

L'IRRIDUCIBILE ANOMALIA DELL'APPELLO INCIDENTALE

di Michele Bonetti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'impugnazione incidentale del processo civile, in parallelo con l'omologo penalistico: cenni. – 3. La parabola dell'istituto nel codice del 1930. – 4. La riedizione dell'appello incidentale nel codice del 1988. – 5. La sua strutturazione e la sua collocazione ordinamentale. – 6. La critica sistematica e l'avallo giurisprudenziale. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Nella panoramica degli istituti che l'ordinamento codicistico contempla, si staglia un meccanismo di reazione all'altrui impugnazione, la cui *ratio* pare discutibile. Si tratta dell'"appello incidentale", che si sostanzia nel potere della parte, acquiescente alla sentenza di primo grado, di contrastare il gravame avverso, impedendo che si formi il giudicato sulle statuizioni ad essa di sfavore.

Interamente contemplato nell'art. 595 c.p.p., è costretto a condurre vita dimidiata fra due poli. Da una parte la sua genesi, più vicina a una tollerata superfetazione architettonica che ad una funzione armonica al sistema; dall'altra, il suo sbocco operativo, macroscopicamente insignificante quanto ad impatto sulle tecniche esperite nel processo¹.

Può dunque rivestire un qualche interesse ripercorrerne la non articolata né gloriosa storia, le allarmate prese d'atto del pensiero giuridico, gli interventi conservativi della giurisprudenza, per cercare di apprezzare la sua reale attualità giuridica e per porsi, infine, il tema della plausibilità di un tale strumento, nel proclamato contesto accusatorio, e della sua sopravvivenza o, piuttosto, della sua rimuovibilità.

¹ Già nell'omologo istituto del codice del 1930, operante a favore dell'organo pubblico, era rilevata la sua «preziosità casistica», dato che «l'ufficio diligente del P.M. quasi mai vi ricorre»: G. BELLAVISTA, voce *Appello (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 772.

Nel codice del 1988, «l'utilizzazione concreta della facoltà prevista dall'art. 595 c.p.p.» risulta «più che modesta», di «deludente bilancio», e «la scarsa giurisprudenza formatasi in proposito sconta il limitato riscontro pratico dell'istituto» da parte del pubblico ministero: G. BONETTO, *L'appello*, in *Le impugnazioni*, coordinato da M.G. Aimonetto, in *Giur. sist. dir. proc. pen.*, diretta da M. Chiavario e E. Marzaduri, Torino, 2005, p. 242. A ciò aggiungasi il rilievo della «scarsa utilità per l'imputato stesso»: v. M. BARGIS, *Impugnazioni*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso, V. Grevi e M. Bargis, VI ed., Padova, 2012, p. 951.

2. L'impugnazione incidentale del processo civile, in parallelo con l'omologo penalistico: cenni.

Non è fuori campo soffermarsi preliminarmente a sondare, nell'ambito processuale civile (le impugnazioni del settore amministrativo e di quello tributario non fanno che richiamarsi a tale disciplina²), gli elementi che percorrono cadenze analoghe, per talune peculiarità, all'istituto dell'art. 595 c.p.p. Il loro tenore può meglio far risaltare i caratteri della "incidentalità" del gravame penalistico e dare luogo a qualche evidenza di sintesi.

Va dunque considerata la funzione dell'"impugnazione incidentale", che il codice di procedura civile espressamente prevede. Lì, la prospettiva è certo del tutto differente³, posto l'oggetto, diverso dalla libertà della persona, ma risulta per noi assai rilevante sotto due profili, uno procedimentale e uno di fondo.

Il primo profilo è di carattere generale. L'"incidentalità" è, ex art. 333 c.p.c., il canale necessario di ogni mezzo di censura della sentenza, che segua la notifica della prima impugnazione – appello o ricorso per cassazione –⁴. Esso è suscettibile di essere azionato dal soggetto soccombente⁵: perciò «è inammissibile (e inutile) l'impugnazione incidentale della parte totalmente vittoriosa»⁶.

² Cfr., pur con gli accenti peculiari del proprio sistema, per l'amministrativo, l'art. 96 d. lgs. 2 luglio 2010 n. 104 e E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, XII ed., Milano, 2010, p. 915; per il tributario, l'art. 49 d. lgs. 31 dicembre 1992 n. 546 e S. LA ROSA, *Principi di diritto tributario*, III ed., Torino, 2009, p. 451.

³ G. BELLAVISTA, voce *Appello*, cit., p. 773, contesta radicalmente la possibilità di confronto, rilevando che l'unico *trait d'union* è «la comune dipendenza generica dall'appello principale» e che non «può ingannare un illusorio parallelo comparativo con l'istituto, analogo soltanto terminologicamente, del processo civile»: ciò, in quanto lo «scopo dell'appello incidentale civile è, in concreto, quello di consentire al convenuto nel giudizio di appello di estendere il riesame ai capi di sentenza non appellati», mentre l'unica finalità dell'istituto penalistico è «eludere» il divieto di *reformatio in peius* «ai danni dell'appellante principale». Così anche G. DELITALA, *L'appello incidentale del pubblico ministero*, in *Ann. dir. e proc. pen.*, 1932, poi in ID., *Diritto processuale penale. Raccolta degli scritti*, III, Milano, 1976, p. 183 ss., che distingue gli scopi: l'appello incidentale penale «è necessario per ottenere una riforma in peggio dei capi impugnati dall'imputato, ma non serve per impugnare altri capi»; l'appello incidentale civile «serve al contrario per riportare in discussione dei capi non impugnati dall'appellante principale, ma non è necessario per ottenere una riforma in peggio nell'ambito dei capi impugnati».

Non può tacersi che dette – pur auguste – letture misconoscono che, anche nel civile, la insuscettibilità della riforma in peggio è, come vedremo, una delle ragioni che sorreggono l'"incidentalità" dell'impugnazione: creando una similitudine funzionale di fondo di non poco conto.

⁴ Cass., Sez. I, 23 luglio 1987, n. 6430, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 2961. Cfr. A. BONSIGNORI, *Impugnazioni civili in generale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IX, Torino, 1993, p. 348; S. SATTA voce *Impugnazione. Diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 697, richiama che, nel codice precedente, il ricorso incidentale non era previsto, ma è stato introdotto dalla spinta della prassi mano a mano maturatasi.

⁵ O, in caso di pluralità di parti, da chi sia stato chiamato ad integrare il contraddittorio: in tema Cass., Sez. I, 13 settembre 2007, n. 19165, in *Fall.*, 2008, p. 99; cfr. pure V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III ed., II, Napoli, 1956, p. 806, e A. CERINO CANOVA, *Impugnazioni separate contro la stessa sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, p. 309. Ciò, sia nel caso in cui detti soggetti si trovino portatori di interesse comune col primo impugnante, sia nel caso di interesse indipendente o contrario: Cass., Sez. I, 14 novembre 2001, n. 14167, in *Corr. Giur.*, 2002, p. 469; v. anche S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 2, Milano, 1959/60, p. 78.

Peraltro, la giurisprudenza è giunta ad ammettere l'impugnazione condizionata della parte totalmente vittoriosa che intenda far riesaminare eccezioni, questioni o tesi difensive assorbite o risolte

E' per noi di particolare interesse l'istituto della impugnazione *incidentale tardiva*: se l'impugnazione di altra parte fa rinascere l'interesse ad impugnare⁷, essa può essere esperita, ex art. 334 c.p.c., dalle «parti contro le quali è stata proposta impugnazione», quando sia «decorso il termine» previsto dagli artt. 325-327 c.p.c., ovvero si sia prestata «acquiescenza alla sentenza».

