti comporta la necessità della individuazione di un criterio logico di graduazione dal quale far discendere la possibilità di tener conto, nei casi concreti, dell'uno piuttosto che dell'altro.

Ora, non v'è dubbio che, tra tutte, la relazione maggiormente assorbente e definitiva sia proprio quella inerente alla produzione di un effetto giuridico comune ad entrambi gli istituti: ove possa verificarsi una riforma in peggio della sentenza di primo grado, ogni ulteriore analisi circa la volontà del p. m. o il rapporto di genere a specie tra i due appelli diviene irrilevante se non addirittura ultronea.

Qualora, però, non possa farsi ricorso al suddetto criterio, il problema dibattuto andrà necessariamente risolto alla stregua degli altri principi enunciati.

E così, non vi ha alcun dubbio che, in linea gradata, il rapporto immediatamente successivo, sulla base del quale dovranno

inquadrarsi le altre ipotesi prevedibili non potrà che essere — ove possibile — quello attinente alla interpretazione del concreto svolgersi della volontà e, quindi, delle scelte operate dal p. m., in rapporto al suo potere-dovere di valutazione.

Se, poi, alla fine, anche tale criterio dovesse per alcuni casi risultare inidoneo a fornirci una esauriente spiegazione, la determinazione dei limiti di ammissibilità dell'appello incidentale dovrà ricercarsi nel concetto normativo e sistematico del vincolo di genere a specie che lega i due mezzi di impugnazione.

Alla luce di quanto detto, ben si comprende come la prima ipotesi che si prospetta, quella cioè relativa ad una *valida ed ammissibile impugnazione del pubblico ministero*, vada risolta con il riferimento al primo e più ampio dei criteri enunciati: quello concernente la produzione di un medesimo effetto giuridico; in tal caso non interessa, ai fini del rapporto con il gravame incidentale, l'indagine sull'effettivo contenuto e sulla direzione della volontà dell'organo della pubblica accusa. Infatti, sia che il p. m. abbia inteso, con l'iniziativa dell'appello principale, rilevare solamente la mancata realizzazione dell'interesse pubblico ad una decisione conforme a giustizia, sia che abbia voluto o potuto, come motivo unico o concorrente con il primo, dolersi dell'atteggiamento temerario o dilatorio dell'imputato appellante, ugualmente, sul piano obiettivo, si supera la regola del divieto della riforma in peggio, aprendosi la via alla produzione di quell'effetto che, secondo la previsione normativa, vale a combattere ed eventualmente ad eliminare entrambe le situazioni ritenute dal p. m. meritevoli di censura.

Di conseguenza, anche a voler prescindere dall'espresso dettato legislativo non potrà, in tal caso, parlarsi di proponibilità dell'appello incidentale, a causa di una carenza sopravvenuta dell'interesse del p.m. dal momento che il risultato, che con il secondo gravame si sarebbe inteso conseguire, già in concreto fu reso possibile dalla proposizione del primo.

Esaurito così il primo e più semplice aspetto del rapporto

tra l'appello principale e quello incidentale, si impone la identificazione degli altri casi ipotizzabili, per i quali — come si dirà — risulta del tutto impossibile la pur astratta verificabilità di una riforma in peggio della decisione impugnata e, quindi, la possibilità di un riferimento al precedente criterio quale chiave di volta per la soluzione desiderata.

A nostro avviso, gli ulteriori possibili casi di rapporto risultano essere i seguenti :

- a) *appello principale assolutamente non proposto dal p. m.;*
- b) *appello principale proposto e risultato poi inammissibile (inammissibilità derivante da qualunque causa, eccettuata la rinuncia);*
- c) *appello principale proposto e successivamente rinunciato.*

In ordine al primo di essi, non potrà che sovvenire in aiuto la considerazione del diverso atteggiarsi della volontà del p. m. In effetti, tale situazione, caratterizzata da un'attività negativa del pubblico ministero, si verifica quando l'organo che deve rilevare *principaliter* la sussistenza degli eventuali errori nella decisione, errori che abbiano impedito la soddisfazione dell'interesse pubblico, non riscontrandone alcuno nella concreta pronuncia, coerentemente si astiene dal proporre impugnazione.

Di qui, ovviamente, si desume come la espressa manifestazione di volontà del pubblico ministero di non volersi dolere e quindi di accettare il contenuto della sentenza di primo grado, escludendo la necessità di un controllo della giustizia di essa, svolga un ruolo del tutto assorbente, travolgendo e precludendo, in via addirittura preliminare, la possibilità di una doglianza, in tale sede, circa la temerarietà dell'appello dell'imputato. Di conseguenza la volontà negativa del p. m. se da un lato non consente — proprio per il carattere di inattività che la contraddistingue — il prodursi, obbiettivamente, di quell'effetto comune alle due impugnazioni, dall'altra, assolutamente non vieta che, in altra sede (e cioè con la successiva proposizione dell'appello inciden-

tale), possa esprimersi la diversa volontà di dolersi del gravame temerario o dilatorio proposto dall'imputato ⁽⁷¹⁾.

Viceversa, l'ipotesi relativa ad un appello principale dichiarato comunque inammissibile ⁽⁷²⁾ — ma non rinunciato volontariamente — non potrà che essere risolta sulla base della considerazione del rapporto di genere a specie intercorrente tra i due istituti; chè, in tal caso, dovrà decisamente abbandonarsi il discorso relativo alla direzione della volontà del p. m., dal momento che, in presenza di una espressa manifestazione di essa, tale aspetto va considerato un *minus* rispetto al risultato da essa voluto ed in astratto determinabile, della neutralizzabilità del divieto di *reformatio in peius*; nè d'altro canto, a tale ultima relazione ci si potrà affidare, per il fatto che codesto effetto comune, proprio a causa della inammissibilità della impugnazione, in concreto, non ha possibilità di prodursi.

Di conseguenza, ove a seguito di una qualsiasi causa formale o sostanziale ⁽⁷³⁾, si determini una irregolarità nella nascita o nello svolgimento del rapporto processuale di secondo grado, irregolarità sussumibile nella categoria della inammissibilità del gravame, considerata come irricevibilità, inaccogliibilità giuridica dell'atto posto in essere ⁽⁷⁴⁾, tale grave sanzione processuale ⁽⁷⁵⁾ travolgendo

⁽⁷¹⁾ Per l'ipotesi prevista nel testo non sorge — come è ovvio — alcun dubbio neppure sotto il profilo interpretativo della norma *de qua* (« appello proposto dal solo imputato »).

⁽⁷²⁾ Come già specificato, al fine della soluzione del problema che ci riguarda, non ci sentiamo di sottoscrivere la tesi accolta da una parte della dottrina che distingue tra cause di inammissibilità originarie e sopravvenute oppure tra dichiarazione di inammissibilità ad opera del giudice *a quo* (art. 207) o *ad quem* (art. 209).

⁽⁷³⁾ In tal senso, cfr.: R. PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, 1933, p. 464 segg.; Gu. SABATINI, *Principi di diritto processuale penale*, 1931, p. 208.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. R. PANNAIN, *op. cit.*, p. 467.

⁽⁷⁵⁾ R. PANNAIN, *op. cit.*, p. 466 seg., esattamente ritiene che talvolta « l'inammissibilità non fa capo nè a decadenza nè a preclusione, nè a nullità, ma è sanzione autonoma ... », talaltra invece, essa è « ... sanzione di sanzioni, cioè rafforzatrice delle altre, garanzia per impedire l'ingresso nel procedimento penale agli atti già colpiti da altra sanzione ... ».

l'intero *genus* dell'appello della pubblica accusa, farà venir meno — per il nesso intercorrente tra i due istituti — la possibilità di interporre gravame incidentale ⁽⁷⁶⁾.

11. Particolare attenzione merita, infine, l'ipotesi relativa ad un appello principale proposto e successivamente rinunciato; per essa, va innanzitutto puntualizzato fin d'ora che, per noi, le considerazioni che seguono possono validamente riferirsi sia al caso di una espressa rinuncia preventiva all'esercizio del diritto di impugnazione, sia al caso di una rinuncia successiva ⁽⁷⁷⁾.

Naturalmente, per un'esatta impostazione del problema vale la pena di esaminare, anche se in modo sintetico, il concetto di rinuncia.

In linea generale ⁽⁷⁸⁾ questa è definita come la « dichiarazione unilaterale di volontà diretta a produrre l'estinzione o la perdita di un diritto nel dichiarante » ⁽⁷⁹⁾.

Nel diritto pubblico, essa è intesa come volontà dismissiva, abdicativa, unilaterale di un diritto soggettivo o *status* ⁽⁸⁰⁾; in

Dunque, l'inammissibilità incarna il concetto più vasto di sanzione degli atti processuali giacchè si pone sia come istituto autonomo, sia come istituto rafforzatore di altre sanzioni.