I limiti soggettivi passivi dell'istituto erano inizialmente determinati, ritenendo legittima l'impugnazione solo se proposta verso la parte che aveva avviato l'impugnazione precedente⁸: poi, la giurisprudenza ha ampliato la gamma dei soggetti attingibili, includendovi anche le ulteriori parti⁹.

I limiti oggettivi imponevano inizialmente che l'impugnazione incidentale fosse diretta unicamente contro lo stesso capo di sentenza investito dall'impugnazione principale, ovvero contro un capo dipendente o connesso¹⁰: poi, lo spettro si è dilatato a qualsiasi capo della sentenza, ancorché autonomo e indipendente da quelli contestati dall'impugnazione principale¹¹.

L'impugnazione incidentale "tardiva" è disegnata come strettamente dipendente rispetto a quella principale: si ha infatti il suo travolgimento, ai sensi

sfavorevolmente: Cass., Sez. un., 6 settembre 1990, n. 9197, in *Foro it.*, 1991, I, c. 102; Cass., Sez. I, 9 settembre 2004, n. 18169, in *Guida dir.*, 2004, 49, p. 67.

Per quanto attiene, specificamente, al merito di secondo grado, l'appello incidentale postula una condizione di «soccombenza parziale», che «rileva in quanto soccombenza pratica»: v., diffusamente, C. GAMBA, sub art. 343, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, VII ed., diretto da F. Carpi e M. Taruffo, Padova, 2012, p. 1244, e A. TEDOLDI, *L'onere di appello incidentale nel processo civile*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1301. Per la "soccombenza pratica", che «deve riguardare una diversa domanda proposta dall'appellato», cfr. F. LUISO, voce *Appello nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino, 1987, p. 369.

⁶ A.PAPALIA-A.TEDOLDI, sub art. 333, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. Consolo, II, Milano, 2007, p. 2614.

La sua proposizione avverrà, ai sensi dell'art. 343 c.p.c., per il secondo grado di merito, con la formulazione in comparsa di risposta, all'atto della costituzione in cancelleria ex art. 166 c.p.c., e, per il giudizio di legittimità, con controricorso, ai sensi degli artt. 370-371 c.p.c. Quantunque debba essere istruita e conosciuta insieme alla principale, l'impugnazione incidentale tempestiva mantiene la sua autonomia: pertanto, l'inammissibilità dell'impugnazione principale non incide sulla sua efficacia (Cass., Sez. un., 21 luglio 2000, n. 514, in CED Cass. 538594; v. S. SATTÀ, *Commentario*, cit., II, 2, p. 85), se non dando luogo alla sua conversione in principale (Cass., Sez. III, 8 febbraio 2011, n. 3056, in CED Cass. 616679; Cass. 4 maggio 2004, n. 8446, in *Gius*, 2004, p. 3432; Cass., 15 aprile 1994, n. 3555, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 36).

⁷ Cass., Sez. lav., 17 giugno 2005, n. 13068, in CED Cass. 581973; cfr. F. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, Milano, 2009, p. 342.

⁸ Cass., Sez. II, 21 febbraio 1994, n. 1652, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 1763.

⁹ Cass., Sez. un., 27 novembre 2007, n. 24627, in *Corr. Giur.*, 2008, p. 1701, con nota critica di C. CONSOLO; Cass., Sez. lav., 22 aprile 2011, n. 9308, in CED Cass. 616862; per la specifica che l'impugnazione tardiva contro una parte diversa dall'impugnante principale può darsi solo quando si tratti di cause inscindibili o dipendenti, Cass., 9 febbraio 1995, n. 1466, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 2056. V. pure A. GIUSSANI, sub art. 334, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, VII ed., diretto da F. Carpi e M. Taruffo, cit., p. 1192.

¹⁰ V. Cass., Sez. lav., 8 novembre 1989, n. 4676, in *Foro it.*, 1990, I, c. 891.

¹¹ Cfr. Cass., Sez. un., 24 settembre 2010, n. 20161, in CED Cass. 614521. Cfr. V. ANDRIOLI, *Commento*, cit., p. 809; A. ATTARDI, *Sulle impugnazioni incidentali condizionate*, in *Giur. it.*, 1991, IV, c. 289; A. CERINO CANOVA, *Impugnazioni*, cit., p. 304.

dell'art. 334 c.p.c., nel caso di inammissibilità della prima avviata¹². Pertanto, in forza di una lettura tassativa del riferimento all'inammissibilità contenuto in tale norma, si escludeva che la rinuncia all'impugnazione principale¹³ o la improcedibilità della stessa¹⁴ potessero ricoprire analogo effetto distruttivo dell'impugnazione successiva: poi, è maturata l'interpretazione estensiva, con le statuizioni in forza delle quali, invece, tali due eventi, l'uno di esplicitazione della volontà della parte, l'altro di carattere oggettivo processuale, sono in grado di caducare l'impugnazione "tardiva"¹⁵.

Passando al profilo di fondo, esso concerne la funzione propria dell'appello incidentale, collegata al – pur discusso – divieto di *reformatio in peius*. A tale gravame secondario "tardivo" è dunque riconosciuta la capacità di scardinare quel limite alla discrezionalità del giudicante, che, «pur non previsto da alcuna norma», interdice al giudice di secondo grado «di riformare la decisione in senso sfavorevole all'appellante» e più favorevole all'appellato. Ciò avviene, appunto, qualora l'appellato, per la riproposizione delle domande e delle eccezioni non accolte dal giudice di primo grado, «non abbia, a sua volta, proposto impugnazione»¹⁶. Detto vincolo non peggiorativo è ritenuto «implicito nel principio della domanda, più precisamente nel principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato»¹⁷.

Va osservato che il codice processuale civile del 1940 rileva, ai nostri fini, per i parallelismi della tecnica attuata e la coincidenza delle ragioni sistematiche che ne emergono. Infatti, l'"appello incidentale tardivo" è parente stretto di quello di cui all'art. 595 c.p.p.: a) per il suo svolgersi sostanziale, con i limiti soggettivi e oggettivi originariamente ritenuti nel codice del 1940 – riguardanti esclusivamente le parti effettivamente agenti e nei capi espressamente ed inizialmente azionati -: perfettamente in linea con quelli penalistici; b) per la comunanza di destino rispetto all'appello principale, che la giurisprudenza ha via via maturato, con gli effetti travolgenti la dimensione incidentale in conseguenza degli eventi della impugnazione principale: in modulazione consentanea all'appello incidentale penale; c) con ancor più rilevanza, per la funzione giocata dall'impugnazione incidentale, a contenimento dell'immanenza del

¹² Cass., Sez. III, 21 giugno 2011, n. 13607, in *CED Cass.* 618523; Cass., Sez. III, 11 giugno 2008, n. 15483, *ivi* 603368.

¹³ V., sul punto, A. BONSIGNORI, *Impugnazioni civili in generale*, cit., p. 349; S. SATTA, *Commentario*, cit., II, 2, 85.

¹⁴ Cfr. V. ANDRIOLI, *Commento*, cit., p. 410; A. BONSIGNORI, *Impugnazioni civili in generale*, cit., p. 349.

¹⁵ Circa l'improcedibilità, v. Cass., Sez. un., 14 aprile 2008, n. 9741, in *Foro it.*, 2008, I, c. 3633; *contra*, Cass., Sez. III, 23 marzo 2005, n. 6220, in *CED Cass.* 582078. Circa la rinuncia, v. Cass., Sez. I, 6 agosto 2008, n. 21254, *ivi* 604195; *contra*, Cass., Sez. III, 15 gennaio 1977, n. 204, *ivi* 383723.

¹⁶ Così, pur in prospettiva critica, C. GAMBA, sub art. 343, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, cit., p. 1243. Cfr. pure V. ANDRIOLI, *Commento*, cit., 460; A. BONSIGNORI, *La reformatio in peius nel processo civile e il suo divieto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 1402; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2006, p. 460; S. SATTA, voce *Impugnazione*, cit., p. 697; M. VELLANI, voce *Appello (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 732. In giurisprudenza, Cass., Sez. V, 16 giugno 2006, n. 14063, in *CED Cass.* 591383; Cass., Sez. lav., 16 giugno 2003, n. 9646, in *Gius*, 2003, p. 2666; Cass., Sez. III, 27 giugno 2001, n. 8804, in *CED Cass.* 547791; Cass., Sez. I, 25 gennaio 1997, n. 785, in *Foro it.*, 1998, I, c. 190.

¹⁷ A. PAPALIA-A. TEDOLDI, sub art. 343, in *Codice di procedura civile commentato*, cit., p. 2686, che comunque elencano casi residuali di disapplicazione del vincolo e di riforma in danno dell'appellante, pur in assenza di gravame incidentale.

divieto di riforma in peggior: come è riconosciuto al pubblico ministero appellante incidentalmente in via penale.

Sulla scorta di tali tre archetipi, che danno conto della funzione dell'appello incidentale "tardivo" fatta propria dal codice di procedura civile, può essere affrontato il tema dell'istituto dell'art. 595 c.p.p.: gravame che si modula in linea con quello processuale civile, pur presentando una radice storicamente innervata da salti di qualità, caratterizzati dal ruolo diverso che il sistema ha, col tempo, imposto al processo penale e ai suoi protagonisti.

3. La parabola dell'istituto nel codice del 1930.

L'appello incidentale, sconosciuto al codice del 1913, prende forma nel Codice Rocco, in ossequio all'impostazione ideologica che lo pervade e quale contraltare al mantenimento del – precedente – principio del divieto di *reformatio in peius* in caso di appello del solo imputato.

L'impostazione ideologica, infatti, tollera appena l'appello, in sé non facile da eliminare perché vi si opponevano radicatissimi rilievi nel sistema, ma suscettibile appunto di essere contenuto in forza della minaccia del travolgimento peggiorativo, capace di porsi quale freno alle – temute nel numero – impugnazioni in secondo grado. La soluzione ivi prodotta riconosce unicamente al pubblico ministero la possibilità di proporre gravame incidentale, quando l'impugnazione sia proposta dal mero imputato: ciò dà modo di contrastare quelle che erano considerate "temerarietà" degli imputati e conservare il divieto della riforma in peggior in quei casi in cui, essendo stato proposto l'appello dal solo imputato, il pubblico ministero non abbia ritenuto di appellare a sua volta¹⁸.

E così, l'art. 515 u.c. c.p.p. 1930, disciplinando la "cognizione del giudice d'appello", prevedeva che, in caso di impugnazione del solo imputato, il pubblico ministero presso il giudice di secondo grado, «entro otto giorni da quello in cui riceve la comunicazione» dell'impugnazione, «può presentare dichiarazione di appello incidentale nella cancelleria del giudice predetto», contestualmente ai motivi: a pena di decadenza. Detto gravame tendeva a neutralizzare automaticamente il divieto di riforma in peggior e permaneva immanente al secondo processo, mantenendo inesorabilmente, ai sensi di detta norma, «efficacia nonostante la successiva rinuncia dell'imputato alla propria impugnazione»¹⁹.

La sua proposizione era ampiamente incentivata, a tal punto da ritenersi esercitabile non solo formalmente, ma pure *per facta concludentia*²⁰.

¹⁸ V. la silloge testuale della *Relazione al progetto preliminare*, condotta da P. GAETA-A. MACCHIA, *L'appello*, cit., p. 501 ss.

¹⁹ Pertanto, «non basta che l'imputato, intimidito, desista dal suo; l'anti-appello tardivo sopravvive»: F. CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 2006, p. 1137.

²⁰ Cass., Sez. III, 11 ottobre 1951, Roccarino Lupo, in *Giust. pen.*, 1952, III, c. 608, con nota di C.U. DEL POZZO.

Dal punto di vista oggettivo, il perimetro dell'impugnazione incidentale si trovava limitato, insuscettibile dunque di contemplare le «parti della sentenza non fatte oggetto d'impugnazione da parte dell'imputato», quindi «oramai irrevocabili»²¹.

Il contrappasso così congegnato, a detrimento dell'insorgere dell'imputato contro la prima sentenza, destò una levata di scudi quantomai energica. L'istituto è stato stigmatizzato, «sotto il profilo dommatico e pratico», come «*monstrum*»²², come mezzo processuale «ibrido, incoerente, ingiustificabile, alla luce di un principio razionale»²³, risolvendosi «in sostanza in un appello ritardato» del pubblico ministero, palesemente in violazione del «principio della eguaglianza delle parti in causa»²⁴.

La Corte costituzionale non ha tardato a dichiarare l'illegittimità della norma, per contrasto con gli artt. 3, 24, II comma, e 112 della Carta²⁵: pur con una sentenza sbrigativa, quanto a disamina del tema, e, per certi lati, «discutibile»²⁶, quanto a motivazioni. Invero, l'Alta Corte si è mostrata non particolarmente convinta ed articolata nel suo ragionamento. Così, afferma che «le censure mosse dalle ordinanze di rimessione sotto il profilo della disparità di trattamento nell'esercizio del diritto di difesa», qualora fossero «isolatamente considerate», originerebbero «perplessità sulla loro fondatezza», ma, «prese nel loro complesso», importano la dichiarazione di incostituzionalità. Infatti, l'appello incidentale, cui è abilitata una sola delle parti nel processo, «turba l'equilibrio del contraddittorio, che si polarizza nell'imputato (e nel suo difensore), da un lato, e, dall'altro, nel pubblico ministero, portatori di interessi solitamente contrapposti». Alla valorizzazione della chiave dell'eguaglianza e della difesa, il giudice delle leggi ha voluto aggiungere ulteriori argomenti. Ciò, ritenendo «assorbente il profilo della violazione dell'art. 112 della Costituzione»: infatti, «il potere di impugnazione», in quanto «estrinsecazione» e «aspetto dell'azione penale», è un atto dovuto, «conseguente – obbligatorio e non discrezionale al promovimento dell'azione penale»²⁷, incompatibile con un comportamento acquiescente dell'organo pubblico, che si tramuta in sua reviviscenza successivamente al gravame della parte privata.

²¹ O. VANNINI, *Manuale di diritto processuale penale italiano*, III ed., Milano, 1960, p. 398.

²² «sbagliato financo nella qualificazione aggettivale perché è chiaro che un mezzo di impugnazione non ha nulla a che vedere con l'“incidente processuale”»: G. BELLAVISTA, voce *Appello*, cit., p. 773, che si rifà a G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, p. 43, e GIUS. SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, p. 35.