⁽⁷⁶⁾ Tale conclusione discende, inoltre, pianamente anche dalla considerazione che, in tal caso, con la proposizione dell'appello principale del p.m., si sarebbe verificata una preclusione circa la proponibilità della seconda domanda, estrinsecazione anch'essa dello stesso diritto processuale già esercitato con la prima. È questo il c.d. *principio della consumazione del potere di impugnazione* enunciato dal FRIGO, *loc. ult. cit.*

Per un recente studio sulla inammissibilità, cfr. GALLI, *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, 1968, (in particolare per il problema della riproponibilità della questione dichiarata inammissibile, v. p. 240 segg.).

⁽⁷⁷⁾ Cfr. BELLAVISTA, *Contributo alla teoria della revoca della impugnazione penale*, in *Studi sul processo penale*, 1959, p. 169; cfr. inoltre: CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. IV, p. 139; LEONE, *op. cit.*, vol. III, p. 93 segg. I predetti AA. sostituiscono il termine « revoca » a quello di « rinuncia » ritenendolo più adatto, essendo l'impugnazione un rapporto e non un atto.

⁽⁷⁸⁾ Per la dottrina privatistica, cfr.: ATZERI-VACCA, *Delle rinunce secondo il codice civile italiano*, 1915, p. I; PIRAS, *La rinuncia nel diritto privato*, in *Annali della facoltà giuridica di Camerino* 1940, p. 23.

⁽⁷⁹⁾ FADDA-BENSA, *Note alle Pandette del Windscheid*, vol. I, 1902, p. 84.

⁽⁸⁰⁾ Cfr., in tal senso, RACCI, *Contributo alla dottrina delle rinunce in di-*

particolare, nell'ambito del diritto processuale, essa va definita come atto di disposizione con il quale « una parte o un terzo, secondo il suo interesse, regola o concorre a regolare lo svolgimento del processo » (81).

Infine, circa la rinuncia processuale propria della impugnazione, essa è congegnata, nel codice vigente, come vero e proprio negozio processuale, con una manifestazione di volontà cui è direttamente ricollegata, come effetto giuridico, la immediata eliminazione della precedente dichiarazione di volontà volta ad impugnare il provvedimento (82).

La rinuncia all'impugnazione si pone, dunque, come un modo di atteggiarsi del potere dispositivo riconosciuto alla parte sull'oggetto e sulle forme del processo penale di secondo grado (83).

Alla stregua di queste conclusioni è agevole intendere come i rapporti tra il gravame principale rinunciato e quello incidentale vadano risolti sulla scorta di una approfondita analisi di specie della volontà del pubblico ministero.

Nel tentativo di cogliere le possibilità concrete di svolgimento di tale aspetto del problema, ci sembra necessario operare una precisa distinzione tra le due situazioni verificabili:

a) rinuncia all'appello principale del p. m. *successiva* alla proposizione dell'appello dell'imputato.

b) rinuncia all'appello principale del p. m. *precedente* alla proposizione dell'appello dell'imputato.

In ordine ad entrambe le ipotesi, va preliminarmente sotto-

ritto pubblico, 1914, p. 48; sostanzialmente conforme è lo SCHONBORN, *Studien zur Lehre von Verzicht in off. Recht*, 1908, p. 27 che definisce la rinuncia come: « ... il volontario abbandono dei diritti mediante unilaterale dichiarazione di volontà, la quale cagiona l'estinzione dei diritti abbandonati o presenta una disposizione sovra questi diritti ». Cfr., altresì, CAVAGLIERI, *Alcune osservazioni sul concetto di rinuncia del diritto internazionale*, in *Riv. dir. inter.* 1918, p. I segg.

(81) CARNELUTTI, *Sistema cit.* vol. II, p. 10.

(82) In tal senso, cfr. DEL POZZO, *Le impugnazioni penali*, 1951, p. 338; v. ancora: C. MASSA, *Il principio dispositivo cit.*, p. 396; MASSARI, *Le riserve processuali*, in *Riv. proc. pen. it.* 1915, c. 328 ove molto incisivamente afferma che « la rinuncia è negozio giuridico, è dichiarazione di volontà, è atto di volontà ... ».