²³ G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, III, 1961, p. 143.

²⁴ Trattasi di principio «che vincola il rapporto giuridico processuale, e che si esprime» nel brocardo giustiniano «*non debet actori licere quod reo non permittitur*»: G. BELLAVISTA, voce *Appello*, cit., p. 773.

²⁵ Corte cost., 17 novembre 1971, n. 177, in *Giur. cost.*, 1971, p. 2174.

²⁶ M. PISANI, *Le impugnazioni*, in *Manuale di procedura penale*, VIII ed., Bologna, 2008, p. 578.

²⁷ Sul punto, v. la distinzione, nell'ambito dell'“esercizio” dell'azione penale, fra “inizio” e “prosecuzione” (in cui rientra l'impugnazione), di O. DOMINIONI, sub art. 50, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio e O. Dominioni, I, Milano, 1989, p. 292 ss.

Per la finalità del pubblico ministero a coltivare in via d'impugnazione l'«interesse alla tutela giudiziale del diritto subiettivo di punire», v. P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile e altri studi sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni*, in *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, VII, Napoli, 1976, p. 114. Rileva G. LEONE, *Istituzioni di diritto processuale penale*, II, Napoli, 1965, p. 273, che, nel processo di impugnazione, il pubblico ministero «mira ad uno scopo che non è più quello di una decisione», ma «quello di ottenere una determinata decisione». Circa il legame fra obbligarietà dell'azione penale e impugnazione, v. M. CERESA GASTALDO, *Non è costituzionalmente tollerabile la menomazione del potere di appello del pubblico*

Così, dopo – non pochi – quattro decenni di vita, veniva meno un istituto di carattere obliquo, portatore peraltro di «sostanziale insuccesso anche a livello di pratica applicativa»²⁸.

Si dovettero attendere tre lustri con la mancanza di qualsivoglia impugnativa incidentale, per vedere, *in limine* alla riforma del 1988, la presentazione, da parte dello stesso Guardasigilli che poi avrebbe sottoscritto il primo codice processuale penale della Repubblica, del disegno di legge n. 1708, datato 19 ottobre 1987. Si prevedeva in tal modo l'interpolazione dell'art. 515 *bis* nel codice del 1930, con la possibilità di "appello incidentale" in capo non solo al pubblico ministero, ma pure all'imputato. E questo, dichiaratamente, in dirittura anticipatoria della linea che il codice redigendo sarebbe stato chiamato a tenere²⁹. Ma nulla avvenne, in attesa del *novum* codicistico che era alle porte.

4. La riedizione dell'appello incidentale nel codice del 1988.

Dopo che il progetto preliminare, redatto in forza della legge 3 aprile 1974 n. 108³⁰, ometteva ogni considerazione sull'appello incidentale, per espressa esclusione della direttiva n. 74³¹, pur a fronte della pacifica sussistenza del «divieto di *reformatio in peius* nel caso di appello del solo imputato» (n. 75), il codificatore del 1988 ha optato per una diversa soluzione.

Ciò, ineluttabilmente, posto che la direttiva n. 90 della legge delega 16 febbraio 1987 n. 81 prevedeva espressamente il «potere delle parti di proporre appello incidentale», con sua «perdita di efficacia ... in caso di inammissibilità o di rinuncia all'appello principale»³².

La *Relazione al Progetto preliminare* al codice motiva la reintroduzione dell'appello incidentale richiamando la necessità, di lontana ispirazione, d'«arginare la proliferazione degli appelli», e dunque connotandolo come controbilanciamento all'abuso del processo di secondo grado. Detta nuova linea supera la precedente strutturazione univoca, che «finiva sostanzialmente per costituire una sorta di

ministero, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1904; in diversa prospettiva, C.U. DEL POZZO, *Le impugnazioni penali. Parte generale*, Padova, 1951, p. 149, secondo cui «il diritto d'impugnazione penale deve essere concepito autonomo dal concetto più generale di azione e da quello specifico di "azione penale"».

²⁸ P. GAETA-A. MACCHIA, *L'appello*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Spangher, V, *Le impugnazioni*, Torino, 2009, p. 503.

²⁹ V. la *Relazione al Progetto preliminare*, in *Gazz. Uff., suppl. ord. n. 2*, 24 ottobre 1988, n. 250, p. 130; in tema G. SPANGHER, *Tra interventi novellistici e legge-delega: brevi note in tema di appello incidentale del pubblico ministero*, in *Arch. pen.*, 1987, p. 287.

³⁰ Cfr. V. GREVI-G. NEPPI MODONA, *Introduzione al progetto del 1978*, in *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, a cura di G. Conso, V. Grevi, G. Neppi Modona, I, Padova, 1989, p. 135; G.D. PISAPIA, *Lineamenti del nuovo processo penale*, Padova, 1978, p. 44 ss.

³¹ «Una diversa impostazione non sarebbe stata più possibile al lume della sentenza n. 177 del 1971 della Corte costituzionale» recita la *Relazione al Progetto preliminare del 1978*, riportata in V. GREVI-G. NEPPI MODONA, in *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, cit., IV, p. 1221.

³² Critico *ab initio* sulla «pudica simmetria» è M. CHIAVARIO, *Commento all'art. 2 l. 16 febbraio 1987 n. 81*, in *Legisl. pen.*, 1987, p. 412.

rimessione in termini del pubblico ministero che non avesse esercitato il diritto di impugnazione nel termine ordinario». Circa la correlazione con l'appello principale, si creano vincoli stringenti, dato che, «a parte considerazioni etiche», è stato ritenuto «anche concettualmente non accettabile» che la dipendenza dall'appello principale fosse limitata unicamente al «profilo della ammissibilità», ritenendosi invece «che i due appelli debbano essere tra di loro in qualche modo collegati quanto meno in relazione ai capi della sentenza impugnata»³³.

Va rilevato che non si è tenuto conto dei pareri sfavorevoli intervenuti preventivamente, che richiamavano a monito la pregressa declaratoria di incostituzionalità, riguardo ad uno strumento dubbio, in quanto meramente finalizzato «ad una riduzione delle attività in sede di impugnazione»³⁴, con la lapalissiana violazione del diritto di difesa delle parti, poiché tendente «a far ricadere effetti negativi su un soggetto per il solo fatto della sua partecipazione al giudizio d'appello»³⁵. Dai pareri successivi è pervenuto un ulteriore contributo stigmatizzante l'istituto: proprio perché è prevista la perdita di efficacia dell'impugnazione incidentale nel caso di inammissibilità dell'appello principale, «esso si manifesta come una sorta di "blocco emotivo" dell'interposizione di un gravame da parte dell'imputato quasi in linea con una volontà di concordare, fra le parti, l'esito del giudizio»; inoltre, è stato evidenziato l'emergere di «alcuni gravi inconvenienti», come lo sbilanciamento che avviene quando si dia effettivamente la *reformatio in peius* della sentenza per l'impugnante principale, a fronte della mancanza di conseguenze «nei confronti del coimputato non appellante che non abbia partecipato al giudizio»³⁶.