(83) C. MASSA, *op. cit.*, p. 397.

lineato che si determina per esse un fenomeno quanto mai inaspettato: oltre che una parte della dottrina ⁽⁸⁴⁾, anche la giurisprudenza, nonostante le sue molteplici oscillazioni in materia, si è orientata in modo assolutamente costante nel senso di una soluzione negativa circa l'ammissibilità del gravame incidentale a seguito della rinuncia da parte del p. m. alla propria impugnazione principale ⁽⁸⁵⁾.

Ora, per quanto attiene alla prima ipotesi, va detto subito che, a nostro avviso, si perviene ad analoga conclusione pur se si prendano le mosse dalla valutazione del fondamento processuale dell'atteggiarsi della volontà del p. m. Ove, infatti, l'organo della pubblica accusa proponga un appello principale, assista poi alla interposizione di un gravame dell'imputato e, successivamente, rinunci alla propria impugnazione, è evidente che, *melius re perpensa*, egli ha inteso ad un tempo accontentarsi del contenuto della decisione di primo grado e, stante la possibilità di un controllo, riconoscere inoltre l'appello dell'imputato come non ispirato a criteri dilatori.

Quanto al secondo caso previsto, riteniamo invece che non possa condividersi l'orientamento negativo della giurisprudenza, quando propende per la inammissibilità dell'incidentale, a seguito di una rinuncia all'appello principale del p. m., precedente alla proposizione del gravame dell'imputato.

Che esso possa, infatti, presentarsi con i caratteri della estrema rarità, data la maggior ampiezza, a favore del p. m. dei termini per impugnare, non vale assolutamente ad escludere la verificabilità della ipotesi: chè, anzi, essa potrebbe risultare in pratica ben più frequente di quanto non si pensi, sol che si consideri, ad esempio, la situazione dell'imputato giudicato in primo grado in contumacia, per il quale il termine di tre giorni

⁽⁸⁴⁾ Cfr. gli AA. citati alla nota 45.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. Cass., 9 giugno 1960, in *Riv. it. dir e proc. pen.* 1961, p. 936; *Id.*, 21 aprile 1959, *ivi* 1960, p. 1014; *Id.*, 18 febbraio 1963, in *Cass. pen. Mass. annot.* 1963, p. 526, m. 892; *Id.*, 19 febbraio 1964, *ivi* 1964, p. 763, m. 1352.

per proporre la dichiarazione di impugnazione decorre dal giorno della notifica dell'estratto contumaciale (art. 199, 3° comma; art. 500).

Riteniamo pertanto che il contenuto volontaristico della rinunzia all'appello del p. m., non possa, in questo caso, essere slabbrato fino al punto da fargli comprendere anche una rinunzia ad impugnare il futuro, eventuale appello dell'imputato. La volontà del p. m. non potrà che interpretarsi nel senso che, nel momento nel quale intervenne la rinunzia, esistendo unicamente la decisione di primo grado e non pure il gravame dell'imputato, essa era unicamente volta a dismettere la posizione giuridica disponibile di cui risultava allora titolare e cioè l'interesse ad impugnare la decisione di primo grado.

Solo successivamente alla proposizione dell'appello da parte dell'imputato, sarà dato conoscere la volontà positiva (proposizione dell'incidentale) o negativa del p. m. (mancata proposizione di esso) in relazione alla denuncia della temerarietà o dilatorietà.

12. Le conclusioni cui si è pervenuti, a séguito della analisi di tutta la problematica concernente l'appello incidentale, ci consentono di enunciare schematicamente su quali punti fermi si basa la differenza giuridico-funzionale esistente tra il gravame principale e quello incidentale.

Mentre — come si è detto — unico è l'aspetto comune ad entrambi gli istituti e concerne la produzione dello stesso effetto di scavalcamento del divieto di *reformatio in pejus*, molti sono, invece, gli aspetti divergenti, sia sul piano teleologico che su quello più propriamente giuridico. Per quanto attiene alle diverse finalità cui i due gravami assolvono, l'uno attacca il contenuto delle sentenze di primo grado, l'altro si rivolge contro i motivi di appello dell'imputato ritenuti temerari; circa i rispettivi ambiti di operatività, essi sono caratterizzati da una piena diversità di campi di devoluzione; infine, riguardo all'elemento dell'interesse

presupposto, a ciascuno di essi corrisponde, sul piano giuridico, un diverso interesse materiale quale elemento per la determinazione della impugnabilità del provvedimento.

Ed è proprio alla luce di tali conclusioni — che innegabilmente sottolineano le macroscopiche differenze esistenti tra i due istituti — che intendiamo procedere all'esame del profilo della incostituzionalità della norma in questione, in quanto contrastante con l'art. 112 Cost.

La Corte costituzionale, nella propria sentenza, ha ritenuto che, essendo il potere di impugnazione una estrinsecazione ed un aspetto dell'azione penale, un atto, cioè, dovuto ⁽⁸⁶⁾ che si concreta nella richiesta al giudice superiore di emettere una diversa decisione, *più conforme alla pretesa punitiva e di rimuovere un pregiudizio che, a criterio dell'organo dell'accusa, la precedente statuizione abbia arrecato alla realizzazione di essa*, tale carattere della potestà di impugnazione non consente al titolare di questo potere-dovere di adottare un comportamento contraddittorio: lasciare, cioè, scadere i termini per l'impugnazione principale, manifestando implicitamente il convincimento che l'azione penale non debba esprimersi anche nella proposizione dell'appello; ed esperire, successivamente, il gravame incidentale manifestando un opposto divisamento.

In tal modo, la Corte costituzionale ha, evidentemente, ritenuto di poter porre su di uno stesso piano sia l'appello principale che quello incidentale, equiparandoli non solo quanto alla natura giuridica, per essere entrambi estrinsecazione della azione penale, ma anche quanto alla portata, allo scopo e all'ambito di operatività degli stessi.

Orbene, a nostro avviso, tale aspetto della incostituzionalità della norma non può essere condiviso.

(86) Naturalmente con gli stessi limiti di comportamento che il p.m. ha rispetto alla *notitia criminis*, dopo la quale può convincersi a richiedere al giudice istruttore il decreto di archiviazione oppure, in istruttoria o in dibattimento, a chiedere l'assoluzione o una pronunzia più favorevole avverso la contestazione della accusa,

Che, infatti, la obbligatorietà del promuovimento della azione penale, imposta al pubblico ministero dall'art. 112 Cost., possa esser pure riferita — in via generale — alla potestà di impugnazione, la quale si pone come un atto dovuto — obbligatorio e non discrezionale — costituendo, appunto, una estrinsecazione dell'azione penale, non appare, a nostro avviso, contestabile; ciò che riteniamo, invece, di non poter accettare è la riferibilità di tale profilo all'istituto dell'appello incidentale il quale — come risulta ampiamente dalla indagine svolta — assume, sul piano giuridico, oltre che su quello di politica processuale, una fisionomia ben distinta dal gravame principale, tale da consentire agevolmente, sotto un profilo dommatico, la sua estromissione dal sistema di quelle impugnazioni che per essere, appunto, manifestazioni del convincimento che l'esercizio dell'azione penale vada espresso anche innanzi al giudice superiore, si ricollegano, inevitabilmente, alle esigenze di una più puntuale realizzazione di quella stessa pretesa punitiva che si volle far valere *ab initio* con il promuovimento dell'azione penale.

In altri termini, è ben vero che l'esperire una impugnazione da parte del p. m. sta ad evidenziare una manifestazione di volontà che l'azione penale esercitata in primo grado prosegua anche innanzi al giudice superiore, però tale affermazione risulta valida nella misura in cui, in concreto, la impugnazione si pone come mezzo per la completa affermazione di quella pretesa punitiva che si voleva realizzata con l'esercizio della azione penale.

Quando, invece, si adotta un mezzo (appello incidentale) il quale — pur se inserito nella struttura del giudizio di secondo grado — risulta tanto diverso dalla impugnazione principale da non tendere — nè istituzionalmente nè giuridicamente — alla affermazione della pretesa punitiva, bensì a controbattere, piuttosto, i motivi di appello dell'imputato ritenuti temerari, non potrà logicamente identificarsi quella contraddittorietà di atteggiamento dell'organo della pubblica accusa rispetto alla mancata proposizione dell'appello principale, la quale soltanto avrebbe con-

dotto ad una violazione dell'obbligo di esercizio dell'azione penale. Infatti, mentre con la mancata proposizione del gravame principale il p. m. ha inteso non esercitare, in secondo grado, l'azione penale e quindi non richiedere ulteriormente la verifica delle pretese punitive, con la successiva proposizione dell'incidentale, ha preteso, invece, di valutare il tenore e la attendibilità dell'appello dell'imputato — in relazione al contenuto della impugnata sentenza — opponendovisi entro quei limiti di devoluzione dallo stesso segnati.