5. La sua strutturazione e la sua collocazione ordinamentale.

La configurazione dell'istituto dell'art. 595 c.p.p. prevede che, a proporre appello incidentale contro una sentenza³⁷, sia abilitata qualsivoglia «parte», nel termine di quindici giorni³⁸ dal ricevimento della comunicazione o della notificazione, relative

³³ In Gazz. Uff., suppl. ord. n. 2, cit., p. 129-130.

³⁴ Parere della Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli studi di Parma, in V. GREVI-G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, cit., IV, p. 1291 (cfr. l'integrale parere, reso per incarico della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Parma, da G. UBERTIS, *Sul progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, p. 1302).

³⁵ Parere della Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli studi di Perugia, in V. GREVI-G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, cit., IV, p. 1291.

³⁶ Parere dell'Ordine degli avvocati di Torino e della Camera penale del Piemonte e della Valle d'Aosta, in V. GREVI-G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, cit., IV, p. 1292.

³⁷ Non contro un provvedimento limitativo della libertà, ai sensi dell'art. 310 c.p.p., o del magistrato di sorveglianza circa le misure di sicurezza e la dichiarazione di abitudine, professionalità e tendenza a delinquere, ai sensi dell'art. 680, comma 1, c.p.p.: S. GIAMBRUNO, sub art. 595, in *Commento al codice di procedura penale*, a cura di P. Corso, Piacenza, 2008, p. 2629.

³⁸ Detta scansione temporale non risulterebbe – ma ciò è discutibile – suscettibile della “restituzione in termini”: «costituendo un tipo speciale di gravame, non determina la possibilità di restituzione in termini»

all'appello principale, operate dalla cancelleria del giudice *a quo* ai sensi dell'art. 584 c.p.p.³⁹.

Circa il procuratore generale non appellante principale, l'art. 166 n. att. c.p.p., colmando la lacuna dell'art. 584 c.p.p., prevede che «l'appello dell'imputato» gli sia comunicato, appunto agli espressi effetti dell'art. 595 c.p.p. Tale disposizione deve essere interpretata nel senso che di ogni attività impugnatoria, non proposta dalla pubblica accusa (si pensi al responsabile civile o al civilmente obbligato, con l'effetto estensivo stabilito dall'art. 587, comma 4, c.p.p.), sia data formale notizia in capo al procuratore generale, onde attivare il suo potere di impugnazione incidentale in secondo grado⁴⁰.

La proposizione, la presentazione e la notifica dell'appello incidentale vanno effettuate secondo le regole dell'appello principale.

Il destino dell'impugnazione incidentale è avvinghiato a quello della prima impugnazione. L'art. 595 c.p.p. stabilisce che l'appello incidentale «perde efficacia in caso di inammissibilità dell'appello principale o di rinuncia allo stesso»: ciò discende dal rilievo della «sua nota di accessorietà, ma anche al suo carattere di spiccato antagonismo»⁴¹.

Il cuore dell'istituto è costituito dalla suscettibilità dell'impugnazione del pubblico ministero a produrre «gli effetti previsti dall'art. 597 comma 2»: ha cioè la capacità di neutralizzare il divieto di riforma peggiorativa, dalla quale l'imputato è

nei confronti della parte decaduta dal termine per proporre impugnazione»: Cass., Sez. V, 15 aprile 1999, Bosi, in *CED Cass.* 213656.

³⁹ Si badi che, per Cass., Sez. I, 1 ottobre 2008, P.F., in *CED Cass.* 242048, «l'appello principale proposto da uno dei coimputati non deve essere notificato agli altri imputati, che non si siano avvalsi autonomamente del loro potere d'impugnazione, perché in capo a questi non v'è interesse alla proposizione dell'appello incidentale, che è previsto come impugnazione antagonista rispetto a quella della parte processualmente avversa». Va rilevato che l'omessa notificazione dell'atto di impugnazione *ex art.* 584 c.p.p. non determina l'inammissibilità dell'appello incidentale e non causa la nullità degli atti del giudizio così instaurato, «ma impedisce la decorrenza del termine per la proposizione dell'impugnazione incidentale delle altre parti» (Cass., Sez. II, 11 aprile 2007, P.G.M., in *Riv. pen.*, 2008, p. 316): termine che peraltro decorrerà dalla effettiva conoscenza del gravame.

Rileva Cass., Sez. III, 8 ottobre 2004, P.G. in proc. Cazzavillan ed altri, in *Riv. pen.*, 2006, p. 236, che «la cancelleria ha l'obbligo di notificare l'atto di impugnazione del P.M. non solo all'imputato ma anche al difensore ed il termine per proporre appello incidentale, a norma dell'art. 595 c.p.p., decorre solo in presenza di entrambe le notificazioni».

⁴⁰ In tema M. TIBERI, sub *art.* 166 n. att. c.p.p., in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, III ed., Milano, 2007, p. 6474, la quale sottolinea che, se la notizia fosse limitata alla comunicazione dell'appello del solo imputato, «non avrebbe alcun senso la comunicazione di cui all'art. 164 c. 2 disp. att. e coord., in virtù della quale le parti, e non il solo imputato, devono depositare una copia dell'atto di impugnazione destinata al procuratore generale». Per l'appello incidentale proponibile dal procuratore generale unicamente a fronte dell'appello principale dell'imputato, con attivabilità del pubblico ministero presso il giudice *a quo* nel caso di iniziativa delle altre parti, M. MONTAGNA, *Divieto di reformatio in peius e appello incidentale*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di A. GAITO, I, Torino, 1998, p. 422.

⁴¹ M. PISANI, *Le impugnazioni*, cit., p. 578. Sulla «funzione antagonista dell'appello proposto dalle altre parti» v. Cass., Sez. III, 25 febbraio 1999, Coppola, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, p. 553.

pacificamente esentato in caso di impugnazione meramente sua e non della parte pubblica⁴².

La «dimensione antagonistica» della previsione trova ulteriore conferma nell'esclusione di effetti peggiorativi per il coimputato non appellante, che non abbia partecipato al giudizio d'appello: «quasi a premio del suo prudente attendismo»⁴³. Tale soggetto, dunque, edotto dell'iniziativa del pubblico ministero ai sensi dell'art. 584 c.p.p. e regolarmente citato *ex art.* 601, comma 1, c.p.p., dovrà valutare la sua partecipazione al gravame (tenendo conto della solidarietà, circa le spese, portata dall'art. 592, comma 2, c.p.p.). Resta comunque senz'altro salva la possibilità di valersi dell'estensione della decisione sull'appello, se e in quanto più favorevole rispetto alla pronuncia pregressa.

A riguardo della legittimazione, la controversia sulla sua individuazione a favore di chi sia specificamente abilitato ad appellare in via principale (il pubblico ministero, le parti private – non il querelante ai sensi dell'art. 576, comma 2, c.p.p.⁴⁴ -), ovvero anche a chi sia, in via generale, abilitato ad impugnare⁴⁵, ha visto un chiaro intervento delle Sezioni Unite. E' stato dunque autorevolmente statuito che «il potere di proporre appello incidentale non spetta a chi è privo del potere di proporre quello principale»⁴⁶: posta la sua discendenza diretta dalla posizione originaria, l'impugnazione *de qua* appartiene, pertanto, solo al titolare effettivo del diritto di gravame in via principale.

Per quanto attiene alla geografia dell'oggetto del gravame, nel caso di sentenza cumulativa, essa deve concernere il capo della sentenza contro cui è diretto l'appello

⁴² Sui fondamentali del "diritto al *non peius*" v. M. PISANI, *Nuove prospettive per il regime delle impugnazioni penali*, in *Ind. pen.*, 1983, p. 483; per la sedimentazione storica, volendo, M. BONETTI, *Il divieto di reformatio in peius nel giudizio di rinvio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 198.

⁴³ M. PISANI, *Le impugnazioni*, cit., p. 578.

⁴⁴ M.T. STURLA, sub *art.* 595, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, VI, Torino, 1991, p. 168, vede legittimati i soli pubblico ministero, imputato e suo difensore, parte civile, responsabile civile e persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria, "parti" in senso proprio, lasciando invece «escluso il querelante condannato alle spese e al risarcimento dei danni, non costituitosi parte civile»; così M.G. AIMONETTO, sub *art.* 595, in *Commentario breve al Codice di procedura penale*, diretto da G. Conso e V. Grevi, Padova, 2005, p. 2055. Sulla mancanza di legittimazione di persona offesa non costituitasi parte civile e degli enti rappresentativi di interessi lesi, v. Cass., Sez. VI, 28 luglio 1998, Cuccurullo, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1252.

⁴⁵ V. la panoramica di P. DELL'ANNO, sub *art.* 595, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*. IX, *Impugnazioni*, diretto da G. Lattanzi e E. Lupo, a cura di G. De Roberto – P. Dell'Anno, Milano, 1997, p. 368.

⁴⁶ Cass., Sez. un., 18 giugno 1993, Rabiti, in *Cass. pen.*, 1994, 556 (con nota di G. SPANGHER), che continua: «ne consegue che nel giudizio abbreviato il p.m. non può proporre appello incidentale quando quello principale gli sia precluso a norma dell'art. 443 comma 3 c.p.p., mentre analogamente nel "patteggiamento" l'imputato non può proporre appello incidentale nell'ipotesi in cui la relativa decisione sia stata appellata dal p.m. ai sensi dell'art. 448 comma 2 c.p.p.». Ciò, sull'eco della sentenza Corte cost. 24 marzo 1994 n. 98 (in *Giur. cost.*, 1994, p. 887, con nota di G. SPANGHER), per cui «il principio della "parità delle armi", tra accusa e imputato, si modula non solo e tanto sull'identità delle rispettive posizioni, quanto sul raccordo con l'esigenza di non comprimere poteri e facoltà dell'imputato riconducibili al precetto dell'art. 24 Cost.» (così v. anche Corte cost., 21 dicembre 2001 n. 421, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 41, e l'ordinanza Corte cost., 7 gennaio 2004 n. 46, *ivi*, 2004, p. 274). Sul punto, volendo, cfr. M. BONETTI, *Il giudizio abbreviato*, in *I procedimenti speciali in materia penale*, II ed., a cura di M. Pisani, Milano, 2003, p. 107 ss.

principale e non altri. Invece, circa i “punti” suscettibili di essere investiti dall’impugnazione incidentale, va ritenuto, conformemente alla «logica egualitaria del nuovo istituto»⁴⁷, che si tratti, non solo di quelli oggetto della decisione principale, ma pure di quanti presentino una connessione essenziale con i punti censurati nell’appello principale⁴⁸. Ciò, per ragionevolezza di perimetro, non ampio come quello dell’impugnazione principale, ma neppure ingessato e incapace di legami all’interno del capo della sentenza.

Qualora l’appello della parte privata *ex art. 595 c.p.p.* venga dichiarato inammissibile o rigettato, si avrà condanna alle spese ai sensi dell’art. 592 c.p.p.⁴⁹: ma detto onere è da considerarsi escluso per l’appellante incidentale, nel caso di rinuncia o inammissibilità dell’appello principale che travolgano l’incidentale⁵⁰.

Riguardo al processo minorile, non è rinvenibile alcun motivo per non vedervi oggettivamente applicabile l’appello incidentale⁵¹.

Si badi che, nella esposizione formale del gravame, non è previsto che esso sia esplicitamente qualificato come “incidentale”, «ma deve ritenersi tuttavia necessario che la sua formulazione sia atta a rendere, anche per implicito, evidente che si tratta della detta forma speciale di impugnazione»⁵².

Invece, l’appello principale, ritenuto inammissibile per tardività, non può trovare spazio riciclandosi come appello incidentale, data la specialità dell’impugnazione *ex art. 595 c.p.p.*⁵³

Posto l’appena richiamato principio di tassatività che regola le impugnazioni, è da escludersi anche che trovi campo il ricorso incidentale in sede di giudizio di legittimità⁵⁴.

6. La critica sistematica e l’avallo giurisprudenziale.

⁴⁷ M. PISANI, *Le impugnazioni*, cit., p. 579. In giurisprudenza, v. Cass., Sez. un., 17 ottobre 2006, M.M., in *Riv. pen.*, 2007, p. 1044. Per diversa lettura v. Cass., Sez. II, 19 marzo 1992, Cersosimo, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2847, secondo cui «l’appello incidentale non incontra alcun limite derivante dal contenuto dell’appello principale; in mancanza di espressi limiti legislativamente stabiliti, infatti, non è possibile ritenere che tale impugnazione debba essere ristretta ai capi della sentenza oggetto dell’appello principale, il che risulta in linea con la finalità deterrente dell’istituto che il legislatore ha inteso privilegiare». Per la limitazione ai “punti” censurati, Cass., Sez. I, 16 dicembre 2004, Grima, in *Giur. it.*, 2005, p. 2366.

⁴⁸ V. la panoramica che raccoglie F. PERONI, sub *art. 595*, in *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 5338.

⁴⁹ Così Cass., Sez. VI, 3 maggio 2005, Pilot, in *Arch. n. proc. pen.*, 2006, p. 545.

⁵⁰ Cass., Sez. III, 16 dicembre 2009, Proc. Rep. Tribunale di Pavia c. C.N., in *CED Cass.* 245903. Sul punto, G. SPANGHER, *La pratica del processo penale*, I, Padova, 2012, p. 204.

⁵¹ G. SPANGHER, *La pratica*, cit., p. 204; *contra*, rifacendosi alla funzione disincentivante l’impugnazione, T. TREVISSON LUPACCHINI, *Le impugnazioni nel processo penale minorile*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di A. GAITO, cit., p. 1212.

⁵² «onde la parte nei cui confronti essa è rivolta sia posta in condizione di valutare la convenienza o meno ad insistere nel proprio gravame»: Cass., 13 luglio 1993, Piscopo, in *Cass. pen.*, 1995, p. 305; v. A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, X ed., Milano, 2007, p. 924.

⁵³ Cass., 10 giugno 1994, Mandurino, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2918.

⁵⁴ Cass., 31 gennaio 2001, Rastonig, in *CED Cass.* 219835; Cass., Sez. III, 7 febbraio 1996, Valtorta, in *Giust. pen.*, 1997, III, c. 231.

Il “nuovo” appello incidentale non si distingue «troppo dalle connotazioni repressive e “preventive”» che avevano «motivato l’innesto nel corpo del codice Rocco»⁵⁵, pur in un contesto di impostazione di fondo pacificamente e totalmente differente. Neppure con la nuova formulazione normativa si giunge a conferire all’istituto «una veste di rispettabilità», riuscendo forse a scongiurare i gravami temerari, «ma non solo: anche chi ha fondate ragioni per impugnare troverà sicure remore»⁵⁶.