La riprova della inaccettabilità delle conclusioni cui perviene la Corte Costituzionale, circa tale aspetto della illegittimità della norma in esame, si desume, inoltre, dalla considerazione che ove mai si volesse ritenere fondata la soluzione relativa alla contraddizione espressa dal p.m. nel non volere — prima — e nel volere — dopo — esperire il gravame, tale argomento non potrebbe, poi, non essere spinto ad ulteriori conseguenze e, precisamente, alla necessità di ritenere in contrasto con il dettato costituzionale *de quo* anche l'appello proposto in via principale dal procuratore della Repubblica o dal procuratore generale presso la corte d'appello, nonostante l'acquiescenza alla sentenza del pubblico ministero di grado inferiore (arg. *ex art.* 191 ult. parte c.p.p.).

Anche in tale caso, infatti, ci si trova dinanzi ad un contrasto di volontà in ordine alla proposizione o meno di quel gravame che per essere — ed a proposito dell'appello principale non ve ne è alcun dubbio — una estrinsecazione dell'azione penale, non consentirebbe tale atteggiamento contraddittorio.

A questa considerazione potrebbe, però, opporsi la obiezione della non omogeneità delle due situazioni in esame e la conseguente impossibilità di commisurarle reciprocamente. Tale obiezione non potrebbe che affondare le proprie radici nella circostanza che mentre nel caso dell'appello incidentale, ci si trova di fronte ad una contraddittorietà di atteggiamento inerente ad uno stesso ufficio del p. m.; in quello, invece, relativo all'appello

principale la contraddizione sorge tra volontà appartenenti a due differenti uffici; da un lato, cioè, il contrasto si determina in seno all'unico ufficio del procuratore generale, il quale — recepita e fatta propria la volontà negativa di impugnare in via principale la sentenza di primo grado, volontà primariamente manifestata dal procuratore della Repubblica — pur disponendo di termini più ampi che ben avrebbero consentito, ove voluta, la modificazione dell'atteggiamento dell'organo inferiore, lascia decorrere inutilmente tale termine e, poi, propone il gravame in via incidentale; dall'altro lato, il contrasto sorge, invece, tra organi differenti del p.m. (procuratore della Repubblica e procuratore generale).

Orbene, tale obiezione non può, a nostro avviso, trovare alcun credito; le situazioni analizzate, infatti, non possono ritenersi eterogenee per la semplice considerazione che, anche nella seconda di esse, le volontà contrastanti, se da un lato si trovano ad appartenere ad uffici gerarchicamente diversi del p.m., da un altro svolgono la propria azione in un campo (il tema delle impugnazioni) nel quale la competenza funzionale — che solitamente distribuisce per gradi le varie attribuzioni dell'organo della pubblica accusa — trova un temperamento nelle funzioni concorrenti di uffici che, pur essendo normalmente autonomi e gerarchicamente diversi, in tale circostanza, in relazione all'esercizio di quella potestà, subiscono una *reductio ad unitatem* ⁽⁸⁷⁾.

13. Il secondo aspetto che ha indotto la Corte Costituzionale a contestare la fondatezza dell'istituto dell'appello incidentale, sotto il profilo del mancato inserimento di esso nell'ambito dei principi costituzionali, è relativo alla violazione del precetto contenuto nell'art. 3 Cost. ⁽⁸⁸⁾: senza la giustificazione di una sostanziale disparità di situazioni processuali, la facoltà con-

⁽⁸⁷⁾ Cfr., per tutti, LEONE, *op. cit.*, vol. I, p. 427 e segg.

⁽⁸⁸⁾ Tale censura è mossa dalle ordinanze di rimessione emesse dalla Corte d'Appello di Genova e dal Tribunale di Lecce citate alle note 4 e 5.

cessa al solo p.m., e non pure all'imputato, di proporre il gravame incidentale, determina una eccessiva disparità di trattamento che turba l'equilibrio del contraddittorio processuale aggravando lo squilibrio già esistente tra la posizione dell'imputato e quella della pubblica accusa.

Ed infatti — anche a prescindere dalla esistenza di un appello incidentale — che già non possa parlarsi di equilibrio tra accusa e difesa, nel campo delle impugnazioni principali, è cosa evidente sol che si consideri da un lato, il doppio esame della sentenza effettuato dai due uffici del pubblico ministero titolari del diritto di impugnazione; dall'altro, i termini per impugnare ulteriormente più larghi concessi al p.m. presso il giudice *ad quem* ⁽⁸⁹⁾.

Continuare, quindi, a mantener in vita un istituto quale l'appello incidentale avrebbe comportato una violazione della indispensabile *par condicio* tra le parti ammesse ad operare nel processo ⁽⁹⁰⁾.

Quando poi a tutto ciò si aggiunga che, in concreto l'appello incidentale, lungi dall'assolvere esclusivamente ai suoi compiti istituzionali, è divenuto null'altro che un mezzo per poter tardivamente appellare contro una sentenza non conforme a giustizia ⁽⁹¹⁾, è sembrato alla Corte Costituzionale che voler ancora far perdurare la vigenza di una tale facoltà, per il p.m., di valutazione postuma, rispetto a quella dell'imputato, avrebbe significato solo ulteriormente accentuare tali caratteri sperequatori: fatto quanto mai inammissibile nell'ambito di una moderna

⁽⁸⁹⁾ Cfr., DEL POZZO, *op. cit.*, p. 248.

⁽⁹⁰⁾ Che il problema della *par condicio* nel processo penale possa anche riguardarsi in relazione alla « costituzione dei singoli uffici e alle loro correlazioni per la formazione del complessivo ufficio giudiziario » (FARANDA, *La par condicio nel processo penale*, 1968, p. 3) non intendiamo assolutamente contestare; che, però, esso possa esser econsiderato anche quale estrinsecazione di un principio di *equilibrio tra le parti* neppure, ci sembra, possa revocarsi in dubbio.

⁽⁹¹⁾ Cfr. DEL POZZO, *op. cit.*, p. 245 ove si ritiene l'appello incidentale costruito « ... come una sorta di rimessione in termini per al pubblico ministero presso il giudice *ad quem* ... ».

concezione del processo giurisdizionale « *a struttura cooperativa* » ⁽⁹²⁾.

Orbene, a nostro avviso, tale esatta censura mossa all'istituto dell'appello incidentale, va ritenuta come necessaria — al fine di una valutazione globale della posizione costituzionale della norma in esame — ma non sufficiente a giustificare una pronuncia il cui contenuto travolge non solo l'ambito e la portata del gravame in parola; bensì la essenza e la intrinseca natura dello stesso.

Ove, infatti, la violazione di un principio egualitario fosse stata, dalla Corte Costituzionale, ritenuta assorbente o, comunque, prevalente su altre, non vediamo perchè la Corte stessa non avrebbe ben potuto far salva la c.d. parità di armi, procedendo ad una dichiarazione di parziale incostituzionalità della norma, nella parte in cui non prevede una analoga facoltà per l'imputato; adeguandosi, con la attribuzione di situazioni soggettive uguali, al più recente indirizzo, espresso a livello legislativo, per la prima determinazione dei principi e dei criteri direttivi della delega al Governo per la riforma del codice di rito ⁽⁹³⁾.

Vale, però, la pena di sottolineare come una tale soluzione non avrebbe potuto riscuotere la incondizionata approvazione, risultando un semplice e temporaneo palliativo; riteniamo, infatti, che la introduzione di una potestà di appellare incidentalmente concessa all'imputato, frutto evidente della influenza e

⁽⁹²⁾ Tale efficacissima espressione è del FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, 1965, p. 230 segg.

⁽⁹³⁾ Il problema dell'appello incidentale è affrontato nei Lavori della IV Commissione Permanente Giustizia (*Delega al Governo per la riforma del codice di Procedura Penale*), vol. edito dalla Camera dei Deputati, 1969, p. 696 segg.; dalla commissione, in sede referente, venne approvato il testo proposto dall'on. VALIANTE (relatore) il quale recita: « parità tra pubblico ministero e l'imputato in ordine all'eventuale appello incidentale ». Tale testo non è stato poi modificato nella discussione in assemblea tenuta alla Camera dei Deputati nella seduta del 22 maggio 1969 (pur se venne in tale sede presentato all'on. RICCIO un emendamento tendente alla completa soppressione dell'istituto), risultando poi inserito nel disegno di legge approvato dall'assemblea al punto n. 59 dell'art. 2 (cfr., vol. edito dalla Camera dei Deputati: *Codice di Procedura Penale, Delega al Governo, Discussioni in Assemblea*, 1970, p. 1309 segg.).

della suggestione degli schemi derivati dal processo civile, non avrebbe certo costituito il mezzo più idoneo per risolvere il problema ⁽⁹⁴⁾, bensì avrebbe soltanto determinato la conseguenza di differire nel tempo la più radicale soluzione della completa abolizione dell'istituto.