L’istituto, «addolcito» dalla omologazione delle parti, in via orizzontale, quanto a legittimazione attiva, e dalla comunanza di sorte con l’appello principale, quanto a fine prematura, permane, comunque, «equivoco», «ambiguo» e «reazionario»⁵⁷, a causa del trattamento differente, come conseguenze, per parte pubblica e parte privata.

La giurisprudenza ha invece sostanzialmente avvalorato il ruolo istituzionale dell’art. 595 c.p.p., ritenendo adeguatamente funzionale all’economia di un giusto processo la finalità reciprocamente «ritorsiva» dell’iniziativa – virtuale – di pubblico ministero e imputato⁵⁸. Permane fondato, però, il rilievo, opportunamente profilato in sede di ragionamento sulla prassi: mentre, per l’organo pubblico, la proposizione del gravame non rappresenta mai, di per sé, un «rischio», lo stesso non può dirsi per l’imputato, esposto «a scenari peggiorativi»⁵⁹ su un bene – si rammenti – costituzionalmente “inviolabile”. Pur in una formale eguaglianza, la *par condicio partium* risulta senza dubbio disattesa⁶⁰ in sede di effetti dell’agire.

In particolare, per quanto attiene alla funzione pubblica, va rimarcato che la Corte costituzionale, nel 1971, ha ben ritenuto che il pubblico ministero non può tenere «un comportamento contraddittorio: quello di lasciar scadere i termini per l’impugnazione, manifestando implicitamente il convincimento» di non intendere appellare, e, invece, «esperire successivamente il gravame, fuori dei termini ordinari stabiliti dal codice per il suo appello principale», «allo scopo pratico di contenere l’iniziativa dell’imputato», operando in modo da «ostacolarne l’esplicazione del diritto di tutela giurisdizionale e di difesa»⁶¹.

Se pure la detta notazione può essere in sé relativizzata, pensando che dal 1988 il modello processuale è mutato ed è caratterizzato, anche per il profilo che qui ci

⁵⁵ P. GAETA-A. MACCHIA, *L’appello*, cit., p. 504.

⁵⁶ A. GALATI-E. ZAPPALA’, *Le impugnazioni*, in *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2011, p. 516.

⁵⁷ F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 1138-9.

⁵⁸ Cass., Sez. II, 19 marzo 1992, Cersosimo, cit., p. 2847.

⁵⁹ P. GAETA-A. MACCHIA, *L’appello*, cit., p. 504; ne dà lettura compatibile al sistema F. PERONI, *Infondati i dubbi di costituzionalità sull’appello incidentale del p.m.*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 49. Per la finalità di «sottoporre al giudice una tesi alternativa sullo stesso tema» P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, VII ed., Milano, 2006, p. 726; circa la funzionalità a «consentire la completezza e l’efficacia del contraddittorio anche nel giudizio di controllo», A. DALIA-M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, V ed., Padova, 2003, p. 786.

⁶⁰ Così, in argomento, L. FILIPPI, *L’appello incidentale nel processo penale*, Padova, 2000, p. 45; M. MURONE, *Spunti critici sulla disciplina dell’appello incidentale nei suoi rapporti con l’impugnazione incidentale*, in *Giust. pen.*, 1992, III, c. 371. *Contra*, M. MENNA, *Il giudizio d’appello*, Napoli, 1975, p. 75 s.; G. SPANGHER, voce *Appello* (*dir. proc. pen.*), in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1991, p. 3.

⁶¹ Corte cost., 17 novembre 1971, n. 177, cit., p. 2174.

interessa, «da più ampi poteri delle parti, collocate lungo le linee d'una tendenziale parità»⁶², deve però rilevarsi la diversità genetica e di ruolo di parte pubblica, da un lato, e parti private – *in primis* l'imputato -, dall'altro.

Il giudice delle leggi, nella vigenza del codice 1988, ha inteso ignorare ogni difetto dell'istituto, glissando su qualsivoglia disarmonia.

Con la sentenza 280/1995⁶³, la Corte costituzionale ha rigettato la questione di legittimità dell'art. 595 c.p.p., ritenendo la diversità dell'appello incidentale, rispetto a quello principale, come funzione congrua, in sé, e, al contempo, sminuendo la capacità inibitoria del gravame incidentale “pubblico” in relazione alla proposizione del gravame principale da parte dell'imputato.

Così, l'Alta Corte ha voluto partire da una distinzione fra «potere di appello» del pubblico ministero e «obbligo di esercitare» – in prosecuzione⁶⁴ – l'azione penale: pur ammettendo che, «in certe situazioni», risulta «istituzionalmente doveroso» per l'accusa proporre il gravame. Ha fatto ciò, richiamando gli istituti dell'acquiescenza e dell'alternatività con l'azione del procuratore generale (art. 570 c.p.p.), nonché della rinunciabilità, senza alcuna motivazione, all'appello del pubblico ministero (art. 589 c.p.p.)⁶⁵. Valendosi di tale “depotenziamento” del dovere impugnatorio pubblico, la Corte fa discendere la considerazione secondo cui l'appello incidentale risulta per l'accusa un «onere», nel senso che «deve farvi ricorso solo se intende cercare di impedire quegli effetti favorevoli per l'imputato che potrebbero derivare da un accoglimento dell'appello principale dall'imputato stesso proposto»⁶⁶. Da tale premessa consegue che l'effetto deterrente del gravame, nei confronti dell'imputato, è assunto in dimensione smorzata e di riflesso, non giungendo a viziare l'istituto, che viene ritenuto

⁶² G. SPANGHER, *La pratica*, cit., p. 205, che richiama pure la previsione dell'art. 599, comma 4, c.p.p. – abrogato dal d.l. 23 maggio 2008 n. 92, conv. in l. 24 luglio 2008 n. 125 -, che consentiva al pubblico ministero e all'imputato di accordarsi su motivi d'appello e pena (sulla praticabilità del concordato v. M. PISANI, «*Italian Style*»: *figure e forme del nuovo processo penale*, Padova, 1998, p. 23; per i suoi caratteri fondamentali, v. E. CATALANO, *L'accordo sui motivi d'appello*, Milano, 2001, p. 59 ss.).

⁶³ Corte cost. 28 giugno 1995, n. 280, in *Giur. cost.*, 1995, p. 1973.

⁶⁴ V., *supra*, nota 27.

⁶⁵ Trattasi di «paralogistica affermazione» per M. CERESA GASTALDO, *Non è costituzionalmente tollerabile*, cit., p. 1904.

⁶⁶ Conclude la Corte: «se di un dovere in senso lato si può parlare per il pubblico ministero di fronte all'esercizio del potere d'impugnazione, tale dovere è riconducibile a quei generali doveri che competono al pubblico ministero in relazione alle funzioni ad esso demandate». Se ne deduce che il pubblico ministero, a fronte di una sentenza, «deve interrogare la propria coscienza in relazione al contenuto del provvedimento impugnabile e determinarsi secondo gli interessi generali della giustizia». Se ciò «vale per l'appello principale», parimenti può dirsi «per l'appello incidentale, con il correttivo del particolare profilo derivante dalla visione che il pubblico ministero possa essere indotto ad avere circa i contenuti della sentenza che il giudice di secondo grado potrebbe essere tratto a pronunciare in accoglimento dell'appello principale dell'imputato pervenendo a conclusioni che egli ritiene, ove fossero adottate, contrarie a giustizia»: viene però tralasciata la considerazione che, per far valere le proprie argomentazioni rispetto a una eventuale sentenza errata, dovrebbe essere sufficiente l'obbligatoria presenza del pubblico ministero nel giudizio d'appello.

legittimo in quanto, sempre a detta della Corte, la dissuasione è mero, secondario e potenziale «effetto collaterale e non necessario dell'istituto»⁶⁷.