14. Alla luce delle considerazioni svolte, relative, sia alla esatta determinazione giuridica e finalistica dell'istituto dell'appello incidentale sia alla inadeguatezza di altre disposizioni costituzionali a risolvere pienamente il problema di costituzionalità dell'art. 515, 4° comma c.p.p., riteniamo che il principio fondamentale in spregio del quale essenzialmente la norma si poneva sia costituito dall'art. 24, 1° e 2° comma Cost. ⁽⁹⁵⁾.

A tale conclusione conduce inevitabilmente anche la analisi storica dei lavori preparatori che ispirarono il vigente codice ⁽⁹⁶⁾.

Non va, quindi, dimenticato che la previsione, nel sistema delle impugnazioni penali, di una simile facoltà caratterizzata da un'intento di « *ritorsione di discutibile sapore* » ⁽⁹⁷⁾, rappresenta il risultato della considerazione di una serie di esigenze che indubbiamente fecero leva sul legislatore del 1930, nel momento della formulazione di siffatto istituto ⁽⁹⁸⁾; con esso — come si sa — si intese creare una contropinta all'eccesso di appelli dilatori, accontentando inoltre — pur se in parte — i fautori dei principi della piena devoluzione e della *reformatio in pejus*.

⁽⁹⁴⁾ Non vale in tal caso il principio sintetizzato nel famoso aforisma *similia similibus curantur*: chè siffatta omeopatia, lungi dall'estirpare il male, lo accrescerebbe, raddoppiandone i problemi e gli interrogativi.

⁽⁹⁵⁾ Tale conclusione scaturisce anche dalla sentenza della Corte Costituzionale, la quale, nella parte finale della motivazione, identificato lo scopo pratico dell'appello incidentale in quello di contenere l'iniziativa dell'imputato, ritiene che esso ostacoli « ... l'esplicazione del diritto di tutela giurisdizionale e di difesa giudiziaria ». Tale aspetto avrebbe, però, meritato, a nostro avviso, una maggiore considerazione.

⁽⁹⁶⁾ V., *supra*, § 1.

⁽⁹⁷⁾ ALOISI, *Manuale*, cit., vol. III, 327.

⁽⁹⁸⁾ V., *Lavori preparatori*, cit., vol. VI, p. 103.

Non v'è dubbio, però, che con il sopravvenire della Costituzione del 1948, tali esigenze che, in sostanza, si risolvevano in un atteggiamento di ostilità o, comunque, di disfavore per l'imputato, sono, per buona parte, venute meno. Tutta la normativa costituzionale relativa al processo penale, risulta, infatti, ispirata al pieno rispetto ed al più ampio potenziamento dei principi del *favor rei* e del *favor libertatis* ⁽⁹⁹⁾.

Tali considerazioni divengono oggi, tanto più attuali e pressanti, in quanto esse si riallacciano proprio alle esigenze che costituiscono il nucleo più vivo della riforma processuale in atto.

In un momento nel quale si intende conferire all'intero processo penale una impronta maggiormente garantistica e rivalutatoria della figura e dei diritti dell'imputato mediante la attuazione dei caratteri propri del sistema accusatorio, preordinati ai fini di una migliore ricerca della verità materiale, non vediamo come possano ancora sussistere concetti quali la *temerarietà* o *dilatorietà* dell'appello dell'imputato, in relazione alla esistenza di un mezzo — l'appello incidentale — con il quale poter limitare o, comunque, comprimere psicologicamente, mediante la minaccia di conseguenze di tipo sanzionatorio, l'esercizio del diritto di chiedere un controllo della decisione di primo grado.

Temerarietà o *dilatorietà* dell'appello sono termini che esprimono, senza dubbio, una concezione del processo penale, quanto mai anacronistica e superata, che, postulando una perenne o quasi perenne mala fede nell'imputato ed una assoluta capacità di identificazione di essa nel pubblico ministero, ha ritenuto di dover istituzionalizzare un mezzo con il quale, da un lato, coartare l'esplicazione del diritto soggettivo di tutela giurisdizionale e di difesa giudiziaria, dall'altro, pervenire al punto di svilire addirittura il sistema della garanzia del doppio grado di giurisdizione.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. gli artt. 3, 13, 24, 25, 27 Cost.