7. Considerazioni conclusive.

Può agevolmente dirsi che l'appello incidentale è il frutto di un travaglio storico e il prodotto di un compromesso fra l'ideologia del 1930 e il *new deal* del 1988. Ma con un'identità tuttora problematica.

Il parallelo con la disciplina civile, per alcuni versi omologa, evidenzia sostanzialmente che, là, l'"incidentalità tardiva" ha senso proprio perché si tratta di metodo per censurare la sentenza esperibile fra parti, che sono pari, in sé, per genesi e definizione.

Qua, la parità delle parti assume una caratura diversa e sta tutta nell'evitare posizioni soggettive preponderanti e strumentazioni diseguali: ma detta parità non può essere dimentica di quel ruolo, che stacca la parte pubblica dalle parti private. L'accusa ha una funzione, appunto, "pubblica", che non può segmentarsi in profili dialettici su eventuali benefici che la parte privata possa impetrare in secondo grado. Se la sentenza non soddisfa la pretesa del pubblico ministero, è suo dovere gravarla, ma non può cadere nel ripensamento dovuto al gioco degli interessi altrui, rilanciati al secondo giudice e suscettibili di portare altra parte a posizione migliore. Si tratta di una gara cui non gli è dato di partecipare, come suo imprescindibile stile processuale.

Deve dunque rilevarsi che, se la previsione dell'art. 112 Cost. si traduce in «canone di coerenza comportamentale per l'organo dell'accusa», è macroscopica «l'anomalia dell'appello incidentale»⁶⁸, che tramuta l'inazione del pubblico ministero in controffensiva tardiva, non solo – giustamente – capace di controbilanciare e contrastare domande altrui, per cui basterebbe la sua obbligatoria presenza nel giudizio d'appello, ma pure irrispettosa del principio del divieto della riforma in peggio per l'imputato, assoggettato al potere di essere intempestivamente danneggiato.

Va rammentato che la Corte costituzionale ha escluso che il potere di impugnazione del pubblico ministero si presenti per forza «in modo simmetrico rispetto al diritto di difesa dell'imputato». Ciò, dato che le funzioni e i poteri del pubblico ministero non sono «assistiti da garanzie di intensità pari a quelle assicurate all'imputato dall'art. 24 Cost.», ma si configurano «in base alla legge ordinaria, censurabile per irragionevolezza solo se i poteri stessi, nel loro complesso, dovessero risultare inidonei all'assolvimento dei compiti previsti dall'art. 112 Cost.»⁶⁹. Dunque, «non contraddice, comunque, il principio della parità l'eventuale differente modulazione dell'appello» di imputato e pubblico ministero, realizzata non solo per

⁶⁷ F. PERONI, *Infondati i dubbi*, cit., p. 55; per una lettura critica della sentenza, sembrando «illogico ritenere che l'obbligatorietà dell'azione penale valga solo con riferimento al momento iniziale dell'esercizio dell'azione penale e non con riferimento alla prosecuzione dell'esercizio stesso», cfr. G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, VII ed., Torino, 2006, p. 679.

⁶⁸ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, II ed., Torino, 2007, p. 140.

⁶⁹ Corte cost., 24 marzo 1994 n. 98, cit.

modalità, ma anche per effetti, «nel rispetto del canone della ragionevolezza, con i corollari di adeguatezza e proporzionalità»⁷⁰.

La sentenza 280/1995 della Corte costituzionale ha invece salvato l'istituto, da un lato, accentuando un posizionamento "egualitarista" di parte pubblica e privata, dall'altro, sminuendo l'efficacia deterrente del gravame dell'accusa, con un rilievo astratto, non facilmente rinvenibile nella concretezza delle tecniche processuali: infatti, la funzione distinta di parte pubblica e privata non può venire soddisfatta dalla potestà "incidentale" identica, ma con conseguenze diverse.

Va dunque rimarcato il portato più profondo della sentenza costituzionale 177/71, un *aquis* indelebile che, all'oggi, mantiene il suo rilievo. Essa aveva difatti «giustamente» dichiarato illegittimo l'art. 515 u.c. c.p.p. 1930, non solo perché «turbava gravemente la *par condicio* delle parti», ma pure perché, sostanzialmente, «menomava il diritto di difesa dell'imputato, comprimendo il libero esercizio del diritto d'appello»⁷¹, intervenendo sulla sua scelta con l'aggravarne *ex post* le conseguenze.

Soltanto un processo che vedesse in secondo grado un pubblico ministero capace di appellare e, nel caso di omissione del gravame, contraddittore effettivo, ma slegato dal potere di condizionare "incidentalmente" l'imputato, potrebbe ritenersi conforme al sistema.

Se l'istituto in esame è "anomalo", estraneo alle regole del giusto processo, deficitario quanto a sintonia con il principio della reale eguaglianza delle parti e della effettività del diritto di difesa, non si vede perché debba sopravvivere. Al di là del suo permanere inutilizzato, la eliminazione dal codice non potrebbe che meglio caratterizzare la sua indole accusatoria⁷². Ciò può affermarsi, tenendo conto che, pur in presenza di un meccanismo impugnatorio, nel suo complesso, «ingombrante eredità dei sistemi misti»⁷³, qualora si ritenga di dover «agire in modo deflattivo», anche nella nostra ottica, va considerato preferibile che «si agisca sull'azione (art. 112 Cost.)» e sui suoi passi susseguenti, ma non mai, neppure mediatamente, «sul diritto di difesa (art. 24 Cost.)»⁷⁴.

⁷⁰ Corte cost., 6 febbraio 2007 n. 26, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 605, con nota di P. FERRUA.

⁷¹ G.D. PISAPIA, *Compendio di procedura penale*, VII ed., Padova, 1988, p. 464. V. pure: M. FAVALLI, *I limiti d'incostituzionalità dell'appello incidentale del pubblico ministero*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 2837; U. FERRANTE, *L'appello incidentale e il procedimento camerale nell'appello penale*, Milano, 1991, p. 13; V. MARCUCCI, *Un istituto da non ripristinare: l'appello incidentale nel processo penale*, in *Riv. pen.*, 1973, p. 39; G. SERGES, *Il principio del "doppio grado di giurisdizione" nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1993, p. 102; M.T. STURLA, *La sentenza costituzionale n. 177 del 1971 e la fine di un privilegio*, in *Arch. pen.*, 1972, p. 320.

⁷² In tema v. G. SPANGHER, *Poche – e confuse – idee per una riforma dell'appello*, in *Il nuovo regime delle imputazioni*, cit., p. 359 ss.; circa la profilazione dei sistemi, v. G. UBERTIS, *Diritti fondamentali e processo penale*, Milano, 2002, p. 6 ss.

⁷³ E. KOSTORIS, *Le impugnazioni penali, travagliato terreno alla ricerca di nuovi equilibri*, in *Le impugnazioni penali: evoluzione o involuzione?*, cit., p. 30.

⁷⁴ G. SPANGHER, *Il doppio grado di giurisdizione*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Atti del Convegno ASPP, Milano, 2000, p. 122.